



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

REVISTA JURÍDICA

iiij

Instituto de investigación y estudios superiores
en ciencias jurídicas y sociales

XXIV

Guatemala, 2016

MISIÓN

El Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ) 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

Tradición Jesuita en Guatemala

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

REVISTA JURÍDICA XXIV

ijj

Instituto de investigación y estudios superiores
en ciencias jurídicas y sociales

Revista Jurídica XXIV / Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ),
actualmente denominado Instituto de Investigación y Estudios
Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IJS). Guatemala:
Universidad Rafael Landívar [2000 -]. Núm. 24. 1.ª época
(enero – junio, 2016).
228 págs.
ISSN: 1409-4762

Universidad Rafael Landívar
Instituto de Investigación y Estudios Superiores en
Ciencias Jurídicas y Sociales (IJS)
Revista Jurídica, núm. XXIV, primer semestre, año 2016

D.R. © Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ),
actualmente denominado Instituto de Investigación y Estudios Superiores
en Ciencias Jurídicas y Sociales (IJS)
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio "O", 2.º 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
<http://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. José Juventino Gálvez Ruano

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

**INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS
SUPERIORES EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Dirección

Dr. Larry Andrade-Abularach

Investigación

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Dr. Jorge Mario García Laguardia

Administración, finanzas y recursos humanos

Lcdo. Manuel Enrique Tecum Ajanel

**Gestión académica del Doctorado en
Derecho URL/UPV-EHU**

Lcdo. Briguer Barnavá Cruz Orellana

Formación e incidencia

Rosa Mariela Ortíz Ralón

Andrea Natalia Castro Estrada

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>Dr. Francisco Javier Caballero Harriet</i>	xiii
Protección jurídica de la persona, su intimidad, honor y propia imagen en las nuevas tecnologías	
<i>Mgtr. María Andrea Batres León</i>	1
Las normas iusfundamentales de derechos sociales	
<i>Mgtr. Mauro Salvador Chacón Lemus</i>	21
La jurisdicción constitucional en Guatemala	
<i>Mgtr. Pablo Gerardo Hurtado García</i>	57
Principios constitucionales en el ámbito tributario	
<i>Mgtr. Juan Luis Cano Chávez</i>	85
La doble imposición internacional	
<i>Mgtr. Flor de María Sagastume Leytan</i>	113
Democracia y Parlamento desde la perspectiva iusfeminista	
<i>Mgtr. Angélica Yolanda Vásquez Girón</i>	137
Evolución legislativa del principio de igualdad jurídica como parte de los textos legales	
<i>Mgtr. Ronel Emilio Estrada Arriaza</i>	157
El derecho penal-procesal del enemigo	
<i>Mgtr. Gustavo Antonio Ordóñez Nájera</i>	185
Normativa guatemalteca aplicada al derecho del consumidor	
<i>Mgtr. Alba Gabriela Osorio Portillo</i>	209

Presentación

El Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIEJ) tiene el agrado de presentar el número XXIV de la *Revista Jurídica*, correspondiente al primer semestre de 2016, continuando así con esta publicación semestral especializada, que desde el 2000 ha servido para compartir, con todos los sectores de la sociedad, investigaciones de la más alta calidad y pertinencia realizadas por juristas nacionales y extranjeros, participando activamente en la creación de bibliografía actualizada que analiza y aporta soluciones a los problemas jurídicos y sociales más relevantes.

En esta oportunidad se han seleccionado algunos de los principales capítulos de varios trabajos fin de máster/tesis de posgrado presentados por los doctorandos de la II cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar (URL) y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (UPV/EHU), para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», que representa la culminación exitosa de la primera fase doctoral.

Los temas que se discuten en los capítulos escogidos abarcan una variedad de temas de actualidad y relevancia en las ciencias jurídicas y sociales. Se incluyen discusiones sobre problemas actuales en el derecho tributario, análisis jurídicos desde la perspectiva feminista, el análisis crítico de ciertas tendencias en el derecho penal de hoy en día, estudios sobre la administración de justicia y la argumentación jurídica en materia constitucional y de derechos humanos, así como aproximaciones a temas novedosos en el derecho guatemalteco, tales como el derecho del consumidor y el derecho a la intimidad en las nuevas tecnologías.

Todas las investigaciones fueron dirigidas por doctores con reconocida trayectoria profesional, catedráticos de universidades españolas y europeas. Asimismo, fueron evaluadas por una comisión conjunta de autoridades de la URL y la UPV/EHU.

Se agradece por su importante colaboración a los autores y a los directores de estas investigaciones. A su vez, se les exhorta a que a través de su labor investigativa –incluyendo sus tesis doctorales– sigan contribuyendo a la creación de conocimiento nuevo y a la formulación de propuestas y modelos que ofrezcan soluciones viables y humanas a los problemas que actualmente aquejan al ser humano, la familia y la sociedad.

En esta oportunidad, la introducción estuvo a cargo del doctor Francisco Javier Caballero Harriet, director de los doctorados en Latinoamérica de la UPV/EHU, así como catedrático de varias materias relacionadas con la filosofía, teoría y sociología del derecho. Aprovechamos para hacerle un justo reconocimiento por toda su obra y, principalmente, por ser el creador y artífice de los másteres y doctorados latinoamericanos de la UPV/EHU, que han fortalecido a la educación superior, en aras de alcanzar la justicia y la paz en nuestras sociedades.

Dr. Larry Andrade-Abularach

Director

*Instituto de Investigación y Estudios Superiores en
Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ)*

*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 Investigación y Estudios Superiores en
Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ)*

Guatemala de la Asunción, abril de 2016.

Introducción

Dr. Francisco Javier Caballero Harriet*

Director de la Red Latinoamericana de Másteres y Doctorados

Debo confesar que desde el comienzo de la conformación de la Red Latinoamericana de Másteres y Doctorados, allí por finales del pasado siglo, tuve en mi mente la idea de que las tres «UCA»

* Nació en Zubiri (Navarra). Inició los estudios de Derecho en la Universidad de Deusto en Bilbao y, razones laborales (a la sazón era *pelotari* profesional) que le obligaron a trasladar su domicilio, hicieron que los finalizase en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU en Donostia/San Sebastián obteniendo el premio extraordinario de Licenciatura. En 1981, realizó la defensa de su tesis doctoral titulada *Aspectos antropológicos y Derecho natural en el Second Discours de J.J. Rousseau* en la Universidad Complutense de Madrid con la máxima calificación. Desde 1978 ejerce su docencia en la materia de Filosofía del Derecho en la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* habiendo obtenido la cátedra en 1993. Tras crear en 1985 el Laboratorio de Sociología Jurídica de Donostia, en 1989, fundó el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Ha realizado un gran número de investigaciones que ha cristalizado, entre otras, en publicaciones tales como *Naturaleza y Derecho en J.J. Rousseau, Apuntes para la Sociedad, el Estado y el Derecho de la postmodernidad* y *Algunas claves para otra mundialización*. Ha dictado un sinnúmero de conferencias, seminarios y cursos de Doctorado en Europa y América. Es, también, en la actualidad, profesor invitado en la Universidad de *Paris XII* y en la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Dirige y coordina la Red Latinoamericana de Másteres y Doctorados de la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (UPV/EHU) y dirige el Máster y Doctorado titulado “Sociedad democrática, Estado y Derecho” que se imparte en nueve universidades de ocho países (México, Puerto Rico, República Dominicana, Perú, Brasil, Bolivia, Chile y Guatemala) de América Latina. Ha dirigido una gran cantidad de trabajos de investigación y tesis doctorales. Ha recibido un gran número de distinciones académicas en diferentes universidades, fue nombrado doctor *honoris causa* por la Universidad Primada de América, la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) (04.03.2007), también fue nombrado profesor honorífico de la Universidad San Antonio Abad del Cusco (UNSAAC) (02.04.2009) (máxima distinción que esta universidad otorga).

–o al menos, una de ellas– formasen parte del proyecto. Y es que estimo que quien cree en que Latinoamérica es el futuro, cree a su vez en la esperanza y, además, cree en el espíritu del Jesús de los pobres, no podía ser de otra manera. La UCA de El Salvador, la UCA de Nicaragua y la «UCA» de Guatemala (la Universidad Rafael Landívar) han sido, para mí, el referente de un credo militante, estimulante, despertador de conciencias y propulsor de un auténtico desarrollo humano sostenible.

Y fue la «UCA» de Guatemala (la Universidad Rafael Landívar) la primera con la que establecí contacto a mediados del noventa y nueve (dos años después del inicio de la andadura latinoamericana en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos de Mayagüez-Puerto Rico). Fue el, a la sazón, embajador de México en Guatemala, mi amigo Salvador Arriola, quien hizo posible el contacto con el licenciado Herman Montoya, responsable de Relaciones Internacionales.

Me permito traer a colación el intercambio epistolar que en aquel momento mantuve con el licenciado Herman Montoya porque entiendo que la «pequeña historia», la infrahistoria que nunca se cuenta, es importante para entender la historia que, más tarde, se convertirá en oficial.

Con fecha 5 de julio de 1999 recibí en mi despacho de la Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián, a través de fax, una carta con el siguiente contenido:

«Atentamente me dirijo a usted con el objeto de enviarle un cordial saludo e informarle que, la Facultad de Derecho de la Universidad Rafael Landívar, cuenta con un departamento encargado de las relaciones internacionales e intercambios el cual persigue realizar y fomentar relaciones culturales y académicas con la Universidad y Centros de enseñanza de países Europeos y Americanos, razón por la cual le envío la presente, en virtud de haber tenido conocimiento de usted a través de una nota enviada a esta Facultad y por referencias proporcionadas por el Señor Embajador de México en Guatemala, Señor Salvador Arriola.

Es por ello que me gustaría intercambiar impresiones, con usted vía fax o e-mail, sobre las posibilidades existentes de celebración de acuerdos, convenios o proyectos conjuntos.

Por otra parte, deseo comunicarle que esta Facultad está interesada en promover intercambios académicos de docentes, personal administrativo (Decano, Vicedecanos, etc.) egresados y alumnos por lo que sería de gran utilidad para nosotros contar con la información que usted posea para programas de maestrías, doctorados, cursos, estancias, etc., con o sin financiamiento en los cuales puedan participar las personas indicadas.

Sin otro particular me suscribo de usted, esperando su respuesta».

Pareciera que mi amigo Salvador Arriola, el embajador mexicano en Guatemala, en algún momento hubiera leído en mi mente la ilusión de incorporar a las tres «UCA» en la Red Latinoamericana. No tengo conciencia de haber hablado del tema con Salvador. Nuestras conversaciones siempre han girado en torno a dos temas «amorosos»: Euskadi y la pelota vasca. Euskadi por ser la raíz común de nuestra identidad. La pelota vasca porque su *aita* fue *pelotari* y él es *pelotari*; porque mi *aita* fue *pelotari* y yo seré *pelotari* toda mi vida. Y, además porque «si el euskera es la forma de expresión lingüística de nuestro pueblo, la pelota vasca es la forma de expresión corporal de nuestro pueblo».

Sea como fuere, aquella carta del licenciado Herman Montoya me pareció como «llovida del cielo» y con fecha 9 de julio, vía *e-mail* respondí:

«Licenciado Herman Montoya: Acabo de recibir su fax de 5 de julio. Agradezco su comunicado y, en los próximos días, volveré a ponerme en comunicación con usted. Estimo que podemos iniciar un proceso de colaboración fructífera. Le adelanto que, en el momento actual, estoy ultimando la programación de dos cursos de doctorado que van a impartirse en Puerto Rico y República Dominicana a partir del próximo mes de septiembre. Quizás, un curso de doctorado con una programación similar a la de los países citados, pudiera ser una forma concreta de iniciar la relación a partir de la firma de un Convenio entre su Universidad y la Universidad del País Vasco. Si lo estima conveniente, puede ponerse en contacto conmigo por esta vía. De todas formas, le reitero que, próximamente, volveré a ponerme en contacto con usted. Si tiene oportunidad, salude a mi gran amigo el Embajador Salvador Arriola».

Días después, el 15 de julio, mantuve una conversación telefónica con el licenciado Herman Montoya tras la cual, al día siguiente, 16 de julio, le envié el siguiente mensaje vía fax:

«Tras la conversación telefónica mantenida en la tarde de ayer, le envío la documentación prometida. El próximo martes, día 20, le llamaré por teléfono para comentar su contenido y avanzar en la materialización de un Convenio entre nuestras Universidades. El modelo de convenio que le envío es el suscrito con la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos de Puerto Rico que es similar al que la Universidad del País Vasco acaba de suscribir con la Universidad Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana). El eventual Convenio con su Universidad debería contener algunas particularidades. Estamos en contacto. Un fuerte abrazo».

El periodo vacacional del verano supuso un pequeño paréntesis y el 8 de septiembre, reanudé el contacto con el licenciado Herman Montoya en los siguientes términos:

«Como le he adelantado vía e-mail, le envío la propuesta de Convenio que, eventualmente, pueda ser suscrito por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Urge una contestación para hacer posible la visita de nuestro Rector a su Universidad con ocasión del viaje que tiene proyectado a América Central a partir del 29 de septiembre. Espero su pronta respuesta. Un fuerte abrazo».

No tuve más respuesta o, al menos, no la recibí. Lo que con tanto entusiasmo había comenzado no tuvo continuidad y nada llegó a concretarse. Es posible que aquel no fuera el momento adecuado para que las relaciones entre la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* y la Universidad Rafael Landívar de Guatemala pudieran cristalizar. No obstante, no perdí la esperanza, tenía la firme convicción de que en un futuro, los astros volverían a alinearse y, de nuevo se daría la oportunidad, esta vez sí, de poder establecer una sólida y fructífera alianza.

Fueron necesarios diez años para que pudiera iniciarse la escritura de la historia oficial.

Mi querida compañera de la Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián, hoy decana de la misma, la doctora Juana Goizueta Vértiz, me hizo partícipe del interés que, de nuevo, la Universidad Rafael Landívar tenía de establecer lazos académicos con la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. La doctora Goizueta era portadora de la manifestación que el doctor Larry Andrade-Abularach, de la Universidad Rafael Landívar, le había

hecho, conteniendo, de manera más concreta, el deseo de que su Universidad formase parte de la Red Latinoamericana de Másteres y Doctorados, así como la solicitud de que el Máster para Doctorado «Sociedad Democrática, Estado y Derecho» fuera impartido en el campus de la citada universidad.

No voy a detallar la cantidad de reuniones de trabajo que realicé con el doctor Andrade-Abularach y el doctor Escobar Menaldo para finalmente concluir con la firma de los convenios, tanto general (8 de febrero de 2010) como específico (10 de mayo de 2010), entre la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* y la Universidad Rafael Landívar, que permiten graduar mediante títulos de ambas universidades en Máster y Doctorado en el área del Derecho. Simplemente señalaré que tener la oportunidad de conocer y trabajar con los doctores Larry Andrade-Abularach y Rolando Escobar Menaldo (decano de la Facultad de Derecho), y con el padre Rolando Alvarado López, S. J. (entonces rector de la Universidad Rafael Landívar) resultó ser una experiencia académica y humana extraordinaria. Tres intelectuales de altura que viven, aman y sufren Guatemala y, por ende, Latinoamérica. Con ellos, esta aventura intelectual y, por tanto, radicalmente humana, reitero, continúa siendo fascinante.

Desde el 2010 hasta este momento la alianza Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*-Universidad Rafael Landívar no ha dejado de dar frutos. Y como para muestra es suficiente un botón, les invito a que se adentren en las páginas de este excelente «botón intelectual» que supone la *Revista Jurídica XXIV*. En ella encontrarán trabajos correspondientes a diversas áreas del Derecho que evidencian importantes logros obtenidos en el proceso de maduración intelectual de sus autores. Los magísteres María Andrea Batres León, Mauro Salvador Chacón Lemus, Pablo Gerardo Hurtado García, Juan Luis Cano Chávez, Flor de María Sagastume Leytán, Angélica Yolanda Vásquez Girón, Ronel Emilio Estrada Arriaza, Gustavo Antonio Ordóñez Nájera y Alba Gabriela Osorio Portillo constituyen un sólido aval de nuestro «sueño latinoamericano».

Protección jurídica de la persona, su intimidad, honor y propia imagen en las nuevas tecnologías*

Mgtr. María Andrea Batres León**

Sumario: I. Los derechos fundamentales, la intimidad, el honor y la propia imagen en las nuevas tecnologías. II. Riesgos de las nuevas tecnologías y vulneración de derechos fundamentales. III. Autodeterminación informativa. IV. Derecho al olvido digital. A. El carácter relativo del derecho al olvido digital y su relación con otros derechos y garantías. B. Reconocimiento formal o informal del derecho al olvido digital en el ordenamiento jurídico. V. Procedimientos voluntarios o entre las partes, para la defensa de la intimidad, el honor y la propia imagen en Internet. VI. Protección jurídica de la persona y sus derechos fundamentales, a través de normas legales nacionales e internacionales. VII. Bibliografía. A. Referencias bibliográficas. B. Referencias electrónicas. C. Jurisprudencia analizada.

Dentro del planteamiento antes expuesto, continúa la preocupación sobre el resguardo de los derechos fundamentales de las personas, principalmente la intimidad, el honor y la propia imagen, no por ser los más importantes, sino porque se ha evidenciado que estos son los que se ven más afectados por el mundo virtual, que se resume en el intercambio de información, pues dentro de esa información transmitida van inmersos los valores y la moral de los seres humanos.

* Batres León, María Andrea, *El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en Internet y su aplicación en Guatemala*, Guatemala, 2014, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magister Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), capítulo IV, pp. 96-113.

** 2013-2014: Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. 2012: *Magister Artium* en Derecho Mercantil y Dirección de Empresas, Universidad

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LA INTIMIDAD, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Los derechos fundamentales asisten al hombre, sin importar circunstancias, factores externos, condiciones o el medio en que se desenvuelva, incluyendo el espacio virtual de la red. Los Estados a nivel mundial deben sentar las bases y políticas públicas para que esas garantías que reconocen la dignidad del hombre se sigan respetando en el ciberespacio, es decir, la tutela jurídica debe ser preventiva y supranacional.

Es recurrente que en la actualidad tecnológica se violen los principios inspiradores y filosóficos relacionados con los valores del hombre, pues los daños a la intimidad, al honor y a la propia imagen a veces son eternos, dado que en Internet queda guardada dicha información permanentemente, por lo que si no se otorga una tutela judicial efectiva a los afectados, los daños morales serán incuanticables e irreparables, pues no existiría indemnización suficiente para reparar un daño tan interno y tan vinculado con la esencia de la persona.

Francisco Marroquín, Guatemala. 2004: Posgrado en Derecho Civil, especialización en Contratos, Universidad de Salamanca. 2002: Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, Universidad Rafael Landívar. 2014-1997: Abogada y Notaria socia principal, en firma Batres & Batres, Notariado, Litigio y Administración desde 1997, ejerciendo como profesional liberal. 2011-2014: Docente de dedicación completa, Universidad Rafael Landívar, catedrática titular de Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Notarial y Derecho Informático. 2011-2014: Miembro de terna examinadora de Evaluaciones Comprensivas en Universidad Rafael Landívar. Asesora de tesis en Universidad Rafael Landívar y en Universidad de San Carlos de Guatemala. Autora de publicaciones en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (ahora, Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ) de la Universidad Rafael Landívar). Conferencista y participante activo en posgrados Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial y Universidad de San Carlos de Guatemala. Conferencista y panelista invitada en seminarios organizados por diversas cámaras de comercio en Guatemala. Conferencista en Diplomados impartidos por Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. 2011-2014: Miembro de Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino, representando a Guatemala por el período 2011 al 2015. 2003-2009: Abogada asesora Jurídica en Telefónica Móviles Guatemala, Sociedad Anónima, encargada área de contratación.

Definir y demarcar el contenido de estos derechos en la actualidad no es fácil y la forma de protegerlos es todavía más compleja, si se visualiza dentro de la «sociedad de la información» en la que se convive actualmente. Según la doctrina,¹ dicho ambiente informativo produce riesgos imprevisibles de manera continua que condenan a la ciencia del Derecho a permanecer rezagada de la tecnología y dificultan una concepción unívoca o estática de la intimidad.

Las propias doctrinas que analizan la libertad de emisión del pensamiento² establecen que el avance técnico, que permite una difusión prácticamente mundial de la información, ha comenzado a plantear diversos problemas jurídicos desde la atribución y defensa de los derechos y autor, hasta la posibilidad de publicar por todos los rincones del globo mensajes injuriosos y delictivos, pasando por el debate sobre control de los contenidos, la seguridad de la transmisión de información y transacciones comerciales o la propia idiosincrasia y normativización de las propias redes telemáticas, el ciberespacio, y dentro del periodismo electrónico, han promovido un debate jurídico.

Si bien la legislación vigente y jurisprudencia, como fue analizada, contiene un buen número de disposiciones que regulan la materia de la intimidad y la información, es evidente que hay lagunas creadas por el avance tecnológico que deben ser llenadas con legislación específica, sobre todo en materia de intimidad, honor e imagen en las nuevas tecnologías, que establezcan y regulen los derechos de los individuos.

De conformidad con lo analizado en capítulos anteriores, ya se conoce doctrinaria y legalmente los alcances y límites a la intimidad, el honor y la propia imagen, por lo que se abordarán soluciones desde la perspectiva constitucional, para minimizar los riesgos frente a los avances de las nuevas tecnologías.

1 Arnagnague, Juan F. Director, Ábalos, María G., y Arrabal de Canals, Olga P. Coordinadoras. *Derecho a la información, hábeas data e Internet*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 2002, p. 520.

2 Armañanzas, Emy, Díaz Noci, Javier, Meso, Koldo. *El periodismo electrónico. Infomación y servicios multimedia en la era del ciberespacio*. Barcelona, España, Editorial Ariel, 1996.

II. RIESGOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A finales de los sesenta se empieza a reconocer internacionalmente por parte de las Naciones Unidas el potencial peligro que para los derechos de las personas –y en especial, para la intimidad personal– suponían las nuevas tecnologías, por lo que los debates sobre la incidencia del uso de la electrónica en los derechos individuales iniciaron en ese momento y a la fecha continúan.

Como una aproximación inicial se puede decir que el uso de la tecnología presenta dos grandes retos para el Derecho, uno derivado de la protección de los derechos de la personalidad del individuo y la dignidad de la persona y otro relativo al sistema de garantías y contrapesos de un Estado democrático.

Cada vez más la intimidad se ve amenazada por la sociedad de la información, pues se reconoce la utilidad de la información y el derecho de acceder a esa información; también se reconoce la intimidad, pero ¿cuál es el equilibrio perfecto? Por otra parte, el posible mal uso de la tecnología en manos del Estado, que detenta información sensible de los ciudadanos, así como en manos de particulares (como entidades financieras, empresas de auditoría, entre otras), crea diversos riesgos que pueden suponer una amenaza de agresión a la intimidad de los gobernados o de los usuarios de los servicios.

A continuación se perfila una descripción no limitativa de los posibles riesgos en el uso de las nuevas tecnologías:

- a) Intromisión, con o sin consentimiento a la vida privada e íntima.
- b) Sustracción, legal o ilegal, del bien intangible más importante en la era tecnológica: la información.
- c) Menoscabo de la condición digna de ser humano, al transmitirse en segundos datos, imágenes, noticias, correos electrónicos, tendencias en redes sociales y demás información, veraz o no, que afecten directamente lo más sagrado de la persona, su honor y su propia imagen.

- d) Daño irreparable al honor y a la propia imagen de la persona, pues toda la información queda registrada en el ciberespacio de forma permanente, para siempre.
- e) Falta de control del individuo sobre la información de su persona que circula en la red.
- f) Sociedad vigilada y controlada por los gobiernos, lo cual puede generar otras implicaciones y persecuciones de tipo político.
- g) Estafas y fraudes en línea.
- h) Rastreo y monitoreo en línea e identificación de los usuarios, sus gustos, preferencias y demás, pues se crean perfiles de los usuarios en Internet (los posibles responsables son las entidades participantes en Internet y en la sociedad de la información, como buscadores, correos electrónicos, redes sociales, localizadores, etcétera). El tema del rastreo ha sido discutido internacionalmente, a tal punto que las conferencias internacionales en materia de protección de datos y privacidad emitieron recomendaciones para minimizar esta intromisión a la intimidad, que consisten en respetar los límites de los derechos fundamentales, contar con herramientas de seguridad informática, abstenerse de utilizar las herramientas de rastreo, garantizar la transparencia y proteger los derechos de menores, entre otros.

Ahora bien, ¿qué mecanismos legales han ido desarrollando la doctrina y la legislación internacional para restituir los derechos de los individuos?, algunos como la autodeterminación informativa y el derecho al olvido y al silencio pudieran ser la solución.

III. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El derecho a la intimidad se compone de una fase negativa (pasiva), que consiste en el derecho del individuo a vivir en paz y en soledad, y de una fase positiva (activa), constituida por el principio de autodeterminación informativa o de poder de control sobre los datos personales. La autodeterminación informativa aporta ingredientes novedosos y perspectivas todavía no suficientemente exploradas, que los tribunales constitucionales deberán explorar en casos concretos y los legisladores en forma general. Pues si bien es cierto, *se relaciona*

con la intimidad y la privacidad (el género), su enfoque va más encaminado a la protección de datos (la especie), que se configuran dentro de estos derechos. Sin embargo, se refiere a una protección más limitada, específica y puntual. Por ende, la analizaremos brevemente rescatando los aspectos positivos de esta garantía que pudieran coadyuvar a la protección de la intimidad y la privacidad.

Doctrinariamente el primer autor que mencionó este derecho fue Pérez Luño;³ denominándolo *libertad informática*, sostiene que este derecho autónomo va más allá de la personalidad y aunque se relaciona con la intimidad, no solo lo hace con esta sino también con otros derechos, como la identidad. Establece que la libertad informática es la facultad de conocimiento, acceso y control de las personas sobre la información que les concierne; y que la autodeterminación informativa es la facultad sobre lo que se ha revelado y el uso de los datos. Estas figuras jurídicas son reconocidas por la Constitución Española.

Posterior a Pérez Luño, fue el autor Lucas Murillo⁴ quien definió la autodeterminación informativa como:

«El control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad. En su formulación como derecho, implica necesariamente poderes que permitan a su titular definir los aspectos de su vida que no sean públicos, que desea que no se conozcan, así como facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan terceros informáticamente son exactos, completos y actuales, y que se han obtenido de modo leal y lícito».

Otros puntos de vista doctrinarios⁵ mencionan que se trata de analizar los derechos que garantizan a la persona la defensa frente a posibles abusos y lesiones que pueda sufrir como consecuencia de

3 Pérez Luño, Antonio-Enrique. «Informática y Libertad. Comentario al Artículo 18.4 de la Constitución Española». España, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Número 24, Noviembre-Diciembre 1981.

4 Martínez Martínez, Ricardo. «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas». Catalunya, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2007.

5 Carrascosa López, Valentín (director). «Informática y Derecho 6-7». Recopilación del texto *Los Derechos de las personas en la LORTAD*, de Orozco Pardo, Guillermo. Mérida, España, UNED, Universidad Nacional de Educación a Distancia Centro Regional de Extremadura, 1994, p. 194.

la utilización ilícita de medios informáticos; tales perjuicios pueden lesionar no solo su intimidad u honor, sino que afectan también libremente el ejercicio de sus derechos, es decir, se trata de disponer de unas garantías que protejan globalmente a la persona.

Dicha postura doctrinaria, de Guillermo Orozco Pardo, continúa afirmando la importancia del bien jurídicamente protegido en el derecho a la libre autodeterminación informática. En razón de ello se arbitra todo un complejo sistema de derechos y deberes tendentes a garantizar el cumplimiento de los fines que la norma persigue: la protección integral de la dignidad, libertad y privacidad de la persona y el aseguramiento del libre ejercicio de sus derechos.

Para efectos del presente análisis se puede apreciar que el principio de autodeterminación informativa es una garantía que permite a la persona el control de sus datos personales (es más, se considera como el antecedente del *habeas data*); sin embargo, no restituye las violaciones a derechos fundamentales como la intimidad, el honor y la propia imagen. Por ende, se considera que es un resguardo más específico a vulneraciones puntuales, como la revelación de datos personales (una afectación a la privacidad). Pero las lesiones a la intimidad y el menoscabo al honor y a la propia imagen merecen un reconocimiento mayor y una efectividad al momento de pretender titularlos. No obstante, es muy útil utilizar la autodeterminación informativa como mecanismo de protección.

Por su parte, Ana Rosa González Murua,⁶ al exponer la relación entre el derecho a la intimidad y la protección de datos, busca resolver la aplicación práctica de la autodeterminación informativa; al efecto indica:

«La solución no resulta tan sencilla cuando de lo que se trata no es de una vulneración del honor o la intimidad en sentido estricto. Como hemos visto anteriormente, el derecho a la autodeterminación informativa se articula en una serie de derechos: consentimiento informado, información, acceso, rectificación, etc. Estos derechos funcionan como mecanismos que evitan o previenen la vulneración de cualquier

6 González Murua, Ana Rosa. *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*. Barcelona, Universidad del País Vasco. Working Paper n. 96, 1994.

derecho a la intimidad puede conducir a situaciones diferentes en nuestro ordenamiento jurídico...».

Asimismo, la autora continúa afirmando:

«... el gran problema reside, a mi juicio, en la aplicación práctica del derecho, en el caso por caso, de las dos concepciones extensa y restringida del derecho a la intimidad. Es decir, en calificar jurídicamente a dos realidades distintas bajo la misma denominación. Así nos podríamos encontrar que un responsable de fichero al interpretar el derecho de las personas a acceder a sus datos personales, entendiera la intimidad de forma restrictiva, concediéndole al afectado sólo el acceso a sus datos íntimos. Por tanto urge la clarificación y el decantamiento en la sociedad de los conceptos a los que se alude cuando se utilizan las expresiones derecho a la intimidad, derecho a la intimidad informativa, y derecho a la autodeterminación informativa».

En este sentido, se comparte el criterio de la autora que se cuestiona si la autodeterminación informativa será suficiente para la lesión de los derechos fundamentales relacionados con la personalidad y que a los juristas y órganos jurisdiccionales compete definir y delimitarlos, con la finalidad de encontrar una salida en pro del respeto a estos derechos en las nuevas tecnologías.

De tal cuenta, en materia jurisprudencial, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, a pesar de no existir regulación al respecto, *ha definido vagamente y de forma confusa el principio de autodeterminación informativa*, en dos sentencias sobre temas distintos y donde se evidencia un criterio tradicional, pues busca aplicar las normas jurídicas que se conocen a nuevas figuras jurídicas, tal como se establece en dos sentencias que se analizan a continuación:

- a) *Expediente 684-2006*⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el interponente del recurso de amparo reclamó la negativa por parte de la autoridad impugnada, de mostrarle las actuaciones obrantes en un expediente judicial, por lo que reclama la violación al principio de publicidad de los actos administrativos, al derecho de libre acceso de tribunales, derecho de defensa,

7 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia dentro del *Expediente 684-2006*, Guatemala, 29 de noviembre de 2006.

etcétera. Al efecto, la Corte amparó al afectado, restituyéndole sus garantías al indicar:

«Las nuevas tendencias doctrinarias hacen una distinción entre dos elementos o conceptos que integran el derecho a la información, siendo éstos, la “libertad informática” y la “auto determinación informativa”. La libertad informática consiste, básicamente, en la posibilidad de acceder a las fuentes de información, a los registros y archivos de dominio público y en fin a cualquier otro banco de datos; por otro lado, la auto determinación informativa hace alusión al derecho de toda persona de acceder, rectificar y complementar la información que de ella conste en los distintos archivos existentes, a la confidencialidad y exclusión de la misma. En el presente caso, la violación denunciada es contra la libertad informática por ende, el pronunciamiento final no hará alusión alguna en cuanto a la autodeterminación informativa, y se circunscribirá a considerar las circunstancias especiales en las cuales el amparista acude a esta vía, denunciado la violación de los artículos constitucionales indicados».

En esta sentencia se evidencia que la Corte de Constitucionalidad utilizó un argumento de legislaciones extranjeras para resguardar el derecho a la publicidad de los procesos judiciales, al efecto se considera que el tribunal constitucional *interpretó* e integró erróneamente el principio de autodeterminación informativa, pues aquí no se dio ninguna vulneración a datos personales ni a la privacidad, simplemente el amparista reclamó un legítimo derecho constitucional. Sin embargo, *es el primer antecedente jurisprudencial en Guatemala, en el que se define el principio de autodeterminación informativa; por eso debe tomarse en cuenta, aunque su aplicación no sea efectiva para resguardar una garantía constitucional en el caso concreto de estudio.*

- b) Expediente 1356-2006⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Este expediente fue analizado anteriormente, se refiere a un proceso de amparo donde el afectado reclama la violación a la intimidad por parte de una entidad comercializadora de datos personales. Se evidencia que el tribunal constitucional guatemalteco nuevamente confunde el derecho humano de la intimidad con la autodeterminación informativa, es decir, otorga la protección constitucional a través de este principio,

8 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Sentencia dentro del Expediente 1356-2006*. Guatemala, 11 de octubre de 2006.

fundamentándose en la Constitución colombiana y en la española. A continuación se extrae puntualmente lo que la Corte expresó al respecto:

«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 relevancia de la protección del derecho antes indicado ya ha sido aceptada en la legislación constitucional comparada, citándose, a guisa de ejemplo, lo regulado en los artículos 15 de la Constitución Política de la República de Colombia (1991), en el que se reconoce que “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”; y 18.4 de la Constitución Española (1978), que al hacer referencia a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, impone la obligación de que sea por medio de una ley que se limite “el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”».

En conclusión, el principio de autodeterminación informativa, con las características antes mencionadas, pudiera servir para resguardar al individuo de algunas vulneraciones, no de todas, pues la naturaleza de este principio es proteger los datos personales⁹ –como se analizó anteriormente– y no tutelar la dignidad e intimidad de la persona. Asimismo en el caso de Guatemala al no tenerlo legislado, no sería una medida proteccionista frente a los abusos a los derechos fundamentales de la personalidad, pues no se podría invocar la violación a esta garantía al no existir como tal, mientras que los derechos fundamentales son oponibles *erga omnes* siempre, por lo que ante el vacío legal se debe continuar con los mecanismos tradicionales como el amparo para obligar al Estado a intervenir, restituir derechos y fijar la compensación económica que corresponda para reparar los daños ocasionados.

IV. DERECHO AL OLVIDO DIGITAL

Uno de los principales problemas y retos que presenta la tecnología, como se mencionó anteriormente, es que la información (correcta, incorrecta, veraz o falsa), queda permanentemente grabada en los servidores que se interconectan en redes y que conforman Internet, por lo que es necesario que el Derecho encuentre mecanismos para evitar que esa información continúe ocasionando daños a la intimidad, privacidad, honor y propia imagen de las personas, *pues estos daños se potencializan, cada vez que la información es consultada por los usuarios*, es decir, jamás cesarían de generarse lesiones para los derechos de la personalidad de los seres humanos.

En el mundo virtual (redes sociales, buscadores, páginas de Internet, correos electrónicos, mapas electrónicos, etcétera) circula una infinidad de datos personales como fotografías, información personal, noticias, sátiras, bromas, entre otras, sobre los cuales existe un vacío en su protección, por ende es necesario establecer algún mecanismo para la caducidad de tal información, este es denominado el derecho

9 Organización de los Estados Americanos –OEA–. Extracto del artículo electrónico *Interrelación entre protección a la privacidad, protección de datos y habeas data*. Washington, D.C. Departamento de Derecho Internacional. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/proteccion_de_datos_privacidad_habeas_data.htm.

al olvido, y procede en casos en que dicha información sea de contenido negativo para el titular o un tercero vinculado.

Sin embargo, debe cuestionarse *si el derecho al olvido podría aplicar no solo con información negativa, sino debe ser una garantía para eliminar cualquier registro, noticia o imagen de una persona, si esta así lo desea y solicita.*

Esta figura jurídica de reciente creación en legislaciones más avanzadas como la española, también ha sido denominada «derecho al silencio» pues se relaciona con eliminar el rumor informático; para el efecto el autor Panuccio¹⁰ lo define como «el derecho a eliminar el dato personal de la memoria colectiva, cancelando aquellos datos que han perdido el contenido de interés, actualidad u oportunidad, en este sentido sería un derecho a la cancelación de oficio, si bien ésta es un medio para la realización de aquél».

Por otra parte, Castellano Simón¹¹ muy puntualmente establece que se ha planteado la necesidad de reconocer el derecho al olvido entendido como el derecho a equivocarse y volver a empezar, que se concretaría en la capacidad de exigir el borrado de los datos personales que contiene Internet e incluso, oponerse al tratamiento que hacen los motores de búsqueda de datos personales incluidos en fuentes accesibles al público, por lo que el derecho al olvido se refiere a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan, es el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene.

Con la finalidad de ejemplificar el derecho al olvido, se ha analizado la jurisprudencia española, específicamente un caso planteado por Google Spain contra la Agencia Española de Protección de Datos, en una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en el Asunto C-131/12 de fecha 25 de junio de 2013, al respecto el Abogado General presentó algunas conclusiones, en el sentido de indicar que los motores de búsqueda no son los obligados

10 Carrascosa López, Valentín, Director. Op. cit., p. 186.

11 Castellano, Pere Simón. *El derecho al olvido en el universo 2.0*. Barcelona, 2012. Disponible en <http://bid.ub.edu/28/simon2.htm>.

a eliminar o borrar información que no está alojada en sus servidores, como se establece a continuación:

«... Sin embargo, no se puede considerar al proveedor de servicios como responsable del tratamiento de tales datos personales [...] a excepción de los contenidos del índice de su motor de búsqueda, siempre que el proveedor del servicio no indexe o archive datos personales en contra de las instrucciones o las peticiones del editor de la página web [...]. Los derechos de cancelación y bloqueo de datos, y el derecho de oposición [...] no confieren al interesado el derecho a dirigirse a un proveedor de servicios de motor de búsqueda para impedir que se indexe información que le afecta personalmente, publicada legalmente en páginas web de terceros, invocando su deseo de que los usuarios de Internet no conozcan tal información si considera que le es perjudicial o desea que condene al olvido».

Del estudio del anterior caso de la jurisdicción española, se difiere de algunos criterios, pues si bien es cierto los motores de búsqueda no son responsables del contenido de la información publicada en Internet, sí son responsables de brindar a los usuarios el acceso necesario a dichas páginas, por ende Google sí podría esconder la información perjudicial, dejarla en el olvido.

A. El carácter relativo del derecho al olvido digital y su relación con otros derechos y garantías

En vista que el derecho al olvido busca la garantía de los derechos fundamentales de los seres humanos, es evidente que una de sus características es la relatividad, pues previamente a determinar si una persona tiene derecho al olvido en Internet, debe establecerse que la información es una intromisión a su intimidad o un menoscabo a su honor y su propia imagen. Pues lo que se pretende es que sea una respuesta a una violación a un derecho fundamental, y no que toda persona borre información que no le conviene, pues violaría el derecho de libertad de emisión del pensamiento y el derecho de acceso a la información; sin embargo, el criterio más garante de la persona sería que siempre se pudiera reclamar ese olvido, no sólo en casos puntuales.

B. Reconocimiento formal o informal del derecho al olvido digital en el ordenamiento jurídico

Se acota en que es necesario que el derecho al olvido esté regulado en las legislaciones; o bien, que exista un reconocimiento de carácter privado por la propia página de Internet en la que se publica la información, como una advertencia legal, o un contrato donde se prevea el retiro de información, como es el caso de la información publicada en redes sociales, donde se hace una declaración previa y posteriormente esta puede ser retirada en cualquier momento, sin embargo esto no significa que la información sea eliminada de los servidores de las redes sociales, o que sea eliminada de la famosa «nube» donde se guarda la información.

Es decir que este derecho debe ser reconocido para que pueda hacerse valer, pues actualmente en Guatemala no existe un mecanismo que permita a las personas reclamar la eliminación de información perjudicial en páginas de Internet guatemaltecas, en las internacionales sí, con la interpretación de otras legislaciones y jurisprudencias.

En conclusión, el derecho al olvido es una figura jurídica muy innovadora y útil, asimismo provee mecanismos prácticos para reclamar la eliminación de la información. Sin embargo, el riesgo persiste, pues este derecho al olvido no protege de todas las posibles violaciones y supuestos, pues aunque la información se borre del mundo virtual, siempre quedará perpetuada en los servidores y registros (pues nada se elimina de Internet, siempre queda un rastro o una huella), o bien puede haber quedado resguardada en los archivos personales de los usuarios que oportunamente descargaron la información, por lo que las lesiones a los derechos no terminan con la utilización del derecho al olvido.

V. PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS O ENTRE LAS PARTES, PARA LA DEFENSA DE LA INTIMIDAD, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN INTERNET

Actualmente las normas que existen para Internet son pactadas en forma privada entre las partes que interactúan en el ciberespacio.

En Internet, la interconexión total representa por sí misma un elemento que hace difícil y tal vez imposible, con la actual tecnología

existente, efectivizar un acceso preventivo o punitivo. La única posibilidad de manipulación de información responsable, es la decisión soberana del receptor de la información, es decir, la autocensura. Por ende, es el destinatario final el encargado de autocensurarse o establecer los mecanismos técnicos adecuados para el autofiltrado de los sitios inconvenientes.

La autorregulación de Internet establece que cualquier violación por parte de entidades privadas, deberá resolverse a la luz de las políticas de privacidad pactadas y aceptadas previamente por la voluntad de las partes que interactúan en el mundo virtual. Asimismo, las propias empresas que proveen servicios de Internet, se encargan de que el mercado en el que se desarrollan vaya excluyendo a las empresas que no cumplen con principios éticos. Esta forma de control, en principio sorprende, sin embargo, tiene sentido cuando se analiza desde el punto de vista de la tecnología, necesitan buscarse mecanismos más ingeniosos de protección.

En este proceso de autocontrol de los participantes de Internet, debe tomarse en cuenta la responsabilidad de los proveedores de contenidos o proveedores de servicios de Internet, ya que de ellos dependen las limitaciones al acceso del contenido que circula en la red, su responsabilidad podría ser regulada, por medio de acuerdos o convenios entre todos los proveedores del servicio de Internet, o por la propia legislación que los sancione.

En Guatemala existió un intento de regular un precepto similar, pues existe una iniciativa de ley denominada «Ley del Cibercrimen» que respondía a los acuerdos pactados por Guatemala en el Convenio de Budapest. En dicha iniciativa de ley se responsabilizaba a los proveedores de servicios de Internet de toda la regulación, control y persecución de las actividades ilícitas en Internet, sin embargo dicha ley quedó en el olvido del Congreso de la República de Guatemala desde hace más de cinco años.

En vista que Internet incorpora compartir información libremente, se entiende que los sujetos que interactúan lo hacen voluntariamente, han otorgado su consentimiento (expreso o tácito) y están enterados de las responsabilidades, deberes, derechos y obligaciones que conlleva esa interacción virtual. Por ende, se han definido ciertos procedimientos que permiten la autorregulación de Internet, como:

- a) *Autonomía de la voluntad*, es el principio rector de Internet, que inspira las relaciones jurídicas de distinta naturaleza que surgen todos los días en la red.
- b) *Buenas prácticas*, también denominado buenos modales cibernéticos, es decir, reglas de cortesía sobre la conducta a observar en Internet.
- c) *Políticas de privacidad*, también denominados avisos legales o protecciones de uso, es decir, son las advertencias que contienen las páginas de Internet, así como contratos de adhesión a los que los usuarios se adhieren. Con estas políticas los usuarios otorgan su autorización y consentimiento para el uso de su información, o para la intromisión en su privacidad.
- d) *Normas contractuales*, acuerdos de voluntades privados suscritos por las personas que interactúan.
- e) *Protección por medio de las reglas del mercado*, el propio mercado se va ajustando e Internet excluye a los proveedores de servicios de Internet que no sigan las reglas de la red.
- f) *Exclusión de responsabilidades*, en cualquier página de Internet existe el aviso legal donde el proveedor de servicios de Internet se excluye de responsabilidades y solicita el consentimiento del usuario para continuar.
- g) *Advertencias de organismos internacionales*, sobre la publicación de información ilegal, deshonesto, inmoral, que deshonre la dignidad, moral y las buenas costumbres de las sociedades.
- h) *Prohibición de páginas ilegales*, que contengan material subversivo, pornográfico, contenidos que violen la propiedad intelectual, etcétera.

En conclusión Internet ha desarrollado formas creativas de autorregulación y protección, lastimosamente desde la óptica de los proveedores de servicios de Internet, con la finalidad de cuidarse estos las espaldas frente a posibles indemnizaciones. Sin embargo, no son mecanismos que garanticen a los individuos que interactúan en el ciberespacio, por lo que el reto y la asignatura pendiente es lograr que todas las políticas de autorregulación, protejan a la persona, como fin último del Estado y como sustento de los derechos fundamentales.

VI. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES, A TRAVÉS DE NORMAS LEGALES NACIONALES E INTERNACIONALES

Al haber delimitado y definido las dos posturas sobre el control que el Estado puede ejercer sobre Internet, es decir, la regulación legal y la autorregulación, queda evidenciado que Internet no puede restringirse ni limitarse.

Acotando en aspectos doctrinarios finales, existen posturas que establecen que para proteger a la persona y sus derechos fundamentales, existen vías de solución en el derecho positivo,¹² las cuales son: técnica de balance, exigencia de consentimiento del individuo, el principio de gratuidad, la superación del interés del individuo por el de la humanidad (humanidad no debe ser confundida con colectividad).

Se considera que una posible solución es crear legislaciones tendentes a regular la conducta de los participantes en Internet, que son tres: (a) proveedores de servicios de Internet; (b) los servidores, que actualmente tienen una participación más activa, por la utilización de la nube virtual, como un archivo de la información mundial; (c) usuarios.

Dentro de esta regulación de la conducta y el comportamiento de los participantes, puede incluirse el control cruzado entre participantes; responsabilizar directamente las acciones de los usuarios; responsabilizar a los proveedores de servicios, es decir, que estos sean los responsables civilmente de las indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados; que el Estado sea el ente rector que tutele estas conductas sociales; y por ende responsabilizar a los Estados por violaciones a Derechos Humanos.

En tal sentido, dichos aspectos doctrinarios ejemplifican posibles formas de protección, como: (a) emitir una regulación legal mínima que rijan solamente determinadas conductas de los participantes; (b) fomentar principios generales del derecho que colaboren

12 Farjat et al., *El Derecho y Las Nuevas Tecnologías. Separata de la Revista del Derecho Industrial* No. 33. Buenos Aires: De Palma, 1990.

con el desarrollo de la autorregulación, es decir, que el Derecho asista y asesore la autorregulación; (c) que el Estado sea el garante de la protección de los derechos humanos individuales, y que asegure su ejercicio frente a terceros, es decir, que exista un efectivo Estado de Derecho que permita reclamar las vulneraciones a los derechos fundamentales como intimidad, honor y propia imagen, y responsabilizar civilmente a quien corresponda, para lograr una reparación de los daños ocasionados.

En conclusión, se matiza en que los derechos de la personalidad derivados de la dignidad del ser humano, es decir, la intimidad, el honor y la propia imagen, son derechos independientes pero pueden interrelacionarse como un todo, son inalienables e inseparables a la persona, son imprescriptibles y se han visto seriamente afectados por la tecnología, por lo que el Estado como ente rector, debe garantizarlos y tutelarlos, definiendo los mecanismos legales y las políticas públicas necesarias, no solo para garantizarle a los ciudadanos un libre ejercicio de estos y un pleno desarrollo de su personalidad, sino también para sancionar a los responsables y restituir el menoscabo a las víctimas, mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes que reparen los daños y perjuicios ocasionados.

VII. BIBLIOGRAFÍA

A. Referencias bibliográficas

ARMAGNAGUE, Juan F. Director, Ábalos, María G., y Arrabal de Canals, Olga P. Coordinadoras. *Derecho a la información, hábeas data e Internet*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 2002.

ARMAÑANZAS, Emy, Díaz Noci, Javier, Meso, Koldo. *El periodismo electrónico. Infomación y servicios multimedia en la era del ciberespacio*. Barcelona, España, Editorial Ariel, 1996.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín (director). «Informática y Derecho 6-7». Recopilación del texto *Los Derechos de las personas en la LORTAD*, de Orozco Pardo, Guillermo. Mérida, España, UNED,

Universidad Nacional de Educación a Distancia Centro Regional de Extremadura, 1994.

FARJAT *et al.*, *El Derecho y Las Nuevas Tecnologías. Separata de la Revista del Derecho Industrial No. 33*. Buenos Aires: De Palma, 1990.

GONZÁLEZ MURUA, Ana Rosa. *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*. Barcelona, Universidad del País Vasco. Working Paper n. 96, 1994.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricardo. «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas». Catalunya, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. «Informática y Libertad. Comentario al Artículo 18.4 de la Constitución Española». España, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca). Número 24, Noviembre-Diciembre 1981.

B. Referencias electrónicas

CASTELLANO, Pere Simón. *El derecho al olvido en el universo 2.0*. Barcelona, 2012. Disponible en <http://bid.ub.edu/28/simon2.htm>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS –OEA–. Extracto del artículo electrónico *Interrelación entre protección a la privacidad, protección de datos y habeas data*. Washington, D.C. Departamento de Derecho Internacional. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/proteccion_de_datos_privacidad_habeas_data.htm.

C. Jurisprudencia analizada

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA. *Sentencia dentro del Expediente 1356-2006*. Guatemala, 11 de octubre de 2006.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA. *Sentencia dentro del Expediente 684-2006*, Guatemala, 29 de noviembre de 2006.

Las normas iusfundamentales de derechos sociales*

*Mgtr. Mauro Salvador Chacón Lemus***

Sumario: I. Los derechos sociales como derechos humanos prestacionales. II. Los derechos sociales como mandatos constitucionales. III. Los derechos sociales como derechos públicos subjetivos. IV. Los derechos sociales como parámetros de control. V. Referencias bibliográficas. A. Fuentes doctrinarias. B. Fuentes normativas. C. Fuentes jurisprudenciales. D. Otras.

I. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS HUMANOS PRESTACIONALES

La Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985 y vigente desde el 14 de enero de 1986, identifica su Título II con el acápite de Derechos Humanos, el cual está dividido por cuatro capítulos:

- a) Capítulo I, titulado «Derechos Individuales»;
- b) Capítulo II, denominado «Derechos Sociales»;
- c) Capítulo III, «Deberes y derechos cívicos y políticos»;
- d) Capítulo IV, con el título «Limitación a los Derechos Constitucionales».

* Chacón Lemus, Mauro Salvador, *El control judicial de los derechos sociales*, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), Guatemala, 2014, capítulo I, pp. 1-30.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco; Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar año 2010; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Universidad de San Carlos de Guatemala, año 2005.

Ese Capítulo II de «Derechos Sociales» está dividido por secciones, en la forma siguiente:

- Sección primera, familia;
- Sección segunda, cultura;
- Sección tercera, comunidades indígenas;
- Sección cuarta, educación;
- Sección quinta, universidades;
- Sección sexta, deporte;
- Sección séptima, salud, seguridad y asistencia social;
- Sección octava, trabajo;
- Sección novena, trabajadores del Estado
- Sección décima, régimen económico y social.

En Guatemala, la primera Constitución que reconoció un contenido similar al de ese capítulo segundo es la que surgió del triunfo de la Revolución de Octubre de 1944, promulgada el 11 de marzo de 1945, en la cual se adoptaron los postulados del constitucionalismo social. La Constitución de ese período, en su Título III, denominado

En el mes de septiembre del año 2007 fue participante del VIII Curso de Justicia Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

Desde el año 2007 se desempeña como Catedrático Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala.

Desde octubre del año 2005 a la fecha Abogado Asesor de Magistratura (Letrado) de la Corte de Constitucionalidad. En 2008, Coordinador del Programa de Difusión de la Cultura Constitucional de la Corte de Constitucionalidad. En 2012-2013, Coordinador del Proyecto de Gestión Judicial Electrónica para la Corte de Constitucionalidad.

Publicaciones: en *Revista Jurídica* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar: XXIII: “El derecho de la mujer guatemalteca a ser electa”; XXII: “El derecho a la protección de datos en Guatemala”. XXI: “Elementos de control de constitucionalidad de las reformas a pensiones sociales en Guatemala” XX: “Justiciabilidad de los derechos ambientales”. En *Opus Magna Constitucional* del Instituto de Justicia Constitucional de la Corte de Constitucionalidad: Tomo X: “Los Derechos Sociales, su protección jurisdiccional”; Tomo IX: “Notas relacionadas con las disposiciones reglamentarias de la Corte de Constitucionalidad”; Tomo VIII: “La Ponderación de principios en la justicia constitucional guatemalteca”; Tomo VI: “La tecnología al servicio de la justicia constitucional”; Tomo III: “Interpretación constitucional del derecho a optar a empleos o cargos públicos”; Tomo II: “Los derechos sociales”; Tomo I: “Los derechos fundamentales”.

Garantías Individuales y Sociales, conformado por dos capítulos, «Garantías Individuales», el primero y «Garantías Sociales», el segundo. Este último estaba dividido en cuatro subcapítulos: Sección I, trabajo; Sección II, empleado público; Sección III, familia; Sección IV, cultura. Además, esa Constitución poseía un Título IV, con el nombre de «Régimen económico y hacendario». Similar división poseía la Constitución emitida el 2 de febrero de 1956, pero en capítulos contenidos en el Título de «Derechos Humanos»; igualmente lo hizo la Constitución emitida el 15 de septiembre de 1965, en su Título III, denominado de nuevo como «Garantías Sociales».¹

Según reza el Preámbulo de la Constitución de 1985, el poder constituyente fue inspirado, respecto del catálogo de derechos, de la siguiente forma: «decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular» y los considera 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 en esa materia, aceptados y ratificados por Guatemala. En ese sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 44, 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 46, establece que en materia de derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno los convenios y tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

Al respecto del catálogo de derechos humanos, la Corte de Constitucionalidad ha determinado:

«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 éste, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es ínsita respecto de la persona humana».² El resaltado es propio.

1 Vid. *Digesto Constitucional* [en línea], Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2001. Disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2038/pl2038.htm>. [Consulta: 22-08-2014].

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

Ese reconocimiento lo hizo respecto de un derecho inherente en concreto –a la intimidad y el honor– que no aparece en el texto constitucional:

«... la 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...».³ [Lo resaltado es propio].

Cabe aclarar que, a pesar de que en el ámbito del Derecho Constitucional General (sobre todo el Europeo), los derechos positivados en los textos constitucionales suelen ser denominados como «derechos fundamentales»,⁴ debe observarse que la Constitución guatemalteca los agrupa como Derechos Humanos y en ninguna parte de su texto aparece la referida expresión de fundamentales,⁵ ni siquiera en los

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

4 Ese carácter de derechos humanos positivados en textos constitucionales ha sido recogido incluso en el Diccionario de la Real Academia Española, el cual los define como: «Los que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior», <http://buscon.rae.es/drae/>. [Consulta: 22-08-2014]. De la doctrina, puede considerarse la explicación de Antonio Pérez Luño: La expresión derechos fundamentales, actualmente, está relacionada con los derechos humanos consagrados en el derecho positivo, mientras que la fórmula: derechos humanos es la que se adopta en el plano internacional en Cascajo Castro, José Luis y Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Los Derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 38 de Derecho, 1979, p. 25.

5 Salvo el contenido del artículo 93: «El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna»; no obstante, de la redacción se advierte que el constituyente utiliza la expresión, por una parte, para evitar la cacofonía (con la palabra «humano», subsiguiente a «fundamental») y, por otra, la emplea en un sentido distinto al de los derechos fundamentales propiamente dichos.

textos de las constituciones anteriores. La jurisprudencia constitucional guatemalteca, posiblemente por la influencia de la española, utiliza esa expresión de «derechos fundamentales», pero sin distinción alguna, más bien como sinónimo, de los derechos humanos. Este es el motivo por el que en el presente trabajo se estará refiriendo a los derechos inherentes a la persona humana indistintamente como derechos humanos y como derechos fundamentales. Esa misma sinonimia –útil para evitar la repetición de términos y fonemas– se advierte en la Declaración Universal de Derechos Humanos: en el Preámbulo y en el artículo 26 aparece la expresión de «derechos humanos» y la expresión «derechos fundamentales» se halla en el artículo 8 y también en el Preámbulo.

No obstante lo aclarado, valga recoger de la doctrina nociones como la de Riccardo Guastini, quien explica que la expresión «derechos fundamentales» parece encerrar dos matices de significado: «por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que no requieren el fundamento del sistema jurídico».⁶ Esta doble significación comprende a las normas «materialmente» constitucionales para el ordenamiento jurídico guatemalteco, pues desarrollan un catálogo de derechos que reposan sobre normas jurídicas fundamentales, las cuales disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Por otra parte, es importante resaltar la categorización que realiza Robert Alexy, quien define a estos derechos como «posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no pueden quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria».⁷ Asimismo, explica que la consagración constitucional de los derechos fundamentales se orienta a dotarlos de un alto grado de importancia y protección, no siendo posible su modificación por medio de simples leyes, de lo contrario, no serían realmente derechos fundamentales sino meros derechos legales y razona que su existencia presupone la vigencia de una norma de derecho fundamental.⁸

6 Guastini, Riccardo, «Derechos: Una contribución analítica» en Sauca, J.M., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, p. 221.

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

8 *ibidem*, pp. 83-85.

Si bien los derechos fundamentales tienen un origen normativo en un sistema de valores compartidos de manera amplia por un conjunto social, solo adquieren su auténtica naturaleza de derechos públicos subjetivos mediante su positivización, y solo adquieren la más plena garantía, incluso frente al legislador, con la Constitución normativa. Solo en estas constituciones, expresión del más avanzado estadio del constitucionalismo que inició su andadura tras la Segunda Guerra Mundial, 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–, así como gozar de eficacia directa –ser exigibles ante los tribunales, lo cual implica una relación objetivo-institucional sustentada en el orden social y político–.

Respecto de la regulación de derechos sociales, el Estado de Guatemala ha ratificado diversos instrumentos clave en el Sistema Universal que los complementan, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (al cual se encuentra adherido el Estado de Guatemala desde 1988), la Convención de los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial y la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias; además, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

El Estado de Guatemala también se ha comprometido a la protección de derechos sociales en el Sistema Interamericano. Puede identificarse regulación al respecto en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención Interamericana para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

El catálogo descrito incluye derechos relacionados con el trabajo, en su aspecto individual y colectivo. Además el derecho al trabajo; es decir, derecho al establecimiento –por parte del Estado– de políticas que favorezcan el acceso al trabajo, los derechos vinculados

con la seguridad social, con la educación, el derecho a la salud, a la vivienda, a la alimentación. Dentro de los instrumentos que enumeran los derechos sociales, se encuentran también algunos derechos culturales, y también aquel vinculado con la protección de ciertos grupos sociales.⁹ Tal como lo explica el iusfilósofo mexicano (nacido en Guatemala) Luis Recasens Siches:

«Se trata de una serie de derechos –llamados también económicos, sociales y culturales– entre los que suelen figurar el derecho a condiciones justas de trabajo y a la protección contra el paro o desempleo, los derechos a un nivel decoroso de vida en cuanto a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, y los derechos de seguridad social en casos de accidente, enfermedad, invalidez, vejez, u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de la persona y el derecho a la educación».¹⁰

Para el presente trabajo de investigación, el análisis a desarrollar se circunscribe a aquellos derechos humanos, sociales, fundamentales con la característica de ser prestacionales, tomando como base la definición *stricto sensu* de «derechos sociales» con que los define Luis Prieto Sanchís: «por derechos sociales entenderemos sólo derechos prestacionales en sentido estricto; esto es, aquéllos cuyo contenido obligacional consiste en dar bienes o proporcionar servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello».¹¹ Prieto Sanchís explica que su definición de derechos sociales no excluye algunos como el de huelga o el de la libertad sindical que carecen de contenido prestacional, pero la tutela pública de estas libertades es ya una prestación, y otros derechos sociales que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestacionales como todos los

9 Courtis, Christian, «Los Derechos Sociales en Perspectiva: la cara jurídica de la política social» en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 192 y 193.

10 Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., 19.^a edición, (1.^a ed., 1959), México, 2008, p. 600.

11 Prieto Sanchís, Luis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial» [en línea] en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2000, p. 27. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/3.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo, tales como la limitación de jornada, un salario mínimo o las vacaciones anuales. Agrega que los derechos prestacionales en sentido estricto se refieren a bienes o servicios económicamente evaluables como subsidios de paro, de enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etcétera.¹²

Esto es lo que los distingue en su tratamiento por parte del ente obligado de los «derechos fundamentales de libertad» (utilizando el concepto de libertad negativa), los cuales generan ámbitos de inmunidad a favor de los individuos que no pueden ser traspasados; es decir, los derechos de libertad se constituyen como límites negativos (de no hacer), por lo que no se debe interferir en las conductas amparadas por esos derechos de libertad, en la mayor medida posible. Esto también incluye a ciertos derechos sociales como el de huelga, el de libertad sindical, entre otros. Esa distinción entre derechos individuales y sociales, la defiende el profesor Recasens Siches, al señalar que los derechos sociales:

«... tienen por objeto actividades positivas del Estado, del prójimo y de la sociedad, para suministrar al hombre ciertos bienes o condiciones. En contraste con los llamados derechos individuales, cuyo contenido es “un no hacer”, un “no violar”, un “no perjudicar”, por parte de las demás personas y sobre todo de las autoridades públicas, resulta que, por el contrario, el contenido de los derechos sociales consiste en “un hacer”, un “contribuir”, un “ayudar”, por parte de los órganos estatales».¹³

Esta misma línea de delimitación que se propone para esta investigación es la mantenida por Robert Alexy, quien los denomina derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales prestacionales:

«Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, derecho a la previsión, al

12 Ibídem, p. 21.

13 Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 601.

trabajo, a la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto».¹⁴

Ambos autores coinciden en caracterizar en esta clase de derechos humanos prestaciones como razón suficiente para justificar el elemento de desigualdad en el tratamiento frente al Estado –como obligado– la falta de medios suficientes para proveerse los bienes objeto de protección por parte del reconocimiento de derechos sociales de unos individuos frente a otros. En esa forma lo explica Gerardo Pisarello, al resaltar que en la medida en que los bienes que los derechos sociales protegen tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas, pero incumbe, de manera especial, a los miembros más desaventajados de la sociedad, cuyo acceso a los recursos en juego suele ser residual o inexistente.¹⁵

II. LOS DERECHOS SOCIALES COMO MANDATOS CONSTITUCIONALES

Según se explicó, los derechos sociales implican actividades positivas por parte del obligado para suministrar ciertos bienes o condiciones a aquel que no pueda proveérselos por sí mismo, las cuales se encuentran reconocidas por normas iusfundamentales, por estar contenidas en normas constitucionales e internacionales que reconocen derechos para los habitantes y deberes para el Estado, en forma de principio o regla. Así lo explica Robert Alexy, al señalar que una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes; por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no; si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como

14 Alexy, Robert, «Derechos sociales fundamentales» [en línea] en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2000. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/4.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

15 Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 11.

en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa.¹⁶

Para Víctor Abramovich y Christian Courtis, la estructura de los derechos sociales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, a sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad.¹⁷ Sin embargo, resaltan los referidos autores que no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: «el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural».¹⁸

Explica Luis Prieto Sanchís que algunos derechos sociales por naturaleza carecen de contenido prestacional, como el derecho de huelga o la libertad sindical, así como aquellos que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestacionales son, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo, como la limitación de jornada, un salario mínimo o las vacaciones anuales.¹⁹

No obstante, tal como explica Contreras Peláez, la prestación estatal representa para los derechos sociales la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho, pues en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho.²⁰

Uno de los derechos sociales que conlleva el suministro de un servicio específico es el de la «educación», en cuya segunda frase del

16 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 85-87.

17 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ferrajoli, Luigi (Prol.), Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 22.

18 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 25.

19 Prieto Sanchís, Luis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», op. cit., p. 21.

20 Cit. pos. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 25.

artículo 71 de la Constitución guatemalteca se lee: «Es obligación del Estado proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna». Otra norma de derecho social, pero distinta a la anterior en cuanto al obligado y a los titulares, es la referente a la vivienda de los trabajadores, la cual se encuentra en el segundo párrafo del artículo 105 constitucional: «Los propietarios de las empresas quedan obligados a proporcionar a sus trabajadores, en los casos establecidos por la ley, viviendas que llenen los requisitos anteriores».

En estos ejemplos, pueden denotarse «mandatos constitucionales» por conllevar obligaciones objetivas fundamentales de realizar actividades que satisfagan el objeto de la norma. De dichos mandatos pueden extraerse perfectamente, lejos de una interpretación gramatical, sino atendiendo a los fines y postulados del Texto Constitucional, las normas de reconocimiento al derecho social en cuestión, tal cual aparece en el artículo 100 del Texto Fundamental guatemalteco: «El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación».

De esa cuenta, las obligaciones de respetar se advierten en el deber de no interrumpir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes o servicios que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes o servicios. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo; y las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares de los derechos accedan al bien.

Como puede advertirse, estos derechos prestacionales poseen una estructura básica: un titular, un obligado y un objeto del derecho a algo,²¹ elementos que se logran reconocer en las normas jurídicas que los contienen, aunque varían entre sí. Por ejemplo, del citado segundo párrafo del artículo 105 constitucional, se extrae:

- *Un titular del derecho:* será cualquier trabajador de determinada empresa.

21 Esto en la noción del «derecho a algo» que explica Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 187-200.

- *Un obligado del derecho:* por una parte, se encuentra el legislador frente al deber de emitir la normativa pertinente y, por otra, el propietario de la empresa que encuadre en los supuestos que determine la regulación, que puede ser un ente de Derecho privado o público.
- *El objeto del derecho:* la acción de proporcionar vivienda.

Rodolfo Arango explica que, con respecto al portador y al obligado del derecho, la estructura de los derechos sociales plantea cuatro posibilidades. Se puede tratar de un derecho del individuo a exigir del Estado una acción positiva, del derecho de un grupo a exigir del Estado, del derecho de un individuo a exigir de particulares una acción positiva, y del derecho de un grupo a exigirla de particulares.

A continuación se procede a analizar estos conceptos dentro de los derechos sociales, desde las explicaciones que ofrecen Rodolfo Arango²² y Sebastián Salazar Pizarro.²³

- *El titular de los derechos sociales*

Un sector de la doctrina considera que los derechos sociales están circunscritos a una colectividad determinada o a una minoría, por lo que no los consideran derechos individuales, sino colectivos; no obstante, no pueden ser considerados como tales, pues se estaría atentando a la autonomía del individuo y discriminando a quienes no pertenecen a una colectividad, limitando el carácter universal de los derechos sociales. Los derechos sociales son derechos individuales, por estar delimitados en forma exclusiva al individuo, pues estos tienen como fundamento el principio de igualdad material o sustantiva, permitiendo satisfacer las necesidades básicas de aquellos individuos que se encuentran en una situación de carencia dentro de la sociedad, ya sea en ámbitos como salud, educación, trabajo, previsión social, etc.

22 Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Editorial Legis, Chile, 2005, pp. 60-70.

23 Salazar Pizarro, Sebastián, «Fundamentación y estructura de los derechos sociales» [en línea], *Revista de Derecho*, Valdivia, 2013, vol. 26, núm. 1, págs. 69-93. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n1/art04.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

Por ende, será una persona en lo individual la que exija el cumplimiento efectivo del derecho social, si se ubica dentro de la situación de carestía en la sociedad haciendo valer su derecho; con ello, la titularidad de los derechos sociales debe asignarse a todo ser humano, singularizado, que se encuentre en una situación en la cual no pueda satisfacer por sí mismo determinada prestación.

No obstante lo anterior, en el catálogo de derechos sociales, pueden advertirse derechos colectivos, los cuales tienen como finalidad el aseguramiento de beneficios que solo pueden ser disfrutados de manera colectiva dado que no es un bien divisible, por ejemplo los que conforman el patrimonio cultural (o los propios de las comunidades indígenas, ver artículos del 66 al 70 de la Constitución guatemalteca).

– *El obligado de los derechos sociales*

En primer término, los derechos sociales obligan al Estado y sus entidades y, de atenderse a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a los particulares, tal como se vio en los ejemplos anteriores. En este sentido, el Estado se encuentra obligado tanto a promover acciones positivas por parte de la Administración Pública como a regular mecanismos suficientes de respeto y protección de los derechos sociales, tendientes a corregir la desigualdad material.

Debe tomarse en cuenta que al referirse al Estado como sujeto obligado, se incluye en la expresión a los tres Organismos, legislativo, ejecutivo y judicial. En el caso del legislador, debe entenderse que este se encuentra obligado a desarrollar las normas de derechos sociales; por su parte, el Gobierno se encuentra obligado al cumplimiento de los derechos sociales, y el poder judicial debe velar por la protección de los derechos sociales, todos en interpretación de las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales y los compromisos internacionales.

– *El objeto de los derechos sociales*

Respecto del objeto de los derechos sociales, corresponde a derechos prestacionales de los cuales resalta su carácter económico, para cuya satisfacción es necesario el gasto de recursos, con lo que se restringe estructuralmente a los derechos sociales como acciones positivas realizadas por el Estado, las cuales pueden realizarse a través de acciones diversas y titulares de las obligaciones en que se concreta.

Antonio-Enrique Pérez Luño manifiesta que los derechos sociales suponen la consagración jurídica de unos valores que, por su propia significación de básicos para la convivencia política, no limitan su esfera de aplicación al sector público o al privado, sino que deben ser respetados en todos los sectores del ordenamiento jurídico.²⁴

Con ello, el actuar del obligado frente al titular de derechos sociales consiste en «un hacer», un «contribuir», un «ayudar», pues el contenido de estos derechos puede conllevar derechos de satisfacción, derechos de protección, derechos de disfrutar, derechos de accesibilidad, los cuales se traducen en obligaciones de respetar, de proteger, de garantizar y de promover el derecho en cuestión, tal como lo explica Van Hoof:

- a) La obligación de respetar el derecho a una alimentación adecuada, implica que el Estado no debe expropiar tierras a aquella población para la cual el acceso a ese recurso constituye la única o principal forma de asegurar su alimentación, salvo que se adopten medidas alternativas apropiadas.
- b) La obligación estatal de proteger el derecho incluye el deber de prevenir que las personas resulten de una u otra manera privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación, por otras personas, por ejemplo grupos económicos dominantes, en aspectos diversos como acceso a la tierra, al agua, al mercado, al trabajo.
- c) La obligación de garantizar el derecho a la alimentación requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente cantidad y calidad, el Estado habrá violado claramente el derecho cuando en una situación de escasez de alimentos se limite a no hacer nada.

24 Pérez Luño, Antonio-Enrique, «La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho» [en línea], *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, Madrid, enero 2006, núm. 14, pp. 151-178. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3780/DyL-2006-14-Perez.pdf?sequence=1>. [Consulta: 22-08-2014].

- d) La obligación de promover el derecho a la alimentación, pues se trata de medidas de largo alcance que en algunos casos podrían consistir en la implementación de programas de adiestramiento de los campesinos con el objeto de mejorar los métodos de producción y la productividad del sector agrícola.²⁵

Por otra parte, Luis Prieto Sanchís considera que la determinación del objeto y contenido de los derechos sociales depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades. Por ello estima que no son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, pues constituyen pretensiones que no pueden postularse en favor de todo individuo cualquiera que sea su situación social, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Así, los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada.²⁶

III. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Por estar contenidos en normas fundamentales que disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, según se ha analizado, debe considerarse que los derechos sociales constituyen derechos públicos subjetivos, pues vinculan a todos los poderes del Estado y son eficaces frente a terceros (ciudadanos e instituciones privadas), dado que todos somos responsables de la protección de los derechos humanos, lo cual implica que el titular del derecho en afectación pueda exigir su respeto y observancia, incluso ante los órganos jurisdiccionales, y que pueden conllevar cualquier expectativa (en

25 Cit. Pos. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, pp. 28-31.

26 Prieto Sanchís, Luis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *op. cit.*, p. 24.

prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

Humberto Nogueira Alcalá explica que los derechos públicos subjetivos, desde una perspectiva formal, constituyen pretensiones jurídicas que derivan de las cualificaciones concretas de la personalidad, y desde una perspectiva material, son aquellos que pertenecen al individuo en su calidad de miembros del Estado, sin que requieran de normas legales para su desarrollo y plena eficacia, pues son exigibles y poseen una eficacia vinculante sobre todo el ordenamiento jurídico.²⁷

Según Gregorio Peces-Barba Martínez, la noción de derecho público subjetivo fue elaborada por la escuela del Derecho público alemán en el siglo XIX. Esa noción fue tomada como especificación del concepto más genérico de derecho subjetivo, expresión del individualismo en el pensamiento positivista. Fue desarrollada principalmente por George Jellinek, basado en las posiciones que construyeron con carácter genérico Windscheid, Ihering o Thon. A través de la teoría de los estatus, Jellinek aplicó al Derecho público situaciones creadas por el Derecho objetivo: «de algunos de los cuales surgirán esos derechos públicos subjetivos, que en el seno del lenguaje jurídico especializado pretende sustituir al concepto de derechos humanos».²⁸

Luis Prieto Sanchís señala que, con el desarrollo del Estado moderno y luego de surgir los derechos sociales como despliegues o exigencias objetivas al Estado, estos son articulables en forma de derechos subjetivos: «los derechos sociales nacen con el propósito de imponer ciertos comportamientos a las instituciones públicas, y ello se consigue ante todo mediante la imposición de metas o fines plasmados en normas objetivas».²⁹

Rodolfo Arango, citando a H. Maurer, define al derecho subjetivo, en sentido estricto, como «el poder legal reconocido a un sujeto por

27 Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2003. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1094>. [Consulta: 22-08-2014]

28 Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general, 1.ª Reimpresión, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999*, p. 27.

29 Prieto Sanchís, Luis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *op. cit.*, p. 26.

medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo» y agrega que de esa definición se deben distinguir tres características del derecho subjetivo: *a)* una norma jurídica; *b)* una obligación jurídica de otro derivada de esta norma; y *c)* un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto (es decir, una posición jurídica)³⁰. En síntesis, Arango lo explica de la manera siguiente:

- *La norma jurídica*: expresada en un enunciado normativo, la cual puede formularse mediante una oración donde se declare que una acción es ordenada, prohibida o permitida. Una norma expresada de la forma de un enunciado normativo es una norma jurídica cuando su cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo.
- *Una obligación jurídica*: no existe un derecho subjetivo sin una obligación correlativa que obligue a otro a hacer o dejar de hacer algo; sin embargo, no debe entenderse la correlación como una relación entre derecho y obligación de manera única, pues existen normas que no mantienen dicha relación.
- *Una posición jurídica*: corresponde al poder jurídico reconocido en una norma jurídica e involucra el interés de un sujeto cuya protección se desea o se persiga jurídicamente; no obstante lo anterior, la exigibilidad no es una condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo, las razones para la existencia de un derecho son condiciones necesarias de los mismos, mientras que los derechos son condiciones necesarias para su exigibilidad.³¹

En ese sentido, cabe señalar que en la Constitución Política de la República de Guatemala aparecen normas que imponen deberes a las autoridades estatales sin que se aluda a beneficiario alguno, como es el caso de las políticas públicas de fomento o subsidios, lo cual no implica que no exista un derecho subjetivo para los beneficiarios a exigir el cumplimiento de los deberes.

Por ello, Arango sostiene que los derechos sociales pueden ser perfectamente concebidos como derechos subjetivos, porque estos

30 Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 8-9.

31 Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 9-22.

pueden configurarse como libertades, derechos a algo o competencias, ya que estas tres formas poseen la estructura de una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica. Por lo tanto, los derechos sociales pueden ser considerados dentro de la noción de derecho subjetivo, porque se encuentran establecidos en una norma jurídica, generando una obligación jurídica, originando una posición jurídica iusfundamental, con un alto grado de importancia y siendo un derecho general positivo.³² En consecuencia –según se advierte– permiten exigir el cumplimiento de una obligación jurídica ante los órganos jurisdiccionales.

Al respecto, puede observarse que la Declaración y el Programa de Acción de Viena –la cual impulsa la doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos–: «debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional».³³ En esa línea respecto de que los dos «grupos» de derechos (refiriéndose a los derechos sociales y a los civiles y políticos) son indivisibles e interdependientes, se pronuncia el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General Núm. 9, el cual ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales, sería arbitraria e incompatible al tiempo que reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.³⁴

En esa idea de concebir a los derechos sociales como derechos subjetivos que conllevan obligaciones exigibles incluso ante los órganos jurisdiccionales, Abramovich y Courtis manifiestan que si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y –en el plano internacional– en

32 *Ibidem*, pp 31-46.

33 *Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (realizada en Viena, el 25 de junio de 1993). http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf. [Consulta: 22-08-2014].

34 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones generales, Núm. 9*, 19º período de sesiones, 1998. Disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN7. [Consulta 22-08-2014].

numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho;³⁵ y agregan que no basta con que un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, pues ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como «derecho subjetivo», en tanto no verifique si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Señalan:

«Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar plenamente a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida– el titular/ acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho».³⁶

De esa cuenta, se advierte que derivado del carácter de norma iusfundamental que contienen a los derechos sociales puede admitirse la exigibilidad judicial de estos derechos, al menos en tres hipótesis.

En ese sentido lo plantea Alejandro Usen Vicencio:

- a) Exigibilidad frente a situaciones críticas;
- b) Exigibilidad en conexión con otros derechos;
- c) Exigibilidad contra actuaciones regresivas.

Usen Vicencio explica que la exigibilidad frente a situaciones críticas guarda relación con el «mínimo vital» que debe estar asegurado, no solo por razones de dignidad, sino por razones de subsistencia o sobrevivencia. Esta competencia la pueden ejercer los jueces para advertir a los poderes públicos representativos del incumplimiento de

35 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 37.

36 Ibídem, p. 38.

deberes, y, en ese sentido, dictar providencias conservativas mientras no cese tal incumplimiento. Respecto de la exigibilidad en conexión con otros derechos, se produce cuando la afectación a derechos sociales involucra a otros derechos básicos, como el de la vida y el de igualdad. Y por último, también es justiciable una actuación regresiva en materia de derechos sociales. Así, una actuación regresiva en la cobertura de derechos sociales sería doblemente justiciable, primero, por lesión de derechos, y segundo por la infracción por parte del Estado de normas de derecho internacional de los derechos humanos, contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁷

En consecuencia, los derechos sociales son derechos fundamentales, eficaces y justiciables, que constituyen o forman parte de un sistema –de normas iusfundamentales– unitario, interdependiente e indivisible, cuya satisfacción y aseguramiento tiene su fundamento en la protección de la dignidad del ser humano; por lo tanto, no constituyen únicamente normas de rango constitucional o convencional que establecen solo obligaciones objetivas a los poderes públicos, sino conceden verdaderos derechos públicos subjetivos para aquellas personas que no han podido garantizárselos por sí mismas, lo que les permite exigirlos en forma inmediata ante los órganos jurisdiccionales.

Rodolfo Arango propone que la justiciabilidad de los derechos sociales encuentra justificación al partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos, en el que se comprenda el funcionamiento de la interpretación constitucional y del ejercicio de los derechos en la práctica, de manera que sea posible reconstruir las condiciones formales y materiales necesarias para el reconocimiento judicial de los derechos sociales fundamentales.³⁸

37 Usen Vicencio, Alejandro, «Derechos Sociales: teoría y praxis» [en línea], *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 3, 1° semestre, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Viña del Mar, Chile, 2009, pp. 203-220. Disponible en: <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/03.203-220.Usen.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

38 Arango, Rodolfo, «Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia, aporte a la construcción de un *iusconstitucionale commune* en Latinoamérica» en Bogdandy, Armin von, et al. (Coord.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/4.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

IV. LOS DERECHOS SOCIALES COMO PARÁMETROS DE CONTROL

Ya se explicó que para el ordenamiento jurídico guatemalteco, los derechos sociales son derechos humanos, conllevan mandatos constitucionales y su contenido debe ser aunado al concepto de derechos públicos subjetivos que exigen «un hacer», «un contribuir», «un ayudar» por parte de los órganos estatales; además, son derechos fundamentales incluidos en normas constitucionales, ya sean formales o materiales. En ese sentido, las normas constitucionales adquieren necesariamente la forma de un principio o de una regla en la regulación que disponga el poder constituyente.

Con ello, se parte del supuesto de que actualmente se reconoce «fuerza normativa» o valor de norma a la Constitución en todas y cada una de sus partes, lo cual implica que estas cumplen –con alcance diverso– una función directiva estableciendo cómo ha de obrarse y también una función –en mayor o menor medida– preceptiva mandando que esa operación se realice.³⁹ El profesor argentino Germán Bidart Campos explica: «Una vez que los derechos se encuentran declarados en la normas de la Constitución escrita y que esta responde en su tipología al principio de supremacía y de rigidez nos hallamos ante un conjunto de normas que, para su aplicación en cuanto caso resulte necesario, reclama de su interpretación».⁴⁰ En el ordenamiento constitucional guatemalteco, los derechos fundamentales se determinan por vía interpretativa, sin que exista una lista cerrada y explícita para su protección como en otras constituciones, por ejemplo la Constitución española de 1978.

La Constitución Política de la República de Guatemala –en su artículo 204– exige que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observen el principio de supremacía de la Constitución sobre cualquier ley o tratado. De esa cuenta, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad corresponde a todos los jueces, ejerciéndose no solo respecto de las leyes, sino también frente a los actos de los otros poderes públicos; se promueve a solicitud de parte interesada

39 Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 64.

40 Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Editorial Astrea, 1.ª reimpresión, Buenos Aires, 2006, p. 386.

en un juicio concreto por vía de excepción o de incidente. Según el artículo 268 constitucional, es atribuida a la Corte de Constitucionalidad la función de ser el órgano al que compete la interpretación final del alcance contenido en cada una de las normas que integran el texto fundamental.

En el sistema de control normativo guatemalteco, en el que la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad resulta ser de observancia obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales –según el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad–, el control de convencionalidad ha resultado tener acogida, impacto y relevancia, gracias a algunas declaraciones jurisprudenciales efectuadas por ese Tribunal. Además, derivado del reconocimiento del bloque de constitucionalidad, el parámetro de convencionalidad puede ser empleado para resolver determinadas denuncias de normas y, de ser el caso, declarar la inconstitucionalidad por «*inconvencionalidad*».

La sentencia que introdujo la institución del «bloque de constitucionalidad» al Derecho guatemalteco fue la dictada en el expediente 1822-2011, el 17 de julio de 2012, por la cual se resolvió una acción de inconstitucionalidad general «por omisión», promovida contra el artículo del Código Penal que tipifica el delito de tortura, por no cumplir con los dos cuerpos normativos que rigen su contenido, tanto el del sistema universal como el del sistema interamericano. Esa sentencia delimitó dicha institución de la manera siguiente:

«... se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano».

Por esa vía, la Corte de Constitucionalidad amplía el parámetro de control constitucional, variando el criterio respecto del cual solo el Texto Constitucional formal servía de parámetro de confrontación. Con ese criterio incluye tanto la Carta Magna como los tratados internacionales en materia de derechos humanos para realizar ese control.

Por su parte, la primera sentencia de la Corte de Constitucionalidad que evoca la institución del «control de convencionalidad» fue la dictada el 23 de agosto de 2011, en el expediente 2151-2011, por la que resolvió una apelación de sentencia en amparo, cuyo caso de antecedentes era un proceso de relaciones familiares. En esa ocasión la Corte consideró:

«... la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, es un control que debe realizar *ex officio* todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes. La viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos...».

A continuación cita varios fallos de esta última Corte, entre *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el que el tribunal interamericano precisó:

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

Con ello, se ordenó al juez civil efectuar «control de convencionalidad» para la inaplicación de normas del Código Civil contrarias a tratados internacionales en materia de derechos del niño. Esa sentencia es relevante, pues funda el ejercicio del «control de convencionalidad» en la jurisprudencia guatemalteca.

A partir de las sentencias *Almonacid Arellanos y otros c/. Chile y Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) da a entender que los parámetros de control a emplear por parte del juez o tribunal interno son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda otra Convención o Declaración del sistema interamericano; por ejemplo, el Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención

de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, entre otras, así como las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

La doctrina jurisprudencial invocada refleja el contenido y alcances de una Constitución material, por la cual se han agregado elementos a su contenido que sugieren mayor desarrollo. Debe advertirse que el control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse del resabio del Estado legal de Derecho, en el que la única norma a aplicar es la ley, luego superar que la única supremacía es la Constitución estatal, pues las normas internacionales de derechos humanos implican el desarrollo de la dignidad humana, como contenido esencial de ese bagaje normativo.

Sobre la base de lo expuesto, Gerardo Pisarello explica que una concepción que admita el valor normativo de las constituciones vigentes no puede aceptar que sus cláusulas sociales constituyan meros enunciados retóricos, advocaciones morales que simplemente queden libradas al albur del legislador, porque la idea de apertura constitucional entraña la posibilidad de una amplia interpretación política de los preceptos supremos. Ahora bien, esto no significa que todas estén permitidas ni que esté justificada la absoluta inacción legislativa, pues existen mínimos relativamente rígidos, históricamente configurados, que resultan indisponibles para el Parlamento. Por eso, cuando la claridad de la norma lo permita y exista algún mecanismo procesal de protección, los jueces deben realizar un control de operatividad, verificando la existencia o inexistencia de condiciones que permitan aplicar directamente la norma, sobre todo, en caso de hallarse en peligro la viabilidad de la autonomía de una persona; los jueces podrían, excepcionalmente, otorgar las prestaciones en forma directa o, en su caso, una inmediata indemnización a cargo de los poderes públicos.⁴¹

Las explicaciones anteriores encierran dos premisas: *a)* existen normas constitucionales (formales y materiales) aplicables a casos da-

41 Pisarello, Gerardo, «Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático» [en línea], *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, Mayo-Agosto 1998, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/92/art/art7.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

dos; y b) esas normas constitucionales precisan ser interpretadas para su aplicación. Además, una norma establecida en la Constitución o en un tratado internacional en materia de derechos humanos, según su estructura, puede ser expresada como principio o regla constitucional.

Como ya se explicó anteriormente al referirse a los derechos sociales como mandatos contenidos en normas constitucionales, en aquellas situaciones en que el supuesto fáctico esté reflejado en una regla, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, pues las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas, conforme se apuntó previamente en la explicación de Alexy. Entonces, una regla constitucional válidamente podría conformar la premisa mayor de un silogismo jurídico para su aplicación. Alexy explica que de existir un conflicto de reglas constitucionales (dos reglas aplicadas independientemente que conducen a resultados incompatibles, es decir dos juicios de deber ser jurídico contradictorios) solo puede ser solucionado, ya sea introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inaplicable, por lo menos, una de las reglas.⁴²

En los casos en que la norma a aplicar posea la forma de un principio constitucional, este debe ser aplicado por medio de un trabajo de concretización, para que sirva de fundamento en la decisión jurídica, ya que los principios exigen que se realice algo en la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.

Al respecto, se exponen principios específicos que deben tomarse en cuenta para la interpretación de las normas de derechos sociales, los cuales –a su vez– deben ser empleados como parámetros de control de la actividad de los obligados a cumplir con el contenido de los derechos sociales.

En el caso de que se pretenda aplicar un derecho social incorporado al derecho interno, reconocido en un tratado internacional, este debe ser cumplido de buena fe por parte del Estado. Por ende, para la concreción de determinado derecho social, debe acogerse a lo establecido en el tratado que incumba. Los tratados son interpretados por los organismos con autoridad para hacerlo, mediante

42 Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 87 y 88.

instrumentos tales como las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos instrumentos son generalmente aceptados como explicaciones del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La interpretación de derechos sociales –como normas de derechos fundamentales– debe ser extensiva, atendiendo al resultado que se vaya a obtener, en observancia del principio *pro persona*, por cuanto mejor favorezca y garantice el derecho en cuestión. Para ello, se debe ampliar el alcance de las palabras para que estas se correspondan con el espíritu y la voluntad que quiso dársele. Esa interpretación extensiva, en materia de derechos sociales, es la que permite también aplicar ciertos principios establecidos expresamente en artículos que regulan una especie de estos derechos, al resto de los derechos sociales, en lo posible (tal es el caso de la característica de «derechos sociales mínimos» a que se refiere el artículo 102 constitucional para el caso de los derechos del trabajo, la cual se debe entender extendida al resto de derechos sociales).

Ahora bien, en cuanto a los derechos sociales se refiere, como derechos prestacionales, su interpretación debe ser progresiva, la cual toma en cuenta el carácter histórico de la norma, que está sujeta a modificaciones y evoluciones, por lo que debe adaptarse a las situaciones y cambios que se presenten.

La práctica interpretativa y la doctrina han permitido determinar algunos principios que deben tomarse en cuenta para la interpretación de los derechos sociales, tales como los que se abordarán a continuación.⁴³

– *Principio del mínimo existencial*

También llamado «del mínimo vital». La afirmación de la dignidad de la persona humana conlleva a que a una persona se le reconozca su derecho a un mínimo existencial, pues de no ser reconocido se vulneraría el derecho fundamental a la vida y a la inalienabilidad corporal. La falta de reconocimiento de una posición jurídica ocasiona un daño a una persona sin justificación; por lo tanto, un derecho social

43 Al respecto de la interpretación de los derechos sociales, ver el trabajo: Chacón Lemus, Mauro Salvador, «Los Derechos Sociales» en *Opus Magna, Volumen II*, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2011, pp. 129-134.

es exigible al Estado cuando la omisión dañe inminentemente a dicho ser humano sin que exista una justificación para ello, en cuyo caso de no asegurarse el derecho social se vulneraría el texto constitucional.

La Constitución guatemalteca, en su artículo 4, establece que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos; asimismo, señala que el ser humano tiene iguales oportunidades. Para lograr la igualdad de oportunidad debe existir un desarrollo de los derechos sociales y para ello, el Estado deber proveer las prestaciones necesarias cuando el individuo no puede obtenerlos mediante su libertad en su dimensión de autonomía y las condiciones materiales ameriten una activación de las obligaciones positivas del Estado, producto de la situación particular frente a los recursos y los bienes primarios o las capacidades actuales de cada persona. Cuando una o muchas personas se encuentran en un estado de necesidad y el Estado omite satisfacerla o reducirla, y tal omisión amenaza inminentemente con producir un daño a esa o esas personas, ellas tienen el derecho a la acción positiva frente al Estado.

El objeto del principio del mínimo existencial implica interpretar las normas de tal manera que se utilicen todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente posibles con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano, debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna; en consecuencia, se debe evitar toda forma de degradación que comprometa no solo su subsistencia física sino, por sobre todo, su valor intrínseco. Al respecto, a manera de ejemplo, se cita el artículo 99 constitucional, el cual establece el deber del Estado de velar porque la alimentación y nutrición de la población reúna los requisitos mínimos de salud. La Corte de Constitucionalidad ha indicado:

«Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales (entre los que figura el derecho a la vivienda), son derechos universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, los cuales deben ser respetados, garantizados, protegidos y promocionados por el Estado o Nación correspondiente. No son meras aspiraciones políticas, sino verdaderas conductas positivas, ejecutivas o activas (en algunos casos de efectos inmediatos y otros progresivos), tendientes a satisfacer aquellas necesidades mínimas vitales de la población en general (contenido mínimo esencial del derecho), creando o generando las

condiciones para que las personas accedan a tales derechos y cuyo resultado no debe depender únicamente de la disponibilidad de recursos económicos, aunque claro está, sí dependerá del desarrollo económico de un país...».⁴⁴

– *Principio de progresividad*

Mediante este principio, regido por el principio *pro persona*, la interpretación de una norma de derechos sociales no puede realizarse de tal manera que resulte una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos del derecho en cuestión; además, en caso de que existan varias normas que regulan ese derecho, debe aplicarse –con prelación– la que disponga la regulación más favorable. El artículo 100 de la Constitución de Guatemala, al reconocer el derecho a la seguridad social, señala que debe procurarse su mejoramiento progresivo; y el artículo 106 constitucional indica que la interpretación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral debe realizarse en el sentido más favorable para los trabajadores.

Por otra parte, el principio de la progresividad conlleva a que los esfuerzos estatales por el goce de los derechos sociales deban darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una mejora continua de las condiciones de existencia, como lo establece el artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por ello, se considera que el principio de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en relación con los derechos sociales; es decir, se trata de una forma de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales puedan llegar a determinar la arbitrariedad o inconstitucionalidad de ciertos actos de autoridad o normativos. Respecto del principio de la progresividad, la Corte de Constitucionalidad ha indicado:

«... se atribuye a aquellos derechos que requieren la adopción de conductas que habrán de implementarse durante un lapso para lograr la satisfacción del derecho de que se trate. Implicará entonces, la adopción de medidas cuyo resultado sólo se logrará con posterioridad al inicio de la actividad del Estado destinada a cumplirlas...».⁴⁵

44 Sentencia de 17 de febrero de 2010, expediente 1205-2008.

45 Sentencia de 25 de abril de 2007, expediente 2863-2006.

Con ello, ese Tribunal agrega a este principio, la implementación de medidas estatales para la concreción del derecho social en cuestión, que permitan su cobertura a partir del inicio de actividades para su satisfacción. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José–, en su artículo 26, establece el compromiso estatal de adoptar medidas para lograr «progresivamente» la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– regula, en su primer artículo, la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos disponibles», para lograr «progresivamente» la plena efectividad de los derechos reconocidos en el mismo.

– *Principio de no regresividad*

La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales conlleva a impedir que el Estado dé marcha atrás a los niveles alcanzados de satisfacción de esos derechos, de modo que las obligaciones del Estado en relación con los derechos sociales deben sostenerse o ampliarse, pero no reducirse o eliminarse. Por ello, toda medida regresiva presupondría violación al derecho social en cuestión, salvo que el Estado pruebe que la medida, aunque regresiva, está justificada, dada la existencia de un interés estatal permisible o el carácter imperioso de la medida.

El principio de la no regresividad de los derechos sociales deriva de la imposibilidad que tiene el Estado de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, luego de haberlo reconocido por medio de normas nacionales o internacionales. Una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce por medio de un servicio prestado por el Estado implica el reconocimiento de un estatus jurídico básico de inclusión social, por lo que su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. Este principio de no regresividad se ve recogido en el artículo 78 constitucional, al establecer que los derechos adquiridos por el magisterio nacional tienen carácter de mínimos e irrenunciables, y el 106, al indicar que los derechos referentes al trabajo son irrenunciables y susceptibles de ser superados; irrenunciabilidad que conlleva esa prohibición de regresividad.

Con el principio de no regresividad –en la interpretación– se añade una limitación a la regulación de los derechos fundamentales que veda en consecuencia a las autoridades estatales la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel alcanzado por los derechos sociales y de las prestaciones de que goza la población. Así lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad recientemente: «la obligación de no regresividad constituye una limitación que la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos imponen a los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales».⁴⁶

– *Principio de solidaridad*

Algunas constituciones extranjeras han establecido la solidaridad como deber jurídico (por ejemplo, la Constitución de Yugoslavia de 1974), y establecen que existe una obligación de contribuir al afianzamiento de la solidaridad y del humanitarismo entre los seres humanos. En Guatemala, se puede interpretar que el principio de solidaridad se encuentra en la última frase del artículo 4.º de la Constitución: «Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí». Ya la Corte de Constitucionalidad ha manifestado que los derechos sociales «prestan atención a la solidaridad social».⁴⁷ No se debe entender la solidaridad que aquí se expresa como principio de interpretación únicamente constreñido al sentimiento superficial por los males de tantas personas, cercanas o lejanas. Por el contrario, es la determinación firme y perseverante de empeñarse por la realización del bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, ya que toda la colectividad es verdaderamente responsable de todos, especialmente el Estado.

El ser humano es un ser social por naturaleza y su desarrollo está estrechamente vinculado con el desarrollo de toda la sociedad. En cierta medida, ayudar a la sociedad es ayudarse a uno mismo, puesto que el bien común conlleva un bien propio («ama a tu prójimo como a ti mismo»). El principio de la solidaridad social implica comprender la interpretación de las normas de derechos sociales en el sentido más acorde a conducir la colaboración de los seres sociales

46 Sentencia de 20-05-2010, expediente 4095-2009.

47 Sentencia de 11-02-2004, expedientes acumulados 1154-2003, 1398-2003, 1460-2003 y 1625-2003.

de manera desinteresada para la óptima realización del bien común. Hay actos de solidaridad que son específicamente obligatorios, posiblemente solo para el Estado, pero no por ello se va a desvincular a toda la población como elemento de la sociedad; es decir, todos deben colaborar con el Estado para la satisfacción de sus deberes como tal. En pocas palabras, todos deben contribuir con el Estado para la realización del bien común. Cumplir las leyes es un acto solidario, al igual que hacerlas cumplir, porque cumpliéndolas se favorece al orden y al desarrollo social.

En conclusión, los órganos jurisdiccionales deben intervenir al denunciarles que instituciones del Estado u otros obligados se nieguen arbitrariamente a proporcionar las prestaciones debidas o cuando estos retrocedan injustificadamente en el ámbito de protección de los derechos sociales, con actos que denoten inobservancia de los principios de mínimo existencial, de progresividad y no regresividad, sin causas de fuerza mayor que lo justifiquen. Así, la justicia interna también tiene la obligación de asegurar y garantizar los derechos sociales, pues tiene el deber de examinar el respeto de todos los derechos humanos reconocidos por la Constitución y por los pactos o convenciones internacionales, al conocer de cada caso que se les presente. Ello implica que los operadores jurídicos (jueces ordinarios y constitucionales) deben tomar los derechos sociales como derechos plenos y serios, despojándose de prejuicios y preconceptos, en una perspectiva de asegurar, respetar, garantizar y promover efectivamente los derechos sociales, dando razones válidas y suficientes para respaldar su protección, atendiendo a que los derechos sociales constituyen verdaderos principios constitucionales de obligada aplicación y control.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Fuentes doctrinarias

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ferrajoli, Luigi (Prol.), Editorial Trotta, Madrid, 2002.

ALEXY, Robert, «Derechos sociales fundamentales» [en línea] en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo

(Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2000. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/4.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Garzón Valdés, Ernesto (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Editorial Legis, Chile, 2005.

_____, «Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia, aporte a la construcción de un *iusconstitutionale commune* en Latinoamérica» en Bogdandy, Armin von, et al. (Coord.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/4.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Editorial Astrea, 1.^a reimpresión, Buenos Aires, 2006.

CASCAJO CASTRO, José Luis y PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Los Derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 38 de Derecho, 1979.

CHACÓN LEMUS, Mauro Salvador, «Los Derechos Sociales» en *Opus Magna, Volumen II*, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2011.

COURTIS, Christian, «Los Derechos Sociales en Perspectiva: la cara jurídica de la política social» en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

Digesto Constitucional [en línea], Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2001. Disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2038/pl2038.htm>. [Consulta: 22-08-2014].

- GUASTINI, Riccardo, «Derechos: Una contribución analítica» en Sauca, J.M., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2003. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1094>. [Consulta: 22-08-2014].
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general, 1.ª Reimpresión*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, «La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho» [en línea], *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, Madrid, enero 2006, núm. 14, pp. 151-178. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3780/DyL-2006-14-Perez.pdf?sequence=1>. [Consulta: 22-08-2014].
- PISARELLO, Gerardo, «Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático» [en línea], *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, Mayo-Agosto 1998, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/92/art/art7.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- _____, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial» [en línea] en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2000. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/3.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., 19ª. Edición, (1ª ed., 1959), México, 2008.

SALAZAR PIZARRO, Sebastián, «Fundamentación y estructura de los derechos sociales» [en línea], *Revista de Derecho*, Valdivia, 2013, vol. 26, núm. 1, págs. 69-93. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n1/art04.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

USEN VICENCIO, Alejandro, «Derechos Sociales: teoría y praxis» [en línea], *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 3, 1º semestre, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Viña del Mar, Chile, 2009. Disponible en: <http://www.derechos-fundamentales.cl/revista/03.203-220.Usen.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.

B. Fuentes normativas

Constitución Política de la República de Guatemala, de 31 de mayo de 1985.

Decreto Núm. 1 de la Asamblea Nacional Constituyente. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, de 8 de enero de 1986.

C. Fuentes jurisprudenciales

Guatemala. Corte de Constitucionalidad. <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>

- Sentencia de 11/02/2004, expedientes acumulados 1154-2003, 1398-2003, 1460-2003 y 1625-2003.
- Sentencia de 11/10/2006, expediente 1356-2006.
- Sentencia de 25/04/2007, expediente 2863-2006.
- Sentencia de 27-09-2007, expediente 1201-2006.
- Sentencia de 17/02/2010, expediente 1205-2008.
- Sentencia de 20/05/2010, expediente 4095-2009.

D. Otras

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones generales, Núm. 9*, 19º período de sesiones, 1998. Disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN7. [Consulta 22-08-2014].

Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (realizada en Viena, el 25 de junio de 1993). http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf. [Consulta: 22-08-2014].

La jurisdicción constitucional en Guatemala*

Mgtr. Pablo Gerardo Hurtado García**

Sumario: I. La Corte de Constitucionalidad. II. Concepto de jurisdicción constitucional. III. Fundamentación de la jurisdicción constitucional. IV. Las garantías constitucionales. A. La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y otras normas o disposiciones de carácter general. 1. La acción de inconstitucionalidad de carácter general. 2. La inconstitucionalidad de normas en caso concreto. B. La exhibición personal o hábeas corpus. C. El amparo. V. Listado de referencias.

Hoy en día, en los sistemas jurídicos del mundo occidental resulta casi incuestionable afirmar la necesidad de contar con un tribunal constitucional especializado, que se aboque al conocimiento y decisión de diferentes procesos constitucionales, de modo exclusivo y excluyente, aunque reconociendo también la existencia de áreas en donde converge un escrutinio de constitucionalidad entre justicia ordinaria y justicia constitucional especializada (el caso español de

* Hurtado García, Pablo Gerardo, *Alcances de la jurisdicción constitucional en Guatemala*, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), Guatemala, 2014, capítulo II, pp. 36-64.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Obtuvo los grados académicos de Magíster en Derechos Humanos (2005) y de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario (2000) por la Universidad Rafael Landívar. Actual Secretario Ejecutivo de la Asociación de Investigación de Estudios Sociales ASIES; se ha desempeñado como Vicedecano de la Facultad.

la llamada «cuestión de inconstitucionalidad» o «consulta judicial», en el caso costarricense).¹

Como lo expresa el prestigioso jurista costarricense Luis Fernando Solano Carrera,² el carácter especializado de un tribunal constitucional no significa que necesariamente deba ser un tribunal de especialistas en derecho constitucional, sino un órgano encargado del manejo cotidiano de la Constitución, un ejercicio que lleva a entender la textura abierta de sus normas, a descubrir que al lado o por encima de ellas, existen ciertos principios y valores que contribuyen a darle ese carácter de conjunto y a darle una utilidad acorde con tal función y carácter.

Ese carácter especializado y exclusivo de los tribunales constitucionales se concretiza en dos aspectos básicos: por un lado, la existencia de algunos procesos y decisiones cuyo conocimiento es exclusivo del tribunal constitucional, como es el caso del control de constitucionalidad en sentido estricto (acción de inconstitucionalidad, la llamada cuestión de inconstitucionalidad o el control preventivo a petición de determinados y muy calificados órganos políticos del Estado). Por otro lado, que aunque la justicia constitucional en otras materias sea compartida por el tribunal constitucional y los juzgadores del orden común, la intervención que tenga el primero será con carácter de definitivo; sus decisiones son dadas como última palabra, ya que no es posible que sus decisiones sean revisadas en otra sede.

de Ciencias Jurídicas y Sociales de la URL; asesor jurídico de la Corte de Constitucionalidad; asesor en materias constitucional, transparencia, acceso a la información pública y derechos humanos en la Vicepresidencia de la República y el Ministerio de Finanzas Públicas; experto titular del Estado de Guatemala para el Mecanismo de Seguimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción; Secretario Ejecutivo del Observatorio Ciudadano del Gasto Público y Coordinador Nacional del Proyecto de Apoyo a la Educación, Capacitación e Investigación en Derechos Humanos en Centroamérica (Proyecto PNUD – Gobierno de Finlandia)

- 1 Solano Carrera, Luis Fernando, «Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al sistema costarricense», *Constitución y justicia constitucional: Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica*. Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya / Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya / Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano. Barcelona, España, 2007, p. 44. ISBN: 978-84-393-7695-9. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/documentoscc/constitucionyjjusticia.pdf>.
- 2 Solano Carrera, «Supremacía y eficacia en la Constitución...», p. 43.

Por ello, es posible afirmar que los tribunales constitucionales, y especialmente los procesos constitucionales, se han convertido en instrumentos legales de gran importancia en el desarrollo jurídico, social y político de los Estados, puesto que son percibidos por la población como los mecanismos llamados a dotar de efectividad a sus derechos fundamentales y asegurar la plena vigencia del orden constitucional. Los tribunales constitucionales y la jurisdicción privativa que les es encomendada a los mismos no es más que el resultado de los esfuerzos por erradicar la arbitrariedad, eso sí, dentro de un marco de legalidad que permita brindar certeza y seguridad jurídicas a los actos públicos, en cuanto a su relación con los particulares.

Los órganos de la jurisdicción ordinaria también están obligados a acatar las normas constitucionales; de ahí que también son elementos integrantes de la justicia constitucional que deben velar por el respeto a la Constitución. Sin embargo, a diferencia del tribunal constitucional especializado, es este último el que resuelve en definitiva, cómo y qué debe entenderse como norma constitucional.³

El jurista argentino Osvaldo Gozaíni sostiene que la jurisdicción constitucional latinoamericana reconoce su fuente de inspiración en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. La mayoría de las cartas fundamentales de los países latinoamericanos adopta el sistema norteamericano de control de constitucionalidad difuso, es decir, que asigna a cada juez del sistema y, especialmente, a los tribunales supremos, la función de defender la supremacía de las normas constitucionales.⁴

El profesor guatemalteco Alberto Pereira-Orozco, al hacer referencia a los autores María Cristina y Ricardo Medina Rubio, expresa:

«el Derecho procesal constitucional, como disciplina, surge cuando se crean en Europa los Tribunales Constitucionales, a los que se otorga de jurisdicción y competencia exclusiva y excluyente para decidir conflictos constitucionales, aplicando directamente la Constitución

3 Corzo, Édgar, «Justicia Constitucional en un Estado Democrático de Derecho», *Recopilación de las conferencias dictadas en los seminarios de difusión, divulgación y actualización de la justicia constitucional. Corte de Constitucionalidad*. Guatemala, 1998, p. 86.

4 Gozaíni, Osvaldo, *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994, pp. 8 y sigs.

como norma decisoria de la *litis*, a través de otras normas de carácter procesal. Esto se denomina hoy Sistema de Justicia Constitucional o Jurisdicción Concentrada».⁵

La jurisdicción constitucional en Guatemala ha sido establecida por la Constitución Política de la República de 1985; aunque ya en la Constitución de 1965 se había creado una Corte Constitucional, de carácter no permanente y como una derivación del poder judicial, que por su propia naturaleza e integración,⁶ así como los requerimientos para poder plantear la inconstitucionalidad de una ley⁷ y la mayoría calificada requerida para su declaratoria, hicieron que dicho sistema no fuere más que un ineficaz esfuerzo por controlar el ejercicio del poder.

El desarrollo de la justicia constitucional en Guatemala es establecido en la Ley (constitucional) de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPyC), Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

I. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

Si bien el tema objeto del trabajo que se presenta es la jurisdicción o justicia constitucional, es oportuno hacer una breve referencia al órgano al que la Constitución ha encomendado la dirección de esa jurisdicción especializada: la Corte de Constitucionalidad.

La Constitución Política de la República en su artículo 268 asigna a la Corte de Constitucionalidad la función esencial de defender el orden constitucional. Para el efecto, le asigna la calidad de un tribu-

5 Pereira-Orozco, Alberto (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*. Guatemala, Ediciones De Pereira, 2011, Colección Generación Perdida, pp. 7 y 8.

6 Se integraba por doce miembros: el presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuatro magistrados de la misma y siete magistrados (electos por sorteo) de la Corte de Apelaciones y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

7 Sólo podían plantear el recurso de inconstitucionalidad: a) el Consejo de Estado; b) el Colegio de Abogados por decisión aprobada por la Asamblea General del mismo; c) el Ministerio Público, por disposición del presidente de la República, adoptada en Consejo de Ministros; o d) cualquier persona o entidad, directamente afectada por la norma cuestionada, con el auxilio de diez abogados.

nal permanente, de jurisdicción privativa, que actúa como órgano colegiado con independencia de los demás Organismos del Estado.

Al respecto, la propia Corte se ha pronunciado respecto a esa función esencial en los siguientes términos:

«La Constitución Política de la República instituyó la Corte de Constitucionalidad como un Tribunal de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Ello es porque la Constitución como fuente unitaria del derecho de una nación es la génesis del ordenamiento jurídico, ya que algunas veces regula en forma directa ciertas materias y, en otras oportunidades, al establecer los órganos y procedimientos que determinan la creación de la norma jurídica, se constituye como norma reguladora de las demás fuentes de derecho. De lo anterior deviene que formalmente la razón de validez del orden jurídico se deriva de una sola norma fundamental, esto es, la Constitución Política de la República, cuya supremacía ha sido reconocida en la propia Constitución (artículos 175 y 204) y como corolario de esto, ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades superiores a las que le otorga la carta fundamental».⁸

La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad general o amparos contra la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el presidente o el vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete, escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo de entre los suplentes. Los magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados, un titular y su suplente, por: *a)* el pleno de la Corte Suprema de Justicia; *b)* el pleno del Congreso de la República; *c)* el presidente de la República en Consejo de Ministros; *d)* el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y, *e)* la Asamblea del Colegio de Abogados de Guatemala.⁹

Según lo expresa el magistrado constitucional guatemalteco Roberto Molina Barreto, el esquema institucional establecido para

8 Expediente de inconstitucionalidad general núm. 267-89, sentencia de fecha 5 de septiembre de 1990.

9 Artículos 269 de la Constitución y 150 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

la Corte de Constitucionalidad guatemalteca se basó y tomó como referencia, la experiencia del modelo establecido en países como Alemania, Italia, España, Chile, Ecuador y Perú.¹⁰

La Corte de Constitucionalidad ejerce su competencia jurisdiccional, como máxima autoridad en materia de justicia constitucional, en dos diferentes niveles:

- Cuando actúa de manera *directa* al conocer de acciones de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y otras disposiciones de carácter general, así como amparos planteados contra el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y el presidente o vicepresidente de la República.¹¹
- Cuando conoce en *alzada* (apelación) de los autos y sentencias en materia de inconstitucionalidad en caso concreto o amparo conocidos por los tribunales ordinarios, que se constituyen en calidad de órganos constitucionales o de amparo.¹²

Adicionalmente, la Corte de Constitucionalidad desempeña también funciones dictaminadora, dirimente y política.

Dictaminadora, por cuanto tiene a su cargo el control preventivo de constitucionalidad de las normas, en caso de proyectos de reforma a alguna de las leyes constitucionales;¹³ cuando alguno de los Organismos de Estado le solicita opinión consultiva¹⁴ u opinión sobre la

10 Molina Barreto, Roberto, Ponencia: «Los procesos constitucionales en Guatemala», en *Constitución y justicia constitucional...*, p. 282.

11 Artículos 11 y 133 de la LAEPyC.

12 Artículos 60, 127 y 130 de la LAEPyC.

13 Las leyes constitucionales en Guatemala son: a) Ley de Emisión del Pensamiento, b) Ley de Orden Público, c) Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y d) Ley Electoral y de Partidos Políticos. La propia Constitución les reconoce tal carácter y la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad ha establecido que tienen rango constitucional y por ello no son susceptibles de ser cuestionadas mediante inconstitucionalidad. De ahí que previo a su reforma se requiere dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad, a tenor de lo establecido en el artículo 164 de la LAEPyC. Véanse expedientes números 209-98 (sentencia de 19 de febrero de 1998), 2382-2004 (sentencia de 27 de enero de 2005) y 1686-2011 (sentencia de 11 de enero de 2012).

14 Artículo 171 de la LAEPyC.

constitucionalidad de tratados, convenios o proyectos de ley;¹⁵ o bien en caso de leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.¹⁶

Dirimente, ya que de conformidad con los artículos 15 y 163 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, le corresponde resolver las cuestiones de competencia entre los Organismos y entidades autónomas del Estado, así como los conflictos de jurisdicción y competencia que se susciten en materia de amparo o constitucionalidad.

La función política de la Corte de Constitucionalidad se manifiesta en la opción que la Constitución le brinda de presentar iniciativa de reformas a la Constitución.¹⁷

II. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El profesor venezolano Orlando Tovar Tamayo refiere que como expresión del propio principio de separación de poderes, debe existir un órgano o mecanismo cuya función principal sea justamente garantizar la separación de poderes, impedir que cada uno de los órganos titulares del poder supremo se salga del marco de su competencia.¹⁸

Francisco Eguiguren Praeli (Perú), define la jurisdicción constitucional como:

«... un conjunto de procesos y mecanismos procesales o judiciales establecidos para asegurar y garantizar la supremacía y vigencia de la Constitución, a través de la intervención de un órgano jurisdiccional, tanto con respecto al control de la constitucionalidad de las leyes y normas jurídicas como de la protección y defensa de los derechos constitucionales».¹⁹

15 Artículo 163 inciso e) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

16 Artículo 163 inciso h) de la LAEPyC.

17 Artículo 277 inciso c) de la Constitución Política de la República.

18 Tovar Tamayo, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Caracas, Venezuela, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983, Serie Estudios, pp. 63 y 64.

19 Eguiguren Praeli, Francisco, *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*. Buenos Aires, Argentina, Fundación Konrad Adenauer / Centro Interdisciplinario sobre el Desarrollo Latinoamericano, 2000, ISBN 950-9431-82-6, p. 12.

Gerardo Prado, en forma consecuente con las definiciones anteriores, se refiere a la jurisdicción constitucional como un conjunto de actuaciones jurisdiccionales, cuya finalidad es proteger los derechos humanos y asegurar el eficaz funcionamiento del orden fundamental de un país, para evitar la arbitrariedad, preservar la libertad y garantizar el principio de supremacía constitucional.²⁰

Para el autor del presente trabajo, la jurisdicción constitucional es aquella potestad que se atribuye a ciertos órganos jurisdiccionales, que pueden o no ser especializados, para que con arreglo a criterios, técnicas y métodos de interpretación jurídicos, satisfagan las pretensiones que se les planteen y que tengan origen en normas de derecho constitucional. Es el conjunto de normas adjetivas que permiten la real y efectiva aplicación de la normativa sustantiva constitucional.

En la mayoría de casos, tratándose de normas constitucionales, la jurisdicción constitucional se ocupa de cuestiones de política: asuntos de la organización y funcionamiento del Estado, de la relación de quienes ejercen el poder con los particulares, expresadas mediante actos o normas, e incluso de la función reguladora de las relaciones entre particulares que corresponde al Estado.

Vale la pena reiterar, como en las definiciones relacionadas se expresa, la importancia de que la justicia constitucional²¹ sea ejercida conforme principios y normas jurídicas; es decir, ese carácter jurisdiccional que las propias constituciones han dado a la materia, puesto que si la intención del poder constituyente hubiese sido que las controversias que puedan surgir de la aplicación o intelección –ojo, que intencionalmente no se acude al término interpretación– fueran resueltas con criterios políticos o administrativos, otro hubiese sido el modelo adoptado. Desde el ámbito jurídico de la Constitución se pueden establecer los parámetros para la evaluación y control de la adecuación de actos y normas de los funcionarios públicos a ella, sus valores y postulados.

20 Prado, Gerardo, *Derecho constitucional*, Guatemala, Editorial Praxis, 2008, p. 106.

21 A lo largo del trabajo se utilizan indistintamente las expresiones «jurisdicción» o «justicia» constitucional, para referirse a la potestad, procesos y mecanismos que se conceptúan en este apartado.

III. FUNDAMENTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El expresidente de la Corte Constitucional colombiana, Marco Gerardo Monroy Cabra, manifiesta en su ensayo publicado en el décimo *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*,²² que el fundamento de la jurisdicción constitucional está íntimamente asociado al concepto y efectividad de la Constitución. Para que pueda existir un sistema de control de constitucionalidad se necesita no solo la existencia de una Constitución, sino el funcionamiento de un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad.

La existencia de la jurisdicción constitucional se fundamenta en las necesidades de defender el régimen constitucional democrático, garantizar la supremacía e integridad constitucionales y dotar de eficacia a los derechos fundamentales y libertades reconocidos a los habitantes de un Estado.

El ya citado autor venezolano Tovar Tamayo reflexiona sobre la jurisdicción constitucional y llega a concluir en una «natural» necesidad de su existencia. Para ello parte del análisis de la evolución del control político en Francia y el abandono en Inglaterra de la teoría de la superioridad del *common law* del juez Cook; luego plantea cómo a partir de la Constitución estadounidense es abordado el tema de la superlegalidad constitucional y el papel que asume la Suprema Corte federal al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes.²³

Eguiguren Praeli sostiene que la implementación del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se justifica por la necesidad de asignar tal función a un órgano distinto al Poder Judicial, pero igualmente resulta una conclusión inevitable:

22 Monroy Cabra, Marco Gerardo, «Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho», en Woischnik, Jan (director), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Edición 2004, tomo I, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, ISSN 1510-4974, p. 18.

23 Monroy Cabra, «Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales...», p. 63.

«... dada la ingenuidad que supondría, a decir de Kelsen, depositar dicha función y encomendar su custodia al propio Parlamento, pues ello supondría apostar y confiar en su capacidad de autocensura y moderación, algo difícil de esperar por tratarse de un órgano eminentemente político, el mismo que aprueba las leyes».²⁴

Para concluir este apartado, se estima apropiado traer a colación la reflexión realizada por el ex magistrado constitucional guatemalteco Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano,²⁵ quien expresa que en la actualidad, si bien el Estado de Derecho se fundamenta en el sistema de separación de poderes –y su clásica división tripartita en ejecutivo, legislativo y judicial–, para que dicho sistema alcance su plena realización y eficacia, debe complementarse con la jurisdicción constitucional, la que se encarga de velar por el debido equilibrio entre tales poderes, el fiel cumplimiento del sistema de pesos y contrapesos que adopte el Estado y, sobre todo, que el actuar de cada Organismo y órgano estatal se ajuste a las atribuciones y competencias que la Constitución y las leyes establezcan.

IV. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El magistrado Molina Barreto ha expresado que con la denominación de «garantías constitucionales» se alude a aquellos procedimientos que posibilitan la tutela de los derechos fundamentales y el control de la constitucionalidad de las normas.²⁶

Por su parte, Alberto Pereira y Marcelo Richter señalan que son:

«... los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder,

24 Monroy Cabra, «Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales...», p. 10.

25 Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo, «Corte de Constitucionalidad, La Jurisdicción Constitucional en Guatemala», en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coordinadores), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 341, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/18.pdf>.

26 Molina Barreto, «Los procesos constitucionales...», p. 287.

a pesar de los instrumentos protectores, instrumentos destinados a la corrección de una patología constitucional». ²⁷

Como ya ha quedado anotado, la justicia o jurisdicción constitucional representa el principal mecanismo para asegurar la plena vigencia de las disposiciones contenidas en la Constitución, tanto respecto de los derechos fundamentales que en la misma se reconocen a los habitantes del Estado, como de las normas que organizan, estructuran y hacen funcional al mismo, a fin de que pueda cumplir los deberes que el pueblo ha pactado como necesarios para la consecución de sus valores compartidos.

Por su parte, el doctor Jorge Mario García Laguardia expresa que las garantías constitucionales son medios técnico jurídicos dirigidos a la protección y restauración de las disposiciones constitucionales, frente a su infracción. ²⁸

Las garantías constitucionales representan los instrumentos a través de los cuales la jurisdicción constitucional ejerce el control de la constitucionalidad de los actos de los funcionarios públicos y las normas emitidas por el Congreso de la República y demás autoridades que ejercen el poder y cuentan con facultad para el efecto.

Molina Barreto refiere que las garantías constitucionales en Guatemala son de dos tipos: las orientadas a custodiar el principio de supremacía constitucional en la producción normativa (inconstitucionalidad –de carácter general y en caso concreto–) y las enfocadas hacia la protección de los derechos fundamentales de la población (amparo y exhibición personal). ²⁹

Se considera oportuno hacer una breve referencia descriptiva de cada una de las garantías constitucionales existentes en Guatemala, haciendo la salvedad de que los alcances y modalidades que presentan las mismas han sido desarrollados vía jurisprudencial por la Corte

27 Pereira Orozco, Alberto y Richter, Marcelo, *Derecho constitucional*, Guatemala, Ediciones De Pereira, 2007, p. 164.

28 García Laguardia, Jorge Mario, *La Defensa de la Constitución*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala / Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 24.

29 Molina Barreto, «Los procesos constitucionales...», p. 288.

de Constitucionalidad y por constituir ello el objeto principal de este trabajo, es en capítulo aparte donde se profundiza al respecto.

A. La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y otras normas o disposiciones de carácter general

El control de constitucionalidad de las normas (planteamiento de inconstitucionalidad) es una herramienta directa para la realización del principio de supremacía constitucional. Consiste en la confrontación de las leyes, reglamentos o cualquier disposición de carácter general –que reúna las características de abstracta, impersonal y aplicable a una determinada colectividad– con la Constitución, a fin de que en caso se advierta la incompatibilidad de las unas con la otra, según el tipo de inconstitucionalidad promovida, se expulsen del ordenamiento jurídico vigente las normas cuestionadas o bien se declare su inaplicabilidad para un caso concreto.³⁰

El también exmagistrado constitucional guatemalteco Juan Francisco Flores Juárez afirma que la inconstitucionalidad en caso concreto es el enjuiciamiento de constitucionalidad al ordenamiento jurídico ordinario, para examinar si contradice o no las disposiciones fundamentales del derecho constitucional.³¹

La inconstitucionalidad de normas en Guatemala se estructura conforme un modelo mixto en dos modalidades, en atención a sus efectos: la acción de carácter general, cuya declaratoria surte efectos *erga omnes*; y la inconstitucionalidad en casos concretos, que limita sus efectos al caso particular en que se haya planteado y acogido.

«La diferencia objetiva que resulta entre la inconstitucionalidad en caso concreto y la inconstitucionalidad de carácter general, reside en que aquella resuelve la inaplicabilidad al caso específico de la ley declarada

30 Debe tenerse presente lo expresado párrafos atrás, en el sentido que a las cuatro leyes denominadas constitucionales, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad les ha reconocido carácter y jerarquía constitucional, lo que tiene como efecto la inviabilidad de cuestionar su compatibilidad con la Constitución.

31 Flores Juárez, Juan Francisco, «Inconstitucionalidad y otras competencias», en Corte de Constitucionalidad, Recopilación de las conferencias dictadas en los seminarios de difusión, divulgación y actualización de la justicia constitucional, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 1998, p. 127.

inconstitucional, en tanto que en la segunda quedará sin vigencia con efectos *erga omnes*».³²

Este sistema mixto de control constitucional adoptado por Guatemala contempla tanto elementos del modelo concentrado, con un órgano especializado que conoce con exclusividad de las acciones de inconstitucionalidad de carácter general –y cuyas sentencias de inconstitucionalidad representan la expulsión del ordenamiento jurídico vigente la o las normas así declaradas–, como del modelo difuso, en el que se confieren facultades a los jueces ordinarios para efectuar análisis y declaratoria sobre la constitucionalidad de leyes.³³

1. La acción de inconstitucionalidad de carácter general

La acción de inconstitucionalidad de carácter general representa la principal manifestación del sistema concentrado de control de constitucionalidad que ha adoptado el modelo guatemalteco. Y tal y como lo refieren los considerandos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, es el medio jurídico que garantiza el irrestricto respeto de la supremacía constitucional.

Por medio de la inconstitucionalidad de carácter general, el orden constitucional guatemalteco prevé el control directo, abstracto y reparador de constitucionalidad sobre las normas de inferior jerarquía, patentizando así la misión de la Corte de Constitucionalidad como intérprete máximo y definitivo del contenido de la propia Constitución.³⁴

Los vicios que pueden propiciar una declaratoria de inconstitucionalidad se pueden agrupar en dos tipos: materiales y formales.³⁵

a) Los vicios materiales, a su vez se pueden distinguir entre:

- Inconstitucionalidad por violación de normas de primer grado o de comportamiento. Esta situación se produce

32 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 31 de enero de 1990, expediente núm. 244-89, <http://www.cc.gob.gt/siged2009/frmConsultaWeb.aspx>.

33 Ordóñez Reyna, Aylín, «La Jurisdicción Constitucional en Guatemala», en *Revista Jurídica*, núm. III, segundo semestre 2001, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, pp. 91 y siguientes.

34 Molina Barreto, «Los procesos constitucionales...», p. 287.

35 Pérez Puerto, Gloria Leticia, *La defensa de la Constitución a través del planteamiento de inconstitucionalidad*, Guatemala, Indugrafic, 1999, p. 93.

cuando una ley infringe directamente la norma constitucional que establece un derecho fundamental.

- Inconstitucionalidad por violación de normas de estructura o de organización. Se trata de normas que tienen como finalidad regular la producción de otras normas a todos los niveles; estas normas no atribuyen directamente derechos o deberes a los ciudadanos sino solo prohibiciones, permisos o mandatos.
- Inconstitucionalidad por violación de los principios generales de la Constitución. Este supuesto se produce cuando una norma viola los principios de libertad, igualdad y de no discriminación, de justicia, entre otros.

b) Por otra parte, los vicios formales o procesales comprenden:

- El relativo a la incompetencia o falta de atribución del órgano que asume el poder legislativo.
- El que se refiere a la regularidad del proceso legislativo.

A tenor de lo establecido en el artículo 134 de la LAEPyC, puede ser planteada por la Junta Directiva del Colegio de Abogados, el Ministerio Público, el Procurador de los Derechos Humanos o cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos. Su planteamiento puede ser total, si se ataca por completo una ley, reglamento o similar, o parcial, si lo impugnado es solamente un artículo, una frase o una palabra.

La Corte de Constitucionalidad ha manifestado respecto de la inconstitucionalidad de carácter general que:

«La acción directa de inconstitucionalidad procede contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio o parcial o total de inconstitucionalidad y persigue que la legislación se mantenga dentro de los límites que la propia Constitución ha fijado, excluyendo del ordenamiento jurídico las normas que no se conforman con la misma, anulándolas con efectos *erga omnes* (artículos 267 de la Constitución; 133 y 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). El análisis para establecer la incompatibilidad entre la Ley y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin

sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas. Por otra parte, el examen puede comprender tanto las denuncias de inconstitucionalidad de las normas por vicios materiales como la de los actos legislativos por vicios formales».³⁶

En ese sentido, en la sentencia de fecha 3 de agosto de 1995, de cuyo contenido se extrajo la anterior transcripción, la Corte consideró que los actos y las normas originadas en decisiones de los órganos u Organismos constitucionalmente facultados para dictarlos nacen con una presunción de constitucionalidad, de que están debidamente emitidos. Por ello, la declaratoria de inconstitucionalidad solamente procede cuando exista una evidente contradicción con la Constitución, pues de lo contrario, de acuerdo con el principio democrático, deben conservarse los actos políticos realizados dentro del marco de sus atribuciones.

De la anterior consideración de la Corte de Constitucionalidad, puede colegirse que la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general puede declararse tanto por la existencia de vicios materiales (discordancias de fondo entre los preceptos consagrados en el texto constitucional y las disposiciones legales impugnadas), como por vicios formales –denominada inconstitucionalidad *interna corporis*–, que se presenta cuando existen irregularidades en el proceso legislativo de formación de la ley.

La Corte de Constitucionalidad es el único órgano competente para conocer y declarar la inconstitucionalidad de una norma, con efectos generales, a tenor de los artículos 267 y 272 inciso a) de la Constitución, y 133 y 168 inciso a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Ya antes se indicó que cuando la Corte de Constitucionalidad conoce acciones de inconstitucionalidad de carácter general, se integra con siete magistrados: los cinco titulares y dos suplentes designados por sorteo.

2. *La inconstitucionalidad de normas en caso concreto*

Al igual que la acción de inconstitucionalidad de carácter general, la inconstitucionalidad en caso concreto implica una evaluación de la compatibilidad de la norma que se impugna con la Constitución,

36 Sentencia de 3 de agosto de 1995, dictada en el expediente núm. 669-94.

con la particularidad de que si resulta declarada con lugar, produce sus efectos únicamente dentro del caso concreto en que se plantea. Por ello, es que solamente las partes en un caso concreto, judicial o administrativo, pueden plantearla.

El efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad en caso concreto no es otro sino que en el proceso dentro del cual así se resolvió, no sea aplicada –es decir, no se tome en cuenta– la o las normas impugnadas. O sea, que dentro del marco jurídico en que el juzgador fundamenta y emite su fallo en un proceso en particular, no esté incluida la ley o norma declarada inconstitucional.

La Corte de Constitucionalidad ha considerado que la inconstitucionalidad en caso concreto:

«... es un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto mantener la preeminencia de la Constitución sobre toda otra norma, y orientar la selección adecuada de normas aplicables a cada caso concreto. La persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley puede plantearlo ante el tribunal que corresponda según la materia y podrá promoverse cuando la “ley” de que se trate hubiera sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio».³⁷

La inconstitucionalidad en caso concreto puede plantearse como acción, excepción o incidente en cualquier tipo de proceso, en cualquier instancia e incluso como motivo de casación. Por tratarse de un instrumento del control difuso de constitucionalidad que incorpora el modelo mixto guatemalteco, son competentes para conocer de la inconstitucionalidad en caso concreto los mismos tribunales en donde se está tramitando el proceso dentro del cual se pretende lograr la inaplicación de la norma impugnada, salvo que fuere en un Juzgado de Paz, caso en el que conoce el Juzgado de Primera Instancia correspondiente.³⁸

El artículo 118 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que si el asunto dentro del cual se aplica o pretende aplicar la norma considerada inconstitucional es de naturaleza administrativa, durante el procedimiento administra-

37 Sentencia del 1 de junio de 1995, dictada en el expediente de inconstitucionalidad en caso concreto núm. 531-94.

38 Artículos 116, 117 y 120 de la LAEPyC.

tivo el interesado únicamente debe señalar la inconstitucionalidad y, una vez haya causado estado la resolución administrativa, deberá plantear la inconstitucionalidad en caso concreto, ante el tribunal de lo contencioso administrativo, bien como acción o como incidente dentro del propio proceso contencioso administrativo.

En cualquier tipo de proceso la resolución que resuelve la inconstitucionalidad en caso concreto es apelable. El recurso de alzada es conocido por la Corte de Constitucionalidad, la que resuelve en definitiva.³⁹

No pueden dejar de mencionarse en este punto, las hasta ahora coloquiales, pero no por ello intrascendentes, reflexiones que en el medio académico y forense guatemalteco genera la inconstitucionalidad en caso concreto.

Suele inquietar a los juristas el hecho de que los efectos de la inconstitucionalidad en caso concreto se circunscriben al proceso en el que se ha planteado tal impugnación, puesto que indudablemente existen otros casos, conocidos incluso por el mismo tribunal, en los que la norma que en un proceso ha sido declarada inconstitucional sencillamente no fue cuestionada y por lo mismo, en principio, debe ser aplicada. De ahí que pueda cuestionarse que si un juzgador ha llegado a estimar por el planteamiento que alguna de las partes le hace en un proceso, que una norma es contraria a la Constitución, que para otro caso –en el que no se haya planteado la inconstitucionalidad en caso concreto–, deba aplicarla obviando la incompatibilidad constitucional.

La situación incluso puede complicarse cuando hay más de una resolución de inconstitucionalidad en caso concreto dictada en el mismo sentido, toda vez que, como lo expresa el ex magistrado constitucional guatemalteco Luis Felipe Sáenz:

«... nuestro proceso constitucional admite el precedente, aun cuando restringido a su acepción de “Antecedente, acción o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores”, pues, para que un fallo llegue a constituir doctrina –obligatoria para todo tribunal de la jurisdicción ordinaria– no puede menos que haberse formado por la

39 Artículos 121 y 127 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

solución a un caso que constituye precedente de –por lo menos– dos casos posteriores similares». ⁴⁰

Es decir, si se hubiere sentado doctrina legal sobre la inconstitucionalidad de una norma mediante la declaración en tal sentido en tres diferentes casos, los tribunales de justicia tendrán la obligación de respetar tal doctrina y así resolver en otros procesos en que se pretenda la aplicación de dicha disposición.

Lo anteriormente expresado encuentra también su fundamento en el artículo 204 constitucional, de conformidad con el cual todo tribunal de justicia debe hacer prevalecer en sus resoluciones, el principio de supremacía de la Constitución Política de la República.

B. La exhibición personal o hábeas corpus

El profesor peruano Domingo García Belaunde, refiere que la incorporación del hábeas corpus en Latinoamérica no fue mecánica ni constituyó una copia del modelo inglés, puesto que fue adoptado en el contexto político de la región de los siglos XIX y XX, encajándole dentro de las instituciones basadas en esquemas de inspiración romanista, y ha llegado a representar un símbolo del Estado de Derecho y una clave procesal para la defensa de la libertad física. ⁴¹

Gregorio Badeni, citado por José Arturo Sierra, señala que el hábeas corpus:

«... consiste en una garantía constitucional destinada a brindar la protección judicial para toda persona que es privada de su libertad o su libertad ambulatoria, o bien la encuentra restringida, agravadas o amenazadas ilegalmente. Por su intermedio se procede a examinar judicialmente la situación jurídica o de hecho de la persona afectada, real o potencialmente, en su libertad, y se dispone en su caso de ser

40 Sáenz Juárez, Luis Felipe, *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2001, ISBN 99922-2-068-6, p. 136.

41 García Belaunde, Domingo, «El Hábeas Corpus latinoamericano», en *Anuario Constitucional Latinoamericano. Edición 2000*, Argentina, Konrad Adenauer Stiftung / Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, ISBN 950-9431-84-2, pp. 413 y 435.

legal o arbitraria la privación, el cese inmediato de aquellos actos que la lesión perturba».⁴²

En Guatemala, la Constitución denomina al hábeas corpus como «exhibición personal» y dispone, en su artículo 263, que procede en caso una persona se encuentre ilegalmente presa, detenida o cohibida, en cualquier modo, del goce de su libertad individual o bien, aunque su prisión o detención estuviere legalmente fundada, sufriere algún vejamen.

La exhibición personal es la garantía constitucional que protege la libertad, seguridad e integridad individuales. Persigue evitar detenciones ilegales o bien, si las mismas cumplen formalmente con los requerimientos de ley, protege a las personas del sufrimiento de vejámenes, torturas o malos tratos durante su reclusión. El hábeas corpus proporciona a las personas el mecanismo sumario para que se evalúe la causa que restringe su libertad o que amenaza de manera inminente su disfrute.

La exhibición personal está descargada de mayores formalismos, persigue evitar detenciones ilegales que provengan del poder público o de particulares y su objeto es que la autoridad judicial que conozca de la misma determine los fundamentos de la detención; si la estima ilegal, deberá decretar la libertad, pero en caso contrario, debe denegarla, sin perjuicio de hacer cesar los vejámenes que pudieran existir. Para ejemplificar lo anterior, en un caso en que una persona detenida no hubiere sido presentada ante juez competente dentro del plazo que la Constitución establece para el efecto y por ello se plantea una exhibición personal, el resultado de su práctica debe ser la corrección de tal agravio –presentarlo ante juez competente–, pero no su automática libertad, puesto que su detención responde a una orden de juez dictada dentro de un proceso legal.

En los artículos 82 a 113 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se desarrolla el procedimiento, efectos y alcances de la exhibición personal; de dicha regulación, resultan relevantes para el trabajo que se presenta los siguientes aspectos:

42 Sierra González, José Arturo, *Derecho constitucional guatemalteco*, Guatemala, Editorial Fénix, 2007, p. 53.

- Los tribunales ordinarios que son competentes para conocer acciones de amparo, son competentes para conocer de exhibiciones personales. La Corte de Constitucionalidad no ejerce ninguna competencia en esta materia y la que le correspondería conforme las reglas del amparo, es ejercida en esta materia por la Corte Suprema de Justicia.⁴³
- Sin perjuicio de la competencia específica en materia de exhibición personal, el artículo 84 de la LAEPyC dispone que cualquier tribunal podrá iniciar a prevención la exhibición personal, dictando las providencias urgentes que el caso requiera y remitiendo el mismo sin demora al tribunal competente.
- Conforme el artículo 85 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la exhibición personal puede solicitarse por escrito, por teléfono o verbalmente; por el agraviado o por cualquier otra persona.
- El plazo máximo dentro del cual debe realizarse el acto de exhibición personal no puede exceder de 24 horas, a partir de la solicitud inicial. El acto de exhibición se realiza por medio de la presentación del agraviado ante el juez por parte de la autoridad que lo tuviere detenido o bien constituyéndose el juez o ejecutor en el lugar en que estuviere el agraviado.⁴⁴
- «Cuando la exhibición se hubiere solicitado en favor de personas plagiadas o desaparecidas, el juez que haya ordenado la exhibición debe comparecer por sí mismo a buscarlas en el lugar en donde presuntamente se encuentre, ya sean centros de detención, cárceles o cualquier otro lugar señalado, sugerido o sospechado en donde pudieran encontrarse». (Artículo 95 de la LAEPyC).

A diferencia de las garantías constitucionales del amparo y la inconstitucionalidad en caso concreto y por su propia naturaleza, la resolución que se emite en la exhibición personal no es apelable,

43 Art. 83 de la LAEPyC.

44 Arts. 88, 89 y 90 LAEPyC.

situación que limita la existencia de criterios unificados respecto de la misma y, por ende, inviabiliza el establecer con certeza los alcances que la misma tiene en la jurisdicción constitucional.

En otros términos, dada la inmediatez y propósitos de la exhibición personal, su ámbito de conocimiento se limita a establecer el paradero o las condiciones de la persona a cuyo favor se solicita, aspectos que por su naturaleza fáctica no dan margen a diferentes interpretaciones sobre las normas que la rigen. De ahí, y porque la Corte de Constitucionalidad no tiene ninguna competencia respecto a la exhibición personal –con lo que no existe jurisprudencia constitucional para el análisis–, resulta intrascendente para los objetivos del trabajo, su inclusión en los capítulos siguientes, salvo lo ya indicado en la introducción, respecto al análisis de las consideraciones que ha realizado la Corte de Constitucionalidad respecto a la exhibición personal, dentro de las acciones amparo promovidas contra lo resuelto en materia de hábeas corpus.

C. El amparo

A través del amparo, las personas pueden proteger sus derechos reconocidos por la Constitución y las leyes,⁴⁵ tanto en forma preventiva –ante la amenaza de violaciones a los mismos–, como en forma reparadora –cuando la violación hubiere ocurrido–. El amparo persigue que las actuaciones y resoluciones de autoridad se enmarquen en el principio de legalidad en el ejercicio de la función pública, sin causar agravios a las personas; es decir, sin provocar un daño o perjuicio ilegítimo e ilegal a un particular. Es la garantía constitucional contra la arbitrariedad. Su ámbito de aplicación incluye actuaciones de personas jurídicas privadas que ejerzan autoridad sobre un determinado grupo de personas.

El amparo se debe entender como un proceso judicial, de rango constitucional, extraordinario y subsidiario, tramitado y resuelto por un órgano especial, temporal o permanente, cuyo objeto es preservar o restaurar, según sea el caso, los derechos fundamentales de los particulares cuando los mismos sufren amenaza cierta e inminente

45 Con excepción de su libertad e integridad personales, que como se ha expresado anteriormente, son protegidas por medio de la exhibición personal o hábeas corpus.

de vulneración o cuando han sido violados por personas en ejercicio del poder público.⁴⁶

Dicha garantía constitucional tiene como finalidad fundamental, el tutelar o proteger, adjetivamente y en beneficio del gobernado, los derechos fundamentales que a su favor se encuentran consagrados en la Constitución y demás normativa de menor jerarquía.⁴⁷

Los artículos 265 de la Constitución Política de la República y 8° de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, instituyen el amparo como medio de protección contra las amenazas de violación a los derechos que la Constitución o las leyes reconocen a las personas o bien cuando tal violación se hubiere producido.

La Corte de Constitucionalidad ha considerado que el amparo:

«... protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura su imperio cuando la violación hubiere ocurrido. Procede siempre que las leyes, disposiciones, resoluciones o actos de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. De conformidad con este principio el amparo se contrae a dos funciones esenciales: una preventiva y otra restauradora. Para establecer su procedencia, cuando se denuncia amenaza de violación a un derecho garantizado por la Constitución y las leyes, es condición que la amenaza que se quiere evitar sea inminente y provenga de un acto de autoridad para que el amparo cumpla con prevenirlo o a *contrario sensu*, una vez cometida la violación que debió evitarse, el amparo cumple con repararla, restablece al afectado en el goce de sus derechos transgredidos y declara que el acto que se impugna no le afecta por contravenir o restringir derechos garantizados por la Constitución y la ley».⁴⁸

En la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, artículos del 8° al 81, está regulado lo relativo a la procedencia, requisitos, presupuestos, trámite, impugnaciones, efectos y ejecución del amparo.

46 Guzmán Hernández, Martín Ramón, *El amparo fallido*, 2.ª edición, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004, p. 27.

47 Cascajo Castro, José y Gimeno Sendra, José Vicente, *El recurso de amparo*, Madrid, 1985, pp. 49-60.

48 Sentencia de 6 de mayo de 1997, dictada en el expediente núm. 1351-96.

Los casos específicos de procedencia del amparo se encuentran comprendidos en el artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, de conformidad con el cual toda persona tiene derecho a pedir amparo:

«... a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución o cualquiera otra ley; b) Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquiera otra ley; c) Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República, no le es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional; d) Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa; e) Cuando en actuaciones administrativas se exijan al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales, o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo; f) Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite; g) En materia política, cuando se vulneren derechos reconocidos por la ley o por los estatutos de las organizaciones políticas. Sin embargo, en materia puramente electoral, el análisis y examen del tribunal se concretará al aspecto jurídico, dando por sentadas las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión; y h) En los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio puedan ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. Lo determinado en los incisos anteriores, no excluye cualesquiera otros casos, que no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo de conformidad con lo establecido por los artículos 265 de la Constitución y 8 de esta ley».

Es importante enfatizar en la naturaleza personal del amparo; es decir, que su procedencia requiere la existencia de un agravio personal y directo causado o que amenace causarse a la persona que lo solicita, salvo lo dispuesto en el artículo 25 de la LAEPyC, que establece que el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos tienen legitimación activa para plantear amparos en defensa de los intereses que constitucional y legalmente les han sido encomendados.

V. LISTADO DE REFERENCIAS

CASCAJO CASTRO, José y Gimeno Sendra, José Vicente, *El recurso de amparo*, Madrid, 1985.

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

CORZO, Édgar, «Justicia Constitucional en un Estado Democrático de Derecho», *Recopilación de las conferencias dictadas en los seminarios de difusión, divulgación y actualización de la justicia constitucional*. Corte de Constitucionalidad. Guatemala, 1998.

EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO, *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*. Buenos Aires, Argentina, Fundación Konrad Adenauer / Centro Interdisciplinario sobre el Desarrollo Latinoamericano, 2000, ISBN 950-9431-82-6.

FLORES JUÁREZ, Juan Francisco, «Inconstitucionalidad y otras competencias», en Corte de Constitucionalidad, *Recopilación de las conferencias dictadas en los seminarios de difusión, divulgación y actualización de la justicia constitucional*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 1998.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, «El Hábeas Corpus latinoamericano», en *Anuario Constitucional Latinoamericano. Edición 2000*, Argentina, Konrad Adenauer Stiftung / Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, ISBN 950-9431-84-2.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La Defensa de la Constitución*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala / Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

- GOZAÍNI, Osvaldo, *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994.
- GUZMÁN HERNÁNDEZ, Martín Ramón, *El amparo fallido*, 2.^a edición, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004.
- Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.
- Ley de Emisión del Pensamiento, decreto 9 de la Asamblea Nacional Constituyente.
- Ley de Orden Público, decreto 7 de la Asamblea Nacional Constituyente.
- Ley Electoral y de Partidos Políticos, decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente.
- MOLINA BARRETO, Roberto, Ponencia: «Los procesos constitucionales en Guatemala», en *Constitución y justicia constitucional: Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica*. Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya / Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya / Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano. Barcelona, España, 2007. ISBN: 978-84-393-7695-9. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/documentoscc/constitucionyjusticia.pdf>.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, «Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho», en Woischnik, Jan (director), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2004*, tomo I, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, ISSN 1510-4974.
- ORDÓÑEZ REYNA, Aylín, «La Jurisdicción Constitucional en Guatemala», en *Revista Jurídica*, núm. III, segundo semestre 2001, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.
- PEREIRA-OROZCO, Alberto (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*. Guatemala, Ediciones De Pereira, 2011, Colección Generación Perdida.

_____ y RICHTER, Marcelo, *Derecho constitucional*, Guatemala, Ediciones De Pereira, 2007.

PÉREZ PUERTO, Gloria Leticia, *La defensa de la Constitución a través del planteamiento de inconstitucionalidad*, Guatemala, Indugrafic, 1999.

PRADO, Gerardo, *Derecho constitucional*, Guatemala, Editorial Praxis, 2008.

ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo, «Corte de Constitucionalidad, La Jurisdicción Constitucional en Guatemala», en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coordinadores), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 341, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/18.pdf>.

SÁENZ JUÁREZ, Luis Felipe, *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2001, ISBN 99922-2-068-6.

Sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad, todas disponibles para su consulta en el sitio *web* de la Corte de Constitucionalidad, en su sistema de consulta de gaceta y jurisprudencia: <http://www.cc.gob.gt/sjc/>(antes <http://www.cc.gob.gt/siged2009/frmConsultaWeb.aspx>)

- Sentencia de fecha 31 de enero de 1990, en el expediente núm. 244-89.
- Sentencia de fecha 5 de septiembre de 1990, dictada en el expediente núm. 267-89.
- Sentencia del 1 de junio de 1995, dictada en el expediente núm. 531-94.
- Sentencia de 3 de agosto de 1995, dictada en el expediente núm. 669-94.
- Sentencia de 6 de mayo de 1997, dictada en el expediente núm. 1351-96.

- Sentencia de fecha 19 de febrero de 1998, en expediente núm. 209-98.
- Sentencia de fecha 27 de enero de 2005, en expediente núm. 2382-2004.
- Sentencia de fecha 11 de enero de 2012, en expediente núm 86-2011.

SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo, *Derecho constitucional guatemalteco*, Guatemala, Editorial Fénix, 2007.

SOLANO CARRERA, Luis Fernando, «Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al sistema costarricense», *Constitución y justicia constitucional: Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica*. Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya / Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya / Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano. Barcelona, España, 2007. ISBN: 978-84-393-7695-9. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/documentoscc/constitucionyjusticia.pdf>.

TOVAR TAMAYO, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Caracas, Venezuela, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983, Serie Estudios.

Principios constitucionales en el ámbito tributario*

Mgrtr. Juan Luis Cano Chávez**

Sumario: I. Planteamiento. II. Rasgos generales del positivismo respecto a las reglas. III. Postura neoconstitucionalista: normas constitucionales (reglas y principios). IV. Principios constitucionales: obligatoriedad, aplicación inmediata y eficacia directa. V. Métodos de interpretación de las disposiciones constitucionales. A. Aspectos generales. B. La ponderación como método interpretativo para la solución de conflictos entre principios. C. El principio de proporcionalidad. D. Estructura de la ponderación. VI. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

El sistema tributario de los Estados ha estado sujeto a una serie de principios o bases a partir de las cuales formula su estructuración,

* Cano Chávez, Juan Luis, *Los principios constitucionales en el ámbito tributario y los mecanismos para su aplicación*, Guatemala, 2014, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), capítulo II, pp. 34-64.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*; Doctorado en Derecho Constitucional, Universidad Mariano Gálvez, Guatemala (pendiente de defensa de tesis). Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal por Universidad Mariano Gálvez, Guatemala año 2012.

En el año 2010 Asesor jurídico de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y del Organismo Judicial de Guatemala. Actualmente letrado de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, Vocalía X.

Publicaciones: Año 2013, enero-junio. «Consulta Prejudicial: mecanismo para la uniforme aplicación e interpretación del derecho comunitario centroamericano». *Sapere Aude* (Revista jurídica del Organismo Judicial).

mismas que se relacionan con su origen, el procedimiento de creación de los tributos, pero principalmente en torno a su contenido.¹

Estas directrices guardan una estrecha relación con el constitucionalismo, de hecho podría indicarse que aquellas constituyeron uno de los factores que indirectamente incidieron en la creación de aquel, al menos en los Estados Unidos de América.² Precisamente los abusos que acontecían principalmente en esta materia, así como en la penal, conllevaron a la adopción de límites para los gobernantes, mismos que quedaron plasmados en cartas de derechos,³ o bien en los textos constitucionales.⁴

Año 2012. «La Ponderación como método interpretativo para la solución de colisiones entre principios» (Revista *Opus Magna Constitucional*). Tomo VI. Año 2010, julio-diciembre. «Los tribunales constitucionales y su función en un Estado constitucional de derecho» (Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala).

- 1 Se estima pertinente la denominación de principios materiales a que alude Patricio Masbernat, ya que estos guardan relación con aspectos de fondo de los tributos, en contraposición a los formales, que atienden más a los órganos competentes para su creación, así como al procedimiento para lograr tal efecto. Masbernat, Patricio *et al.*, «Perspectivas para la construcción de una dogmática sobre los principios materiales de la tributación en Chile a partir de los ordenamientos de Italia, España y Argentina». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2012, Número 39, p. 476.
- 2 Uno de los aspectos que impulsaron el movimiento independentista de las colonias americanas fue derivado de los tributos, específicamente en la Ley del Timbre (*Stamp Act*). En efecto en el año 1765 acontece la crisis respecto a la referida ley, mediante la cual se creaba un impuesto del timbre, en donde se gravaba el uso de todo papel legal para trámites burocráticos, incluso el empleado por las editoriales. La insatisfacción de las Colonias se derivaba de tributos que eran decretados sin que existiera representación suya en el Parlamento, lo cual estimaban era contrario a la ley fundamental (*common law*), por ende, que esas leyes eran nulas. Para mayor información sobre el contenido de aquella ley se puede consultar en *Stamp Act* <http://www.ushistory.org/declaration/related/stampact.htm>, consultada el 8 de abril de 2014.
- 3 En el caso de Francia, que influiría al resto de Europa continental, se aprecia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, que en su artículo 13 establecía: «Para mantener una fuerza pública, y para los gastos de administración, es indispensable una contribución común: debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos, en razón de sus posibilidades». Jellinek, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Traductor Adolfo Posada; 2.^a edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 169.
- 4 En numerosas constituciones o cartas fundacionales de las colonias americanas se aprecian principios que deben regir el sistema tributario, un ejemplo de lo anterior es la Constitución de la Comunidad de Massachusetts de 1780, en su artículo X, indica: «Cada individuo de la sociedad tiene derecho a ser protegido

Por lo anterior, resulta poco acertado pretender abordar el tema de los principios constitucionales tributarios, sin ahondar en lo relativo a las disposiciones constitucionales, principalmente a su naturaleza, pues únicamente partiendo de su conocimiento se podrá determinar la relevancia de la constitucionalización de aquellos principios.⁵

El primer problema que se ha presentado en el estudio de este tema es el relativo a conceptualizar lo que debe entenderse por principio, así en la doctrina se ha indicado que estos constituyen criterios de justicia,⁶ preceptos del deber ser, criterios de racionalidad del sistema tributario, guías, bases, fundamentos, etc. En otros casos se ha optado por señalar que constituyen una fuente del ordenamiento jurídico, pero sobre esto ha señalado Mongay I Soler:

«El problema planteado es el de los principios como fuente material de Derecho; evidentemente nadie cuestiona la no susceptibilidad de los principios generales para constituirse en fuente del Derecho en sentido formal, puesto que no son un mecanismo de producción y manifestación de normas jurídicas en sentido técnico».⁷

Se aprecia la dificultad de poder determinar con precisión qué debe entenderse por principio, pese a lo anterior, en el presente trabajo de investigación se adoptará una postura que no busca definir aquellos a partir de los criterios ya expuestos, al estimar que el enfoque desde esas perspectivas no es el más idóneo, al menos en materia tributaria, pues al encontrarse contenidos en determinadas

por ésta para que disfrute su vida, su libertad y su propiedad según las leyes escritas. [Y] él queda obligado, recíprocamente, a contribuir su parte del coste de esa protección; a dar cuando sea necesario su servicio personal o un equivalente; pero ninguna parte de la propiedad de un individuo puede en justicia arrebatarle o aplicarse a usos públicos sin su consentimiento o el del cuerpo de representantes [...]. Grau Gómez, Luis y Martínez Neira, Manuel. *Historia del Constitucionalismo Americano. Constitución de la Comunidad de Massachusetts – 1780 (fragmentos)* [en línea], Universidad Carlos III de Madrid [Consulta: 08-04-2014]. Disponible en <http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/otros-recursos-2/tema-2-las-constituciones-revolucionarias/constitucion-de-la-comunidad-de-massachusetts-2013-1780-fragmentos>.

5 Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. 1.ª edición. México: IJ-UNAM-Fontamara, 2007, p. 153.

6 Masbernat, Patricio *et al.* *Op. cit.*, nota 1, p. 477.

7 Mongay i Soler, Montserrat. «Aplicabilidad del principio de capacidad económica como fuente material del Derecho en la jurisprudencia». *Revista española de Derecho Financiero*. 1997, número 87, p. 585.

disposiciones constitucionales, el análisis debe partir de entender la naturaleza y relevancia de aquellas, por lo que el estudio debe versar en establecer los elementos esenciales de esas disposiciones, pues estas son las que brindarán respuestas a las interrogantes formuladas sobre los principios constitucionales.

II. RASGOS GENERALES DEL POSITIVISMO RESPECTO A LAS REGLAS

El primer punto a abordar se refiere a qué tipo de disposiciones normativas integran la Constitución, ya que la postura que se adopte influirá notablemente sobre la naturaleza de aquella. La postura positivista, específicamente la de H.L.A. Hart, se fundamentaba en la existencia de un sistema jurídico, pero a diferencia de John Austin, aquel se encontraba integrado por reglas, tanto primarias como secundarias,⁸ que si bien no eran las únicas fuentes del derecho, sí constituían la base de cualquier sistema jurídico.

La dificultad presentada por un sistema integrado de esta forma, principalmente en el plano constitucional, es el relativo a la estructura de las reglas, pues:

«Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones».⁹

Se observa que las reglas tienen una naturaleza de índole formal, incluso las contenidas en los textos constitucionales, con la consecuencia que la normativa que se emita puede poseer el contenido que el legislador estime pertinente, sin que exista un límite material, siempre y cuando se observe el procedimiento establecido en la ley, por parte del órgano competente para dicho efecto.

Precisamente contra esta postura, que fue la predominante en la familia continental europea y encuentra sus orígenes en Francia, surge

8 Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. Traductor Genaro R. Carrió; 1.ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, pp. 82 y 83.

9 *Ibid.*, p. 71.

a mediados del siglo pasado una teoría que buscaba constituirse en un contrapeso a la corriente positivista, la cual fue abanderada por Ronald Dworkin en su obra *Los derechos en serio*.

Uno de los aspectos torales de esta nueva corriente era sostener que el sistema jurídico se encuentra integrado no únicamente por reglas, como era sostenido por el positivismo de esa época, sino que también existían principios, los cuales correspondían al aspecto material, en contraposición de las reglas.¹⁰ Este aporte constituye un aspecto fundamental, aunque cabe hacer mención de que no se realiza un estudio a profundidad sobre el contenido y alcance de los principios,¹¹ sino que por el contrario, se centraliza en efectuar un análisis comparativo entre las reglas y aquellos.

De ese análisis comparativo se deriva un elemento que servirá para el desarrollo de teorías posteriores, como lo es la existencia de conflicto entre principios y la forma de solucionarlos, a partir de la fórmula del peso de los mismos.

III. POSTURA NEOCONSTITUCIONALISTA: NORMAS CONSTITUCIONALES (REGLAS Y PRINCIPIOS)

El neoconstitucionalismo como fenómeno pudiera encontrar su génesis, al menos en sede jurisprudencial, en el fallo del caso *Lüth*¹² emitido por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania; pese a esto, en el plano doctrinario es muy complejo determinar qué es el neoconstitucionalismo, así Susanna Pozzolo es clara al indicar que:

«... aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa reduciendo

10 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Traductor Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2002, p. 65.

11 Ronald Dworkin define a los principios como «una norma que debe ser observada, no porque sirva para avanzar o asegurar una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de justicia o de equidad o de cualquier otra dimensión moral».

12 BVerfGE 7, 198 (211). Para ahondar más en el análisis de este caso puede consultarse Alexy, Robert. «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (dir.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. 2009, número 11, pp. 3-14.

sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conectados entre ellos».¹³

En este mismo sentido no todos los autores que podrían catalogarse de neoconstitucionalistas parten de una misma base, pues algunos de ellos corresponden a un neoconstitucionalismo conceptual y otros a uno normativo.¹⁴ O bien, que para determinar a qué tipo de neoconstitucionalismo se aborda es necesario partir de la división tripartita efectuada por Norberto Bobbio para el estudio del positivismo,¹⁵ como lo efectúa Paolo Comanducci.¹⁶

Se aprecia entonces la dificultad existente en pretender exponer una teoría unitaria, al no existir un consenso en la doctrina que la desarrolla. Pese a esta dificultad es posible encontrar determinadas ideas que son compartidas por todas estas corrientes, mismas que servirán de base para el presente trabajo.

Las posturas a las que se ha hecho relación fueron elaboradas en atención a los ordenamientos jurídicos en general, sin entrar a profundizar en lo atinente a las disposiciones constitucionales, probablemente porque en ese momento aún no se les apreciaba como normas jurídicas, sino más bien como programáticas.¹⁷ Es con el neoconstitucionalismo que se precisa la relevancia de las disposiciones constitucionales, y en donde la diferencia entre principios y reglas cobra mayor relevancia.

Es así como aquellas disposiciones pueden adquirir la forma de reglas y principios, mismas que se encuentran contrapuestas, pero que en ambos casos constituyen normas.¹⁸ Esta afirmación se encuentra

13 Pozzolo, Susanna. «Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución», en: Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 165.

14 García Figueroa, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 19.

15 Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Editorial Debate, 1991.

16 Comanducci, Paolo. «Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis meta-teórico». *Revista Isonomía*, 2002, número 16, pp. 89-112.

17 D'Atena, A.: «Normas Programáticas y pluralismo axiológico en el Derecho Constitucional», *Revista de Derecho Político*. 2009, número 74, pp. 455-475.

18 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83. Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp. 109 y 110.

fundamentada en que la formulación de aquellos se realiza con base en expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición, pues ambas son razones para juicios concretos de deber ser.

Para sustentar la diferencia existente entre reglas y principios, es posible acudir a varios criterios diferenciadores; uno de estos es el de la generalidad, en que los principios constituyen normas que poseen un grado de generalidad relativamente alto, mientras que las reglas también son normas, pero con un nivel bajo de generalidad. Existen otros criterios diferenciadores como lo son el contenido valorativo, la importancia para el ordenamiento jurídico, etc.

El criterio antes señalado parte de una diferenciación que atiende únicamente al grado, es decir, se fundamenta en aspectos cuantitativos, por lo que se estima que es un criterio débil. Es más pertinente ahondar en una diferenciación que no verse sobre ese tipo de aspectos, sino que se sostenga en una diferencia cualitativa.

A partir de que la diferencia entre los principios y reglas radica en aspectos cualitativos, es pertinente indicar cuáles son aquellos. Es así como los principios pueden ser definidos como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, atendiendo a las posibilidades jurídicas y reales; así, «los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas».¹⁹

Por el contrario, cuando se hace referencia a las reglas, estas no constituyen mandatos que puedan ser cumplidos en diferente grado, sino que se caracterizan por ser «normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos».²⁰

Se aprecia entonces que la diferencia existente entre unos y otras es de índole cualitativa y no cuantitativa. Esto se evidencia con mayor claridad cuando concurre una colisión entre principios o entre reglas, más precisamente en la forma de solución.

19 Alexy, Robert. *Teoría de los Derecho Fundamentales*, Op. cit., nota 18, p. 86.

20 Loc. cit.

IV. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: OBLIGATORIEDAD, APLICACIÓN INMEDIATA Y EFICACIA DIRECTA

El siguiente aspecto problemático que se deriva de los principios constitucionales tributarios, así como de todas las disposiciones constitucionales, es determinar su carácter vinculante y su aplicabilidad directa; esto se hace más evidente en la tradición jurídica continental europea, pues el modelo estadounidense, por sus raíces jurídicas inglesas, no tuvo que afrontar estas dificultades.²¹

Para entender de mejor forma cómo se consideraba a la Constitución en la época del constitucionalismo (siglo XVIII), conviene traer a colación los siguientes pensamientos de esa época, que perduraron hasta mediados del siglo pasado.

En Francia surge uno de los dos movimientos del constitucionalismo, que influyó en el resto de Europa continental, así como en la mayor parte de Estados del continente americano. La Revolución francesa marca una etapa de ruptura con el antiguo régimen (monarquía), derivado de ello se aprecia la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, lo que denota la relevancia de los derechos fundamentales en aquella nueva etapa, aunque no puede obviarse el influjo del pensamiento norteamericano, pues como bien lo señala Fernández Segado, «las fórmulas o normaciones adoptadas por los hombres de 1789-1791 fueron tributarias más del influjo norteamericano que del pensamiento de Rousseau o Montesquieu, o por lo menos la incidencia de aquél pesó tanto como el pensamiento de estos últimos».²²

Lo anterior se complementa con uno de los artículos más reconocidos de aquella Declaración, el 16, que claramente expresaba: «Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución». De donde se aprecia la relevancia que asumía el texto constitucional para el ordenamiento jurídico, ya no únicamente en un plano estruc-

21 Cano Chávez, Juan Luis. «*Judicial Review*: antecedentes del sistema de control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América». *Opus Magna*. 2014, Tomo VIII.

22 Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo 2. Madrid: Dykinson, S.L., 2009, p. 90.

tural, sino también en el respeto de los derechos constitucionales (que, como se ha establecido, constituyen principios).

A pesar de que los elementos antes detallados pudieran brindar un paralelismo con las nociones constitucionales de los Estados Unidos de América, la diferencia radica en que salvo aquellas buenas intenciones, las mismas no llegaron a concretizarse, por una serie de factores de la más variada naturaleza, mismos que no serán abordados en el presente trabajo.

Derivado de aquellos hechos la Constitución se vio afectada de forma sustancial. Así, sus disposiciones dejaron de ser percibidas como jurídicas y normativas (en el supuesto de que en algún momento hayan sido consideradas como tales, salvo las atinentes a la estructuración de los poderes estatales). Lo anterior se aprecia claramente en el discurso de Ferdinand Lasalle en 1862, cuando señala que la Constitución había sido reducida a un aspecto meramente formal, con lo que ella no era más que «una mera hoja de papel»; mientras que lo relevante era la existencia de una «Constitución real y efectiva».²³

Así se aprecia que la Constitución distaba de ser considerada como una norma jurídica, menos aún que sus disposiciones fuesen directamente aplicables. Pero este fenómeno no se limita a Francia, pues como se ha expuesto, esta línea de pensamiento se traslada hacia el resto de países; un claro ejemplo de ello se aprecia en Alemania, pues como bien señala Hesse:

«Las constituciones estaban lejos de provocar o programar modificaciones del Derecho Privado porque no les correspondía una eficacia vinculante frente al legislador [...] sólo podrían tomarse en consideración los derechos fundamentales; su importancia, sin embargo, fue por demás escasa en todo el período de la Monarquía Constitucional hasta 1918. Los derechos fundamentales no estaban en condiciones de garantizar una ordenación jurídica existente frente al legislador. Ello hubiera presupuesto una primacía de la Constitución capaz de imponerse frente a las leyes ordinarias, algo que ni siquiera tras 1848 se había desarrollado aún...».²⁴

23 García De Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Civitas, 2010, p. 48.

24 Hesse, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 35-36.

Esta postura empezó a ser superada con posterioridad, aunque sin llegar a abarcar aspectos materiales. Esto se aprecia en la obra de Kelsen, quien era un firme partidario de la justicia constitucional y de la supremacía de la Constitución, pero se inclinaba por un texto constitucional que se encontrara integrado por disposiciones relativas a competencias y procedimientos.²⁵ Es así como la Constitución sería la *norma normarum*.

En este sentido las disposiciones constitucionales eran efectivamente aplicables y vinculantes, pero esto era en atención al contenido que poseían, el cual versaba sobre aspectos formales, mas no así materiales; un ejemplo de la aplicabilidad y eficacia de aquellas era el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad, a través del cual se lograra garantizar la supremacía constitucional.²⁶

Es más, Kelsen mantenía la postura de que la Constitución no se encontrara integrada por valores indeterminados (principios y valores), en virtud de que por la naturaleza de estos, existía el riesgo de quebrantar la separación de poderes y que la potestad última recayera en el Tribunal Constitucional; por tal motivo, cuando se estructuró aquel, se visualizó como su función última la de ser un legislador negativo.²⁷

Se aprecia así que este autor fue uno de los que defendió más intensamente la fuerza normativa de la Constitución (esta ya no sería solamente un instrumento político, sino también normativo), pero

25 Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2009, p. 110.

26 No deben confundirse los motivos que conllevaron a crear un Tribunal Constitucional concentrado en aquella época, con los de la actualidad, pues sus funciones difieren sustancialmente, no únicamente en el plano cuantitativo (mayores competencias), sino en el plano cualitativo, pues el control de constitucionalidad en aquel momento tenía por objeto dilucidar controversias en aspectos competenciales entre diversos órganos estatales, así como velar por la emisión de cuerpos normativos que cumplieran con el procedimiento constitucional; mientras que en la actualidad cobra mayor relevancia la protección de derechos fundamentales, aspecto que no fue contemplado al momento de instituir los primeros Tribunales Constitucionales.

27 Vigo, Rodolfo Luis. «Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: Riesgos y Prevenciones». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Santa Fe: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 355.

también se mostró muy cauteloso de la incorporación de principios o derechos tendientes a limitar el actuar del legislador,²⁸ lo cual es coherente con su línea de pensamiento, esto al ser partidario de un constitucionalismo democrático.²⁹

Pese a lo anterior, esto constituía un avance sustancial para el reconocimiento del valor normativo de la Constitución, por lo que constituye un precedente relevante. Este sistema se mantendrá vigente en la primera mitad del siglo XX y no es sino hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, precisamente en la época cuando surge la corriente neoconstitucionalista, que aquella postura será ampliada.

A partir de esa época la Constitución continuará siendo considerada como un cuerpo normativo, como ya acontecía. La diferencia sustancial radica en la eficacia y aplicabilidad de todas las disposiciones constitucionales, independientemente de que las mismas sean estructurales, competenciales o materiales. Este aspecto constituye probablemente el más relevante, pues esto conllevará que aquellas normas que eran consideradas programáticas, o bien, que consistían en principios o valores, tendrán ahora una relevancia primordial en el ordenamiento jurídico.³⁰

Se afirma entonces la existencia de una fuerza vinculante de la Constitución, ya que todas las disposiciones constitucionales (independientemente de su estructura y contenido) deben ser aplicadas; por ende, son obligatorias para todos.

Es aquí donde se marca que la Constitución establece un doble límite, en el sentido siguiente: si las disposiciones contenidas en aquella deben ser observadas, se entiende que el primer obligado en respetarlas es el legislador, pues será éste a través de sus funciones quien deberá desarrollarlas, esto a través de los diferentes cuerpos

28 Prieto Sanchís, Luis. «Principia Iuris: una teoría del derecho no(neo)constitucionalista para el Estado Constitucional». *Doxa*. 2008, número 31, p. 327.

29 Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traductor Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 154.

30 Bidart Campos, Germán: «La estructura tridimensional del Estado». *Revista de estudios políticos*. 1996, número 149. Tajadura Tejada, Javier. «La función política de los preámbulos constitucionales». *Cuestiones Constitucionales*. 2001, número 5. García Laguardia, Jorge Mario. «Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de Estado en Guatemala en 1993». *Cuestiones Constitucionales*. 2000, número 2.

normativos que emita; por tal motivo aquellos deberán cumplir en el plan formal, pero también su contenido deberá ser acorde con los lineamientos contenidos en la Constitución.

Así mismo, la obligatoriedad de las disposiciones constituye un límite para el resto de los órganos estatales (independientemente de su naturaleza), ya que estos deberán actuar en atención a aquellas, debiendo tener presente que la Constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento jurídico; precisamente estos límites constituyen uno de los logros más relevantes del constitucionalismo, aunque cabe indicar que también las limitaciones se extienden a todas las otras personas, quienes deberán ejercitar sus derechos, sin que ello venga en detrimento de los derechos de los demás.³¹

Si bien la fuerza vinculante de la Constitución constituye uno de los elementos del fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, también es necesario hacer relación a que las disposiciones normativas constitucionales, pese a la naturaleza ya expuesta, no han sido aplicadas con la misma intensidad, en buena medida por la redacción de las mismas y también por el contenido que les ha sido dado por los tribunales constitucionales.³² Un ejemplo de lo anterior lo constituyen los derechos sociales, culturales y económicos,³³ aunque también, como se ha hecho referencia, en buena medida la aplicabilidad de las disposiciones depende del activismo

31 Este aspecto constituye un claro ejemplo de la corriente contractualista, en la cual las personas dejan el estado de naturaleza (libertad absoluta) y ceden sus derechos, a efecto de recuperarlos con posterioridad, pero de forma limitada frente al resto de personas. Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid: Mestas Ediciones, 2010.

32 Carbonell, Miguel: «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis». En: Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. 2010: Editorial Trotta, Madrid, p. 160.

33 Abramovich, Victor y Courtis, Christian. «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales». *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Argentina: Editores del Puerto, 1997. Bazán, Víctor. «Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectoras en los ámbitos interno e interamericano». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2005, Tomo II, pp. 547-584. Nogueira Alcalá, H.: «Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano». *Estudios Constitucionales*. 2009, número 2, volumen 7.

que desarrollen los órganos encargados de velar por el cumplimiento de la Constitución.³⁴

Los antecedentes de la obligatoriedad y aplicabilidad de las disposiciones constitucionales habían sido abordados con anterioridad, tanto en los Estados Unidos de América como en Europa, aunque como se hizo mención, en el primero sí logró sostenerse esa postura, lo cual no aconteció en el continente europeo.

Hamilton, específicamente en su artículo LXXVIII de *El Federalista*, era claro al señalar:

«La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios».³⁵

En este mismo sentido se pronunciaba Sieyès cuando afirmaba: «Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada [...] Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad im-

34 Un ejemplo de lo anterior puede apreciarse en la Corte Constitucional de Colombia, que se ha distinguido por el activismo desarrollado a través de sus fallos, así puede apreciarse en la sentencia T-042, del 7 de febrero de 1996, en la que indicó: «Cuando los derechos prestacionales, genéricamente consagrados, son asumidos por el Estado en forma directa, y se ha definido legal y reglamentariamente como destinatario de la prestación específica a un grupo de personas determinadas, tales derechos se truecan en subjetivos, en consecuencia, pueden ser exigidos en forma inmediata por sus titulares a través de la vía judicial prevista para el caso por el legislador». En este mismo sentido el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia del 26 de junio de 2008, Rol núm. 976, considerando 26.º, señaló: «Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales llamados también derechos de prestación o de segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica».

35 Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John: *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 330.

periosa de hacerlas obedecer»³⁶. De lo expuesto por dichos autores se aprecia que el constitucionalismo, desde su génesis, tenía clara la noción de la obligatoriedad de la Constitución, sin que se efectuara distinción alguna.

Al tener claro este extremo, resulta pertinente señalar que como consecuencia de esa obligatoriedad, se tenía la certeza sobre la aplicación directa de las normas constitucionales, que también es otro de los elementos de la constitucionalización del ordenamiento. Esta situación conllevó cambios sustanciales en la forma de entenderla; uno de ellos es el relativo a que aquellas disposiciones ya no eran únicamente límites para el actuar de los órganos públicos, sino que también afectan a las relaciones llevadas a cabo por particulares, que marca un contraste sustancial con las concepciones previas.

El segundo aspecto que complementa aquel cambio sustancial es el relativo a los órganos encargados de velar por la aplicación directa de las disposiciones constitucionales. En cuanto a este particular se ahondará con mayor profundidad en otro capítulo, aquí basta con indicar que los entes administrativos, así como los judiciales y el tribunal constitucional, se encuentran obligados a aplicar las disposiciones constitucionales.³⁷

Esta postura dista de la mantenida en la creación de los primeros tribunales constitucionales, para el efecto partiendo de la concepción kelseniana, ya que el juicio de constitucionalidad tenía por objeto verificar la validez de las normas (la constitucional y la ordinaria –juicio abstracto–), no así de la adecuación o no de una norma para resolver un caso; esto implicaba que el Tribunal Constitucional podría conocer entonces únicamente de las reglas, no de los principios;³⁸ en el entendido que por regla se entendería aquella norma en la que se establece

36 Sieyès, Emmanuel. «Opinión sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional». En: Máiz, R. (ed.). *Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1960, p. 276.

37 Este aspecto resulta complejo de analizar, pues en buena medida depende del sistema de control de constitucionalidad que exista en cada ordenamiento jurídico, aunque es pertinente señalar que si las disposiciones constitucionales son aceptadas como jurídicas y por ende, obligatorias y directamente aplicables, no sería posible considerar que las mismas deban ser observadas únicamente por determinados órganos, pues esto las invalidaría.

38 Prieto, Sanchís, Luis, «Justicia constitucional y derechos fundamentales», *Op. cit.*, p. 89.

con precisión y claridad las condiciones para su aplicación; mientras que los principios se presentan con un contenido indeterminado y requieren para su precisión de otras normas que viabilicen su aplicación a un caso concreto.

V. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

A. Aspectos generales

El cambio descrito en cuanto a la relevancia de la totalidad de la Constitución, principalmente su obligatoriedad y su aplicación directa, no se materializa únicamente en esos elementos, sino que también acontece un cambio sustancial en los métodos para interpretar el contenido de las disposiciones constitucionales, por su redacción general y abstracta.³⁹

En atención a lo antes expuesto, no resulta eficaz pretender solucionar las controversias constitucionales a través de métodos o sistemas que fueron creados en un contexto diferente, como el que privaba con anterioridad, en que lo relevante era encontrar la intención que el legislador había plasmado en la ley. Así, los métodos creados pretendían lograr dicha finalidad, o bien, buscaban demostrar la completitud del sistema jurídico, en caso de existir antinomias o lagunas.

Los métodos de interpretación y resolución de controversias decimonónicos resultan incapaces de dar respuesta a los conflictos entre normas constitucionales. La afirmación anterior obedece a que los conflictos entre leyes y su aplicación corresponden a conflictos entre reglas, con lo que la solución resulta sencilla en el sentido de que si existen varias disposiciones normativas que pueden entrar en conflicto, la solución radica en que una de aquellas debe ser la válida

39 En otros apartados ya se ha hecho relación a que la estructura y redacción de las disposiciones constitucionales, ahora cabe referir que uno de los aspectos que explica esta situación es que en la actualidad nos encontramos frente a una Constitución pluralista, es decir, en el texto constitucional se encuentran contenidos aquellos principios básicos admitidos por todos los grupos que conforman la sociedad, por lo que la abstracción de los términos empleados permite que la Constitución pueda dar respuesta a todos aquellos. Respecto al pluralismo de la Constitución puede consultarse García Figueroa, Alfonso. Op. cit.

(por encontrarse vigente); mientras que las otras, se entiende, han dejado de ser parte del ordenamiento jurídico.⁴⁰

Esta postura no es compatible con la concepción de Constitución como cuerpo normativo, principalmente porque las disposiciones que la integran constituyen principios, cuyos conflictos no pueden ser resueltos de la misma forma como acontece con las reglas, pues un principio constitucional no puede dejar de poseer validez. Aquí ya no se aplica aquella máxima de todo o nada, ante lo cual los criterios aplicables a las reglas se vuelven inoperantes.

Los conflictos entre principios deberán ser resueltos a través de otros criterios o métodos que permitan la coexistencia entre los diversos principios constitucionales, sin que se excluyan de forma definitiva unos u otros. Los principios deben entonces constituir normas derrotables⁴¹ o, en términos de Alexy, mandatos de optimización. Independientemente de cómo sean definidos, resulta claro que en caso de conflicto un principio o varios deberán ceder frente a otro, pero para determinar cuál debe primar sobre el resto corresponde efectuar un análisis a cada caso concreto.

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado diversos métodos que tienen por objeto viabilizar la solución de conflictos entre principios, los cuales parten de la argumentación, entre los cuales se encuentran el método tópico de Javier Pérez Royo,⁴² el argumento

40 A efecto de determinar cuál es la disposición aplicable, se establecieron varios criterios que permitían determinar cuál era la válida, así pueden señalarse los siguientes: criterio jerárquico (una norma superior prevalece sobre una inferior); criterio de especialidad (la disposición especial prevalece sobre la general); temporal (una ley posterior deroga una ley anterior), entre otros. Se aprecia que estos criterios tenían por objeto excluir de forma definitiva la aplicación de una norma, como ya se exponía por la corriente neoconstitucionalista; las reglas se rigen por el criterio todo o nada, en el sentido de que o una disposición es vigente y válida o no lo es.

41 Esta característica de los principios es utilizada por Alfonso García, para quien constituye una manifestación de la flexibilidad de aquellos, en el sentido de que su contenido puede ser revisable con el paso del tiempo, lo que permite que los principios puedan perdurar durante períodos prolongados, lo que a su vez conlleva a adecuarse a una sociedad líquida, en términos de Zygmunt Bauman. García Figueroa, Alfonso. Op. cit., pp. 31 y 32.

42 Pérez Royo, Javier. «La interpretación de la Constitución». En: Ferrer MacGregor, Eduardo. *Interpretación de la Constitución*. Tomo II. México: Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 896-899.

de lo racional o irracional de Gabriel Mora Restrepo,⁴³ el método hermenéutico y de toma de decisiones de Fernando Toller,⁴⁴ entre muchos otros.

B. La ponderación como método interpretativo para la solución de conflictos entre principios

A efectos del presente trabajo de investigación se partirá del método de la ponderación, desarrollado ampliamente por el Tribunal Constitucional Federal alemán (en el plano jurisprudencial), y doctrinariamente por uno de sus mayores exponentes y defensores, Roberto Alexy. Se estima pertinente hacer una breve relación a determinados aspectos de este método, sin ahondar a profundidad, al no ser el objeto de la presente.

El origen jurisdiccional de la aplicación de la ponderación como método interpretativo para la solución de conflictos entre principios puede encontrarse en 1958, por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán⁴⁵ en el caso Lüth.⁴⁶

A partir de la jurisprudencia emanada de ese órgano de jurisdicción constitucional se inicia un examen doctrinario sobre la ponderación, el cual tiene por objeto establecer sus elementos integrantes, los cuales se expondrán sucintamente a continuación.

43 Mora Restrepo, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Argentina: Marcial Pons, 2009.

44 Toller, Fernando. «La Resolución de los Conflictos entre Derechos Fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la Jerarquización y el Balancing Test». *Interpretación de la Constitución*. Tomo II. México: Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 1281-1284.

45 La teoría de las normas como principios y reglas surge no únicamente como una contraposición al positivismo jurídico, sino a la vez su origen se remonta poco tiempo después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, «en virtud que en años posteriores (...) se expiden textos constitucionales con amplios mandatos sustantivos para el Estado, muchos de ellos redactados en forma de derechos fundamentales». Carbonell, Miguel (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 9.

46 BVerfGE 7, 198 (211).

C. El principio de proporcionalidad

Previo a analizar la estructura de la ponderación, es relevante indicar que es una parte integrante de un principio más amplio, el de proporcionalidad, el cual se compone a su vez de tres elementos (subprincipios): adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos elementos sirven para expresar la optimización.⁴⁷ Los dos primeros hacen referencia a la optimización atendiendo a las posibilidades materiales; mientras que el tercero lo es atendiendo a las posibilidades jurídicas.

- a) *Principio de adecuación*: este excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Lo anterior puede ejemplificarse de esta forma; se establece un medio (M) que tiene por efecto promover la realización de un principio (P1), pero si dicho medio no fuese idóneo para tal efecto, y si por el contrario perjudica la realización de otro principio (P2), entonces la omisión en el uso del medio (M) no conllevaría ningún costo para ninguno de los dos principios (P1, P2), pero sí conllevaría alguno para el segundo principio (P2). Esto lleva a la conclusión de que ambos principios pueden realizarse conjuntamente en mayor medida, en caso de no emplearse el medio (M), por lo que tomados conjuntamente los principios, estos impiden el uso de M.

Este principio es la manifestación de la idea del óptimo de Pareto,⁴⁸ esto quiere decir, una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra.

- b) *Principio de necesidad*: este requiere la elección, de entre dos medios que promueven la realización del principio (P1), de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en otro principio (P2). Esto conlleva a determinar que si existe un medio que interviene menos intensamente y es igual

47 Esto se encuentra relacionado con las normas como principios, pues como fue expuesto en apartados anteriores, los principios son mandatos de optimización, empleando los términos de Robert Alexy.

48 Este corresponde a una solución de eficiencia económica que acontece cuando en cierta situación «Ya no puede ser que una persona esté mejor sin empeorar la condición de otra».

de adecuado para la realización de un principio, entonces se mejora una posición sin causar un costo a la otra.

Por supuesto, la aplicación de este principio supone que no existe un efecto negativo en un tercer principio (P3) por la utilización del medio que interviene en menor medida en el otro principio (P2). Precisamente cuando el caso no puede ser resuelto sobre la idea del óptimo paretiano –es decir, cuando no pueden evitarse los costos y sacrificios para los otros principios– es indispensable acudir a la ponderación.

Con la finalidad de aclarar el alcance de los principios relacionados, se hace relación a un ejemplo proveído por Alexy, el cual hace referencia a una colisión entre dos principios constitucionales, por un lado, la libertad de profesión y oficio; por el otro, la protección de los consumidores. El caso puede sintetizarse de la forma siguiente: se emite una ordenanza en la que se prohibía la circulación en el mercado de dulces que tuvieran cacao en polvo, pero que fueran realizados principalmente con arroz inflado (que no productos de chocolate). Con esta regulación se buscaba evitar que los consumidores incurrieran en error al adquirir aquellos dulces (al no ser de chocolate, pese a dar esa apariencia).

Se sometió dicha controversia al Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual dentro de sus razonamientos expuso que efectivamente la prohibición de circular ese tipo de dulces era idónea para proteger a los consumidores, ya que esto disminuiría ostensiblemente el riesgo de ser adquirida (al poder producir confusión o equivocación). No obstante lo anterior, se señaló que podía existir un medio que también lograría dicho fin, y que no sería tan restrictivo, lo que implicaba que fuera menos gravoso, el cual consistía en marcar y etiquetar los dulces efectuando las advertencias correspondientes, respecto a sus ingredientes.⁴⁹

Este ejemplo sirve para ilustrar cómo opera la idea de optimización, ya que al existir dos principios en conflicto, es viable salvar esta controversia a través de un medio que garantice la

49 BVerfGE 53, 135 (46).

protección de uno de esos principios, pero que a su vez no resulta gravoso (o al menos no en extremo) para el otro principio.⁵⁰

- c) *Principio de proporcionalidad en sentido estricto (cuyo objeto es precisamente la ponderación)*: este principio puede ser comprendido de la forma siguiente, para que acontezca un elevado incumplimiento o perjuicio de un principio constitucional, se requiere que la importancia del otro principio sea de al menos ese nivel.⁵¹

Esto puede observarse con mayor claridad en los pronunciamientos emitidos por los Tribunales Constitucionales, para el efecto se hace referencia a algunos emitidos por el Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha señalado: «Cuando más afecte la intervención legal expresiones elementales de la libertad de acción humana, tanto más cuidadosamente tienen que ponderarse las razones presentadas para su fundamentación, frente al derecho fundamental de libertad de ciudadano».⁵²

De igual forma ha expuesto:

«Además resulta que [...] la ponderación necesaria tiene, por una parte, que tener en cuenta la intensidad de la intervención en el ámbito de la personalidad a través de una emisión radial de este tipo; por otra, hay que evaluar el interés concreto a cuya satisfacción sirve la emisión y para la que es adecuada...».⁵³

En atención a lo ya relacionado, para efectivizar la ponderación, se requiere el cumplimiento de los principios ya enunciados, por lo que el razonamiento a efectuar puede ser resumido de la forma siguiente: primero, constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio; luego, debe comprobarse la importancia de la realización del principio contrario y averiguar si la importancia en la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.

50 Alexy, Robert. «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2002, Año 22, número 66, pp. 13-64.

51 Esta conceptualización se efectúa con fundamento en lo que denomina ley de ponderación. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 146.

52 BVerfGE 20, 150 (159); crf., además BVerfGE 17, 306 (314).

53 BVerfGE 35, 202 (226).

D. Estructura de la ponderación

Para determinar la mayor relevancia de un principio sobre otro, se establece una estructura de la ponderación, que se integra por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación.⁵⁴

- a) *Ley de la ponderación*: respecto a esta ya se hizo referencia cuando se abordó lo relativo al principio de ponderación en sentido estricto, cuando se expuso que consiste en verificar que cuanto mayor sea la afectación de principio, igual o mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro principio.
- b) *Fórmula del peso*: consiste en atribuir grados de importancia a los diferentes principios en disputa. Para tal efecto, es imprescindible el establecimiento de una escala, la cual puede ser elaborada por el mismo intérprete.

Una de las escalas más utilizadas es la propuesta por Alexy (escala triádica de afectación), esta consiste en introducir tres niveles: leve, medio y grave, aunque el mismo autor prevé la posibilidad de emplear una mayor cantidad de niveles, esto conlleva a una complejidad mayor, pero sin que esto implique la imposibilidad de establecer el grado de importancia para determinar la preeminencia de uno de los principios en disputa.⁵⁵

Por no ser objeto del presente trabajo no se ahondará en la fórmula del peso, basta con señalar que la misma se encuentra integrada por los grados de importancia de los principios en colisión, el peso abstracto de los principios en colisión y la seguridad de las premisas.⁵⁶

54 González Maldonado, Marco Aurelio. *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*. México: Liber Iuris Novum, 2011, pp. 40-41.

55 Alexy, Robert. «La fórmula del peso». Traductor Carlos Bernal Pulido. En: Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 22-30.

56 Para ahondar en la estructuración y los elementos que integran la fórmula del peso se sugiere consultar Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit. Bernal Pulido, Carlos. «La racionalidad de la ponderación». En: Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Op. cit., pp. 43-68. Alexy, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit.

- c) *Carga de la argumentación*: al tenor del resultado obtenido en la ley de ponderación, o bien, en la fórmula del peso, se elige la aplicación de un determinado principio; no obstante lo anterior, podría darse el supuesto de que luego de realizar las operaciones previamente indicadas, el resultado no permitiría optar por alguno de aquellos; esto constituiría una nivelación entre principios, ante la cual no es posible la elección de alguno de estos. Si esta situación llegara a acontecer, haría inviable la solución de la colisión de principios, por lo que la teoría de la ponderación contempla un último elemento, mismo que únicamente acontecerá bajo estas circunstancias.

La carga de la argumentación puede asumir preferencia por determinados principios, por lo que atendiendo a cuáles de estos se les da predilección, podrán establecerse dos formas posibles. Es así como Alexy en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*⁵⁷ argumentaba que debía conferírsele preeminencia a la libertad y la igualdad jurídica, esto se veía reflejado a través del principio *in dubio pro libertate*, este implica que en caso que los pesos concretos de los principios en colisión fuesen idénticos, ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se invoquen razones más fuertes.

Con posterioridad, en su obra *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*,⁵⁸ dicho autor asume una postura diferente, ya que no prevalecerán los principios relacionados previamente, sino por el contrario deberá de tenerse como principio orientador la democracia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y Courtis, Christian. «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales». *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Argentina: Editores del Puerto, 1997.

57 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 549 y 550.

58 Alexy, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit., p. 43.

- ALEXY, Robert. «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (dir.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. 2009, número 11.
- _____. «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2002, Año 22, número 66.
- _____. «La fórmula del peso». Traductor Carlos Bernal Pulido. En: Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BAZÁN, Víctor. «Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2005, Tomo II.
- BERNAL PULIDO, Carlos. «La racionalidad de la ponderación». En: Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- BIDART CAMPOS, Germán: «La estructura tridimensional del Estado». *Revista de estudios políticos*. 1996, número 149.
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Editorial Debate, 1991.
- CANO CHÁVEZ, Juan Luis. «*Judicial Review*: antecedentes del sistema de control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América». *Opus Magna*. 2014, Tomo VIII.
- CARBONELL, Miguel. «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis». En: Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. 2010: Editorial Trotta, Madrid.
- _____. (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- COMANDUCCI, Paolo. «Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis metateórico». *Revista Isonomía*, 2002, número 16.
- D'ATENA, A. «Normas Programáticas y pluralismo axiológico en el Derecho Constitucional», *Revista de Derecho Político*. 2009, número 74.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traductor Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2002.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo 2. Madrid: Dykinson, S.L., 2009.
- JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Traductor Adolfo Posada; 2.^a edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traductor Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Civitas, 2010.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. «Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de Estado en Guatemala en 1993». *Cuestiones Constitucionales*. 2000, número 2.
- GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio. *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*. México: Liber Iuris Novum, 2011.
- GRAU GÓMEZ, Luis y MARTÍNEZ NEIRA, Manuel. *Historia del Constitucionalismo Americano. Constitución de la Comunidad de Massachusetts – 1780 (fragmentos)* [en línea], Universidad Carlos III de Madrid [Consulta: 08-04-2014]. Disponible en <http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/otros-recursos-2/tema-2-las-constituciones-revolucionarias/constitucion-de-la-comunidad-de-massachusetts-2013-1780-fragmentos>.

- GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. 1.ª edición. México: IJ-UNAM-Fontamara, 2007.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John: *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Traductor Genaro R. Carrió; 1.ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- MASBERNAT, Patricio *et al.*, «Perspectivas para la construcción de una dogmática sobre los principios materiales de la tributación en Chile a partir de los ordenamientos de Italia, España y Argentina». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2012, Número 39.
- MONGAY I SOLER, Montserrat. «Aplicabilidad del principio de capacidad económica como fuente material del Derecho en la jurisprudencia». *Revista española de Derecho Financiero*. 1997, número 87.
- MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Argentina: Marcial Pons, 2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. «Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano». *Estudios Constitucionales*. 2009, número 2, volumen 7.
- PÉREZ ROYO, Javier. «La interpretación de la Constitución». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación de la Constitución*. Tomo II. México: Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- POZZOLO, Susanna. «Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución», en: Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2009.

- _____. «Principia Iuris: una teoría del derecho no(neo)constitucionalista para el Estado Constitucional». *Doxa*. 2008, número 31.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid: Mestas Ediciones, 2010.
- SIEYÈS, Emmanuel. «Opinión sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional». En: Máiz, R. (ed.). *Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1960.
- TAJADURA TEJADA, Javier. «La función política de los preámbulos constitucionales». *Cuestiones Constitucionales*. 2001, número 5.
- TOLLER, Fernando. «La Resolución de los Conflictos entre Derechos Fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la Jerarquización y el Balancing Test». *Interpretación de la Constitución*. Tomo II. México: Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- VIGO, Rodolfo Luis. «Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: Riesgos y Prevenciones». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Santa Fe: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal-Culzoni, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

La doble imposición internacional*

Mgtr. Flor de María Sagastume Leytan**

Sumario: I. Aspectos generales. II. Criterios de vinculación del poder tributario. A. Principios de la potestad tributaria. B. Problemas que genera la vinculación del poder tributario. III. Efectos negativos de la doble tributación internacional. IV. Bibliografía.

I. ASPECTOS GENERALES

En la actualidad resulta innegable el impacto que la globalización ha tenido no únicamente en el ámbito económico, sino en muchos otros, aunque es en éste donde sus efectos y consecuencias resultan más visibles. Sin pretender ahondar en qué consiste dicho fenómeno

* Sagastume Leytan, Flor de María, *Problemas que genera la doble imposición en el ámbito internacional. Medidas previstas por el ordenamiento jurídico guatemalteco*, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), Guatemala, 2014, capítulo I, pp. 3-22.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco; Maestría en Asesoría en Tributación por la Universidad Rafael Landívar, año 2013; Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria graduada con mención *Cum Laude*, por la Universidad Rafael Landívar, año 2008.

En el año 2008 se desempeñó como Abogada Litigante; desde el año 2009 a la fecha, Coordinadora de Jurisprudencia de la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia.

Publicaciones: «Integración regional y principio de reserva legal: análisis de la Constitucionalidad de transferencia de competencias en materia arancelaria», en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje guatemalteco a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Guatemala, 2013.

y sus características,¹ conviene señalar que una de las consecuencias más evidentes es la expansión del comercio internacional, en una escala jamás vista.²

La globalización no es un fenómeno que haya acontecido sin previo aviso; por el contrario, es un proceso bien estructurado que alcanza su plenitud luego de haber transcurrido por diversas etapas. Es así como luego del período del Estado de Bienestar se aprecia una mayor apertura de la economía; de hecho, se establece una correlación entre ambas situaciones.

En esta línea se procede a la creación de nuevos mecanismos que facilitaran el comercio internacional, principalmente a través de la eliminación de las barreras impuestas por los Estados, es así como surge el GATT, como un foro que permitiría discutir y superar estas dificultades.³

Así la globalización es concebida como «un proceso (o conjunto de procesos), que implica una transformación en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales (evaluadas en términos de su extensión, intensidad, velocidad e impacto) que generan flujos y redes de actividad, interacción y ejercicio del poder transnacionales o interregionales».⁴

Por tal razón los Estados se han visto inmersos en un sistema que implica una apertura hacia los demás –claro, en diverso grado– con lo cual el flujo de bienes y servicios ha significado un cambio en el plano

-
- 1 A efecto de entender de mejor forma la globalización, sus orígenes, alcances y efectos pueden consultarse diversas obras, entre las cuales se encuentran Caballero Harriet, Francisco Javier. *Algunas claves para otra mundialización*. Santo Domingo: Funglode, 2009. Giddens, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus, 2000. Zolo, Danilo. *Globalización. Un mapa de los problemas*. Trad. Miguel Montes. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006. Camino Beldarrain, Vicente. «Tecnología y globalización económica». *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. 2012, año 14, núm. 27. BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2008.
 - 2 Steinberg, Federico. *Cooperación y Conflicto. Comercio internacional en la era de la globalización*. Madrid: AKAL ediciones, 2007, p. 19.
 - 3 *Ibíd*, pp. 25 y ss.
 - 4 Held, David. *et al.* «Rethinking Globalization». *The Global Transformation Reader*. Cambridge: Polity Press, 2000, p. 16.

comercial, lo que a su vez conlleva la afectación en el ámbito fiscal o tributario, pues ante el constante movimiento de mercancías y servicios, éstos se han visto afectados a través de varios hechos generadores, no únicamente en un Estado, sino en varios de ellos, con los consecuentes costes que esto conlleva para el contribuyente; en el ámbito jurídico se produce una situación de injusticia tributaria, contenida en la prohibición de la doble imposición, que ha sido regulada por los ordenamientos jurídicos internos, pero que a nivel internacional aún persiste, de lo que deviene necesaria su comprensión para implementar una mejor regulación.

El problema de la doble imposición, como se hizo referencia, ha sido enfocado principalmente al ámbito interno de los Estados, pero a nivel internacional su regulación continúa siendo débil, lo cual no es acorde con el fenómeno globalizador, pues con las tendencias actuales el flujo comercial tiende a acrecentarse, por lo que su regulación es una necesidad imperiosa, es precisamente este el contenido que pretende abarcar la presente investigación.

Al hablar de la doble imposición, en general, no se hace referencia a que necesariamente se pague el doble del monto que se tendría que hacer efectivo (sin que este pueda ser un elemento de aquella), pero lo más relevante es determinar los motivos por los cuales se está haciendo efectivo el pago del impuesto.⁵

Ahora bien, cuando se aborda lo relativo a la doble imposición internacional, la misma debe entenderse en el sentido siguiente: «cuando el mismo destinatario legal tributario es gravado dos (o más) veces, por el mismo hecho imponible, en el mismo período de tiempo, y por parte de dos (o más) sujetos con poder tributario».⁶ La definición dada es la más empleada por la doctrina alemana, así como por el Tribunal Federal Suizo,⁷ el motivo para que esto acontezca es que de la misma se puede extraer la mayor parte de los elementos esenciales para su procedencia, lo que permite que se configure la doble tributación internacional.

5 Pérez Arraiz, Javier. *La doble imposición internacional, causas y métodos para evitarla*. Artículo inédito, p. 6.

6 Villegas, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 483.

7 Giuliani Fonrouge, Carlos; Navarrine, Susana y Asorey, Rubén. *Derecho Financiero*. Volumen I. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 346.

Claro que la definición brindada no es la única que puede encontrarse doctrinariamente, ya que existe una gran cantidad, cada una de ellas suele aportar nuevos elementos que resultan útiles para su delimitación, así por ejemplo la que brinda Borrás Rodríguez al establecer que es «aquella situación por la cual una misma renta o un mismo bien resulta sujeto a imposición en dos o más países, por la totalidad o parte de su importe, durante un mismo período impositivo –si se trata de impuestos periódicos– y por una misma causa».⁸

Finalmente, en la misma línea se ha pronunciado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ente que ha definido la doble imposición internacional como «la tributación por impuestos comparables de la misma renta en dos o más Estados sobre un mismo contribuyente por idénticos períodos impositivos».⁹

De estas definiciones¹⁰ resulta viable extraer cuáles son los elementos necesarios para considerar que se está ante una doble tributación internacional, siendo éstos:¹¹

- a) Identidad objetiva, en la cual los impuestos son comparables.
- b) Identidad subjetiva, el impuesto es soportado por el mismo contribuyente.
- c) Identidad material, ya que el impuesto grava una misma renta o mismo bien.

8 Borrás Rodríguez, Alegría. *La doble imposición internacional: problemas jurídico-internacionales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974, p. 30.

9 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio 1995*, Instituto de Estudios Fiscales, París 1997, p. 11.

10 Ya en el Modelo de México y Londres se establecía una definición relativa a la doble imposición internacional, misma que fue publicada por la Sociedad de Naciones en 1946, en la que se señalaba que «Hay doble o múltiple imposición internacional cuando los impuestos de dos o más países gravan de tal manera que las personas sujetas a tributación en más de un país soportan una carga tributaria mayor que si estuvieran sujetas únicamente a una soberanía fiscal. La carga tributaria adicional puede deberse no sólo a diferencia de criterios tributarios de los Estados afectados, sino al hecho de que dos o más jurisdicciones establezcan concurrentemente impuestos que tengan las mismas bases o incidencias, sin tener en cuenta las reclamaciones de otras administraciones fiscales».

11 Serrano Antón, Fernando. «Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los Convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación». En: Serrano Antón, Fernando (Dir.). *Fiscalidad Internacional. Volumen I*. España: Centro de Estudios Financieros, 2013, p. 272.

- d) Identidad temporal, el impuesto decretado sea aplicado en los mismos períodos impositivos.
- e) Identidad en el hecho imponible, si el impuesto decretado es generado por el mismo hecho imponible.
- f) Concurrencia de dos o más Estados, concurrencia de dos o más soberanías fiscales, independientes entre sí.

La eliminación de la doble imposición internacional es un elemento que debiera ser implementado por todos los Estados, ya que con ella se impide que exista desigualdad en la distribución internacional de los tributos, porque un mismo hecho imponible no debe sujetarse a tributación dos veces y a la vez quedar vinculado a dos Estados diferentes. Por lo que resulta lógico que si a lo interno de un Estado esa práctica se encuentra prohibida, no existe una razón trascendental que impida su restricción a nivel internacional, sin que se pretenda equiparar las condiciones en ambos casos, ya que se entiende que en esta última existen mayores problemas, pues se requiere la existencia de voluntad política de los diversos gobiernos.

En este sentido, y como bien lo expone Pérez Arraiz:

«... a pesar de que la doble imposición sea considerada unánimemente como un mal que, dentro de lo posible, debe eliminarse, en el Derecho tributario no existe el principio “non bis in idem”, con el carácter estricto que tiene el Derecho Penal. Algunos autores han destacado que la doble imposición no se origina en base a una persecución del Estado a un contribuyente, sino que se debe a la independencia con que actúan las distintas Administraciones».¹²

En consonancia con lo anterior, existen diversos autores que sostienen de forma categórica que es ilícita la existencia de la doble imposición internacional, ante lo cual se ha propuesto una serie de mecanismos para prevenirla, mismos que serán analizados con mayor profundidad más adelante, por el momento basta con señalar que varios Estados han adoptado medidas para evitar y eliminar esta práctica; el principal mecanismo al que han acudido es la adopción de tratados internacionales sobre la materia, que revisten de gran utilidad, aunque su principal problema radica en su naturaleza bila-

12 Pérez Arraiz, Javier. *La doble imposición internacional, causas y métodos para evitarla*. Op. cit., p. 8.

teral, en gran medida, ya que esto conlleva la suscripción de tratados con la mayor parte de los Estados con los cuales se tiene relación.

En el caso específico de Guatemala actualmente en la legislación interna no se encuentra regulada la doble tributación internacional, es más, no existen estudios, tanto doctrinarios como a nivel gubernamental, que aborden esta temática, por lo que no es de extrañar que en la actualidad no se haya suscrito tratado internacional alguno que pretenda la eliminación de la misma. Aunque esta situación no es exclusiva de Guatemala, ya que existen varios países que no cuentan con cuerpos normativos internacionales que permitan evitar la doble imposición internacional, que viene en detrimento de los contribuyentes de sus Estados, y en éstos mismos.

Existe un consenso que tiene como objeto lograr la eliminación de la doble tributación internacional, ya que ésta atenta contra la justicia tributaria y afecta significativamente el orden económico, pues al momento de cobrarse dos o más veces por un mismo bien o servicio en dos o más países, impide una equitativa distribución de los tributos, generando así un grave problema para los particulares que resulten afectados al sufrir un detrimento económico.

Al haber establecido la existencia de la problemática antes relacionada, conviene entonces analizar los criterios más recurrentes en los Estados para decretar tributos, esto dentro de su ordenamiento jurídico, ya que esto permitirá determinar cuáles son aquellos, para conocer la forma en que se vincula a los contribuyentes con la Administración Tributaria.

II. CRITERIOS DE VINCULACIÓN DEL PODER TRIBUTARIO

Para iniciar a abordar este tema resulta imprescindible partir de lo que debe entenderse por potestad tributaria, la cual constituye la facultad que le es conferida al Estado (por el propio pueblo) para poder exigir tributos, con la finalidad de poder agenciarse de fondos para sufragar el gasto público.¹³

13 Al respecto cabe señalar la existencia de dos grandes posturas sobre este particular. La primera de ellas hace referencia a que dicha potestad se deriva del

Al respecto Giuliani Fonrouge manifiesta que la expresión «poder tributario» significa la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción.¹⁴

De lo antes expuesto se extrae que el poder tributario se encuentra relacionado con el deber constitucional de contribuir, pues constituye su correlato, en el sentido que para que la administración pública pueda exigir el pago de tributos por parte de la ciudadanía, se requiere que el deber de pagarlos se encuentre previsto constitucionalmente, como acontece en la mayor parte de Estados.¹⁵

La potestad tributaria no puede ser considerada como absoluta y total, lo que implicaría que careciera de límites. Por el contrario, en las diversas constituciones existen varias disposiciones que prevén la existencia de principios constitucionales tributarios, tanto formales como materiales, que limitan y sujetan al Poder Legislativo, al ser éste el encargado de fijar tributos, por lo que los cuerpos normativos emanados de aquel, deberán observar obligatoriamente los parámetros previstos en esos principios, sin que puedan contradecirlos, so pena de ser declarados inconstitucionales.¹⁶

poder sancionador del Estado, por ende, la contribución debe efectuarse sencillamente por la existencia de ese poder, sin que se busque un fin último, en este sentido Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 105. Santamaría Pastor, Juan. *Fundamentos de Derecho Administrativo. Volumen I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 902. Por el contrario, la segunda postura, más propia de un estado social y democrático, parte de una justificación o legitimación, que radica en el bien común, que únicamente puede ser concebido si existe una contribución por parte de todos los ciudadanos.

14 Giuliani Fonrouge, Carlos; Navarrine, Susana y Asorey, Rubén. *Derecho Financiero*. Op. cit., p. 260.

15 Por ejemplo en la Constitución española, en su artículo 31.1 se indica que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio»; por su parte en la Constitución guatemalteca, el artículo 135 literal d., señala: «Son derechos y deberes de los guatemaltecos, además de los consignados en otras normas de la Constitución y leyes de la República, los siguientes: [...] d. Contribuir a los gastos públicos, en la forma prescrita por la ley...».

16 En el caso de Guatemala, la Constitución prevé la garantía constitucional idónea para resguardar la supremacía del texto constitucional, esto a través de la inconstitucionalidad de carácter general, cuyo efecto es la expulsión de la dis-

En términos generales, la potestad tributaria se encuentra restringida por cuestiones de distinta naturaleza, y en especial, cuando se pretende la tributación de personas de nacionalidad extranjera o con residencia en otro país o de rentas producidas en un territorio extranjero.¹⁷

Es por ello que los Estados, para poder decretar impuestos, no deben sobrepasarse de los límites a los cuales se encuentran sujetos, ya que si ello llegara a acontecer estarían incurriendo en un sinnúmero de injusticias en el ámbito económico.

Los criterios de vinculación, tal como lo expresa Ronald Evans,

«... son aquellos que determinan la relación jurídica entre un ente estatal soberano y un sujeto pasivo que da origen al nacimiento de un derecho de imposición; esto es, la relación jurídico-tributaria que nace entre quien detenta la potestad tributaria y el sujeto pasivo de dicha obligación. Esta relación se considera jurídicamente existente cuando el sujeto es el destinatario del ejercicio por parte de un Estado de una soberanía de carácter territorial o de naturaleza personal».¹⁸

En la doctrina se suele efectuar una clasificación de los factores de vinculación del poder tributario, los cuales suelen partir de una división entre los factores personales o reales, aspectos éstos que quedan supeditados a la decisión que adopte cada uno de los Estados. En cuanto a los primeros (sujeción personal), se atienden a diversos criterios, entre ellos por su condición de nacional, de su domicilio, o bien, de su residencia.

El criterio más antiguo que se observa en las legislaciones contemporáneas es el de gravar al contribuyente, en atención a su nacionalidad. Un ejemplo de lo anterior acontece en el caso de México. Ahora bien, la mayoría de legislaciones europeas, así como la norteamericana, se encuentran inspiradas en el criterio de sujeción

posición normativa del ordenamiento jurídico; o bien, la inconstitucionalidad en caso concreto, que busca la inaplicación de la norma para la solución de la controversia.

17 Serrano Antón, Fernando. «Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los Convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación». Op. cit., p. 263.

18 Evans Márquez, Ronald. *Régimen jurídico de la doble tributación internacional*. Venezuela: McGraw-Hill Latinoamérica, 1999, p. 5.

personal, pero en cuanto a la residencia del sujeto, por lo que es éste el elemento determinante de la atribución del poder tributario, aunque en algunos casos se suele aplicar conjuntamente con el de la nacionalidad.¹⁹

El otro criterio al cual se hizo referencia es el real, que toma en consideración las condiciones de índole económica, como lo pueden ser las rentas producidas u originadas en el territorio. Respecto a este criterio, como acontece con el ya expuesto, también existen subdivisiones, las cuales atienden a la sujeción del criterio real o sujeción económica,²⁰ entre los que se encuentran: la sede de negocios o establecimiento permanente y la fuente.

Uno de los conceptos que resulta más controvertido y de mayor dificultad es el relativo al de establecimiento permanente, es por ello que dentro del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, se incluyó una definición de aquel, que se encuentra contenida en el artículo 5, que indica que es:

«... un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad. La expresión establecimiento permanente comprende en especial: a) las sedes de dirección; b) las sucursales; c) las oficinas; d) las fábricas; e) los talleres; y f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales».

En el caso de Guatemala no se contaba con una definición de esa clase de establecimiento; no obstante lo anterior, en la actualidad se incluyó el concepto de establecimiento permanente²¹ dentro de la

19 Giuliani Fonrouge, Carlos; Navarrine, Susana y Asorey, Rubén. Derecho Financiero. Op. cit., p. 323.

20 Véase Valdés Costa, Ramón. Estudios de Derecho Tributario Internacional. Montevideo: Editorial Temis, 1978, p. 14.

21 El artículo 7 de la Ley de Actualización Tributaria brinda el siguiente concepto de lo que debe entenderse por establecimiento permanente, y para el efecto expone: «Se entiende que una persona individual, persona jurídica, organismo internacional, ente o patrimonio que se especifica en este libro, opera con establecimiento permanente en Guatemala, cuando: 1. Por cualquier título, disponga en el país, de forma continuada o habitual, de un lugar fijo de negocios o de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de sus actividades. La definición del apartado anterior, comprende, en particular: a) Las sedes de dirección; b) Las sucursales; c) Las oficinas; d) Las fábricas; e) Los talleres; f) Los almacenes, las tiendas u otros

Ley de Actualización Tributaria (Decreto número 10-2012 del Congreso de la República), en el cual se incluyen varios supuestos de lo que presupone es un establecimiento de esta naturaleza, en ella se incluyó las sedes, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, almacenes, minas, etc.

En contraposición, el otro criterio al que se hace referencia es el relativo a la fuente, en éste se otorga la potestad tributaria al Estado de gravar todos los actos u operaciones llevados a cabo por los extranjeros, que sean realizados, o bien, que surtan sus efectos jurídicos en el territorio del propio Estado.²²

Este último criterio es el que suelen implementar y aplicar los países en vías de desarrollo, pues con ello lo que se busca es gravar los actos realizados por los extranjeros en su territorio; por el contrario, el criterio de establecimiento permanente suele ser el preferido por

establecimientos; g) Las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias; h) Las minas, pozos de petróleo o de gas, canteras o cualquier otro lugar de extracción o exploración de recursos naturales. 2. Se incluye en este concepto toda obra, proyecto de construcción o instalación, o las actividades de supervisión en conexión con éstos, pero sólo si la duración de esa obra, proyecto o actividades de supervisión exceden de seis (6) meses. 3. No obstante lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de este artículo, cuando una persona o ente distinto de un agente independiente, actúe en Guatemala por cuenta de un no residente, se considera que éste tiene un establecimiento permanente en Guatemala por las actividades que dicha persona realice para el no residente, si esa persona: a) Ostenta y ejerce habitualmente en Guatemala poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa; o, b) No ostenta dichos poderes, pero mantiene habitualmente en Guatemala, existencias de bienes para su entrega en nombre del no residente. 4. Se considera que, salvo con relación al reaseguro y reafianzamiento, una empresa de seguros tiene un establecimiento permanente si recauda primas en el territorio nacional o asegura riesgos situados en él a través de una persona residente en Guatemala. 5. Se considera que existe un establecimiento permanente cuando las actividades de un agente se realicen exclusivamente, o en más de un cincuenta y uno por ciento (51%) por cuenta del no residente y las condiciones aceptadas o impuestas entre éste y el agente en sus relaciones comerciales y financieras difieran de las que se darían entre empresas independientes. 6. No se considera que existe establecimiento permanente en el país, por el mero hecho de que las actividades de un no residente se realicen en Guatemala, por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad».

22 Arrijo Vizcaíno, Adolfo. *Derecho Fiscal*. 12.^a edición. México: Editorial Themis, 1996, p. 295.

los países desarrollados y el que la mayoría de ellos adopta dentro de su territorio.

A. Principios de la potestad tributaria

La potestad tributaria se encuentra integrada o sometida a una serie de principios, que se diferencian de los generales aplicables a los sistemas tributarios; los más relevantes son el principio de territorialidad y el principio de nacionalidad, sin que esto implique que existan otros, pero para la presente investigación se hará énfasis en éstos.

El principio de territorialidad es entendido, como bien lo señala Serrano Antón, como la

«... manifestación del vínculo real. De acuerdo con este criterio, las leyes tributarias solo se aplicarían a quienes residieran en territorio de un determinado país o tuvieran con el mismo alguna relación, es decir, obtuvieran en él rentas, fueran titulares de determinados bienes sitos en el mismo o tuvieran, en definitiva, relaciones económicas en territorio español».²³

A través de este principio se grava a toda persona que haya obtenido alguna renta o bien dentro del territorio nacional; este criterio es el más utilizado en los países de América, se citan como ejemplos el caso de Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Bolivia, Panamá, Paraguay, entre otros. La predilección de este criterio obedece a la sencillez del mismo y su accesible administración, aunque algunos de estos países ya están manifestando su interés progresivo en cambiar a otro sistema.

En el caso específico de Guatemala, la Ley de Actualización Tributaria en el artículo 6 desarrolla el concepto de «residente» para efectos tributarios, esta disposición considera residente a la persona individual que permanezca en el territorio nacional más de ciento ochenta y tres días durante el año calendario; de igual forma, que su centro de intereses económicos se ubique en Guatemala, salvo que acredite su residencia o domicilio fiscal en otro país, entre otros supuestos.

23 Serrano Antón, Fernando. «Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los Convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación». Op. cit., p. 266.

Por su parte, el otro principio es el de nacionalidad, que como lo afirma Serrano Antón,

«... como muestra del criterio personal. Según esta regla, las leyes tributarias se aplicarían a todos los ciudadanos que ostentaran la nacionalidad de un determinado país, fuere cual fuere el lugar en que residieren y fuere cual fuere el lugar en que obtuvieron sus rentas. El vínculo personal de nacionalidad sería el único motivo que determinaría la sujeción a las leyes tributarias».²⁴

Por medio de este principio se crean las leyes tributarias sujetando la nacionalidad del contribuyente, sin importar dónde resida el mismo y dónde obtuvo las rentas; esto también aplica a los residentes, domiciliados o nacionalizados en el país donde se creó el tributo.

Cada Estado al crear su ordenamiento jurídico establecerá qué criterio utilizará, ya sea el de residencia, nacionalidad o domicilio; como ya se mencionó, gravará las rentas obtenidas en cualquier lugar en que se hubieren originado, es por ello que doctrinariamente también se le conoce como renta mundial. Por tal motivo los países que tienden a exportar en mayor cantidad querrán utilizar el criterio de renta mundial, con el objeto de perseguir al contribuyente donde sea que este se encuentre y de esa forma gravarán en el extranjero los hechos imponibles; los países que son receptores prefieren implementar el criterio de la fuente y de esa forma agenciarse de recursos.

La renta mundial es entendida como «el país en que el contribuyente es residente a efectos fiscales, tiene el derecho de someter a gravamen todas las rentas que éste obtenga, con independencia del lugar donde se generó o se perciba»,²⁵ a través de este criterio de sujeción se persigue al contribuyente en cualquier lugar donde éste se encuentre sin importar si es residente o no del Estado.

Los criterios antes mencionados tendrán como objeto establecer de manera precisa qué país tendrá la jurisdicción de gravar las rentas que se originen y como resultado de ello quién se beneficiará con los tributos. Una vez establecidos los criterios utilizados por los Estados para poder decretar impuestos y de esta forma vincular a

24 Loc. Cit.

25 Vallejo Aristizábal, Sandro y Maldonado López, Galo. «Los Convenios para evitar la doble imposición». *Fiscalidad*. 2007, edición 1, pp. 39-60.

los contribuyentes, es conveniente conocer los problemas que podría generar dicha vinculación.

B. Problemas que genera la vinculación del poder tributario

Como se ha mencionado anteriormente, los Estados al crear su ordenamiento jurídico tributario pueden utilizar distintos criterios para poder exigir tributos, entre ellos se encuentra el criterio de territorialidad, nacionalidad, residencia o una combinación de los mismos.

La mayoría de los Estados normalmente aplican el criterio de territorialidad; otros Estados, por el contrario, aplican el criterio de residencia o nacionalidad. Es por esta variación de criterios entre los diversos Estados que se genera una serie de conflictos, pues esa diferenciación conlleva la existencia de varias dificultades; de hecho, la problemática también existe cuando se utiliza el mismo criterio, en virtud de que se aplican diferentes reglas. Entre los conflictos más comunes se encuentran los siguientes:

1. Conflicto fuente-residencia

Se ha expuesto que la existencia de diversos criterios en cada uno de los Estados conlleva conflictos, uno de los más frecuentes es el generado en virtud de que en un Estado el ordenamiento jurídico tributario está basado en el criterio de fuente, mientras que en otro Estado se aplica el criterio de residencia.

Tal como se mencionó anteriormente, el criterio de fuente «establece que corresponde gravar al país donde está la fuente productora de riqueza, es decir, donde esa riqueza se genera. Puede ser el lugar de radicación de los bienes, o en general el lugar donde el contribuyente realiza su actividad productiva, con total independencia del domicilio, residencia o nacionalidad»;²⁶ por su parte el criterio de residencia, aunque se basa en la capacidad global de pago, en ocasiones, no supone un aumento significativo de la recaudación.²⁷

26 Villegas, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Op. cit., p. 486.

27 Serrano Antón, Fernando. «Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los Convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación». Op. cit., p. 268.

Este conflicto se puede generar cuando un Estado aplica el principio de residencia para gravar la renta; si bien es cierto que el país que aplique el criterio de residencia acepta que el país que aplica el criterio de fuente posee el derecho primario para gravar la renta generada, el país que aplica el criterio de residencia puede gravar la renta en todo caso, una vez ya se haya aceptado el crédito que genera el impuesto pagado en el Estado que aplique el criterio de fuente, por lo cual si el Estado que aplica el criterio de residencia no aceptase el crédito generado nos encontramos ante la doble tributación.

Un ejemplo de conflicto fuente-residencia sería el generado por la celebración de un contrato de licencia minera para la explotación de una determinada mina que se encuentre ubicada en Guatemala (criterio de territorialidad) con una sociedad establecida en Canadá (criterio de residencia), en el cual se estipule el pago de regalías por parte de Guatemala hacia la sociedad de origen canadiense, por lo que en este caso, el impuesto a pagar sobre las regalías originadas estarán sujetas tanto a Guatemala como a Canadá, ya que se debe de pagar en Guatemala porque aplica el criterio de territorialidad, y de igual forma, tributar en Canadá por el principio de residencia. Lo anterior permite ejemplificar con claridad la existencia de un conflicto entre ambos Estados.

2. *Conflicto residencia-residencia*

En el caso de Guatemala, la residencia de las personas naturales se encuentra regulada en la Ley de Nacionalidad (Decreto 1613), específicamente en el artículo 71, en que la define como:

«... el ánimo de permanecer se presume por la residencia en el país durante un año continuo. Cesará esta presunción si se comprobare que la residencia es accidental y que se tiene el domicilio en otro Estado; pero si la residencia fuere habitual durante tres años o más la presunción no admitirá prueba en contrario. La residencia es habitual, cuando la persona permanece en el país períodos que sumados den más de la mitad del tiempo».

Las sociedades mercantiles adquieren su personalidad jurídica al momento de constituirse e inscribirse en el Registro Mercantil, tal como lo regula el Código de Comercio de Guatemala (Decreto nú-

mero 2-70).²⁸ En el caso de las sociedades extranjeras deberá estarse a lo estipulado en el artículo 353 de ese mismo cuerpo normativo, que prevé: «Las sociedades extranjeras legalmente constituidas en el extranjero que deseen establecerse en el país o tener sucursales o agencias, deberán solicitarlo al Registro Mercantil, único encargado de otorgar la autorización respectiva...».

El problema que acontece respecto al criterio de residencia es cuando una persona tiene su residencia en dos o más Estados, ante lo cual serían aplicables las leyes tributarias de todos ellos, ante esta situación acontece el conflicto que se denomina residencia-residencia.

Por ejemplo, en Guatemala los residentes están obligados al pago del impuesto sobre la renta²⁹ si se realizare alguna actividad que estuviera sujeta al mismo; si se diera el caso que una persona reside en Guatemala pero a la vez es residente de México, cuyo ordenamiento, en el artículo 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México señala: «Las personas físicas y las morales están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos: I) los residentes en México, respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde proceda...». En este caso, la persona tendrá, si genera riqueza en Guatemala y a la vez es residente de México, que pagar el impuesto sobre la renta, por lo cual nos encontramos ante un caso más de doble tributación internacional.

28 El artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala establece: «La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados...».

29 Artículo 12 de Ley de Actualización Tributaria (Decreto 10-2012): «... son contribuyentes las personas individuales, jurídicas y los entes o patrimonios, residentes en el país, que obtengan rentas afectas en este título. Se consideran contribuyentes por las rentas que obtengan los entes o patrimonios siguientes: los fideicomisos, contratos en participación, copropiedades, comunidades de bienes, sociedades irregulares, sociedades de hecho, encargo de confianza, gestión de negocios, patrimonios hereditarios indivisos, sucursales, agencias o establecimientos permanentes o temporales de empresas o personas extranjeras que operan en el país y las demás unidades productivas o económicas que dispongan de patrimonio y generen rentas afectas».

3. *Conflicto fuente-fuente*

Se ha hecho referencia a que el criterio de la fuente tiene por objeto el de gravar, con exclusividad, las rentas al Estado donde se haya originado la riqueza. El conflicto que pudiese surgir sería el derivado de la realización de una transacción entre dos Estados que apliquen el criterio de la fuente, y que ambos países considerasen que la renta fue originada dentro de su territorio nacional, y por lo tanto, son los encargados de la recepción del impuesto que se genere por la transacción realizada.

Por medio de este principio existe una vinculación real, ya que grava directamente la renta obtenida dentro de un territorio. Por ejemplo, un guatemalteco presta asesoría contable en Guatemala a una persona nicaragüense sobre un proyecto que se está realizando en Nicaragua; en este caso, ambos países aplican el criterio de territorialidad, por una parte el Estado de Guatemala argumentará que la renta se generó en Guatemala y es quien tiene derecho de gravar la misma; por su parte, el Estado de Nicaragua podría argumentar que la renta se generó en Nicaragua, porque la asesoría contable que se prestó era directamente para la realización de un proyecto que se está desarrollando en dicho país, por lo tanto, es el encargado de gravar la renta. Así se aprecia la concurrencia de otro caso en que es viable la existencia de doble imposición internacional.

4. *Conflicto derivado de la defraudación y elusión*

Fuera de los casos relacionados en los que pueden acontecer conflictos relativos a la doble imposición internacional, también existe otro problema generalizado, pero este tiene como origen otras situaciones, como lo son la defraudación y la elusión por la fuga de las rentas obtenidas en un determinado Estado.

Previo a ahondar sobre esta temática es indispensable efectuar una breve distinción entre aquellos conceptos, a efecto de no incurrir en el equívoco de considerarlos idénticos. La defraudación tributaria se refiere a un no pago de impuestos una vez se haya cumplido el hecho generador; figura que suele ser regulada como un hecho delictivo. En el caso de Guatemala, la defraudación se encuentra tipificada en el Código

Penal, específicamente en el artículo 358 «A»;³⁰ a efecto de considerar que se está ante una conducta delictiva se requiere la existencia de la intención o ánimo de engañar a la administración tributaria, con la finalidad de poder así evadir el pago del impuesto generado.

En cambio, la elusión tributaria, que también es conocida doctrinariamente como fraude de ley, consiste como lo afirma Fonrouge en «aquel proceder que sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas».³¹

El fraude de ley se origina cuando existe un ordenamiento jurídico y el mismo es quebrantado por conductas realizadas de forma fraudulenta.³² Es por ello que en el fraude de ley las normas se respetan, pero en realidad lo que se está haciendo es ignorar totalmente el sentido de aquellas, a través de conductas que de manera estricta no violan la ley, sino que la suprime.

En esta misma línea, García Novoa apunta que en el fraude de ley el resultado prohibido o ilegal no se obtiene por las vías ordinarias, como lo es la violación directa de la norma; por el contrario, se recurre a la trasgresión o violación indirecta de aquellas, lo que sería buscar un resultado contrario a una ley equivalente al que se consigue con su violación o incumplimiento, pero realizando un comportamiento diferente al establecido en la norma, con lo cual se consigue un objetivo similar al prohibido.³³

30 El Artículo 358 «A» del Código Procesal Penal establece que «... comete delito de defraudación tributaria quien, mediante simulación, ocultación, maniobra, ardid, o cualquier otra forma de engaño, induzca a error a la administración tributaria en la determinación o el pago de la obligación tributaria, de manera que produzca detrimento o menoscabo en la recaudación impositiva. El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a seis años, que graduará el juez con relación a la gravedad del caso, y multa equivalente al impuesto omitido. Si el delito fuere cometido por persona extranjera se le impondrá, además de las penas a que se hubiere hecho acreedora, la pena de expulsión del territorio nacional, que se ejecutará inmediatamente que haya cumplido aquellas».

31 Giuliani Fonrouge, Carlos; Navarrine, Susana y Asorey, Rubén. *Derecho Financiero*. Op. cit., p. 681.

32 Pérez Arraiz, Javier. *El Fraude de ley en el Derecho Tributario*. España: Tirant lo Blanch, 1996, p. 8.

33 García Novoa, César. *La Cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 46.

Pérez Arraiz³⁴ ejemplifica el fraude de ley de la siguiente manera: con el objeto de eludir el impuesto que grava la compraventa, se constituye una sociedad en la cual uno de los socios aporta una determinada cantidad de dinero y el otro socio aporta un bien inmueble. Luego disuelven la sociedad y se adjudica el bien inmueble al socio que había aportado el dinero, y el dinero al socio que había aportado el bien inmueble. Como se puede apreciar, el resultado de dicha operación es una compraventa y por lo tanto se debería de aplicar la norma prevista para este tipo de negocio, pero las partes, con el propósito de reducir las cargas fiscales, han desvirtuado la norma de cobertura para eludir la norma defraudada, por lo cual nos encontramos ante un negocio en fraude de ley.

Otro ejemplo típico de fraude de ley es el siguiente: en Guatemala se constituye una sociedad anónima para un fin determinado, al mismo tiempo se constituye una sociedad anónima, por ejemplo, en Panamá; se contrata personal para laborar en Guatemala, pero los contratos son celebrados en Panamá; esto se hace con el fin de eludir las leyes de Guatemala. Igual pasa con los dividendos recibidos que en algún momento se envían a Panamá con el objeto de eludir el pago de impuestos en Guatemala.

Lo que se pretende con el fraude de ley es burlar el ordenamiento jurídico tributario, sin cometer hechos ilícitos, pero existe la voluntad de incumplir la ley, solo que buscando la forma de hacerlo sin que esto llegue a generar un hecho ilícito, porque si esto llegara a suceder estaríamos ante la figura de la defraudación tributaria, la cual constituye un delito que está regulado en el Código Penal.

Es por ello que con el fin de evitar el fraude de ley los Estados deben incluir dentro de sus políticas de Estado determinadas medidas que tengan por objeto su eliminación. A continuación se hará un análisis de las medidas más comunes para contrarrestar el fraude de ley.

4.1 *Medidas para combatir la elusión fiscal*

Al abordar lo relativo a las medidas para combatir la elusión fiscal se hace referencia a las actividades que deben tomar los poderes públicos para la corrección de las deficiencias que pudieran existir

34 Pérez Arraiz, Javier. *El Fraude de ley en el Derecho Tributario*. Op. cit., p. 25.

en el ordenamiento jurídico, en lo que concierne a la actuación sobre las actividades de los particulares que tengan trascendencia o implicación tributaria.³⁵

Por su parte Rozas Valdés al referirse a las medidas o técnicas para combatir la elusión fiscal las sitúa en dos fases. Por una parte, la fase normativa del tributo, tomando en cuenta el principio de reserva de ley en materia tributaria; estas serán medidas de tipo legislativo. Por otra parte se encuentra la fase aplicativa, es decir, aquellas medidas que serán aplicadas por la Administración, ya sea en el desarrollo de la función aplicativa del tributo o como consecuencia del ejercicio de potestades específicas atribuidas por el ordenamiento jurídico.³⁶

En cuanto a la técnica legislativa, le corresponde con exclusividad al Organismo Legislativo hacer una revisión de la normativa tributaria existente, con la finalidad de determinar si existen vacíos o salidas que pueden tomar los particulares para eludir el pago de algún tributo, y en caso de verificarse ese extremo, resulta necesario llevar a cabo las reformas correspondientes con la finalidad de evitar que sigan eludiendo los tributos.

Más que una medida para combatir la elusión fiscal, la técnica legislativa debería ser una obligación para los legisladores cuando emiten las leyes, se tendrían que analizar las normas que se están creando, por ejemplo, en materia tributaria para determinar que las mismas no sean susceptibles de elusión por parte de los particulares, al igual que en las demás normas emitidas en distintas materias se debería hacer el estudio correspondiente de las implicaciones que estas tienen, con ello se estaría haciendo una correcta técnica legislativa y se evitarían muchos de los problemas que están latentes en la actualidad.

Entre otra de las técnicas se encuentran las llamadas cláusulas antielusorias, las cuales según García Novoa pueden definirse como:

«... estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, y al cual se ligan unas consecuencias jurídicas, que, en suma, consistirán en la asignación a

35 *Ibíd.*, p. 175.

36 Rozas Valdés, José. «El Derecho Tributario ante el fraude de ley». *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*. 1993, número 223, p. 80.

la Administración de unas potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusorio o a aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir».³⁷

Con esta técnica se estaría evitando la elusión fiscal ya que se le atribuyen competencias a la Administración para poder establecer si el negocio realizado tenía como finalidad eludir el pago de un tributo, con ello se estaría fortaleciendo la seguridad jurídica y con todo ello atacar los actos de elusión, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico y evitar así el no pago de impuestos hacia la Administración Tributaria.

III. EFECTOS NEGATIVOS DE LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

Luego de conocer los conflictos de la doble tributación es necesario tener en cuenta que existen varios efectos negativos derivados de ella, entre los que se encuentran las barreras al comercio, que acarrea la falta de inversión en el país, en virtud de estarse gravando dos veces el mismo bien o servicio prestado; también puede generar un aumento desmedido en los precios de los bienes o servicios, por las razones ya señaladas.

Otro efecto negativo, es precisamente la existencia de una doble tributación, ya que la existencia de esta situación conlleva la vulneración de principios tributarios constitucionales, como podrían ser los de capacidad de pago y la prohibición de confiscatoriedad; principios que se encuentran claramente establecidos para evitar, a nivel interno, cualquier tipo de abuso por parte de la administración tributaria, pero que a nivel internacional se maneja de otra forma, generalmente en detrimento del contribuyente.

Para esclarecer más lo antes expuesto, es pertinente hacer relación a los principios ya relacionados, y es así como Catalina García expone que «la capacidad de pago consiste en la aptitud económica-social para contribuir al sostenimiento del Estado. Si bien se le vincula

37 García Novoa, César. *La Cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Op. cit., p. 259.

con el principio del sacrificio, puede enfocársela también considerando las posibilidades de un individuo, más su sacrificio».³⁸

Así, la capacidad de pago constituye una limitación para el legislador para decretar impuestos, ya que tiene que sujetarse a la misma para poder crearlos; con este principio el ciudadano posee la garantía que no se le va poder exigir más de las posibilidades económicas que posee.³⁹

Ahora bien, en lo relativo al principio de no confiscatoriedad, éste constituye un límite para el Estado, ya que protege el derecho de propiedad de los particulares. En este sentido, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha manifestado que:

«... está claro que lo que se prohíbe es el impuesto confiscatorio, es decir; aquel impuesto excesivo, que produce efectos indeseables, que excede el límite de lo razonable o aquellos que sustraigan una parte sustancial de la propiedad o renta. En este sentido se ha señalado que, en todo sistema constitucional donde se encuentren establecidos principios rectores del ejercicio del poder Tributario del Estado y se garantice los derechos fundamentales de los ciudadanos, las tributaciones confiscatorias pueden ser consideradas inconstitucionales, siendo el problema esencial, determinar desde el punto de vista jurídico cuando un impuesto puede considerarse confiscatorio».⁴⁰

En el caso de Guatemala el principio relacionado se encuentra contenido en el artículo 243 de la Constitución, el cual contempla los principios constitucionales tributarios materiales, es así como precep-

38 García Vizcaino, Catalina. *Derecho Tributario: consideraciones económicas y jurídicas, análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia*. Argentina: Depalma, 1996, p. 55.

39 El alcance y contenido de este principio es más amplio del que se le confiere en este trabajo, al no ser el objetivo primordial del mismo, pero se puede ahondar más en Checa González, Clemente y Merino Jara, Isaac. «Los principios de capacidad económica y de reserva de ley y el impuesto sobre incremento de valor de los terrenos (comentarios a la STC 221/1992, de 11 de diciembre)». *Crónica tributaria*. 1993, número 67. García-Fresneda Gea, Francisco. «El IAE y el principio de capacidad económica». *Revista Española de Derecho Financiero*. Enero/marzo 2000, número 105. Herrera Molina, Pedro Manuel. *Capacidad económica y sistema fiscal, análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998. Moschetti, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980.

40 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Gaceta Núm. 90. Expedientes Acumulados 2947 y 3108-2008, Sentencia de fecha 03/12/2008.

túa: «... Se prohíben los tributos confiscatorios...»; de igual forma, existe una disposición constitucional general en la que también se prohíbe al Estado la confiscación de los bienes, pero esto dentro del contexto del derecho fundamental de la propiedad.

Al momento de producirse la doble tributación internacional se estarían violando estos principios constitucionales tributarios, pero a la vez no se cumpliría con la existencia de un sistema tributario justo y equitativo,⁴¹ el cual es posible alcanzar no solamente con los principios enunciados, sino también con la concurrencia de otros principios tales como el de igualdad tributaria, legalidad, generalidad, entre otros.

Otro de los efectos negativos que produce la doble tributación internacional es el obstáculo que genera en cuanto al desarrollo del país, ya que al momento de ocurrir se verá reflejado que el sistema tributario en realidad no es justo ni equitativo como lo establece la Constitución, pues se estaría gravando dos o más veces el mismo hecho generador, lo cual ocasiona un perjuicio para la inversión extranjera y esto hace que no se quiera invertir en el país ya que no existen las garantías comerciales para poder negociar dentro del territorio nacional.

Es por ello que es necesario tomar una serie de medidas para contrarrestar la doble tributación internacional ya que de esta manera existirá una garantía para los inversionistas tanto nacionales como extranjeros que no se va a cobrar dos veces un tributo por un mismo bien o servicio.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo. *Derecho Fiscal*. 12.^a edición. México: Editorial Themis, 1996.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2008.

41 Artículo 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala: «El sistema tributario debe de ser justo y equitativo. Para el efecto las leyes tributarias serán estructuradas conforme al principio de capacidad de pago...».

- BORRAS RODRÍGUEZ, Alegría. *La doble imposición internacional: problemas jurídico-internacionales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974.
- CABALLERO HARRIET, Francisco Javier. *Algunas claves para otra mundialización*. Santo Domingo: Funglode, 2009.
- CAMINO BELDARRAIN, Vicente. «Tecnología y globalización económica». *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. 2012, año 14, núm. 27.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente y MERINO JARA, Isaac. «Los principios de capacidad económica y de reserva de ley y el impuesto sobre incremento de valor de los terrenos (comentarios a la STC 221/1992, de 11 de diciembre)». *Crónica tributaria*. 1993, número 67.
- EVANS MÁRQUEZ, Ronald. *Régimen jurídico de la doble tributación internacional*. Venezuela: McGraw-Hill Latinoamérica, 1999.
- GARCÍA-FRESNEDA GEA, Francisco. «El IAE y el principio de capacidad económica». *Revista Española de Derecho Financiero*. Enero/marzo 2000, número 105.
- GARCÍA NOVOA, César. *La Cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. *Derecho Tributario: consideraciones económicas y jurídicas, análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia*. Argentina: Depalma, 1996.
- GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus, 2000.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos; NAVARRINE, Susana y ASOREY, Rubén. *Derecho Financiero*. Volumen I. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- HELD, David. *et al.* «Rethinking Globalization». *The Global Transformation Reader*. Cambridge: Polity Press, 2000.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad económica y sistema fiscal, análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

- MOSCHETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), *Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio 1995*, Instituto de Estudios Fiscales, París 1997.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.
- PÉREZ ARRAIZ, Javier. *El Fraude de ley en el Derecho Tributario*. España: Tirant lo Blanch, 1996.
- _____. *La doble imposición internacional, causas y métodos para evitarla*. Artículo inédito.
- ROZAS VALDÉS, José. «El Derecho Tributario ante el fraude de ley». *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*. 1993, número 223.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Fundamentos de Derecho Administrativo. Volumen I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- SERRANO ANTÓN, FERNANDO. «Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los Convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación». En: Serrano Antón, Fernando (Dir.). *Fiscalidad Internacional. Volumen I*. España: Centro de Estudios Financieros, 2013.
- STEINBERG, Federico. *Cooperación y Conflicto. Comercio internacional en la era de la globalización*. Madrid: AKAL ediciones, 2007.
- VALDÉS COSTA, Ramón. *Estudios de Derecho Tributario Internacional*. Montevideo: Editorial Temis, 1978.
- VALLEJO ARISTIZÁBAL, Sandro y MALDONADO LÓPEZ, Galo. «Los Convenios para evitar la doble imposición». *Fiscalidad*. 2007, 1.ª edición.
- VILLEGAS, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 2001.
- ZOLO, Danilo. *Globalización. Un mapa de los problemas*. Trad. Miguel Montes. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006.

Democracia y Parlamento desde la perspectiva iusfeminista*

Mgtr. Angélica Yolanda Vásquez Girón**

: I. Democracia. A. Componentes e historia. II. Pacto social o pacto sexual de Pateman. III. Clases de democracia. A. Democracia directa. B. Democracia indirecta o representativa. C. Democracia participativa o semidirecta. D. Democracia comunitaria. E. Democracia deliberativa. F. Democracia paritaria. G. Democracia líquida. H. Democracia constitucional. IV. Organismo o poder legislativo. A. Congreso y Parlamento. B. Funciones. V. Incidencia de las decisiones legislativas en el desarrollo social. VI. Referencias. A. Bibliográficas. B. Normativas. C. Electrónicas. D. Otras.

* Vásquez Girón, Angélica Yolanda, *Sistema de elección, representación y participación democrática de las mujeres en el Congreso de la República de Guatemala*, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), Guatemala, 2014, capítulo I, pp. 12-31.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*; Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Rafael Landívar, año 2011; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar, año 2003. Abogada Letrada de la Corte de Constitucionalidad, Coordinadora de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad. Autora de *El curso de queja* (CC, 2005) y *Sistema de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (EAE, 2012). Abogada Coordinadora de la Secretaría del Pleno de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Catedrática Auxiliar de la clase de Derecho Procesal Civil I en la Universidad Rafael Landívar. Catedrática de Derecho Procesal Constitucional en la Licenciatura y de Tesis I, II, III y IV en la Maestría de Derecho Corporativo en la citada universidad. Asesora de tesis y miembro de terna examinadora de exámenes privados en la misma universidad (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Maestrías en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Penal).

I. DEMOCRACIA

En su definición más amplia democracia es el gobierno del pueblo.¹ Antiguamente pueblo no significaba lo mismo que ahora. En la época en que se acuña la palabra democracia (helénica), se entendía por pueblo a los ciudadanos de Atenas, siendo excluidos los extranjeros, los esclavos, las mujeres, los minusválidos y los niños, ya que se consideraba que no tenían un interés auténtico comprometido con la buena marcha de la ciudad, pues su vida no se afectaba por los aciertos o desaciertos del gobierno.²

Si bien la democracia siempre ha sido el gobierno del pueblo, quienes lo forman era lo que hacía la diferencia, es decir, el concepto de ciudadanía.

Antiguamente, la democracia entendía por pueblo al conjunto de personas que podían participar en el gobierno, que eran quienes acreditaban un interés en los asuntos de Estado, siendo solo los hombres mayores de edad y con ingresos elevados. Más tarde se cambió la capacidad económica por el nivel de educación y cultura,³ pero desde la concepción de pueblo y en todo el pensamiento democrático se excluyó a las mujeres.

Actualmente el pensamiento y la estructura social han ido evolucionando y ahora puede decirse que el sistema democrático es el sistema de gobierno donde las decisiones sobre la marcha de la comunidad las toma el pueblo, entendido como todos los habitantes con edad suficiente que forman parte de la sociedad.⁴

Uno de los presupuestos básicos de la democracia es la igualdad, entendida en lo fundamental como seres humanos, así como en las oportunidades para participar en el gobierno común, ya que todas las decisiones tomadas en el gobierno inciden directamente en el destino y vida de todos y cada uno de los habitantes, sin distinción alguna.

1 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario electoral*, San José, Mars Editores, 2000, p. 347.

2 *Ibidem*.

3 Amurrio, Jesús, *Clásicos del pensamiento político*, Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, 2009.

4 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 349.

De lo anterior se puede establecer que democracia es el sistema de gobierno donde las decisiones sobre la marcha de la comunidad las toma el pueblo, entendido este como todos los seres humanos dignos e iguales que la conforman (hombres y mujeres).

A. Componentes e historia

La democracia como poder, es un poder construido, sobrevenido, es decir, creado en forma artificial; ya no es aquel poder originario que surgía del jefe de la tribu, sino que es una ficción creada por la sociedad para organizarse, como se explica a través de las distintas conceptualizaciones del contrato social de Rousseau, Locke y Hobbes.

Varios autores sitúan el punto de partida de la evolución que llegaría a convertirse en democracia, entre los años 620 y 593 antes de Cristo, en Atenas, cuando las ciudades griegas recibieron de Dracon y Solón sus primeras leyes fundamentales, ya que se instaló la distinción entre las leyes de la Naturaleza (o divinas) y las humanas (de la ciudad) en términos conceptuales, como se explica en el mito de Antígona, por lo que se puede decir que uno de los principales componentes de la democracia es la ley, ya que después de que se empezó a legislar, cuando alguien ascendía a una posición de mando, ya no podría gobernar a su arbitrio sino que en el marco de la norma, creándose la muralla invisible de la ley.⁵

En el año 507 a.C., Clístenes fundó la república democrática, que propugnaba la igualdad de todos «los ciudadanos» de Atenas ante la ley,⁶ apareciendo otro componente de la democracia: la ciudadanía. Todos los ciudadanos eran iguales, pero no todos eran ciudadanos.⁷ La ciudadanía ateniense comprendía a todos los varones atenienses libres, excluyendo mujeres, niños, esclavos y extranjeros.

5 Grondoma, Mariano, *Historia de la democracia*, Argentina, Universidad del CEMA, 2000, <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/175.pdf>.

6 *Ibidem*.

7 Moreno Chumillas, Evelio, «La democracia reside en la mediocridad», *Télos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. IX, núm. 2, diciembre 2000, pp. 207-224, Universidad de Santiago de Compostela, <http://hdl.handle.net/10347/5492>.

En el 462, Pericles estableció la democracia plenaria, logrando el equilibrio de poderes,⁸ surgiendo este como otro componente de la democracia.

La democracia no ha dejado de evolucionar, es un proyecto que aún no ha culminado y se mantiene adaptando conforme cambia la realidad que crea el ser humano. Se va perfeccionando según el desarrollo de la humanidad. Es importante tomar en cuenta que la simple denominación de democracia como poder del pueblo, no siempre ha incluido a todos los sectores, debiendo tomar en cuenta cada uno de los elementos que la componen.

El *Informe sobre la democracia en América Latina* producido por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, enumera las condiciones que necesita un país para ser considerado democrático:

«... elecciones libres y justas, autoridades electas, sufragio universal, el derecho a competir por los cargos electos, libertad de expresión, libertad de asociación, acceso a la información pluralista, respeto por los mandatos establecidos en la constitución, un territorio que define quiénes votan, y la creencia que el proceso electoral y las libertades asociadas al mismo continuarán existiendo en el futuro».⁹

La historia de la democracia aún no ha terminado de escribirse y sus componentes van evolucionando poco a poco, permitiendo la participación de más sectores en la toma de decisiones.

8 Franco Castillo, Juan Ricardo y Ramos Herrera, Edwin Arcides, *El fenómeno de la partidocracia en El Salvador y las posibilidades de su superación con la sentencia 61-2009 de la Corte Suprema de Justicia*, San Salvador, Universidad de El Salvador, 2013, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, <http://ri.ues.edu.sv/4441/>.

9 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre la democracia en América Latina*, 2014.

II. PACTO SOCIAL O PACTO SEXUAL DE PATEMAN

El pacto social fue la expresión utilizada por varios juristas, sociólogos, filósofos y políticos para explicar el acuerdo que realizaron los hombres para vivir en sociedad.

Thomas Hobbes habló por primera vez del pacto social, en su obra *Leviatán* (1651), en donde señala la necesidad de crear un pacto social para establecer la paz entre los hombres.¹⁰

Según Hobbes, para evitar la guerra y que el hombre mate al hombre, por su natural instinto de conservación, todos los hombres deben entregar el poder indivisible y absoluto a un representante, que ejerza autoridad y dirima sobre lo que está bien y lo que está mal. Se hace un pacto basado en el miedo de los hombres entre sí, desde una visión patriarcal.

Por su parte, John Locke, en su obra *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1689), describe su visión del contrato social desde una perspectiva religiosa (cristiana), al indicar que el hombre es una criatura de Dios, su vida le pertenece a Dios, por lo que tiene el derecho y el deber de conservarla. Y siendo que el hombre es libre y no puede ser súbdito de otro, debe hacer un contrato que funde un orden social o civil que atienda únicamente a resolver casos de choque entre dos individuos, para que establezca lo que por justicia corresponde hacer.¹¹

Hobbes y Locke coinciden en señalar que una sociedad será civil o política solamente cuando cada uno de los individuos renuncie al poder de ejecutar la ley natural, ambos desde una perspectiva patriarcal, sin tomar en cuenta como individuos a las mujeres.

Fue a través del libro de Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social: o los principios del derecho político* (1762), que se conoció el término en Europa y después en el resto del mundo. Afirma que la familia es el primer modelo de sociedad política, que el pacto social convierte en iguales a los hombres por convención y derecho, quienes entregan su libertad natural, en forma voluntaria, para adquirir una libertad

10 Hobbes, Thomas, *Leviatán*, 1651.

11 Locke, John, «Segundo ensayo sobre el gobierno civil», en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, traducción castellana de Espasa-Calpe, 1991, p. 266.

civil que está limitada por la voluntad general, pero conserva su libertad moral.

Es importante analizar el libro segundo de *El contrato social* de Rousseau, pues en él se estudian las nociones de la ley, la cual define como un acto de voluntad general que el pueblo delega en el legislador, al que describe como un hombre extraordinario en el Estado.¹²

Rousseau piensa que la libertad existe gracias a la igualdad y que la fuerza de la ley debe siempre tender a mantenerla. Si bien avanza en la búsqueda de la igualdad, su perspectiva sigue siendo patriarcal y alude al gran legislador como un hombre. Por lo que es importante estudiar lo que el discurso hegemónico ha dicho sobre el pacto social y sus críticas feministas.

Bajo la misma influencia de la ilustración, en 1791 Olimpia de Gouges, cuyo nombre real era Marie Gouze, redactó, como crítica a la declaración francesa por su exclusión a las mujeres, la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, que no tuvo éxito práctico y que terminó con su muerte en la guillotina.¹³

Carol Pateman plantea que el contrato social presupone un contrato sexual y la libertad civil, un derecho patriarcal, ya que se regula el poder entre los hombres, pero sobre las mujeres, libertad para el hombre y dominación sobre la mujer. A través de un contrato originario, se crea un orden social patriarcal, del que se derivan muchos problemas de exclusión y posteriores problemas de incorporación de la mujer a la sociedad civil y de sus obligaciones en ella.¹⁴ De sus denuncias puede extraerse la necesidad de un nuevo concepto de feminidad, sin sumisión, y de ciudadanía.

El análisis crítico realizado por Pateman del contrato social de Rousseau también fue realizado en su época (1792) por Mary Wollsto-

12 Rousseau, Jean-Jaques, *Du contrat social; ou, principes du droit politique* [El contrato social; o los principios del derecho político], Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202715b>.

13 García Campos, Jorge Leonardo, «Olympe de Gouges y la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana», *Perseo*, núm. 3, mayo de 2013, México, Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.pudh.unam.mx/perseo/?p=429>.

14 Pateman, Carol, *El contrato sexual*, España, Anthropos, Editorial del Hombre, 1995.

necraft, señalando que la educación que se les daba a las mujeres las hacía más débiles de carácter de lo que de otra forma podrían haber sido, incentivando las tradiciones de subordinación femenina. Señala que las leyes del Estado deben usarse para garantizar una educación a las mujeres que les permita llevar vidas más útiles y gratificantes, enseñarles a ser independientes.¹⁵

En entrevistas realizadas a varias personas que promueven la protección de los derechos de la mujer, se puede constatar la coincidencia en señalar que la amplitud de la democracia fue el resultado, por lo general, de la lucha entre clases, y que incluso en el propio movimiento revolucionario, el papel de la mujer fue relegado.

Es importante estar consciente, para lograr la evolución de una democracia que incluya a todos por igual, que sus cimientos están concebidos desde la perspectiva de un sistema patriarcal y de la lucha de la mujer para lograr su inclusión.

III. CLASES DE DEMOCRACIA

La democracia, según sus características particulares y prácticas, va adquiriendo diferentes modelos. No existe una clasificación determinada, ya que por su propia evolución van apareciendo nuevas formas, se le van incorporando distintas ideologías y tecnologías, y va adaptándose a las culturas de los países, conforme su evolución.

Dentro de las clases de democracia se pueden mencionar las siguientes:

- Directa
- Indirecta o representativa
- Participativa o semidirecta
- Comunitaria
- Deliberativa
- Paritaria
- Líquida
- Constitucional.

15 Wollstonecraft, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, trad. de Carmen Martínez Gimeno, Biblioteca libro Omegalfa, http://www.jzb.com.es/resources/vindicacion_derechos_mujer_1792.pdf.

A continuación, se desarrolla brevemente cada una de ellas.

A. Directa

Es la democracia en que los propios ciudadanos participan de la elaboración, discusión y votación de las leyes y todas las medidas de gobierno,¹⁶ es decir que el conjunto de los miembros de una comunidad concurre personalmente a tomar las decisiones políticas que le afectan. Se daba en la antigüedad.

Actualmente este sistema sería imposible de aplicar en los Estados, a no ser que la evolución de la tecnología lo permita. En algunas comunidades indígenas se utiliza únicamente para tomar decisiones internas y en casos de aplicación del derecho indígena, como por ejemplo en la imposición de penas por faltas cometidas por alguno de sus miembros.¹⁷

B. Indirecta o representativa

El gobierno lo ejercen representantes elegidos por el pueblo, quienes manifiestan y defienden la voluntad y los intereses de todos los habitantes. La elección se realiza por medio del sufragio, al que actualmente se le ha acompañado todo un sistema de elección.¹⁸

Existen diferentes sistemas representativos, los que actualmente se conocen son: *a)* sistema presidencialista, siendo el órgano ejecutivo el que concentra mayor poder; *b)* sistema parlamentario, en que la toma de decisiones se concentra en el órgano legislativo; y *c)* sistema colegiado, es una combinación de los anteriores.¹⁹

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que el sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo.²⁰ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha señalado jurisprudencialmente que el sistema democrático y

16 Cívica. «Democracia». Editorial colegio 24 hs. Argentina. 2004.

17 Sentencias de 08 de mayo de 2007, 24 de noviembre de 2011 y 28 de febrero de 2013, emitidas por las Corte de Constitucionalidad dentro de los expedientes 1179-2005, 1072-2011 y 2008-2012, respectivamente.

18 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 347.

19 *Ibidem.*

20 Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

representativo de Guatemala tiene como elementos esenciales el consenso, la cooperación, el diálogo inter-órganos y el control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad y el cumplimiento de su fin supremo, que es la realización del bien común.²¹

Ese mismo órgano constitucional señaló que las características principales de la democracia representativa son:

«... **a)** es un sistema constitucional; **b)** el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos; **c)** existe cierta participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública, que se ejerce en la medida del electorado; **d)** debe existir cierta armonía entre los electores y los elegidos; **e)** a los elegidos se los nombra por un tiempo determinado; **f)** es el sustituto ideal de la democracia directa en los países de gran extensión; **g)** las instituciones representativas, por representar a personas, sirven para anular a las facciones y producir un equilibrio; **h)** evita la polarización de la sociedad; **i)** permite que las minorías tengan voz y sus derechos están mejor protegidos».²²

Del examen del párrafo antes citado se puede advertir que la democracia representativa es un sistema constitucional, al ser el que actualmente está regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual pudiera reformarse si se emitiera una nueva Constitución. Con relación al segundo inciso, el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos, es importante indicar que la Corte resuelve los casos planteados desde la perspectiva de su función principal que es la de defender la soberanía del pueblo, ya que reconoce que el génesis de la Constitución es el poder soberano del cuerpo social, siendo el pueblo el que elige representantes para autogobernarse.

La Corte señala que la democracia representativa reconoce «cierta» participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública, circunscribiéndose al electorado, circunstancia que ha impedido que desde esa perspectiva pueda reconocerse vinculación a los resultados de las consultas previas realizadas a los pueblos indígenas, ya que tal

21 Corte de Constitucionalidad, sentencias de 21.01.2010; 19.11.2007; 10.10.2006 y 05.08.2004, emitidas dentro de los expedientes 2331-2009; 1312-2006; 2731-2006, y 1250-2004, respectivamente.

22 *Ibidem.*

institución constitucional es propia de una democracia participativa y no representativa. Existiendo mucho debate, ya que la representación vinculante de los intereses de todos los ciudadanos en teoría la debe ejercer el Congreso de la República, lo que en la práctica no sucede, por lo que se analizará en los siguientes capítulos.

Con relación a que debe existir «cierta armonía» entre los electores y los elegidos, se puede comentar que el tribunal constitucional se conformó con cierta armonía, aunque lo que en realidad debiera existir es una representación de intereses de todos los sectores, que las personas que representen tengan legitimidad.

Se señala que a los elegidos se les nombra por un tiempo determinado, lo que en la Constitución actual se cuidó mucho en proteger, por la historia de regímenes dictatoriales y totalitarios que se han sufrido.

En cuanto a considerar que la democracia representativa es el sustituto ideal de la democracia directa en los países de gran extensión, es importante señalar que en la práctica se ha demostrado lo contrario. Se estima que la calificación de ideal que hizo la Corte, no fue del todo acertada, ya que, si bien es la que se ha encontrado para lograr la participación de la ciudadanía en las decisiones políticas, no ha sido la mejor. La tecnología moderna podría permitir una participación más activa de todos y todas, como la democracia líquida o las tradiciones ancestrales, permitir mayor participación, como la democracia participativa. Que sea con la que se cuenta actualmente, no la hace la ideal.

Si en la democracia representativa realmente estuvieran representadas todas las personas, las instituciones representativas servirían para anular a las facciones y producir un equilibrio, evitarían la polarización de la sociedad y permitirían que las minorías tuvieran voz y sus derechos estuvieran protegidos, lo que en la práctica no se da, como se analizará en los siguientes capítulos.

En Guatemala, la democracia representativa surge como una solución en el proceso de construcción de paz, como en la mayoría de sociedades posconflicto, pero aspira a consolidarse en una democracia constitucional y avanzar hacia la participativa.

C. Participativa o semidirecta

Surge de la democracia constitucional, es el sistema mediante el cual, por medio de varias instituciones jurídicas, el pueblo toma decisiones de gobierno. Es complementaria a la democracia representativa. Según Martínez Sospedra, surge para evitar que las instancias representativas –especialmente el Parlamento– adquieran la condición de monopolistas de la representación y se conviertan en protagonistas únicas de la formación de la voluntad del Estado.²³

Las instituciones jurídicas que se utilizan actualmente son: el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, la revocación (*recall*) y la avocación.²⁴ También se podría incluir a la consulta previa o consulta popular.

D. Comunitaria

Nina Pacari Vega explica que existe la democracia comunitaria, que se ejerce mediante los principios propios de las naciones y pueblos indígenas, y se sustenta en el reconocimiento constitucional de un Estado plurinacional (constituciones de Bolivia y Ecuador). Los principios que rigen a esta democracia son: *a*) mandar obedeciendo, consultar decisiones; *b*) dualismo sin jerarquía, los opuestos se complementan, diálogo; *c*) correspondencia, equilibrio entre el dar y el recibir; *d*) continuidad histórica, los principios del pasado son los horizontes del futuro; *e*) principio de trabajo colectivo.²⁵

La doctora antes citada también señala que, según la cosmovisión de los pueblos indígenas, un buen gobierno se rige por los principios de: *a*) *Ama Shwa*, no robar, transparencia; *b*) *Ama killa*, no ser ocioso, vocación social y de servicio, y *c*) *Ama llula*, no mentir, cumplir lo prometido, hacer lo que se dice.²⁶

23 Martínez Sospedra, Manuel, *Derecho constitucional español*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1995, p. 307.

24 *Ibidem*, pp. 307-324.

25 Pacari Vega, Nina, Conferencia «Derechos de los pueblos indígenas: tierra, territorialidad y propiedad colectiva, y la obligación del Estado de consultar en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», Guatemala, 2014.

26 *Ibidem*.

Analizando lo anterior, se puede decir que si las democracias siguieran estos principios, todos los gobiernos fueran legítimos sería sencillo armonizar los intereses de los sectores de la sociedad para salir adelante. El reconocimiento de un Estado plurinacional en Guatemala está lejos, pero ir integrando los principios de la democracia comunitaria solucionaría muchos de los problemas que ahora se enfrentan y sobre todo con relación a la participación de grupos excluidos.

E. Deliberativa

La democracia deliberativa es aquella que intenta, a través de una opinión pública politizada, devolver el alma de la soberanía popular al cuerpo de las instituciones democráticas. Se basa en la deliberación libre e informada de la opinión pública, redescubre al derecho como mecanismo para facilitar la integración y la negociación como instrumentos para tomar decisiones.²⁷

Francesco Viola señala que la democracia deliberativa «debe demostrar que las instituciones políticas (y en particular modo los parlamentos) pueden ser organizadas en modo tal que la fuerza del mejor argumento tendría una elevada posibilidad de transformarse en una fuerza política real».²⁸

La negociación, la información y la argumentación son las claves en este tipo de democracia.

F. Paritaria

La democracia paritaria es aquella que establece un sistema electoral proporcional que conecta del mejor modo posible al electorado y realidad social. Mantiene la representación como mandato, pero exige la necesidad de que mujeres y hombres se reconozcan entre sí la autoridad y la facultad de representar a lo humano en las decisiones de gobierno.²⁹

27 Pineda Garfias, Rodrigo, «La democracia deliberativa», *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 605-637, Universidad de Talca, Chile.

28 Viola, Francesco (coordinador), *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 43.

29 *Ibidem*.

Las mujeres constituyen más de la mitad de la población mundial, lo cual de existir una verdadera igualdad, tendría que verse reflejado en los puestos de representación y administración de los países. Esta democracia lo hace posible.

G. Líquida

Es una forma de democracia directa con delegación de voto revocable de forma instantánea.³⁰ El pueblo por medio del uso de la tecnología puede revocar mandatos, hacer propuestas y cambiar de representantes.

Usa la tecnología para que cualquier ciudadano, en forma digital, electrónica o vía internet, pueda votar por cada decisión del Parlamento y realizar propuestas, así como delegar su representación en uno u otro representante del Parlamento o revocarla. Necesita de equipo informático, el voto se verifica mediante DNI electrónico que incorpora funciones criptográficas de identificación y firma digital.³¹

Este tipo de democracia requiere de una ciudadanía capacitada en el uso tecnológico y que disponga de todos los medios, así como la protección y medidas de seguridad para evitar que las votaciones sean *hackeadas* o alteradas.

H. Constitucional

Para Karl Loewenstein la culminación del constitucionalismo es la democracia constitucional, la cual es el sistema político bajo el que la totalidad del «pueblo» –organizado como electorado y movilizad para la acción política por los partidos– participa libremente en el proceso del poder. El electorado adquiere, con esto, la categoría del detentador supremo del poder, ejerciendo un control final sobre el gobierno y el Parlamento.³²

30 Kragg in Politics. «Liquid Democracy: When, not If», 2003, <http://www.kuro5hin.org/story/2003/7/16/201556/896>.

31 *Ibidem*.

32 González Schmal, Raúl, «Democracia semidirecta y democracia participativa», en Valadéz, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coordinadores), *Democracia y gobernabilidad: Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, tomo II, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/93/5.pdf>.

En Guatemala se tiene una democracia constitucional, con miras a ser una democracia participativa.

Existen más clases de democracias, sin embargo las mencionadas anteriormente son las que pueden contribuir para el sustento del sistema que se propone en el presente trabajo de investigación. Todas las democracias comparten un origen, componentes y elementos, pero en cada democracia, los gobiernos adquieren su propia estructura y funcionamiento.

Uno de los poderes del Estado, que en Guatemala es un Organismo, es el que se encarga de emitir disposiciones normativas, siendo este, según el caso, un Parlamento o un Congreso.

IV. ORGANISMO O PODER LEGISLATIVO

Uno de los organismos o poderes del Estado es el legislativo, que según la estructura del gobierno de cada país puede ser un Congreso (unicameral) o un Parlamento (bicameral). Aunque en Latinoamérica la diferencia entre Congreso –propio de un sistema presidencialista– y Parlamento –de un sistema parlamentario– es muy sutil, ya que se han ido mezclando características de uno y de otro. Lo importante es tomar en cuenta que este organismo o poder es el representante de la voluntad popular, el creador de normas y quien encausa la ejecución de las políticas públicas.

A. Congreso y Parlamento

En América Latina, las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, República Dominicana, México, Paraguay y Uruguay, adoptan la fórmula bicameralista, compuesta por la Cámara de Diputados y el Senado. Por su parte, Guatemala, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela son unicamerales.³³

El Congreso de la República, como cuerpo colegiado, es electo para representar los intereses de toda la ciudadanía. En Guatemala, podría decirse que esta representación inició realmente a partir de

33 Llanos, Mariana y Nolte, Detlef, «Los Congresos en América Latina: Legislaturas reactivas, potencialmente activas», *Política* (Revista de ciencia política), vol. 47, 2006, pp. 47-54, Instituto de Asuntos Políticos, Universidad de Chile.

1996, después de la firma de la paz, ya que desde la independencia de España en 1821, hasta que se firmó la paz, la historia política de Guatemala estuvo marcada por dictaduras, golpes de Estado, pocos gobiernos civiles que fueron eminentemente presidencialistas y en su mayoría controlados por el Ejército.³⁴

La participación de las mujeres en la historia política guatemalteca se inició después de la Revolución de 1944, cuando se reconoció el derecho al voto a las mujeres alfabetizadas. En ese tiempo se registran las primeras incursiones de las mujeres en los partidos políticos. En el período de 1966 a 1978 hubo cuatro mujeres diputadas electas al Congreso de la República.³⁵ Desde la revolución de 1944, las mujeres en Guatemala han estado luchando por lograr más espacios en la representación de sus intereses, incluso muchas se alistaron en la guerrilla durante la época del Conflicto Armado Interno (1960-1996).

La participación y representación de las mujeres en el Congreso de la República es muy importante, porque a medida que se alcanza la consolidación del Estado de Derecho, es este organismo el que tiene en sus manos la decisión del destino del país, en virtud de las funciones que la Constitución le asigna.

B. Funciones

Giovanni Sartori, al referirse a las funciones del órgano legislativo, formula la distinción entre el control legislativo y el político. Con el control legislativo los parlamentos tienen las legislaturas para presentar, modificar, demorar y rechazar iniciativas de ley; toman decisiones. Con el control político, les dan seguimiento a las decisiones adoptadas.³⁶

Por su parte, Winfried Steffani señala que la función del Parlamento ha ido más allá de la emisión de leyes, incorporando el control parlamentario, el cual es la capacidad de revisar y sancionar las ac-

34 Azpuru, Dinorah et al., *Construyendo la democracia en sociedades posconflicto. Un enfoque comparado entre Guatemala y El Salvador*, Guatemala, F&G Editores, 2007.

35 Vásquez V., Sofía L., et al., «Entre la realidad y el desafío: mujeres y participación política en Guatemala», Guatemala, ONU Mujeres, 2013.

36 Sartori, Giovanni, *Elementos de ciencia política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

tuaciones del gobierno y de la administración pública. Distingue seis dimensiones de ese control, de las cuales cinco tienen vigencia tanto en los sistemas parlamentarios como en los presidencialistas, que se refieren a las reacciones del legislativo con relación a la actuación del organismo ejecutivo.³⁷

En Guatemala, el Congreso de la República tiene varias funciones, que pueden dividirse en: *a)* función de representación y dirección política, *b)* función legislativa y *c)* función de control y fiscalización.³⁸ Actualmente, el poder político del país se ha centrado en el Congreso de la República, ya que el Ejecutivo, en los últimos períodos de gobierno, no ha contado con una mayoría estable, lo que ha obligado a una mayor negociación y concertación política, haciendo compleja y poco productiva la gestión parlamentaria.³⁹

De las funciones enumeradas, es importante resaltar la función de representación y de dirección política, la que, según Maurice Duverger, se refiere a que a los diputados y diputadas al Congreso de la República se les confiere un mandato de parte de los ciudadanos para que actúen en su representación, por lo que, en su composición, el Congreso debe representar a todos los conglomerados sociales que integran el país.⁴⁰

Es importante señalar que los partidos políticos son los intermediarios entre el electorado y las personas elegidas; asimismo, son los encargados de armonizar los diferentes aspectos de la representación y articular los diversos intereses de la ciudadanía.

37 Steffani, Winfried, «Formen, Verfahren und Wirkungen parlamentarischer Kontrolle», en Hans-Peter Schneider y Wolfgang Zeh (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Berlin/New York, 1989.

38 Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES). *El Congreso de la República de Guatemala. I. Monografía del Congreso de la República 2008-2012. II. Panel de comentaristas, 24 de noviembre de 2010*, Guatemala, ASIES, 2012, http://www.asies.org.gt/download.php?get=201011_monografia_del_congreso.pdf.

39 Asociación de Investigaciones y Estudios Sociales (ASIES), *Una propuesta de Agenda Nacional, 2012-2015*, Guatemala, ASIES, 2011.

40 Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.

V. INCIDENCIA DE LAS DECISIONES LEGISLATIVAS EN EL DESARROLLO SOCIAL

Actualmente el papel que juega el organismo legislativo en el desarrollo social es clave, sobre todo en los países que han sufrido conflictos y cuya democracia está en proceso de consolidación.

En Guatemala, el Congreso de la República, además de emitir leyes, ejercer un control político y hacer posible la ejecución de las políticas públicas, es quien nombra a distintos funcionarios públicos que tienen bajo su responsabilidad la justicia, la seguridad y la protección de los derechos humanos, lo cual también influye en el desarrollo social.

La vida de las personas se ve afectada directamente o indirectamente por las decisiones que se toman en el Congreso, sobre todo en lo relativo a la distribución del presupuesto.

De lo anterior se advierte la importancia de que en el Organismo Legislativo se encuentren representados todos los sectores del país y sea una asamblea de información, diálogo y negociación.

Muchos de los movimientos sociales no tendrían razón de ser, pues no existiera conflicto, si todos los sectores estuvieran verdaderamente representados en el Congreso, y las decisiones se tomaran con el consenso informado de todos.

VI. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

AMURRIO, Jesús, *Clásicos del pensamiento político*, Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, 2009.

ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES), *Una propuesta de Agenda Nacional, 2012-2015*, Guatemala, ASIES, 2011.

AZPURU, Dinorah et al., *Construyendo la democracia en sociedades pos-conflicto. Un enfoque comparado entre Guatemala y El Salvador*, Guatemala, F&G Editores, 2007.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 1651.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Diccionario electoral*, San José, Mars Editores, 2000.

LOCKE, John, «Segundo ensayo sobre el gobierno civil», en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, traducción castellana de Espasa-Calpe, 1991.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Derecho constitucional español*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1995.

PATEMAN, Carol, *El contrato sexual*, España, Anthropos, Editorial del Hombre, 1995.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre la democracia en América Latina*, 2014.

SARTORI, Giovanni, *Elementos de ciencia política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

STEFFANI, Winfried, «Formen, Verfahren und Wirkungen parlamentarischer Kontrolle», en Hans-Peter Schneider y Wolfgang Zeh (eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Berlin/New York, 1989.

VÁSQUEZ V., Sofía L., et al., «Entre la realidad y el desafío: mujeres y participación política en Guatemala», Guatemala, ONU Mujeres, 2013.

VIOLA, Francesco (coordinador), *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

B. Normativas

Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad. 25 años. Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2010.

C. Electrónicas

ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES), *El Congreso de la República de Guatemala. I. Monografía del Congreso de la República 2008-2012. II. Panel de comentaristas, 24 de noviembre de*

2010, Guatemala, ASIES, 2012, http://www.asies.org.gt/download.php?get=201011_monografia_del_congreso.pdf.

FRANCO CASTILLO, Juan Ricardo y RAMOS HERRERA, Edwin Arcides, *El fenómeno de la partidocracia en El Salvador y las posibilidades de su superación con la sentencia 61-2009 de la Corte Suprema de Justicia*, San Salvador, Universidad de El Salvador, 2013, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, <http://ri.ues.edu.sv/4441/>. Grondoma, Mariano, *Historia de la democracia*, Argentina, Universidad del CEMA, 2000, <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/175.pdf>.

GARCÍA CAMPOS, Jorge Leonardo, «Olympe de Gouges y la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana», *Perseo*, núm. 3, mayo de 2013, México, Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.pudh.unam.mx/perseo/?p=429>.

GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, «Democracia semidirecta y democracia participativa», en Valadéz, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coordinadores), *Democracia y gobernabilidad: Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, tomo II, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/93/5.pdf>.

KRAGG IN POLITICS. «Liquid Democracy: When, not If», 2003, <http://www.kuro5hin.org/story/2003/7/16/201556/896>.

MORENO CHUMILLAS, Evelio, «La democracia reside en la mediocridad», *Télos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. IX, núm. 2, diciembre 2000, pp. 207-224, Universidad de Santiago de Compostela, <http://hdl.handle.net/10347/5492>.

ROUSSEAU, Jean-Jaques, *Du contrat social; ou, principes du droit politique* [El contrato social; o los principios del derecho político], Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202715b>.

WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, trad. de Carmen Martínez Gimeno, Biblioteca libro Omegalfa, http://www.jzb.com.es/resources/vindicacion_derechos_mujer_1792.pdf.

D. Otras

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, sentencias:

- 05 de agosto de 2004, expediente 1250-2005
- 08 de mayo de 2007, expediente 1179-2005
- 19 de noviembre de 2007, expediente 1312-2006
- 21 de enero de 2010, expediente 2331-2009
- 24 de noviembre de 2011, expediente 1072-2011
- 28 de febrero de 2013, expediente 2008-2012.

LLANOS, Mariana y NOLTE, Detlef, «Los Congresos en América Latina: Legislaturas reactivas, potencialmente activas», *Política* (Revista de ciencia política), vol. 47, 2006, pp. 47-54, Instituto de Asuntos Políticos, Universidad de Chile.

PACARI VEGA, Nina, Conferencia «Derechos de los pueblos indígenas: tierra, territorialidad y propiedad colectiva, y la obligación del Estado de consultar en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», Guatemala, 2014.

PINEDA GARFIAS, Rodrigo, «La democracia deliberativa», *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 605-637, Universidad de Talca, Chile.

Evolución legislativa del principio de igualdad jurídica como parte de los textos legales *

Mgtr. Ronel Emilio Estrada Arriaza**

Sumario: I. El principio de igualdad entre mujeres y hombres. II. Reseña histórica de la evolución del principio de igualdad jurídica y su inclusión en la legislación guatemalteca. A. Derecho indiano. B. Constitución de la República Federal de Centroamérica. C. Ley Constitutiva de la República de Guatemala. D. Constitución de octubre de 1944. E. Constituciones del periodo posrevolucionario. II. Bibliografía. A. Libros. B. Leyes.

Se ha dicho que las leyes responden a momentos históricos de una sociedad. En cada época existe una normativa legal que regula el actuar social, de manera que si algo es completamente cierto es

* Estrada Arriaza, Ronel Emilio, *El principio de igualdad jurídica de mujeres y hombres en Guatemala y su incidencia en la aplicación del derecho consuetudinario indígena*, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), Guatemala, 2014, capítulo I, pp. 12-35.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*; Estudios Avanzados en Investigación Social por la Universidad Pontificia de Salamanca en 2006; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala en 1998.

Profesor Titular en Pregrado del Curso de Derecho Notarial en Universidad Mariano Gálvez de Guatemala; profesor Titular en Postgrado del Curso de Oratoria Forense en la Universidad Panamericana de Guatemala; miembro de Tribunal Examinador de Examen General privado en la Carrera de Abogado y Notario en la Universidad Mariano Gálvez; asesor de Tesis en la Universidad Mariano Gálvez y la Universidad de San Carlos de Guatemala.

que el derecho es dinámico, se va acomodando conforme la sociedad evoluciona y más aún conforme los actores sociales evolucionan y se comportan. Esto es muy cierto cuando se analiza a las diversas sociedades en el mundo ya que unas tienen un marco legal más avanzado que otras. Quizá sea por los años de historia, quizá sea porque efectivamente han surgido diferentes dificultades a lo largo de su desarrollo, que se ha necesitado de una norma jurídica que lo regule o quizá sea porque se ha exigido la formulación de una norma jurídica para que regule un problema potencial; lo cierto es que a medida que las sociedades avanzan a un ritmo de desarrollo constante, logran regular problemas cada vez más complejos.

Aunque debe advertirse que no siempre es así. Por ejemplo, en el Foro Económico Mundial se emite un reporte anual que se denomina, en inglés, *The Global Gender Gap Report*¹ (El Reporte Global sobre la Brecha de Género); en su versión del 2013 reveló una lista de los países en donde existe un alto índice de desarrollo de las mujeres en cuatro aspectos importantes: salud, educación, economía y política. El estudio reveló aspectos relevantes, especialmente que la desigualdad de las mujeres no solamente es un problema tercermundista como se podría pensar, ya que en el citado informe los países que encabezan la lista son, en su orden: Islandia, Finlandia, Noruega, Suecia, Filipinas, Irlanda, Nueva Zelanda, Dinamarca, Suiza y Nicaragua. Esto es simplemente sorprendente en virtud de que dentro de los primeros diez quedaron excluidos países que a simple vista parecieran que tienen una política más abierta a respetar y promover no solo el desarrollo sino la igualdad de las mujeres en los aspectos que se mencionaron anteriormente. Países tales como Estados Unidos, Canadá, España y Chile han quedado relegados a posiciones posteriores. Para citar un ejemplo, Estados Unidos está en la posición 23 y Canadá en la 20. En el caso de Guatemala, el *Global Gender Gap Report 2013* lo ubica en la posición 114, muy lejos de las primeras posiciones, lo que implica que

Como profesional, Abogado y Notario con doce años de experiencia profesional en el ejercicio liberal de la profesión litigio, asesoría y consultoría jurídica en los campos del derecho, en la gestión bancaria como Mandatario Especial Administrativo y Judicial del Banco de Desarrollo Rural, S.A. –BANRURAL– desde el año 2000 a la fecha. Experiencia en el ramo notarial, civil, administrativo, mercantil, bancario, propiedad intelectual y financiero.

1 World Economic Forum, *The Global Gender Gap Report 2013*, Ginebra, WEF, 2013, <http://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2013>.

ocupamos el último lugar de Latinoamérica, excepto los países del Caribe. Como puede verse, el desarrollo de las mujeres en aspectos tan fundamentales como la salud, educación, economía y política no es una característica única de los países industrializados o de las sociedades más desarrolladas y estables en el mundo, sino que incluso países en vías de desarrollo pueden adoptar medidas y legislaciones tendientes a promover la igualdad jurídica de las mujeres frente a los hombres.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

El principio de igualdad entre mujeres y hombres establece la ausencia total de discriminación por razón de género, sea esta de manera directa o indirecta. Este principio de igualdad es de carácter informador dentro del ordenamiento legal puesto que está incluido en las normas jurídicas como un elemento integrado en ellas. De manera que la aplicación e interpretación de la norma jurídica debe hacerse en observancia de este principio. El principio de igualdad entre mujeres y hombres no es una definición dentro de un ordenamiento legal, no solamente porque es una técnica legislativa impropia, sino porque siendo un principio, debe estar inmerso como el elemento ontológico necesario para que todo un ordenamiento legal sea dirigido a su aplicación e interpretación correcta en connivencia con dicho principio.

En ese orden de ideas debe considerarse que la igualdad entre mujeres y hombres como principio reviste de características especiales, en virtud de que no es solamente la ausencia de discriminación por razón de género, aunque esto es propiamente incluido, sino que además tiene otros factores que deben considerarse, tales como educación, salud, economía e intimidad. Sin embargo, debe considerarse que el solo hecho de invocar la igualdad como principio es suficiente, sin necesidad de exponer la no discriminación. En ese sentido Ann Bayebsky expone que igualdad y no discriminación representan la declaración positiva y negativa de un mismo principio. Efectivamente, la igualdad como tal excluye la discriminación en cualquiera de sus formas y de hecho expone la no discriminación como un aspecto negativo en el sentido literal de la palabra, del mismo principio.

Además resulta interesante considerar los aspectos relacionados con el principio de igualdad jurídica, objeto de estudio del presente trabajo, y la igualdad como tal. Efectivamente «la igualdad» no es lo mismo que «el principio de igualdad jurídica», ya que la igualdad se refiere en un sentido estricto a una categoría filosófica que expone un concepto abstracto y oscuro,² ya que se puede hablar de igualdad de los hombres como una «hermandad» o una «fraternidad», sin que esto incluya a las mujeres, como lo planteaba la concepción de Rousseau y como tal no estamos frente al principio de igualdad jurídica de las mujeres y los hombres y su necesaria inclusión en los textos legales.

Quizá la diferencia fundamental entre «la igualdad» como una categoría filosófica y «el principio de igualdad jurídica» radica, como bien lo enfatiza Figueroa:

«... en que el principio de igualdad tiene una directriz de conducta, tiene un sentido conductual tematizado y en ese sentido el principio de igualdad es invocado en relación a la no discriminación, de manera que cuando se habla de “discriminación” se plantea un contexto discursivo que, como tal, se encuentra conceptualmente vinculado con el “principio de igualdad” y no con la “igualdad” a secas. Así las cosas, para hablar de “discriminación” necesariamente habrá que hablar de “principio de igualdad”».³

Evidentemente cuando hablamos de los instrumentos legales –es decir, las leyes–, en ellas se encuentra inmerso el principio de igualdad jurídica, ya que lo que se busca es que al momento de interpretar y aplicar la ley, se tenga presente este principio.

Ahora bien, el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres es un principio que llamaríamos de «equiparación de las mujeres con los hombres», en virtud de que para que la igualdad sea aplicada y la no discriminación sea manifiesta es necesario que en la aplicación de la norma legal, se «equipare» a las mujeres con los hombres de manera que haciendo esto se elimine la discriminación

2 Campos Rubio, Arantza, «La igualdad», curso de Teoría feminista del Derecho impartido en la primera fase del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*, Guatemala, 2013.

3 Figueroa, Rodolfo, *Igualdad y discriminación*, Santiago de Chile, Universidad Pedro Portales, 2006.

existente, de tal manera que recíprocamente se establezca la igualdad de las mujeres y los hombres. En ese sentido, históricamente las leyes les han brindado a los hombres una prioridad y protección desmedida en detrimento de las mujeres, de tal suerte que muchas de las instituciones legales únicamente son reguladas para los hombres sin incluir en estas a las mujeres.

Sin embargo, se debe considerar que existen muchos factores relacionados con la igualdad de derechos, ya que muchas veces se confunde igualdad con no discriminación, como ya se indicó anteriormente, y esto no es así. Por otro lado, considerar la igualdad únicamente como una equiparación legal, aunque es un aspecto del principio de igualdad jurídica, resulta ser muy pobre para establecerlo como un principio legal. Es por ello que al analizar los aspectos de la igualdad que exponen filósofos del Derecho contemporáneos como Gregorio Peces-Barba (1993), encontramos que la igualdad es algo más que una mera categoría filosófica y principio legal; así lo afirma al indicar:

«La igualdad de los derechos no es sólo exclusión de discriminación no justificada (igualdad ante la ley), sino atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento. La igualdad jurídica significa que todos los ciudadanos son destinatarios del derecho y tienen capacidad jurídica (frente a las sociedades esclavistas). La igualdad de los derechos es el *máximum* y la igualdad jurídica es el *mínimum*; la igualdad ante la ley ocupa el lugar intermedio...».⁴

Claro está que la igualdad jurídica es algo más que la no discriminación y ello se pone de manifiesto cuando se establecen dos categorías esenciales en relación a la igualdad, ya que una tiene relación directa con los derechos, la otra tiene relación con el aspecto jurídico; sin embargo aparece una tercera categoría que pone al individuo frente a la ley.

No es objeto del presente trabajo ahondar en grandes dilemas filosóficos para establecer el principio de igualdad jurídica. Sin embargo, sí es preciso ahondar en la conceptualización del mismo, dado que la igualdad como tal es una categoría dentro de la filosofía en la cual se hace una referencia a un rasgo, un elemento, una virtud o

4 Peces-Barba, Gregorio, introducción a Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.

bien algo manifiesto entre dos personas en una relación en la cual la comparación entre ambas manifiesta una similitud tal que la una y la otra dejan de ser opuestas, en virtud de tener el mismo elemento, rasgo o virtud.

De acuerdo con Aráuz Ulloa, el principio de igualdad jurídica como principio general en sí mismo no significa nada, puesto que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación no significa nada en el lenguaje jurídico mientras no se establezca de qué entes se trata y en qué cosa son iguales.⁵ En ese orden de ideas, la igualdad como principio, evidentemente tiene dos cuestiones que debe incluir para que tenga una función práctica; estas cuestiones son de la manera que sigue: la primera es que la invocación de igualdad en un plano de relación debe ser comparativa (¿Igualdad entre quiénes?); y la segunda cuestión es que la invocación de igualdad en un plano de función debe ser dirigida (¿Igualdad para qué?), ya que de otro modo el principio de igualdad inmerso en la legislación no podría tener la función de comparar, lo que equivaldría a tener un fin impráctico en cuanto a crear una relación entre dos entes. En el caso que nos ocupa, el principio de igualdad es entre las mujeres y los hombres y ello respondería en definitiva la cuestión de la igualdad entre quiénes.

Norberto Bobbio expresa con sensatez lo anterior al exponer que no es lo mismo la libertad que la igualdad. El concepto de libertad se refiere a una cualidad personal, una condición de la persona que no es comparativa en relación con otras, en tanto que la igualdad es un concepto que se refiere a una condición personal en relación con otras.⁶ Evidentemente, las categorías de igualdad y libertad tienen, como lo expresa Bobbio, una connotación diferente ya que mientras afirmamos que «una persona es libre», sin hacer referencia comparativa, no podemos hacer lo mismo con la igualdad, puesto que debemos afirmar que «una persona es igual a...». Tenemos entonces que mientras mujeres y hombres son libres, así como una declaración de un derecho fundamental, debemos indefectiblemente de afirmar que «las mujeres y los hombres son iguales», este concepto debe de ser ampliado, ya que de igual manera se ha entendido que «todos los hombres son iguales» cuando se establece un principio de igual-

5 Aráuz Ulloa, Ismael. «El principio de Igualdad ante la Ley», *Revista Encuentro*, año XXX, núm. 49, 1999, Managua, pp. 31-27.

6 Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.

dad de oportunidades o derechos como en el caso del postulado de la Revolución francesa de igualdad, mismo que no se aplicaba a las mujeres sino que a los hombres, quienes serían iguales en derechos y obligaciones.

El principio de igualdad jurídica es el trato en la ley sin discriminación alguna ni privilegios de ninguna clase, sin embargo es aquí en donde debe considerarse la teoría de la justicia; puesto que el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres se establece desde la perspectiva de que esta igualdad no solo debe ser descriptiva en una relación de igualdad, es decir que las mujeres y los hombres son iguales ante la ley pese a la diferencia de género, es decir «las mujeres son iguales jurídicamente a los hombres», sino que a su vez la igualdad jurídica debe ser compensatoria al plantear la relación jurídica de igualdad entre las mujeres y los hombres ya que debe imponer un orden en el que hay que restituir o instituir para que en realidad las mujeres sean jurídicamente iguales ante los hombres, esto es lo que sería el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres en la medida de lo que debe ser considerado justo.

Evidentemente Bobbio hace una relación entre la libertad y la justicia, en donde la libertad está en la esfera individual y la justicia en la esfera social. Es por ello que Bobbio no se contradice al indicar que la libertad es un estado de la persona, cada persona es libre y diríamos que las mujeres y los hombres son, claro está, igualmente libres, aunque formal y materialmente esto no sea una realidad; como un estado nunca se afirma que las mujeres son libres en relación con los hombres puesto que para Bobbio, la libertad se afirma como un estado personal. Sin embargo no es así cuando se habla de la justicia, puesto que para Bobbio la justicia y la igualdad son valores equivalentes que implicarían necesariamente una relación; en el presente caso, es una relación entre las mujeres y los hombres. De allí que efectivamente se hable de igualdad y justicia y no de libertad y justicia, porque necesariamente la igualdad implica positivamente la justicia como un valor intrínseco. En otras palabras, podemos afirmar que la posición de Bobbio respecto a la igualdad es esta: la igualdad es supremamente necesaria para la justicia; y si consideramos este mismo precepto, diríamos que la igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres es supremamente necesaria para la justicia.

Para finalizar este apartado debemos conceptualizar que el principio de igualdad jurídica entre las mujeres frente a los hombres no solamente busca reprimir los tratos desiguales que puedan darse en la ley, sino que a su vez persigue la aplicación de la ley con carácter relativo, puesto que debe compensar la desigualdad existente entre las mujeres y los hombres y también tiene un carácter proporcional puesto que el trato desigual compromete otros principios fundamentales por lo que debe compensarse la desigualdad existente entre las mujeres y los hombres. Es por ello que el principio de igualdad no supone, como bien lo afirma Aráuz Ulloa, «el igualitarismo, es decir igualdad de todos en todo».⁷

Partiendo de ese precepto igualitarista diríamos que debe tratarse igual a lo que es igual y diferente a lo que es diferente, lo cual es una noción errónea del principio de igualdad jurídica ya que se refiere a personas y en ese orden ninguno es igual a otro sino todos diferentes, lo que equivale a un trato discriminatorio. En ese caso el igualitarismo no conlleva a nada positivo. Contrariamente a esto, el principio de igualdad jurídica impone la igualdad jurídica en una relación específica, que en el caso que nos ocupa es la igualdad jurídica de las mujeres y los hombres, relación que atribuye de manera exclusiva la capacidad jurídica, la protección legal y el goce de determinados bienes jurídicos, siendo el caso que la igualdad jurídica de las mujeres y los hombres demanda una relación de igualdad frente a la ley, impidiendo de esta manera que los diferentes instrumentos legales puedan contener normas que regulen un trato distinto que afecten la igualdad jurídica existente y por otro lado que en la aplicación de la norma jurídica se advierta una discriminación de la relación de igualdad existente entre las mujeres y los hombres; no olvidando ciertamente la proporcionalidad, la restitución y la descriptividad, inmersos en el principio de igualdad jurídica para que efectivamente ante la ley el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres opere sin arbitrariedades de ninguna índole, ya que la igualdad no se aplica jurídicamente a un concepto de semejanza entre dos entes sin relación alguna, sino que se establece bajo el concepto de justicia en una relación, que en el presente caso es entre las mujeres y los hombres, ya que como lo indica Alicia Miyares:

7 Aráuz Ulloa, Ismael, *op. cit.*, p. 37.

«Cuando se reconoce un derecho se altera el marco de las relaciones. Los derechos son reglas que determinan lo que alguien puede hacer en relación con los demás y se refieren a relaciones sociales que permiten o restringen la acción. Así pues, los derechos necesitan de su puesta en ejercicio, pero también del reconocimiento, esto es, de un nuevo tipo de relación fundada en la consideración de que los demás son como uno mismo. Esta es la idea nuclear del principio de igualdad».⁸

Como se ha podido establecer, el principio de igualdad jurídica de las mujeres y los hombres reviste de características muy especiales que lo hacen manifiesto en los textos legales, de manera que su inclusión a través de la historia jurídica guatemalteca no ha sido rápida sino que por el contrario ha sido bastante lenta, con muchos sobresaltos pero sin embargo se han logrado poco a poco avances, como se verá en el apartado siguiente.

II. RESEÑA HISTÓRICA DE LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA Y SU INCLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA

Hacer una reseña histórica sobre la evolución que el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres ha tenido en la legislación guatemalteca es una tarea bastante compleja, ya que la igualdad, como un principio, no siempre ha sido incluida en la legislación guatemalteca, desde la época colonial –es decir, cuando Guatemala estuvo bajo la Corona Española– hasta nuestros días. La evolución de la legislación guatemalteca es en verdad muy interesante, ya que el devenir histórico de Guatemala ha sido bastante accidentado en los aspectos social, político y mucho más en el legislativo. De manera tal que el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres dentro del ordenamiento legal no puede considerarse como un hecho, tal y como se concibe hoy en día; puesto que en la historia de la legislación guatemalteca las mujeres habrán tenido alguna «protección legal», quizá mínima, muy discriminatoria y en algunos casos ni siquiera se ha regulado ningún aspecto en su favor, mucho menos establecer el principio de igualdad jurídica dentro del ordenamiento legal guatemalteco, ya que la inclusión de

8 Miyares, Alicia. «Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en América Latina», en Legarde, Marcela y Valcárcel, Amelia (coordinadoras), *Feminismo, género e igualdad*, Madrid, EGRAF, 2011, p. 283.

dicho principio en realidad fue muy paulatina, como lo veremos en este apartado.

A. Derecho indiano

Por lo mencionado en el párrafo anterior, habrá que partir de un examen de algunos aspectos de la regulación legal que pudo darse en Guatemala durante la época colonial, lo que se ha dado en llamar *Derecho indiano*,⁹ el cual consistía en una serie de ordenanzas que muy poco tienen que ver con el principio de igualdad jurídica de las mujeres y los hombres. Este conjunto de ordenanzas puede verificarse desde el punto de vista constitucional, partiendo de la Constitución de la Monarquía Española de 1812 (Constitución de Cádiz), la cual en realidad no refleja en ninguna parte de su texto el principio de igualdad de mujeres y hombres, como bien es de suponer, aunque sí es la primera que refleja el «principio de igualdad en general», ya que establece que las leyes no pueden hacer diferencia de condiciones o clases entre los individuos, por lo que en su aplicación no hace acepción de personas, lo cual es una de las condiciones primarias del principio de igualdad general.

De manera, pues, que durante la época colonial surgieron algunas regulaciones diversas que en alguna manera protegían a las mujeres o bien que disponían algunos asuntos en relación con las mujeres pero en ninguna manera incluían el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres. Se pueden mencionar algunas disposiciones específicas, tales como que las mujeres menores de dieciocho años no debían servir en la encomienda ni el repartimiento; la mujer preñada que tuviere cuatro meses de gestación no

9 Se le llamó *Derecho indiano* al conjunto de leyes que rigió en la mayor parte de Latinoamérica durante el tiempo que duró el dominio de la Corona Española. Se consideraron dos tipos de Derecho indiano: el Derecho indiano en sentido restringido, el cual era toda la legislación promulgada por la Corona Española a través de los reyes y sus subordinados. Por otro lado, se considera Derecho indiano en sentido amplio a todas las normas legales de aplicación especial en los territorios conquistados por los españoles, es decir, los bandos, bulas papales, disposiciones originales del Derecho propio o criollo y otras leyes, algunas de ellas emitidas en Latinoamérica. Debe comprenderse que este Derecho indiano, en ningún caso puede considerarse Derecho indígena. Aunque su denominación es parecida, el Derecho indígena o Derecho consuetudinario indígena es propio de los habitantes originarios de América.

debía ir a trabajar a las minas; la mujer casada por regla general no debía ir al repartimiento a menos que así lo deseara; por razones de moralidad las mujeres solteras debían trabajar junto a sus padres.¹⁰ Muchas de estas disposiciones provienen de las llamadas Leyes de Burgos¹¹ y Leyes de Valladolid¹² que, como se indicó anteriormente, no presentaban el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres en su contenido, sino más bien regulaban algunos aspectos relacionados con las mujeres que no necesariamente deben considerarse como proteccionistas, sino más bien discriminatorias hacia las mujeres, restándoles oportunidades.

Debe considerarse que las normas emitidas en el Derecho indiano del tiempo colonial no consideraban a las mujeres como actrices sociales, puesto que no eran consideradas personas jurídicamente hablando, ya que durante la época colonial era un hecho que las mujeres tuvieron un rol muy definido, dedicadas a las labores evidentemente

10 Rodríguez Rosales, Isolda, «Educación de las mujeres en el siglo XIX o la construcción de la identidad doméstica», ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano de Historia de la Educación Latinoamericana, Managua, 2003.

11 Las Leyes de Burgos –se les llamó también «Ordenanzas para el tratamiento de los Indios»– fueron las primeras leyes que la monarquía hispánica dictó para su aplicación en las Indias –o el Nuevo Mundo, o América– con el fin de organizar su conquista, que fueron firmadas por el Rey Católico Fernando II, el 27 de diciembre de 1512, en la ciudad de Burgos, con el objeto de regular el gobierno de los naturales, indios o indígenas y que fueron el resultado de la primera junta de teólogos y juristas, en donde se discutió y se concluyó –continuándose la tradición medieval que priorizó la evangelización del indio y que ese bien superior justificaba otros posibles males– que el Rey de España tenía justos títulos de dominio del continente americano y que el indio tenía la naturaleza jurídica de hombre libre con todos los derechos de propiedad, que no podía ser explotado pero como súbdito debía trabajar a favor de la Corona –a través de los españoles allí asentados– para lo que fueron creadas dos instituciones indianas: el requerimiento y la encomienda.

12 Las leyes de Valladolid es la denominación habitual del célebre debate que tuvo lugar en 1550 y 1551 en el Colegio de San Gregorio de Valladolid, dentro de la llamada polémica de los naturales (indígenas americanos o indios), y que enfrentó dos formas antagónicas de concebir la conquista de América, interpretadas románticamente como la de los defensores y la de los enemigos de los indios: la primera, representada por Bartolomé de las Casas, considerado hoy pionero de la lucha por los derechos humanos; y la segunda, por Juan Ginés de Sepúlveda, que defendía el derecho y la conveniencia del dominio de los españoles sobre los indígenas, a quienes además concibe como naturalmente inferiores. No hubo una resolución final.

domésticas, que incluía entre otras actividades la crianza y educación de los hijos tanto en el aspecto religioso como en el aspecto moral, sus actividades eran fuera del hogar en labores domésticas ya que el rol de madres y esposas evidentemente era reservado únicamente a las nobles o burguesas. Este era quizá el papel más importante dentro del esquema social de la época, es decir, la función del matrimonio y del hogar aunque como se ha indicado anteriormente la mayoría de las mujeres en esta época realizaba labores productivas fuera del hogar además de cuidar a sus hijos.

Ahora bien, es necesario que se comprenda que en la época colonial en Latinoamérica y específicamente en Guatemala confluyeron «razas» que se formaron con el mestizaje así como el choque cultural entre españoles e indígenas, por lo que el rol de las mujeres en la época colonial debe ser analizado desde el punto de vista de la condición de las mujeres en aquella época ya que en muchos casos las mujeres tuvieron roles distintos debido a la «raza» a la cual pertenecían. De tal manera, las mujeres peninsulares (españolas nacidas en España) o criollas (hijas de españoles nacidas en América) tenían roles de madres y esposas ya que representaban a las mujeres de élite burguesas y nobles; sin embargo las mujeres ladinas o mestizas (hijas de españoles con indígenas) representaban hasta cierto punto una clase social diferente de los indígenas y puesto que no eran ni indígenas ni españolas, algunas veces tenían un rol compuesto por actividades comerciales ya que sus esposos ladinos o mestizos la mayoría de las veces habían obtenido tierras o las trabajaban a los criollos y de allí que podían dedicarse al comercio. No era la misma suerte para las mujeres indígenas, mulatas y negras, quienes por lo general realizaban trabajos domésticos fuera del hogar o bien eran empleadas en la agricultura además de sobrellevar en sus propios hogares la crianza de sus hijos.

En el caso de las mujeres indígenas, la conquista supuso el desequilibrio de la sociedad indígena, puesto que como se ha de recordar, en la sociedad indígena el papel de las mujeres era el de las que dan origen a la vida; en ese sentido se expresa en escritos mayas como el *Popol Wuj*, que expone el papel de las mujeres como fundamental para el desarrollo de la sociedad indígena, como elemento esencial en la formación de una familia, en virtud de la procreación de los

hijos.¹³ Este equilibrio se trunca cuando los conquistadores vinieron a Guatemala, puesto que por un lado, sin haber traído mujeres, muchos de ellos toman a las mujeres indígenas como propias, lo cual significó un despojo y arrebato del hogar; posteriormente se instituye la «encomienda»¹⁴ y el «repartimiento»,¹⁵ lo que supone la obligación de las mujeres de trabajar en la agricultura pero ya no en sus propias tierras, sino en las tierras del comendador, lo cual siempre se consideró una esclavitud solapada, además de la desintegración que ello implicó para los hogares indígenas.

En cuanto a las mujeres mestizas,¹⁶ debieron dedicarse a labores fuera del hogar, especialmente en el comercio o en trabajos domésticos

-
- 13 El *Popol Wuj* cuenta de la «Abuela Ixmucané» como la diosa que da origen al ser humano: «Ixmucané se le llama Abuela del Sol, Abuela de la claridad, como son llamados por el Creador el Formador». Y además indica que fue Ixmucané la creadora de la humanidad, al indicar: «A continuación fueron molidas las mazorcas amarillas, las mazorcas blancas; nueve molidas le dio Ixmucané, comida fue utilizada y junto con el agua de masa se originaron las extremidades, la fuerza humana». De allí que se considere a las mujeres como origen de la sociedad indígena ya que mitológicamente se le atribuye la creación misma del hombre por medio del maíz.
- 14 El *sistema de encomiendas* fue un medio económico utilizado en Europa desde la edad media. En realidad era una modificación del sistema feudal imperante en aquel entonces, aunque llevaba consigo la idea de obligatoriedad y de fuerza de ley. En la América colonial fue impuesta desde 1522 y fue suprimida hasta 1720, aunque en algunos lugares se continuó con la encomienda como sistema de esclavitud solapada durante muchos años. En la América Colonial, la forma en que se estableció la encomienda consistía en que cada conquistador recibía una porción de tierra habitada con indígenas quienes eran de su «propiedad» y le debían obediencia casi como si fuera un señor feudal. La única responsabilidad que tenía el conquistador era de evangelizarlos y llevarlos a la fe católica. El tributo impuesto por la Corona Española, denominado «Quinto Real», es lo que más motivó esta forma de esclavitud ya que los conquistadores exigían muchas veces más indígenas, incluso de otros lugares, para cumplir con el envío de los tributos a los reyes españoles.
- 15 El *repartimiento* fue un régimen de trabajo semiforzado, impuesto por los españoles en diversos lugares de la América Colonial desde fines del siglo XVI hasta principios del siglo XIX. Muchas veces suele confundirse con la encomienda; sin embargo, a diferencia de esta, los indígenas sometidos a repartimiento no eran parte de las tierras otorgadas en encomienda a los españoles ni vivían en dichos territorios, sino más bien vivían en pueblos de indios y únicamente eran enviados a trabajar en las tierras de los conquistadores; fue suprimido por la Constitución de 1812 que estableció la igualdad jurídica entre españoles, indígenas y ladinos.
- 16 «Mestiza» o «ladina», se les llamó así a las mujeres que eran hijas de padre español con madre indígena, aunque pudieron existir casos en viceversa (padre indígena y madre española).

en casas de mujeres peninsulares o criollas. De allí que las mujeres peninsulares o criollas tuvieran un rol más o menos tradicional en fomentar la religión y educación en el hogar y administrar las cosas del hogar; en realidad su papel no era preponderante, sino más bien el de amas y señoras del hogar, como bien se les decía.

Además, se dio la situación particular de las mujeres mulatas y negras que fueron traídas a la época colonial luego de las Leyes Nuevas de Indias que prohibieron la esclavitud de los indígenas. Estas mujeres se ocuparon de aspectos como lavandería o bien servicios en el hogar. Aunque en Latinoamérica la esclavitud no existió por un periodo largo, sí fueron las mujeres negras o mulatas las que más sufrieron la esclavitud.

Pueda ser que por los variados roles de las mujeres en la época colonial y porque el racismo era una de las características principales durante este periodo, que no haya habido mayor producción legislativa respecto a las mujeres y tampoco se haya incluido en las normas jurídicas de carácter general el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres. Más bien, como se apuntó anteriormente, se emitieron algunas normas específicas pero no se reguló nada en relación a la igualdad ni en América ni en el resto del mundo, ya que en la época colonial los hombres tenían el papel preponderante. Incluso, a las mujeres se les trató como mercancía tanto en la colonia como en la metrópoli, incluso a las mujeres peninsulares. El investigador Sánchez Rubio, citando un documento enviado por el conquistador de Guatemala, Pedro de Alvarado, expone su actitud hacia las mujeres como mercancías al referirse de la siguiente manera:

«... solamente me queda decir que vengo casado y Doña Beatriz está muy buena: trae 20 doncellas muy gentiles mujeres, hijas de caballeros y de muy buen linaje; bien creo que es mercadería que no se me quedará en la tienda nada, pagándomela bien, que de otra manera excusado es hablar bien de ella».¹⁷

Evidentemente, durante este periodo colonial no existió cambio alguno en relación a la legislación en favor de la igualdad de las mujeres y los hombres, ni se estableció la inclusión del principio de

17 Sánchez Rubio, Manuel, *La mujer en Guatemala*. Guatemala, Editorial José de Pineda Ibarra, Ministerio de Educación de Guatemala, 1978, p. 133.

igualdad entre las mujeres y los hombres en la misma, de manera que durante la época colonial prevaleció la idea de que las mujeres no eran iguales a los hombres y de esta manera no se avanzó en el establecimiento del principio de igualdad jurídica.

B. Constitución de la República Federal de Centroamérica

Guatemala, al igual que toda Centroamérica, obtuvo su independencia de la Corona Española en 1821. Es a partir de esta fecha que inicia otro periodo en la evolución legislativa del país, y por ende se pueden considerar algunos avances en cuanto al principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres como parte de los textos legales, ya que como primer paso se emite una nueva Constitución, diferente a la que rigió durante la época colonial. Esta Constitución establece la igualdad en su artículo 13; sin embargo, es igualdad entre los hombres, es decir, una igualdad general, no así la igualdad entre las mujeres y los hombres. Este artículo establece claramente: «Todo hombre es libre en la República»;¹⁸ de hecho, durante este breve periodo en el cual Centroamérica fue una nación federal, no hay registro de alguna otra legislación que se haya promulgado en relación al principio de igualdad entre las mujeres y los hombres, sino más bien se mantuvo la dinámica de una sociedad patriarcal en la cual la participación de las mujeres en la vida económica, política y social del país era casi imperceptible debido a que se siguió con el modelo colonial en el cual la mujer no tenía más derechos que los que los padres o el esposo quisieran otorgarle; Dougnac Rodríguez afirma: «Gozaban, pues, de la misma protección que los europeos como la mujer casada que generalmente no podía actuar en el mundo del derecho por sí misma o el menor que requería de un representante para los mismos efectos».¹⁹

Es evidente que en la época post-colonial, posterior a la independencia, la sociedad guatemalteca no varió mucho del resabio colonial de manera que se mantuvieron las instituciones como tales y no cambiaron las relaciones sociales ni la legislación que devenía

18 Artículo 13, Constitución de la República Federal de Centroamérica. Decretada el 21 de Noviembre 1823.

19 Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 356.

de la época colonial, de manera que el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres era inexistente en la legislación de la época. Baste decir que si las mujeres casadas tenían muchas restricciones –tal como se ha indicado, ni siquiera eran personas en el sentido jurídico–, las mujeres solteras no corrían con mejor suerte y por lo mismo estaban totalmente excluidas del mundo jurídico.

Históricamente Guatemala llegó a ser un Estado separado de la República Federal de Centroamérica en 1851, cuando se fundó la República y se instauró como el Estado de Guatemala, esto dio un giro necesario sobre la ideología que dominó durante ciertos periodos de la vida política del país. Como la mayoría de países latinoamericanos, Guatemala como República inició su vida independiente bajo el influjo de dos corrientes ideológicas: los conservadores y los liberales; los primeros eran reacios a los cambios y conservaban además muchos resabios coloniales; buscaban una transición lenta, sin sobresaltos. Los liberales, por el contrario, consideraron que era necesario abandonar la legislación colonial y debía emitirse un nuevo cuerpo de leyes acorde con los cambios y con el rumbo de nación que se buscaba. Es necesario que se haga aquí esta acotación para comprender que en Guatemala no se abandonó la legislación colonial de manera inmediata, sino que por el contrario, una vez lograda la independencia de la Corona Española en 1821, la Federación Centroamericana tuvo una vida muy breve entre sobresaltos ya que los liberales llegados al poder en la Federación sostuvieron la misma por aproximadamente treinta años sin lograr que se consolidara Centroamérica como una República Federal y no fue sino en 1851 que Guatemala se declara una República diferente de la Federación, ejemplo seguido por otros países del istmo de manera que ello dio fin a la Federación.

Quizá el evento más importante en este periodo de transición es que incluso con los liberales en el poder, la Federación Centroamericana no fue capaz de abandonar la legislación colonial, debido a que por lo general hubo mucha oposición a los cambios, especialmente cuando esta oposición era fomentada por quienes pretendían seguir manteniendo una legislación de corte colonial. Un claro ejemplo de este caso fue la implementación del llamado Código de Livingston²⁰

20 El Código de Livingston fue redactado por Edward Livingston, jurista estadounidense (de allí su nombre), como un Código Penal para el Estado de Louisiana, en Estados Unidos de América, y se implementó bajo el gobierno

para los procedimientos penales que se aplicaron en Centroamérica y que causó tanta polémica que no tardó mucho en que se desechara la idea. Además, existieron graves problemas de gobernanza que impedían que se cambiaran los cimientos legales de la Federación. Es tal el caso que al constituirse Guatemala como una República lo realizó bajo la bandera de un gobierno conservador, lo cual prácticamente dejó sin opción de abandonar la antigua legislación colonial.

Los conservadores mantuvieron el control del Gobierno en Guatemala posteriormente al final de la Federación Centroamericana por aproximadamente treinta años, desde 1839 a 1871, que culminó con el triunfo de la Revolución Liberal. Durante estos treinta años se realizaron cambios revirtiendo los pocos avances de la legislación liberal, volviendo a instaurar muchas disposiciones del Derecho indiano o colonial. En ese sentido indica Luján Muñoz:

«Se inició el proceso de desmontaje de la legislación liberal considerada más radical. Con ello hubo de aplicar todo el sistema legal anterior a la emancipación [...]. Se autorizaron las comunidades religiosas (suprimidas en 1829) [...] se declaró que la religión oficial era la católica, aunque se permitían otros cultos en forma privada. Al año siguiente se derogó la Ley Civil del Matrimonio, suprimiéndose el divorcio, y se estableció el fuero eclesiástico. El 5 de Noviembre de ese mismo año, se reorganizó la universidad conforme el sistema colonial. En 1841 se aprobó el restablecimiento de la censura eclesiástica de impresos y que las autoridades eclesiásticas impusieran castigos a quienes leyeran libros “impíos, inmorales y obscenos”. Poco a poco la Iglesia Católica recobró su poder y se retornó, en buena parte, al sistema colonial. Dentro de ello se incluyó la aplicación de la legislación española e indiana, que incluía el concepto de no considerar igual al indio, el cual gozaba de protección especial».²¹

liberal de Mariano Gálvez. En el mismo se incluía, entre otras cosas, una parte de derecho sustantivo penal y una parte que correspondía al procedimiento criminal. Quizá lo más novedoso fue el establecimiento de un juicio criminal cuyo juzgamiento se haría por medio de jurados. Este tipo de legislación acarreó mucha oposición; durante el Gobierno de Gálvez fue suspendida su aplicación y posteriormente fue derogado por el gobierno conservador de Rafael Carrera.

21 Luján Muñoz, Jorge, «Del Derecho indiano al Derecho nacional: el caso de Guatemala», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos*, año 2000, época XIII, núm. 4, p. 235.

Evidentemente volver a instaurar el derecho colonial, como lo ha apuntado Luján Muñoz, significó un retroceso para la producción legislativa de corte liberal que buscaba de alguna manera asimilar la legislación guatemalteca a los adelantos de la época. El simple hecho de derogar la ley que instauraba el matrimonio civil y que regulaba lo relativo al divorcio era una forma de volver al sometimiento de las mujeres al régimen patriarcal, que imperó durante la colonia. De igual manera se puede considerar que volver a instaurar el concepto de la desigualdad jurídica entre los ladinos y los indígenas evidenciaba una falta de comprensión del principio de igualdad que debía imperar entre ellos ya que de esta manera no solamente había desigualdad racial, sino que debe considerarse que había también una desigualdad para las mujeres indígenas que eran cada vez más sometidas a un sistema sin derechos que ejercer. Es así como se puede considerar que este tipo de retrocesos impidió el avance del principio de igualdad jurídica como parte de los textos legales; volver al sistema jurídico colonial implicaba la anulación de los avances que se habían podido lograr durante el gobierno liberal.

C. Ley Constitutiva de la República de Guatemala

Los liberales arrebataron el poder a los conservadores mediante una revolución que triunfó en 1871 y se extendió por consecutivos gobiernos liberales hasta 1941, cuando fue derrocado el gobierno de Jorge Ubico Castañeda. Durante este periodo de se procedió a realizar una serie de reformas, empezando por la promulgación de una nueva Constitución, cuya discusión fue accidentada debido a que se convocó a varias asambleas desde 1871 hasta que finalmente en 1879 fue promulgada la nueva Constitución, la cual tiene algunos aspectos importantes que se pueden considerar.

La Revolución liberal de 1871 llamó Ley Constitutiva de la República de Guatemala al texto constitucional de 1879;²² en su

22 Se debe comprender que la Revolución liberal triunfó en 1871. Sin embargo, no se promulgó ningún texto constitucional sino hasta 1878 cuando se finalizó la redacción y aprobación del texto constitucional y en 1879 entró en vigencia con el nombre de Ley Constitutiva de la República de Guatemala. Esta Ley constitutiva sufrió varias reformas en 1885 y 1941. En 1944 triunfó la llamada Revolución de octubre y se promulgó una nueva Constitución Política de la República de Guatemala en marzo de 1945, la cual rigió únicamente por diez años.

articulado se pueden destacar avances en relación a los textos legales que rigieron durante el periodo conservador. En ese sentido se puede destacar, por ejemplo, lo regulado en el artículo 8, que indica: «Son Ciudadanos: 1° Los mayores de 21 años que tengan renta, oficio, industria o profesión que les proporciona medios de subsistencia. 2° Todos los que pertenecen al ejército siendo mayores de 18 años».²³ Si analizamos brevemente el artículo anterior, es claro que no se está incluyendo el principio de igualdad jurídica en el mismo y mucho menos se está incluyendo la igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, puesto que aunque se condiciona la ciudadanía y los derechos que ello implicaba, a la condición ocupacional económica, lo cual en realidad era en perjuicio de las mujeres ya que en aquella época, la mayoría de mujeres tenían ocupaciones propias del hogar o bien en economía informal, en realidad era su rol y por lo mismo no se encontraban económicamente activas a la vista de la sociedad.

De igual manera se establecen garantías generales en el artículo 16 de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1878, las cuales son de aplicación general, es decir, tanto a hombres como a mujeres; este artículo indica textualmente: «Las autoridades de la República están instituidas para mantener a los habitantes en el goce de sus derechos, son: la libertad, la igualdad y la seguridad de la persona, de la honra y de los bienes».

Este artículo es el primero en que se manifiesta el principio de igualdad; pese a que no indica expresamente la igualdad entre las mujeres y los hombres, sí establece que es responsabilidad de las autoridades preservar la libertad, por un lado, y la igualdad por el otro, además de la seguridad. Evidentemente no se puede afirmar históricamente que esto fue una realidad material, sin embargo fue la primera vez que se incluye claramente el principio de igualdad jurídica como parte de este texto constitucional. Se debe considerar también que el gobierno liberal buscó de alguna manera marcar una clara diferencia con los conservadores a quienes había derrocado y por ello, innovó la legislación de manera que se erradicaron por completo los resabios de Derecho indiano y colonial que todavía

23 Artículo 8 de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala. Decretada el 11 de diciembre de 1878.

se tenían, buscando de alguna manera estar más influido por otras corrientes (liberales) más actualizadas.

Además de los artículos que se han citado, la Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1878 incluyó, entre otras garantías, las que a continuación se citan brevemente:

- La educación primaria se estableció como obligatoria y laica, tanto para las mujeres como para los hombres.²⁴
- Libertad para adquirir y disponer de los bienes.²⁵

Claro está que estas otras disposiciones constitucionales incluyeron el principio de igualdad jurídica ya que al menos en el presente caso se estableció que la educación sería laica, lo que separó la educación de la religión, borrando de esta manera el resabio colonial en el cual la educación religiosa se brindaba especialmente a los hombres y algunas mujeres con recursos, sin embargo al establecerse la educación laica y gratuita imponía al Estado la obligación de proporcionarla por lo que el acceso a la educación supondría una nueva oportunidad para muchas mujeres.

Siempre se debe tener en cuenta el principio de igualdad jurídica formal y el principio de igualdad jurídica material para analizar estos textos legales, ya que en el presente caso el principio de igualdad jurídica establecido al brindar oportunidades de educación, acceso a la ciudadanía y a la libertad de adquirir bienes entre otras eran parte de la igualdad formal, ya que es evidente que las condiciones sociales de Guatemala no cambiaron en aquella época por lo que la igualdad material no fue un hecho histórico.

Las reformas a la Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1878, las cuales fueron promulgadas el 20 de octubre de 1885, supusieron un retroceso para la evolución del principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, debido a que se reformó el artículo 8 del citado texto legal en el sentido de que para ser ciudadano, además de contar con veintiún años y tener una profesión, oficio,

24 Artículo 18 de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala. Decretada el 11 de diciembre de 1878.

25 Artículo 21 de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala. Decretada el 11 de diciembre de 1878.

renta o industria que le asegurara su subsistencia, la persona debía saber leer y escribir, lo cual evidentemente era una disposición que buscaba limitar los derechos de las mujeres, ya que por aquel entonces la educación hacia las mujeres no era una prioridad y por lo mismo existía una mayoría de mujeres sin saber leer y escribir, ya que para este entonces las mujeres por lo general eran educadas para oficios en el hogar y cuidado de los niños y por lo general no las inscribían en la escuela. A este respecto Rodríguez Rosales nos explica:

«La creación de estos espacios fue tan notoria que aunque se estableció que la asistencia de las niñas a las escuelas públicas era “generalmente” obligatoria, pero sus padres, guardadores o encargados quedaban eximidos de mandarlas a las escuelas siempre que comprobaran que sus hijas o pupilas recibían la instrucción correspondiente en sus respectivas casas, o en establecimientos privados, de manera que de acuerdo con la ley, quedaban eximidas del salir del espacio privado y recibir la instrucción en casa». ²⁶

En este sentido se establecía un retroceso al principio de igualdad de las mujeres y los hombres puesto que anteriormente se les vedaba el derecho a la ciudadanía, ya que para serlo se necesitaba tener o una profesión o un oficio, lo cual tácitamente eliminaba a las mujeres puesto que la actividad económica era en gran parte manejada por los hombres y las mujeres eran por lo general amas de casa, es decir, dedicadas a las actividades propias del hogar. Al establecerse que únicamente las personas alfabetas, es decir, que supieran leer y escribir, podían ser ciudadanas y ciudadanos, ello eliminaba por un lado a un grueso de la población femenina que no sabía leer y escribir y por lo tanto se les vedaban los derechos ciudadanos; de igual manera se les negaba el mismo derecho a muchos campesinos. Este aspecto discriminatorio y limitante prosiguió en el resto del periodo liberal hasta que llegó el periodo que se denomina en la historia guatemalteca como la Revolución de octubre de 1944, que derrocó al gobierno liberal progresista de Jorge Ubico Castañeda.

26 Rodríguez Rosales, Isolda, op. cit., nota 11, p. 4.

D. Constitución de octubre de 1944

La Revolución de octubre de 1945 trajo consigo la promulgación de un nuevo texto constitucional en el cual se denotan avances propios de la época. Este texto constitucional incluyó en gran medida el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres en varios de sus artículos. Sin embargo, se impuso el aspecto cultural y resabios de la época liberal, de manera que en algunos artículos no se logró mayor avance. En el caso del derecho a la ciudadanía y los derechos de participación política, el artículo 9 establece:

«Son ciudadanos: 1º Los guatemaltecos varones mayores de dieciocho años. 2º Las mujeres guatemaltecas mayores de dieciocho años que sepan leer y escribir. Son derechos y deberes inherentes a la ciudadanía: Elegir, ser electo y optar a cargos públicos. El sufragio es obligatorio y secreto para los ciudadanos que sepan leer y escribir; y optativo y secreto para las ciudadanas y optativo y público para los ciudadanos analfabetos».²⁷

Al analizar el artículo anterior se pueden observar algunos cambios, sin embargo se nota un retroceso al principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, ya que por un lado se rebajó la edad para optar por la ciudadanía, de veintiún años a dieciocho, considerando probablemente la edad promedio de la población guatemalteca de la época por lo que esto promovía mayor participación ciudadana. Sin embargo, se continuó limitando la participación política de las mujeres guatemaltecas que no sabían leer y escribir. Es evidente que el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres no se establece en este artículo constitucional, ya que los hombres que no sabían leer y escribir sí eran considerados ciudadanos con participación política casi plena y que lo único que se establecía como una diferencia es que en el caso de los hombres analfabetos solamente podían optar a cargos públicos en el régimen municipal, como lo regulaba el último párrafo del artículo 9: «Los analfabetos son elegibles únicamente para los cargos municipales».²⁸

27 Artículo 9, Constitución Política de la República, promulgada el 11 de marzo de 1945.

28 Artículo 9 Constitución Política de la República promulgada el 11 de marzo de 1945. Último párrafo.

Hay que recordar que la Revolución de octubre de 1944 vino a realizar cambios sustanciales en el Estado; muchos de estos cambios consistieron en eliminar resabios que venían desde tiempos coloniales y además algunas otras normas que contravenían principios fundamentales, especialmente en derechos humanos. De manera que aunque la Constitución Política decretada en esa época tenía algunas restricciones o limitaba a las mujeres, hubo algunas otras normas de contenido específico que incluían el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres de manera clara; fue la primera vez en que se prohibía la discriminación por razón de sexo, entre otras, ya que en los anteriores textos constitucionales, como se ha observado, únicamente se establecía la obligación del Estado de garantizar la no discriminación, sin embargo en este texto constitucional se incluye expresamente una prohibición en el artículo 21: «Toda persona goza de las garantías que establece esta Constitución, sin más restricciones, que las que expresa ella misma. Con igual salvedad se declara ilegal y punible cualquier discriminación por motivo de filiación, *sexo*, raza, color, clase, creencias religiosas o ideas políticas».²⁹ [El resaltado es propio].

Resulta evidente que el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres es consagrado por primera vez en el texto constitucional hasta 1945, ya que anteriormente, como se ha apuntado, no se había estipulado de manera clara la prohibición de la discriminación por razón de género o sexo como indica el artículo precitado ni se había establecido que si llegare a ocurrir esto sería punible. Es, por lo tanto, hasta 1945 cuando se incluye el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres en el texto constitucional como un derecho fundamental.

Como se ha de observar, la evolución legislativa del principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres no apareció en los textos legales de Guatemala partiendo de la época colonial, es decir, cuando el país estuvo bajo el dominio de la Corona Española, ni desde la independencia lograda en 1821; fue hasta 1945, con la promulgación de una nueva Constitución producto de la Asamblea Nacional Constituyente convocada luego del triunfo de la Revolución

29 Artículo 21, Constitución Política de la República promulgada el 11 de marzo de 1945.

de octubre del año anterior. Este periodo revolucionario duraría diez años, ya que en 1954 se truncarían los avances revolucionarios, puesto que se daría un golpe de Estado que derrocaría al gobierno de Jacobo Árbenz Guzmán, electo popular y democráticamente. De 1955 en adelante Guatemala entraría en una fase muy oscura de su historia ya que habría mucha turbulencia política, con golpes de Estado, fraudes electorales y otros eventos que empañaron la historia del país, incluyendo una guerra interna que duraría más de treinta años (de 1960 a 1996), lo cual produjo serias y profundas divisiones.

E. Constituciones del periodo posrevolucionario

Durante el periodo comprendido de 1955 a 1985, se promulgaron en Guatemala dos constituciones, la primera de ellas fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 2 de febrero de 1956 y en la misma se mantienen los mismos preceptos constitucionales establecidos en la Constitución de 1945 en cuanto al principio de igualdad jurídica, es decir que se establece que la ciudadanía que otorga derechos políticos y el derecho al sufragio se adquiere con la mayoría de edad que se establece en dieciocho años; sin embargo para que las mujeres sean ciudadanas deberán saber leer y escribir, no así para los hombres, quienes aun siendo analfabetos pueden ser ciudadanos.³⁰ Además de ello se establece, al igual que en la Constitución de 1945, la prohibición de discriminar por razón de raza, color, sexo, religión, nacimiento, posición económica, social u opiniones políticas.³¹

Nueve años después de la vigencia de la Constitución de 1956, se promulgó otra en virtud de un nuevo periodo de turbulencia política debido a un golpe de Estado propiciado por el general Enrique Peralta Azurdia. Esta Constitución Política fue decretada el 15 de septiembre de 1965 y rigió a Guatemala desde esa fecha hasta 1982, cuando fuera suspendida su vigencia y posteriormente derogada debido a un nuevo golpe de Estado encabezado por el general Efraín Ríos Montt y que posteriormente dio paso a lo que conocemos como la era democrática (de 1985 hasta nuestros días).

30 Artículos 16 y 17, Constitución Política de la República de Guatemala decretada el 2 de febrero de 1956.

31 Artículo 42, Constitución Política de la República de Guatemala decretada el 2 de febrero de 1956.

Al examinar el texto constitucional de 1965, se puede advertir que existieron avances significativos de inclusión del principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, ya que se estableció que los dieciocho años marcarían nuevamente la edad para ser ciudadanos, sin embargo se elimina la obligación de saber leer y escribir para que las mujeres puedan ser ciudadanas, por lo que se da más participación política a la mujer, al menos de manera formal ya que entenderemos que no existía materialización de las normas constitucionales. Este artículo constitucional quedó de la siguiente manera: «Artículo 13. Son ciudadanos: Todos los guatemaltecos hombres y mujeres mayores de dieciocho años».³²

Respecto al derecho del sufragio, habiendo eliminado la regulación legal de que las mujeres que no supieran leer y escribir no podían ser ciudadanas, se estableció una norma constitucional en el artículo 19 que estableció la obligación del sufragio para aquellos electores que supieran leer y escribir y optativo para quienes no supieran leer y escribir.³³ Asimismo este texto constitucional establece por primera vez el principio de igualdad jurídica como una garantía fundamental, en el artículo 43: «En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos [...]. Se prohíbe la discriminación por motivo de raza, color, sexo, religión, nacimiento, posición económica o social u opiniones políticas».³⁴ Estos textos constitucionales presuponen la inclusión del principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, ya que es hasta este momento en el cual se incluyen como garantías fundamentales la igualdad y la no discriminación.

Si analizamos el contexto histórico de las disposiciones constitucionales mencionadas entendemos que las mismas se promulgaron en un periodo de la historia de Guatemala muy turbulento, por lo que no se emitieron normas ordinarias que pudieran desarrollar de alguna manera el principio de igualdad jurídica contenido en esas disposiciones constitucionales. Ello se debe a que en aquel tiempo

32 Artículo 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala decretada el 15 de septiembre de 1965.

33 Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala decretada el 15 de septiembre de 1965.

34 Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala decretada el 15 de septiembre de 1965.

Guatemala estaba bajo una dictadura militar, además de que por la guerra fría existía una confrontación entre acusaciones de comunistas y anticomunistas, y la guerra interna que se estaba librando entre las facciones guerrilleras y el Estado guatemalteco. Siendo así las cosas, no existía la probabilidad de que se decretaran leyes tendientes a desarrollar las normas constitucionales que promovían la igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, por esta razón no podemos mencionar en este periodo ni en los anteriores, ninguna normativa ordinaria que haya regulado algún referente al principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, sino que las normas constitucionales proveyeron una igualdad jurídica formal, sin que la misma se haya materializado al menos en este periodo de tiempo, ya que fue en la era democrática que inició a partir de 1985 que existieron algunos otros cambios más importantes y el desarrollo de textos legales que incluían el principio de igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres.

III. BIBLIOGRAFÍA

A. Libros

ARÁUZ ULLOA, Ismael. «El principio de Igualdad ante la Ley», *Revista Encuentro*, año XXX, núm. 49, 1999, Managua.

BAYEBSKY, Ann, «The Principles of Equality or Non-Discrimination in International Law», *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1-2, 1990.

BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

FIGUEROA, Rodolfo, *Igualdad y discriminación*, Santiago de Chile, Universidad Pedro Portales, 2006.

LUJÁN MUÑOZ, Jorge, «Del Derecho indiano al Derecho nacional: el caso de Guatemala», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos*, año 2000, época XIII, núm. 4.

MIYARES, Alicia. «Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en América Latina», en Legarde, Marcela y Valcárcel, Amelia (coordinadoras), *Feminismo, género e igualdad*, Madrid, EGRAF, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio, introducción a Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.

RODRÍGUEZ ROSALES, Isolda, «Educación de las mujeres en el siglo XIX o la construcción de la identidad doméstica», ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano de Historia de la Educación Latinoamericana, Managua, 2003.

SÁNCHEZ RUBIO, Manuel, *La mujer en Guatemala*. Guatemala, Editorial José de Pineda Ibarra, Ministerio de Educación de Guatemala, 1978.

WORLD ECONOMIC FORUM, *The Global Gender Gap Report 2013*, Ginebra, WEF, 2013, <http://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2013>.

B. Leyes

Constitución de la República Federal de Centroamérica. Decretada el 21 de noviembre 1823.

Ley Constitutiva de la República de Guatemala. Decretada el 11 de diciembre de 1878.

Constitución Política de la República, promulgada el 11 de marzo de 1945.

Constitución Política de la República de Guatemala decretada el 2 de febrero de 1956.

Constitución Política de la República de Guatemala decretada el 15 de septiembre de 1965.

El derecho penal-procesal del enemigo*

Mgtr. Gustavo Antonio Ordóñez Nájera**

Sumario: I. Definición. II. Historia. III. Crítica. IV. Bibliografía.

I. DEFINICIÓN

Es difícil poder citar un concepto de derecho penal y procesal penal del enemigo, porque es una tesis que se ha ido desarrollando en las últimas décadas, la misma ha tenido fervientes seguidores, así como enconados detractores, y en los últimos tiempos, por acontecimientos políticos mundiales ha cobrado una vigencia especial.

Como punto de partida cito al tratadista alemán Günther Jakobs, que fue quien formuló esta tesis, y según Jakobs, el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos:

* Ordóñez Nájera Antonio, *El derecho penal y procesal penal del enemigo en la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer de Guatemala*, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), Guatemala, 2014, capítulo I, pp. 12-34.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*; 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 puesto de Secretario General del Ministerio Público; actualmente es abogado litigante en el área penal en despacho propio.

«... en primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punitividad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas».¹

Sobre la definición anterior, el tratadista y profesor Portilla Contreras señala:

«El fundamento de esta tesis reside en que quien actúa como persona debe, a la sazón, ofrecer una garantía cognitiva; en caso de rehusar expresamente a ofrecer ese mínimo de seguridad, entonces el derecho penal se ve obligado a modificar sus contenidos habituales, así, se pasa de la respuesta social ante la acción de uno de sus miembros a la reacción contra el *enemigo* para evitar riesgos futuros».²

Se puede explicar entonces, que el derecho penal del enemigo, se puede identificar en aquellas normas que un ordenamiento jurídico ha sancionado para castigar actos previos a que un hecho delictivo sea cometido. Dándose de esta forma la anticipación de los márgenes de punición, que según un derecho penal moderno de acto, debe perseguirse hasta que alguien haya llevado a cabo los actos que atentan y desvalorizan un bien jurídico tutelado, encajando estos actos en el tipo penal previsto.

Pero cuando se busca castigar los actos preparatorios se está saliendo ya del derecho penal normal. Con esto me refiero a que los modernos sistemas penales están adelantando los márgenes de punitividad de forma generalizada, no es el caso, claro está, de los delitos en que el tipo penal se configura en su conspiración o la incitación a cometer el ilícito, sino que el derecho penal moderno parece estar decantándose por una intervención más temprana.

1 Jakobs, G.; Cancio Meliá, M. *Derecho Penal del enemigo*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2006, pp. 111 y 112.

2 Portilla Contreras, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007, p. 229.

Siempre citando al tratadista y profesor Portilla Contreras, completo la definición:

«Proteger la seguridad cognitiva se convierte en la finalidad principal del Derecho penal del enemigo, esto es, la conservación del ordenamiento de las personas frente a todo lo que provoca un grave trastorno interno social, por lo que serán eliminadas aquellas condiciones ambientales que no ofrecen las garantías cognitivas mínimas y que impiden en la práctica comportarse como personas».³

Y es aquí donde la tesis de Jakobs afirma, que hay un derecho penal para los ciudadanos, que es un derecho penal «normal», y hay un derecho penal especial o de excepción, dedicado a aquellos que ya no pueden ser tratados como ciudadanos sino como enemigos. Son personas despojadas de su naturaleza de persona civil, personas que ya no pueden ser vistas como individuos capaces de poseer derechos y obligaciones, sino como «enemigos», desprovistos de esa calidad, son «no personas». Sobre esto dice Jakobs:

«A modo de ilustración puede mencionarse el más drástico ejemplo de despersonalización que tiene lugar en la actualidad: el mantenimiento en cautiverio de los presos de Guantánamo: a esos prisioneros se les niega casi todo derecho, pero también sólo “casi”. Su derecho de no ser lesionados arbitrariamente o de no ser incluso matados lo siguen teniendo. Eso es lamentablemente poco, pero tampoco es nada».⁴

La tesis de Jakobs tiene uno de sus fundamentos, entonces, en el doble rasero para diferenciar unas personas de otras. Complemento esta idea citando al tratadista y profesor Portilla Contreras:

«El Derecho penal de la posmodernidad exhibe simultáneamente dos caras opuestas. En una de ellas, el sujeto sólo responde por la lesión del valor tutelado, la pena adquiere funciones preventivas y no se interrumpen las garantías constitucionales. En la otra, por el contrario, el sujeto aparece como emanación de peligro, como un riesgo potencial para la seguridad del Estado. Es el reingreso de la guerra justa y preventiva como paradigma del nuevo sistema penal. Hablamos entonces de un singular Derecho penal de excepción cuyo fin es combatir futuras

3 Portilla Contreras, G. *Op. cit.*, p. 234.

4 Jakobs, G.; Polaino Navarrete, M.; Polaino-Orts, M. *El Derecho penal ante la criminalidad del núcleo duro*. Argentina: Contexto, 2011, p. 23.

amenazas, y que restringe garantías fundamentales por su supuesta traba a la razón de Estado».⁵

El segundo síntoma en la tesis del derecho penal del enemigo es el agravamiento de las penas. Aquí se puede incluir que en los últimos años ha existido una tendencia que busca «penalizar» muchos actos que no deberían incluirse dentro del espectro del derecho penal. Actos que pueden ser materia de otras ramas del derecho, pero que por influencias políticas, han venido a ser incluidos en códigos penales o leyes especiales penales. Y conductas que ya estaban penadas, han venido a sufrir graves aumentos en penas ya establecidas. Esto como respuesta al clamor popular, y a políticas criminales que pretenden satisfacer a distintos grupos de la sociedad. Por lo que se ha vuelto de moda «criminalizar» una serie de actos que han venido a saturar aún más el trabajo de los operadores de justicia penal.

Y el tercer elemento es que dentro del derecho procesal penal, también se manifiesta este derecho penal del enemigo, en el «relajamiento» de ciertas garantías del sindicado, endureciéndose medidas dentro del procedimiento penal. Al respecto Jakobs señala:

«En este sentido hay que mencionar la intervención de las telecomunicaciones, otras investigaciones secretas y la intervención de investigadores encubiertos. Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado».⁶

Es importante destacar entonces, que el derecho penal del enemigo tiene una poderosa manifestación también en el ámbito del derecho procesal penal, y no solo del derecho sustantivo. En muchos sistemas procesales penales de distintos Estados se puede apreciar en aquellas penas indeterminadas, que no permitirán que el sindicado sea puesto en libertad hasta que se pueda constatar que esté en condiciones de reincorporarse a la sociedad. Y para esto, hay comités que «evalúan» a los internos para determinar su mejoría, y si consideran que aún no está preparado, seguirá privado de libertad, por un periodo indefinido.

5 Portilla Contreras, G. *Op. cit.*, pp. 197 y 198.

6 Jakobs, G.; Cancio Meliá, M. *Op. cit.*, p. 45.

Sobre el derecho procesal penal del enemigo, escribe el tratadista y profesor Portilla Contreras:

«Lo normal en el presente es la conversión del Derecho penal en un derecho de autor en el que se acaba confundiendo al enemigo con las “clases peligrosas”, la guerra con la actuación policial, las relaciones internacionales con la política interior. En ese desconcierto entre las finalidades represivas y policiales se relativizan los principios de culpabilidad, proporcionalidad y del hecho, a través de una perspectiva orientada al autor en la que desaparecen las garantías procesales. Con todo, esta categoría limitadora no supone una novedad alguna, ha sido el método más habitual en la represión de determinado grupo de delitos; así, el sistema procesal-penal contra la criminalidad organizada se viene caracterizando por una constante restricción de los principios básicos que rigen el tradicional funcionamiento tanto del Derecho penal como del Derecho procesal penal, hasta el punto de conformar un Derecho penal-procesal “distinto”. Lo sorprendente no es, por tanto, la existencia de esa legislación y la constante anulación de garantías para los afectados por ella, sino la aparición de un sustento doctrinal que avala –no sólo reconoce– la existencia de un Derecho garantístico para *personas* y otro, sin los clásicos derechos, para las *no-personas*».⁷

Otra figura procesal inspirada en este derecho penal del enemigo es la custodia de seguridad, al respecto Jakobs señala:

«El más claro caso imaginable de una regulación de Derecho penal del enemigo es la custodia de seguridad, que si bien no es una *pena*, en tanto medida de seguridad y corrección constituye una reacción legal frente a un delito, siendo por ello regulada en el Código Penal. La única finalidad de la custodia de seguridad es la prevención de ulteriores delitos por parte del custodiado...».⁸

Se puede ver entonces que una medida de seguridad, prevista en el Código penal puede tener efectos cuando un individuo es sentenciado en un proceso a cumplir con ella, como si fuera una condena, que aunque no es una pena, es como si lo fuera en la vida real.

Siempre dentro del área procesal del derecho penal del enemigo, deseo por último referirme a la prisión preventiva, que si bien debería tener carácter excepcional en el derecho penal moderno,

7 Portilla Contreras, G. *Op. cit.*, pp. 200 y 201.

8 Jakobs, G.; Polaino Navarrete, M.; Polaino-Orts, M. *Op. cit.*, pp. 26 y 27.

en la práctica no sucede así, sino todo lo contrario, se busca que la regla sea la prisión preventiva y no la excepción. Me explico.

En los últimos años, el legislador ha venido regulando de tal forma que quede implícita la prisión preventiva para ciertos delitos. De esta forma se compele al juzgador a aplicar la prisión preventiva sin opción de beneficiar al sindicado con una medida sustitutiva.

Acerca de la prisión preventiva en el proceso penal, dice Jakobs:

«Pero, *por otra parte*, frente a ese lado personal, propio de un sujeto procesal, surge la nuda coacción manifestada de diversas formas, especialmente en la prisión preventiva. De manera comparable a lo que sucede en la custodia de seguridad, la prisión preventiva no reconoce al imputado como persona, sino que se reduce a coacción física ejercida frente a él. Y ello no porque el imputado debe presenciar el proceso –en el proceso participa también una *persona* imputada, y además lo hará por convicción–, sino porque es obligado a ello mediante su detención».⁹

En esta vertiente del derecho procesal penal del enemigo, seguidores de Jakobs han seguido ahondando al respecto en los últimos años, con el objeto de ser más específicos en sus propuestas. Sobre este punto, el tratadista y profesor Portilla Contreras argumenta:

«...el sector más radical del funcionalismo estructural (LESCH, MUS-SIG, PAWLIK, entre otros) ha continuado, legitimado y desarrollado el modelo del Derecho procesal-penal del enemigo, precisando los términos en que debe concretarse la restricción de derechos a que se somete el sujeto cuando pierde la condición de persona. Cuando eso ocurre, se pretende justificar la necesidad de aplicar en la investigación del delito un conjunto de medidas –vgr. el control de las comunicaciones telefónicas, la pesquisa policial mediante rastreo de datos informáticos, los juicios rápidos, la ampliación de competencias de los servicios secretos o el uso de confidentes policiales– que afectan a diversos principios constitucionales y garantías del procedimiento penal, sobre todo el principio *nemo-tenetur*, o el derecho a la no autoincriminación del inculpado».¹⁰

Se puede colegir fácilmente que en la tesis del derecho penal del enemigo, las garantías básicas desaparecen para aquel que no

9 Jakobs, G.; Polaino Navarrete, M.; Polaino-Orts, M. *Op. cit.*, p. 33.

10 Portilla Contreras, G. *Op. cit.*, pp. 235 y 236.

merece ser enjuiciado como el resto de los ciudadanos, y se supone que la clase de acciones que ha cometido faculta al Estado a defenderse, priorizando su supervivencia, no debe valorarse que se despoje a este individuo de sus derechos. Sobre esto el tratadista Walzer señala:

«...contra el enemigo no debe emplearse un modelo de “acción policial” encaminado a llevar a los criminales ante la justicia, ya que generalmente no existirán pruebas contra ellos –todo lo más, serán pruebas reunidas clandestinamente o por la fuerza armada en países distantes, o procedentes de correos electrónicos y fuentes que no resultan admisibles ante un tribunal civil».¹¹

Si bien la cita anterior, el tratadista Walzer la hace refiriéndose al tema del terrorismo, muchas leyes penales de distintos países se han contaminado de este extremismo para sancionar y perseguir variados tipos de conductas.

En la *Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer* de Guatemala, que se analizará en este trabajo, se podrá apreciar que trae incorporadas algunas de estas previsiones para el ámbito procesal.

Es así como se puede definir, como introducción de este trabajo, el derecho penal del enemigo, tanto en la manifestación sustantiva como en la procesal.

II. HISTORIA

La tesis del derecho penal del enemigo que creó Günther Jakobs posee un fuerte sustento filosófico. En cuanto a su desarrollo se pueden identificar claramente dos etapas: la primera, cuando el tratadista hace la propuesta de la tesis en 1985, y la segunda etapa inicia a partir de 1999.

La base filosófica de la teoría de Günther Jakobs, según el tratadista, tiene sus antecedentes en el contrato social de Rousseau, los escritos de Fichte, el iusnaturalismo de Hobbes y los trabajos de Kant. Jakobs afirma que desde la obra de Rousseau se puede descubrir que

11 Walzer, M. *Reflexiones sobre la guerra*. Castells, C., y Casanova C. (trad.). Barcelona: Paidós, 2004, p. 147.

éste se refiere a que el hombre que se separa del contrato social que aceptó, y viola la ley, se está separando de las normas acordadas por el conglomerado.

«... afirma Rousseau que cualquier “malhechor” que ataque el “derecho social” deja de ser “miembro” del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”».¹²

Para Rousseau el delincuente es un traidor a la patria y un enemigo público.¹³

Jakobs, citando a Fichte, dice:

«... quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos».¹⁴

De esta forma es que Jakobs fundamenta su aseveración que el hombre que transgrede los acuerdos a los que se sometió voluntariamente para vivir en sociedad, se ve despojado de su calidad de ciudadano y él solo se coloca en una condición de «enemigo» de esa sociedad.

Por otro lado, Hobbes da el siguiente aporte a la teoría, ya que éste:

«...atribuye en el estado de naturaleza a todos los seres humanos un *ius naturale* a todo, es decir, en terminología moderna, sólo un *ius* así denominado, respecto del cual precisamente no se halla en corres-

12 Jakobs, G.; Cancio Meliá, M. *Op. cit.*, p. 28.

13 Rousseau, J. *Du contrat social*. Genève, Suisse: Les éditions du cheval ailé. Constant Bourquin, éditeur, 1947, p. 220. «D'ailleurs tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient par se forfaits rebelle et traître a la patrie; il cesse d'en être membre en violant se lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne ; il faut qu'un des deux périsse; et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme Citoyens que comme ennemi. Les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État. Or, comme il s'est reconnu tel, tout au moins par son séjour, il en doit être retranche par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme ennemi public; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme; et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu».

14 Jakobs, G.; Cancio Meliá, M. *Op. cit.*, p. 28.

pondencia una *obligatio*, un deber del otro, sino que, por el contrario, sólo es una denominación de la libertad normativamente ilimitada, únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Quien quiera y pueda, puede matar a otro sin causa alguna; es éste, como Hobbes constata expresamente, su *ius naturale*, y ello nada tiene en común con un delito, ya que en el estado de naturaleza, a falta de un orden definido de manera vinculante no pueden quebrantarse las normas de tal orden».¹⁵

Dice Jakobs, que Hobbes se refiere más al ciudadano que se vuelve enemigo, en el caso del sindicato de alta traición, aquel que traiciona el pacto de sumisión para el Estado del cual es ciudadano y se subleva en contra de éste.

Y el otro pensador que es fundamental para dar basamento a la teoría de Jakobs es Kant, y Jakobs lo cita así:

«Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (facto), sí por la ausencia de legalidad de su estado (statu iniusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad. En consecuencia, quien no participa en la vida en un “estado comunitario-legal” debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede “tratar”, como anota expresamente Kant, “como un enemigo”».¹⁶

Se resume de la forma anterior, los pensadores que Jakobs dice que estudió y analizó, para sustentar su teoría del derecho penal del enemigo, y poder darle así una plataforma filosófica a su propuesta.

Pero en su sustento aparece una importante omisión, que parece hecha adrede, ya que Jakobs no menciona a los tratadistas Schmitt y Luhmann, cuando su tesis tiene mucho más del pensamiento de ellos que los filósofos que él menciona expresamente.¹⁷

15 *Op. cit.*, p. 35.

16 *Ibid.*, pp. 31-32.

17 Jakobs, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B. (trad.); Primera edición. Colombia: Universidad

Sobre esto, explica el tratadista y profesor Portilla Contreras:

«Curiosamente, es la teoría de la excepción y la dicotomía schmittiana (junto al estructural funcionalismo de LUHMANN que posteriormente analizaremos), lo que define el propósito de JAKOBS, la auténtica base de su construcción. Las últimas ideas de JAKOBS sobre el Derecho penal y procesal del enemigo están estrechamente ligadas al concepto de lo político de C. SCHMITT pese a que expresamente no aparezca citado por él. A mi juicio, carece de explicación el olvido del que, sin duda, es uno de los referentes, si no el más importante, de la construcción del Derecho penal del enemigo».¹⁸

Se hace la cita anterior con el objeto de ofrecer una visión más allá de lo que Jakobs asevera, para poder enriquecer el análisis de su tesis. Y en esta línea vale hacer énfasis entonces, que la tesis de Jakobs no posee solo una base filosófica contractualista, sino tiene la huella poderosa de las ideas de Schmitt como la dicotomía amigo-enemigo (persona-no persona de Jakobs), pero que además, según Portilla Contreras:

«Si estos son los antecedentes del modelo penal de JAKOBS, la columna vertebral del modelo sistémico aplicado a la concepción del “enemigo” radica en la propia noción de persona elaborada por

Externado de Colombia, 1996, pp. 49, 59 y 61. «En conclusión: el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es: personalización de los sujetos. No trato de afirmar que debe ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda la teoría funcional». «Con otras palabras, desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas». «Es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona. En la práctica, un sujeto es siempre persona en muchos sentidos, debido a que desempeña diversos roles. La identidad subjetiva está más conseguida cuanto más clara es la línea que sigue la persona que se representa; ciertamente, una línea absolutamente recta puede ser muestra de incapacidad de evolucionar, pero las rupturas violentas evidencian hipocresía».

18 Portilla Contreras, G. *Op. cit.*, p. 219.

LUHMANN,¹⁹ un concepto que se funda en la comunicación social y no en la mera individualidad, pues no pretende expresar la singularidad individual de la naturaleza concreta del sujeto humano, sino que retiene su sentido de una idea colectiva».²⁰

Para sus tesis de derecho penal y procesal penal del enemigo, Jakobs se sirve de la definición de persona de Luhmann, desde la teoría de la comunicación. Sobre esto, Portilla Contreras determina que:

«Al contraponer un Derecho para ciudadanos y un Derecho para enemigos, que descansa en la normativización del concepto de persona, la definición de persona a partir de una construcción comunicativa, y

19 Luhmann, N. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*. Madrid: Beriaín, Josetxo y García Blanco, José María (ed. y trad.), Editorial Trotta, S.A., 1998, pp. 237-239. «Una reconstrucción adecuada a las condiciones actuales de esta compleja tradición es posible si se utiliza como guía el concepto de forma. En este caso, por “persona” no ha de entenderse un objeto especial, ni tampoco una clase de objetos o una propiedad de objetos (a los que, por poseerla, se denomina “sujetos”), sino un tipo específico de distinción que guía el observar como forma con dos caras. Así, pues, una persona no es simplemente otro objeto como un ser humano o un individuo, sino otra forma, con la que se observan objetos como individuos humanos. Lo principal, entonces, es determinar la otra cara de esta forma; es decir, aclarar en qué específico sentido una persona puede ser no-persona, sin que por ello deje de ser hombre, individuo». «...Dicho de otra forma: ha de dar siempre ocasión, ante todo, a observar con el esquema de la forma persona/no persona, y no con cualquier otro. Pero ¿cuál sería esa ocasión? Con esta pregunta ponemos el puente que nos lleva hasta los temas sociales. Y esto es así porque la ocasión por la que se presenta no es otra que la ofrecida por la de la doble contingencia, una característica que es consustancial a las situaciones sociales en cuanto el problema que autocataliza la emergencia de los sistemas sociales. Es una situación con doble contingencia –lo cual significa que en cada uno de los participantes tiene que hacer depender su conducta ante los otros de que éstos actúen hacia él satisfactoriamente– existe una necesidad apremiante de que se limite el repertorio de posibilidades. Esta situación precaria, inestable y circular de la doble contingencia es lo que provoca la creación de personas; o dicho más precisamente: es ella lo que hace que los partícipes –ocurra lo que ocurra en el plano psíquico– se compongan en el sistema social –o sea, comunicativamente– como personas, y de acuerdo con las circunstancias dosifiquen cuidadosamente las cualidades sorpresivas de su conducta (bien preparándose cuidadosamente de antemano, para así no topar con límites muy estrechos; bien segmentándola, de manera que otras posibilidades puedan ser rechazadas o ignoradas como no pertinentes al rol; o bien mediante el manejo de formas de sociabilidad –entre ellas el humor–, de modo que sea fácilmente reconocible que la persona misma se retira de ellas y sólo se evidencia su buena educación)».

20 Portilla Contreras, G. *Op. cit.*, p. 219.

no como sujeto universal de derechos, se crea artificialmente una falsa dicotomía que justifica un modelo “jurídico” exento de garantías». ²¹

Jakobs hace una relación histórica de su país, Alemania, cuando habla que desde hace años se legisló allí acerca de los actos preparatorios, refiriéndose a cuando el extremista belga Duchesne, quiso asesinar al canciller Bismarck, pagado por la Iglesia católica, razón por la que se hizo esa reforma al Código Penal alemán en 1876, penando con años de prisión los actos preparatorios. Posteriormente vendrían a agravarse esas penas y seguirían vigentes hasta la actualidad. Dice Jakobs:

«En 1943 (!) se agravó el precepto (entre otros aspectos) vinculando la pena a la correspondiente al hecho planeado; de este modo, el delito contra la seguridad pública se convirtió en una verdadera punición de actos preparatorios, y esta modificación no ha sido revocada hasta el día de hoy». ²²

Jakobs también basa su tesis en dos penalistas alemanes, declarados seguidores kantianos: Grolman y Feuerbach, quienes discrepaban acerca de si la pena debería ir orientada a la culpabilidad del delincuente o a la peligrosidad. El primero se decanta en el sentido que la pena deber ir orientada a la peligrosidad del que delinque para poder prever que ese delincuente pueda reincidir, mientras que el segundo cree que el hecho que el individuo esté sujeto por su voluntad, a vivir en una sociedad civil, lo disuadirá de delinquir ya que existe una fuerza policial que prevendrá esos males que puedan causar los delincuentes.

Esta propuesta de Feuerbach, Jakobs la ve como un tanto ingenua, al atenernos a que los delitos no sucederán por el hecho de que los ciudadanos estén sometidos a una constitución civil.

Jakobs ve en el postulado de Grolman un fundamento incipiente para la tesis que luego él desarrollará. Cita lo siguiente Jakobs: «Ajuicio de Grolman, únicamente puede legitimarse la coacción ejercida frente a personas cuando ella redunde a favor de la “protección de libertad”», esto es, a favor de la protección de los derechos de la persona. ²³

21 *Op. cit.*, p. 227.

22 *ibid.*, p. 49.

23 Jakobs, G.; Polaino Navarrete, M.; Polaino-Orts, M. *Op. cit.*, p. 19.

En cuanto a las dos etapas en las que se puede dividir el desarrollo de la teoría de Jakobs, se tiene que decir que cuando la formula, en 1985, el tratadista enfocó su propuesta en aquel entonces, en los delitos de riesgo y aquellos delitos financieros, pero para la segunda etapa, en el año de 1999, Jakobs recentraliza su teoría en las leyes que combaten el terrorismo. Esto, en primer lugar porque en el año de 1986 entra en vigor en Alemania una ley contra el terrorismo, pero posteriormente, debido a los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos,²⁴ y los que sucederían después en Madrid, España, y Londres, Inglaterra, se sancionan nuevas leyes tanto en Alemania como a nivel europeo, que hacen que cobre aún más vigencia, si se puede, la teoría del derecho penal del enemigo de Jakobs. Sobre esto opina Zaffaroni:

«En este contexto, proponernos admitir un *derecho penal del enemigo* deja de ser la conducta banal de los penalistas que casi siempre lo postularon, para recuperar su verdadera naturaleza, que es política. Y como tal, se vuelve políticamente intolerable, porque lo que hasta ayer era banal hoy se lee como *una suerte de deserción en la disputa política mundial*».²⁵

Este temor a los ataques terroristas ha facilitado que el «derecho penal moderno», regrese a etapas de menos garantismo y sea más autoritario, ya que en los países del primer mundo se ha fortalecido la persecución de la inmigración ilegal, llevándola a niveles de

24 Agamben, Giorgio. *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2007, pp. 26 y 27. «El significado inmediatamente biopolítico de estado de excepción como estructura original en la cual el derecho incluye en sí al viviente a través de su propia suspensión emerge con claridad en el *military order* emanado del presidente de los Estados Unidos el 13 de noviembre de 2001, que autoriza “*indefinite detention*” y el proceso por parte de “*military commissions*” (que no hay que confundir con los tribunales militares previstos por el derecho de guerra) de los no-ciudadanos sospechados de estar implicados en actividades terroristas. Ya el *USA Patriot Act*, emanado del Senado el 26 de octubre de 2001, permitía al *Attorney general* “poner bajo custodia” al extranjero (*alien*) que fuera sospechoso de actividades que pusieran en peligro “la seguridad nacional de los Estados Unidos”; pero dentro de los siete días el extranjero debía ser, o bien expulsado, o acusado de violación de la ley de inmigración o de algún otro delito. La novedad de la “orden” del presidente Bush es que cancela radicalmente todo estatuto jurídico de un individuo, produciendo así un ser jurídicamente innominable e inclasificable».

25 Zaffaroni, R. «La legitimación del control penal de los “extraños”». En: Cancio Meliá, Eduardo; Gómez-Jara Díez, Carlos (coord.) *Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires, Argentina: Gráfico, 2006, p. 1119.

«criminalizar» distintos tipos de acciones que se relacionen con la inmigración, no se diga la persecución del migrante.

Se han creado lugares de detención (que funcionan como cárceles) en los que los inmigrantes quedan coartados de su libertad, en un limbo jurídico, mientras se determina qué se hará con ellos y su suerte, en la mayoría de los casos, es ser expulsado del país.

Estas normativas migratorias, también acaban encajando en un derecho penal del enemigo, en relación con esto se pronuncia Portilla Contreras:

«La solución política de la posmodernidad respecto a la inmigración ilegal ha sido, y continúa siendo, la exclusión, una elaborada y nada sofisticada política represiva caracterizada por el retorno del juicio de peligrosidad en el que lo que prima no es el comportamiento sino la pertenencia a un colectivo. A esta situación seguramente ha contribuido la crisis del Estado industrial, que favorece que la migración aparezca como antagonista respecto al nuevo orden económico, social y político. Hasta el extremo de que el borrador del documento elaborado para la Revisión Estratégica de la Defensa (RED) llega a definir a la inmigración ilegal como una de las amenazas más serias para la seguridad nacional, que puede incluso alterar el equilibrio emergente, llegando a equipararse con el peligro de extremistas y terroristas».²⁶

III. CRÍTICA

Cuando Günther Jakobs planteó su tesis en un foro en Frankfurt en 1985, no dejó a nadie indiferente, pero como ponente no profundizó tanto como haría años más tarde, y pareció adoptar una postura más bien, neutra, ante lo que él definió en ese entonces como derecho penal del enemigo. Sería, años más tarde, en el Congreso núm. 30 de abogados penalistas alemanes en Berlín, del año 1999, en que el profesor Jakobs no dejó duda alguna, al plantear de nuevo su tesis de forma más desarrollada y presentarse formalmente como adepto de este derecho penal del enemigo que él describía y explicaba.

Se puede decir que a partir de allí, motivó las críticas más radicales, que en realidad serían el inicio de una cantidad de pronuncia-

26 Portilla Contreras, G. *Op. cit.*, pp. 102 y 103.

mientos en contra de una tesis que hasta el día de hoy, puede ser una de las más polémicas del derecho penal moderno a nivel mundial.

La tesis ha recibido toda clase de críticas, muchas desde un punto académico y científico, y otras que incluso han tildado al profesor Jakobs de nazi.

El profesor, como ponente y defensor de la tesis, ha manifestado que él se ha limitado a describir una realidad, que es manifiesta, y que en ciertas circunstancias puntuales, como el caso de los terroristas, él acepta que se apliquen ciertas medidas que se encuadran dentro del derecho penal del enemigo. Y en su propia defensa ha usado argumentos como el siguiente:

«En los aproximadamente siete años en que he sido objeto de reproches en el sentido de que mi discurso sobre el Derecho penal del enemigo destroza todo lo que en un Estado de Derecho se tiene por sagrado, no he encontrado en los más o menos 150 artículos contrarios a mi postura *una sola* idea razonable sobre cómo se pueda afrontar entonces satisfactoriamente el problema de los delincuentes reincidentes peligrosos».²⁷

Como él dice, su tesis ha recibido una variedad de críticas, pudiendo decirse que la crítica más reiterativa es que el derecho penal del enemigo es un derecho penal que sería clásico en regímenes totalitarios o gobiernos de corte autoritario. Se ha hecho todo un repaso por distintas etapas históricas en las cuales se ha analizado que las dictaduras más emblemáticas se han servido de leyes hechas a la medida para poder mantener sus mandatos despóticos, lo que conlleva tener sojuzgada a toda una población y poder controlar y neutralizar a los opositores al régimen.

Al respecto, el tratadista Francisco Muñoz Conde, en su crónica de un Congreso de derecho penal en la ciudad de Trento, Italia, en el 2006, cita que se hizo una semblanza histórica sobre etapas en el tiempo en que estuvieron vigentes normativas que se pueden identificar con el derecho penal del enemigo:

27 Jakobs, G.; Polaino Navarrete, M.; Polaino-Orts, M. *Op. cit.*, p. 27.

«... el politólogo Carlo Calli expuso en su Ponencia las relaciones existentes entre la construcción del Derecho penal del enemigo y las tesis de Carl Schmitt sobre el “amigo-enemigo”.²⁸ Y el sociólogo Vincenzo Ruggiero habló de las diversas formas de reacción que a través de la historia ha suscitado la violencia en el ámbito político, desde el viejo delito de sedición hasta las formas actuales de terrorismo. El penalista pisano Tullio Padovani se refirió a la elaboración del concepto de “delito político” en la legislación italiana del siglo XIX, en el Código penal Zannardelli, y en los penalistas italianos liberales de aquella época como Francesco Carrara».²⁹

Siempre en el orden de la crítica que identifica el derecho penal del enemigo con antiguos sistemas autoritarios, el mismo autor hace la siguiente referencia:

«También el famoso penalista alemán Edmund Mezger decía en 1943 en uno de los informe que redactó para un Proyecto de Ley sobre el tratamiento “Extraños a la Comunidad” del Gobierno Nacional-socialista lo siguiente: “En el futuro habrá dos (o más) “Derechos penales”, –un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y –un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes con tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión. [...] Una vez que se realice la inclusión, el “Derecho especial” (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen

28 Schmitt, C. *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Traductor Rafael Agapito; Segunda reimpresión. Madrid: Lavel, S.A, 2002, pp. 56 y 57. «El problema es si existe alguna distinción específica, comparable a esas otras aunque, claro está, no de la misma o parecida naturaleza, independiente de ellas, autónomo y que se imponga por sí misma como criterio simple de lo político, y si existe, ¿cuál es? Pues bien, la distinción política específica, aquella a la que pueden reproducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de *amigo y enemigo*. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de un concepto en el sentido de un criterio». «El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente, es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intenso».

29 Muñoz Conde, F. «Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho penal del enemigo”». *La ley grupo Wolters Kluwe: Revista Penal*. 2006, núm. 18, p. 338.

de objeto todas las diferenciaciones jurídicas. [...] Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un “nuevo comienzo”)³⁰

Lo anterior ejemplifica cómo la tesis de Jakobs ha sido fácilmente comparada con antiguas normativas de regímenes totalitarios como el nacionalsocialismo, de dictadores como la época franquista en España o de regímenes militares en Latinoamérica.

También recibe la crítica, que el derecho penal del enemigo es una contradicción en sí, y esta crítica la recibe del profesor español Manuel Cancio Meliá, quien es coautor en el libro *Derecho penal del enemigo*, con Günther Jakobs. El autor español señala que no coincide en el punto de vista del alemán, y que el derecho penal del enemigo es un concepto contradictorio porque: «... en primer lugar... no debe haber Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo [o: inconstitucional]. En segundo lugar... el Derecho penal del enemigo no debe ser porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos».³¹

Cancio Meliá concluye la anterior argumentación diciendo que entonces, el derecho penal del enemigo no puede formar parte conceptualmente del derecho penal.³²

30 Muñoz Conde, F. «El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”». En: Portilla Contreras, G. (coord.). *Memorias de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Cofás S.A. Universidad Internacional de Andalucía, 2005, p. 170.

31 Jakobs, G.; Cancio Meliá, M. *Op. cit.*, p. 124.

32 Cancio Meliá, M. «De nuevo: ¿“Derecho Penal” del enemigo?» En: *Memorias XVIII Congreso Latinoamericano X Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología: «Hacia la construcción de un Derecho Penal Latinoamericano»*. Colombia: Editorial Leyer/Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 499 y 500. «La discusión en torno a la conveniencia de medidas excepcionales más allá del ordenamiento jurídico-penal, por lo tanto, no es una cuestión que pertenezca al Derecho penal en sentido estricto, sino un problema de política legislativa. En todo caso, antes de determinar si parecen materialmente adecuadas las opciones político-criminales del “Derecho penal” del enemigo; hay que señalar el obvio fraude de etiquetas que supone la usurpación del rótulo de Derecho penal por parte de las medidas de excepción que conocemos como “Derecho penal” del enemigo: en este ámbito, llamar las cosas por su nombre tiene indudable importancia y las medidas de excepción deberían ser identificadas, formalmente como tales. Sin embargo, entrando en el fondo de la cuestión: ¿es necesario un Derecho de excepción, llámese como se llame? Como cabe deducir del breve recorrido por las líneas básicas de la situación político-criminal actual

Y si se puede sumar, como crítica a lo conceptual, el tratadista Muñoz Conde cita al profesor de Derecho penal, Frank Saliger, quien dijo sobre el derecho penal del enemigo:

«... denunció la ambigüedad de la posición de Jakobs que nada entre lo puramente descriptivo y la legitimidad de su concepto, pero sobre todo la amplitud del mismo, en el que cabe incluir desde la tortura y situaciones como la de los presos de Guantánamo, hasta la prisión preventiva, pasando por cualquier otra norma o práctica que más o menos pueda rozar los límites del Estado de Derecho».³³

Muñoz Conde también formula dos cuestionamientos muy puntuales en la crítica a la tesis de Jakobs: «... ¿quién define al enemigo y cómo se le define? Y ¿es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento sin excepciones a todos de los derechos humanos fundamentales?».³⁴ A criterio de Muñoz Conde, el profesor Jakobs no ha podido responder de forma satisfactoria a estos cuestionamientos, y no ha podido porque la tesis es bastante difusa para poder precisar señalamientos tan puntuales. Por todo esto es que el tratadista Muñoz Conde ha manifestado un total rechazo a la tesis del alemán.

En su defensa, de todas estas críticas, Günther Jakobs ha dicho que él se ha limitado a señalar una realidad que, incómoda, desagradable o como sea, está allí. Que hoy en día, muchas legislaciones, de distintos Estados, tienen incorporadas normativas que son una clara expresión del derecho penal del enemigo del que él

llevado a cabo en páginas anteriores, desde la perspectiva aquí adoptada no hay en el horizonte del "Derecho penal" del enemigo, en ninguno de los sectores, riesgos que realmente merezcan el estado de excepción». «En todo caso, desde el punto de vista aquí defendido, la cuestión de si la sociedad preferirá sucumbir o asumir recortes de ámbitos de libertad y ampliaciones masivas de los medios de intervención estatal –en cuya cúspide se encuentra la "pena" exacerbada que la pena draconiana impuesta al *enemigo*– sencillamente no procede, no se plantea; no se ve abismo alguno si se observa la realidad. Es ésta, en todo caso, una apreciación de carácter político-criminal (aunque quiera darse otra respuesta a la cuestión planteada) que excede de la mera descripción o sistematización. Ciertamente: "Una sociedad no ilustrada y un derecho penal ilustrado no van juntos". Pero ¿hemos llegado a ese punto?».

33 Muñoz Conde, F. «Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el "Derecho penal del enemigo"». *Op. cit.*, p. 340.

34 Muñoz Conde, F. «El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado "Derecho penal del enemigo"». *Op. cit.*, p. 174.

habla.³⁵ Por eso, cuando se le ataca con tanta virulencia, a veces, Jakobs arguye:

«... existen diversas tomas de posición... en la mayoría de las ocasiones críticas, llegando a la posición, sorprendente en el ámbito de la ciencia, de que el diagnóstico da miedo y su formulación es indecorosa: ciertamente, el mundo puede dar miedo, y de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje».³⁶

Refutando esto, escribe Portilla Contreras:

«Tras la aparición de una de sus últimas publicaciones, cualquier interrogante o duda sobre sus pretensiones se han disipado: por mucho que le pese, no sólo cumple el papel del mensajero que se limita a trasladar la visión objetiva de una situación. Su tesis no se contenta con la descripción de una realidad con la que se puede estar o no de acuerdo, sino que, dando un salto cualitativo, y teniendo en cuenta que descarta expresamente otra alternativa al Derecho penal del enemigo, ofrece legitimación contractualista a la generalización del estado de excepción frente al enemigo».³⁷

Pero otro tratadista español, Silva Sánchez, cuando escribe del derecho penal moderno, sobre los nuevos tipos penales que el legislador ha tomado en cuenta en las últimas décadas, se refiere a distintas «velocidades» que puede tener este derecho penal moderno. En su planteamiento, este profesor catalán sostiene que hay

35 Roxin, C. *¿Puede llegar a justificarse la Tortura?: conferencias magistrales núm. 12*. Gómez Navajas, Justa. (trad.). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, pp. 17 y 18. «De hecho la Corte Suprema israelí en 1996 declaró admisible el empleo de violencia contra presuntos terroristas detenidos, si se parte de la base de que esto es necesario a fin de evitar un inminente acto terrorista contra la población. No obstante, el Tribunal ha abandonado en gran parte esta opinión en otra sentencia de 1999. No quiero erigirme en juez acerca de la jurisprudencia israelí, sobre todo porque, incluso ésta no es unánime. Israel es un Estado cuya existencia está en peligro a causa del terrorismo y que se encuentra en un estado similar al de guerra. En estas situaciones el Derecho penal del ciudadano suele ser sustituido por el Derecho penal del enemigo, para expresarlo con conceptos de Jakobs, lo cual trae consigo importantes pérdidas para el Estado de Derecho. En todo suceso, la realidad de la República Federal de Alemania no se halla amenazada y, por tanto, está obligada a un Derecho penal del ciudadano que defienda ilimitadamente los derechos humanos».

36 Jakobs, G.; Cancio Meliá, M. *Op. cit.*, p. 17.

37 Portilla Contreras, G. *Op. cit.*, pp. 204 y 205.

un derecho penal de una «primera velocidad» que serían los tipos penales que tienen previsto encarcelamiento como pena, y aquellos ilícitos que solo serían penados con multas o privación de derechos comprenderían lo que sería un derecho penal de «segunda velocidad».

Pero en el caso del derecho penal del enemigo, Silva Sánchez acepta su existencia y propone encuadrarlo en una «tercera velocidad». Sobre esto manifiesta:

«De ahí que, en estos ámbitos, en lo que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales. Ahora bien, en todo caso, conviene subrayar que el Derecho penal de la tercera velocidad no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos “de emergencia”, siendo expresión de una especie de “Derecho de guerra” en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción».³⁸

Como se puede apreciar, así como este notable tratadista, existen otros que aceptan la existencia de un derecho penal del enemigo. Quizá no lo legitiman, pero sostienen que en el derecho penal moderno hay legislaciones que incorporan disposiciones «especiales» o que podrán utilizar en situaciones «extraordinarias» con tal de salvaguardar la seguridad del Estado, ante ataques que puedan poner en peligro la existencia de ese Estado.

Todo esto es en realidad muy complejo y polémico, pero lo sucedido en los últimos años, me refiero a los distintos ataques terroristas, han llegado a definir un nuevo orden mundial que apareja una paranoia por la seguridad, que cualquiera lo puede constatar con el hecho de tomar un vuelo al extranjero. Y para fundamentar este nuevo orden ha sido necesario que se reformulen las leyes penales y procesales penales de muchos países, leyes que en sí, encarnan el derecho penal del enemigo que propugna Günther Jakobs.³⁹

38 Silva Sánchez, J. *La expansión del Derecho penal*. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina: Edisofer s.l. Editorial B de f, 2011, pp. 186 y 187.

39 Jakobs, G.; Polaino Navarrete, M.; López Betancourt, Eduardo. *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (Estudios de Derecho Penal Funcionalista): Discursos de investidura como Doctores Honoris Causa por la Universidad de la Barra Nacional de Abogados, México, DF (leídos el 28 de septiembre*

En la línea crítica, Portilla Contreras enfatiza:

«... tanto JAKOBS como algunos de sus discípulos han pretendido ofrecer legitimación al violento reingreso de la teoría del estado de excepción schmittiana, del concepto de enemigo injusto y la guerra justa como manifestación primigenia de un Derecho penal que, de ese modo, se militariza. Se justifica así la acción bélica preventiva que se plantea en el estado de naturaleza, un escenario en el que todo es válido contra el enemigo en la búsqueda de la seguridad cognitiva de los “ciudadanos”. En definitiva, se brinda la cobertura perfecta al regreso del *decisionismo soberano*».⁴⁰

Pero esta obsesión por la seguridad se ha visto reflejada también en la proliferación de legislación penal que regule ámbitos que no son susceptibles de estar incluidos en el ramo penal. Además que la tendencia es reformar la ley estipulando penas más severas y en ciertos casos, relajando las garantías procesales de las cuales debe estar asistido el sindicado.

de 2005). Primera edición. México: Editorial Porrúa, SA de CV, 2006, pp. 59 y 60. «Si una situación en Derecho aún no se ha establecido, se trata del estado prejurídico, es decir, precisamente, el estado de naturaleza, y en él no hay personalidad jurídica. Por ello, de por sí, contra los que vulneran los derechos humanos –quienes por sí mismos ciertamente no ofrecen seguridad suficiente de que se comportarán como personas en el sentido del Derecho– está permitido todo aquello que está permitido en el estado de naturaleza para conseguir que una constitución civil adquiriera carácter real, y esta autorización amplia es utilizada en la *praxis*, empezando por hacer la guerra, y no enviando tan sólo a la policía para ejecutar una orden de detención. Una vez que se tiene al autor, desde luego, se cambia al Código penal y al Código procesal penal, como si se tratara de un hecho cometido por celos o de otros conflictos civiles parciales similares. Por lo tanto, se declara al autor persona en Derecho para poder establecer la ficción de una vigencia universal de los derechos humanos como algo ya real, presente de acuerdo con su idea, y se elude el problema de cómo el orden aun por establecer podría legitimarse como orden universal. Sería más sincero distinguir entre el *establecimiento* de un orden y su *mantenimiento*, cono que también se percibiría con claridad que el autor no proviene de la sociedad que le condena –ni Milosevic, ni, en su tiempo, el “ciudadano” Capet. Este discurso, desde luego, no se dirige contra la intención de establecer derechos humanos de vigencia universal; lo único es que habría que saber lo que se hace si en ese proceso se causa dolor: no se pena ciudadanos, sino se trata a enemigos».

40 Portilla Contreras, G. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007, p. 252.

Ante este panorama actual, el profesor argentino Jorge Buompadre señala:

«Complejo escenario que nos moviliza a que nos preguntemos: ¿Por qué es “Derecho penal del enemigo”, el atentado con explosivos, alguna infracción contra la seguridad del tráfico viario, o el maltrato a la pareja –fenómeno que conocemos hoy día como violencia intrafamiliar o doméstica–, y no lo es el homicidio por placer de varios sujetos?». ⁴¹

En verdad es difícil adivinar los criterios del legislador, para buscar penar ciertas conductas, en la que casi siempre se responde a presiones políticas o de grupos que tienen interés en que se «criminalicen» acciones que no lo estaban. Como se ve, el derecho penal del enemigo es una tesis muy discutida, y que ha cobrado mucha vigencia en los últimos años.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2007.

CANCIO MELIÁ, M. «De nuevo: ¿“Derecho Penal” del enemigo?» en: *Memorias XVIII Congreso Latinoamericano X Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología: «Hacia la construcción de un Derecho Penal Latinoamericano»*. Colombia: Editorial Leyer/ Universidad Nacional de Colombia, 2006.

JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B. (trad.); Primera edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.

_____ ; CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del enemigo*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2006.

_____ ; POLAINO NAVARRETE, M.; LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (Estudios de Derecho Penal Funcionalista): Discursos de investi-*

41 Jakobs, G.; Polaino Navarrete, M.; Polaino-Orts, M. *El Derecho penal ante la criminalidad del núcleo duro*. Argentina: Contexto, 2011, p. 15.

dura como Doctores Honoris Causa por la Universidad de la Barra Nacional de Abogados, México, DF (leídos el 28 de septiembre de 2005). Primera edición. México: Editorial Porrúa, SA de CV, 2006.

_____ ; _____ ; POLAINO-ORTS, M. *El Derecho penal ante la criminalidad del núcleo duro*. Argentina: Contexto, 2011.

LUHMANN, N. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*. Madrid: Beriaín, Josetxo y García Blanco, José María (ed y trad.), Editorial Trotta, S.A., 1998.

MUÑOZ CONDE, F. «Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho penal del enemigo”». *La ley grupo Wolters Kluwe: Revista Penal*. 2006, núm. 18.

_____. «El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”». En: Portilla Contreras, G. (coord.). *Memorias de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Cofás S.A. Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

ROUSSEAU, J. *Du contrat social*. Genève, Suisse: Les éditions du cheval ailé. Constant Bourquin, éditeur, 1947.

ROXIN, C. *¿Puede llegar a justificarse la Tortura?: conferencias magistrales núm. 12*. Gómez Navajas, Justa. (trad.). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

SCHMITT, C. *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Traductor Rafael Agapito; segunda reimpresión. Madrid: Lavel, S.A., 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J. *La expansión del Derecho penal*. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina: Edisofer s.l. Editorial B de f, 2011.

WALZER, M. *Reflexiones sobre la guerra*. Castells, C., y Casanova C. (trad.). Barcelona: Paidós, 2004.

ZAFFARONI, R. «La legitimación del control penal de los “extraños”».
En: Cancio Meliá, Eduardo; Gómez-Jara Díez, Carlos (coord.)
Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión. Buenos
Aires, Argentina: Gráfico, 2006.

Normativa guatemalteca aplicada al derecho del consumidor*

Mgtr. Alba Gabriela Osorio Portillo**

Sumario: I. Ley de Protección al Consumidor y Usuario. II. Actual ente administrativo mediador. III. Convenios internacionales relativos al derecho del consumidor. IV. Otras instituciones involucradas en la defensa del consumidor. V. Bibliografía. A. Libros. B. Legislación consultada. C. Jurisprudencia. D. Otros libros y fuentes de consulta.

Los derechos de los consumidores son todos aquellos pilares sobre los cuales se sostiene la estructura de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario así como el campo de aplicación y coercibilidad que pudiera llegar a tener dicha ley. Por ello, los derechos del

* Osorio Portillo, Alba Gabriela, *Defensa del consumidor en la legislación guatemalteca*, Guatemala, 2014, tesis de posgrado/trabajo de fin de máster, para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (culminación de la primera fase doctoral), capítulo III, pp. 62-81.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco; *Master Science* en Política y Comunicación por la Universidad Panamericana, año 2007; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Mariano Gálvez, año 2005. En los meses de enero a diciembre del año 2011, Asesora Jurídica de Despacho Instituto Guatemalteco de Turismo (INGUAT); de enero del año 2006 a enero del año 2011, desempeñó en el Ministerio de Gobernación los siguientes cargos y funciones: Coordinadora Área Administrativa Sustantiva de la Dirección de Asuntos Jurídicos; Asesora Despacho Ministerial en el Tema de Violencia Contra la Mujer; Asesora Específica del Ministro de Gobernación. Catedrática titular de los cursos de Derechos Humanos y Lógica Jurídica en la Universidad Mariano Gálvez en los años 2007 al 2010. Actualmente se desempeña como socia del Bufete Osorio, siendo su área de trabajo, familia, civil y mercantil.

consumidor deberán interpretarse en forma amplia y desarrollada considerando que éstos son derechos humanos consagrados en la Constitución Política de la República.

Al tomarlos en esa forma, se encontrará con la estabilidad y perdurabilidad en las relaciones comerciales entre el usuario y el productor o facilitador del servicio. Así pues, las actividades del proveedor de los bienes o servicios deben ser dinámicas y adaptables a las necesidades e intereses de su cliente, ya que constantemente el mercado está en crecimiento, renovación e innovación.¹

Guatemala es un país en vías de desarrollo, que intenta salir del «círculo vicioso de la pobreza»,² como lo denomina Oppenheimer, clasificado teóricamente como tercermundista y dependiente de la exportación de materias primas y con una economía de subsistencia. Al respecto, el Banco de Guatemala, reporta en sus cifras oficiales que el salario mínimo diario de un guatemalteco en 2013, dividido en tres actividades básicas como actividades agrícolas, no agrícolas, exportadora y de maquila, en promedio de Q.69.47, casi el equivalente a nueve dólares de los Estados Unidos de América,³ eso corrobora que el universo de consumidores y usuarios de bienes y servicios es pobre, con bajo poder adquisitivo y con poca capacidad para reclamar calidad y excelencia frente a un Estado relativamente pequeño y con altos niveles de corrupción, burocracia y cooptación por parte de poderes paralelos, clientelismo y corporativismo.

1 Esto lo podemos ver en la transición de los negocios hacia plataformas digitales que trascienden fronteras, zonas horarias e idiomas. Otro caso podemos verlo con la transformación de materias para la construcción de vehículos más livianos, más eficientes, potentes y amigables con el medio ambiente. Por último vemos los ejemplos de empresas como KODAK que habiendo sido superado por la era de las fotografías digitales intenta mantenerse en la producción de cinta celulosa para la filmación de películas y largometrajes así como para la fotografía de éstas, al no haberse subido a tiempo al tren de la tecnología, con igual suerte podrían encontrarse pronto las industrias editoriales junto con los medios de comunicación escritos si urgentemente no encuentran valor agregado a sus productos, podrán ser superados por los dispositivos móviles y las aplicaciones para acceso en línea de la información. En todos estos casos, el empresario debe estar atento a estos cambios y adecuarse a ellos para no perder su cuota de terreno.

2 Oppenheimer, Andrés. *Cuentos chinos*. Random House Mondadori, S.A. de C.V. México, D.F.: 2006. Pág. 17.

3 «Guatemala en Cifras». Banco de Guatemala. Febrero 2014. Pág. 29.

La población alcanza los 14.5 millones y es esencialmente joven. Y, según cifras oficiales, 7 540 105 millones de habitantes están en el área rural y el resto en la urbana.⁴ En un territorio de 108 889 km², una extensión aproximada al estado de Tennessee, Estados Unidos de América, confluyen pueblos mayas, más de veinte idiomas autóctonos, quinientos años de historia de conquista, un finalizado conflicto armado interno que duró casi cuatro décadas y, luego de la firma de los Acuerdos de Paz,⁵ últimamente es observable el fenómeno social de enorme impacto mediático, de gobernabilidad y que incide en las inversiones nacionales o extranjeras, como lo es el surgimiento de movimientos comunitarios locales y/o regionales a nivel nacional. En ese contexto, entre otras demandas sociales, la experiencia comparativa ofrece gran variedad de vertientes sobre las que se proyecta el derecho del consumo: penal para sancionar las más graves transgresiones; administrativa, pues los Estados dedican importantes medios personales y materiales para proteger eficazmente a los consumidores; y, por supuesto, civil y mercantil, por recaer fundamentalmente sobre contratos de una y otra clase. Estos avances en materia legislativa, también permitieron que se estableciera la definición legal de consumidor o usuario –probablemente necesaria pese a los tradicionales inconvenientes que se achacan a las definiciones legales– se ofrece en términos de una razonable amplitud que no excluye a profesionales y empresarios con tal que reúnan el requisito de ser destinatarios finales de la prestación contemplada en el contrato. También debe resaltarse que la figura del otro contratante se concibe con extraordinaria amplitud sin excluirse a las empresas públicas que actúan en régimen de monopolio.

4 Ibid. Pág. 15.

5 En cuanto al tema *ambiental*, lo relativo a la protección y conservación de la riqueza natural de Guatemala, fue contemplado en los Acuerdos de Paz, reconociéndole como un «valioso activo del país y de la humanidad, además de un valor cultural y espiritual esencial para los pueblos indígenas. El país cuenta con una diversidad biogenética y forestal cuya explotación irracional pone en riesgo un entorno humano que facilite el desarrollo sostenible». Además, contempló que entre los principios del desarrollo sostenible, el Estado debe «promover programas de manejo sostenible de los recursos naturales, generadores de empleo». Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, suscrito en México, D.F, el 6 de mayo de 1996, entre la Comandancia de la ex Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, URNG, y los representantes del Gobierno de la República y sector empresarial. *Acuerdos de Paz*. Universidad Rafael Landívar y Secretaría de la Paz. Guatemala, 3.ª edición. Guatemala, 1998. Pág. 132.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se incluye un título completo acerca de los derechos y deberes de los guatemaltecos. Entre las disposiciones encontramos:

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

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha manifestado que

«... el principio de igualdad, plasmado en el artículo 4o. de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge...».⁶

Nuestra Constitución Política consagra en su artículo 12 el denominado doctrinariamente «debido proceso» como una garantía constitucional y también procesal para cualquier ámbito jurídico siendo la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.⁷

«... Tal garantía consiste en la observancia por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que entraña el

6 Gaceta núm. 24, expediente núm. 141-92, página núm. 14, sentencia: 16-06-92.

7 Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas. Se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso...».⁸

Por otra parte, los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley. En materia administrativa el término para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días. En materia fiscal, para impugnar resoluciones administrativas en los expedientes que se originen en reparos o ajustes por cualquier tributo, no se exigirá al contribuyente el pago previo del impuesto o garantía alguna.⁹

«... Este precepto, en concordancia con el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que en materia administrativa el término máximo para resolver y notificar las resoluciones es el que señala la ley específica aplicable al caso concreto o, en su defecto, el de treinta días. En caso de que la autoridad omita el cumplimiento de la obligación referida en dicho término el interesado puede acudir al amparo para que se fije un plazo razonable a efecto de que cese la demora en resolver y notificar...».¹⁰

Habida cuenta que en Guatemala existe el derecho a la libertad de industria, comercio y trabajo, la cual está reconocida en la Constitución Política, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.¹¹

8 Gaceta núm. 54, expediente 105-99, página núm. 49, sentencia: 16-12-99.

9 Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

10 Gaceta núm. 54, expediente núm. 661-99, página núm. 296, sentencia: 27-10-99.

11 Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por otra parte, es obligación fundamental del Estado la defensa de consumidores y usuarios¹² en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.¹³

Sobre este derecho, la Corte de Constitucionalidad declara que:

«... El comercio, entendido como la actividad lucrativa que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva, intermediando directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza, se encuentra especialmente reconocido y protegido por el artículo 43 de la Constitución Política de la República, el cual preceptúa que el mismo puede ejercerse libremente, salvo –reza la norma– las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. Como puede apreciarse, este precepto formula una reserva en lo relativo a que sólo mediante leyes –dictadas por el Congreso de la República– puede restringirse la actividad de comercio...».¹⁴

Finalmente, el artículo 130 de la ley suprema guatemalteca establece que el Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.¹⁵

Para la Corte de Constitucionalidad:

«... El artículo 130 de la Constitución [...] forma parte asimismo del “régimen económico social”; establece que se prohíben los monopolios y privilegios y que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores. Se trata también de dos normas que imponen directrices al Estado en orden a limitar deter-

12 Literal i) del artículo 119 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

13 Véase: Gaceta núm. 46, expediente núm. 336-97, página núm. 440, sentencia: 26-11-97. Gaceta núm. 40, expediente núm. 525-95, página núm. 298, sentencia: 25-06-96, ambas de la Corte de Constitucionalidad.

14 Gaceta núm. 50, expediente núm. 444-98, página núm. 290, sentencia: 10-11-98.

15 Artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

minadas actividades económicas de los particulares, para lo cual deberá “limitar” el funcionamiento de las empresas monopolísticas y “proteger” la economía de mercado. En los preceptos constitucionales comentados, no se hace referencia alguna a las actividades realizadas por el propio Estado, es decir, no contienen respecto de ellas norma prohibitiva expresa susceptible de ser infringida...».¹⁶

Lo anterior está estrechamente relacionado con el Título II del Código de Comercio,¹⁷ referente a la protección a la libre competencia, especialmente con su artículo número 361:

«... Todas las empresas tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores. Esto significa que el principio constitucional invocado de que el Estado “protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores” se encuentra desarrollado en la disposición citada del Código de Comercio y en otras disposiciones legales...».¹⁸

Considerando que el derecho del consumidor tiene el rango de derecho humano de naturaleza constitucional, la acción para enjuiciar a los infractores de los derechos humanos es pública¹⁹ y puede ejercerse mediante simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna, siendo legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución.²⁰

Así la Constitución provee herramientas adecuadas para defender y promover los derechos humanos, por lo que el conocimiento de la misma es fundamental para todos los habitantes de la República.

Es por ello, que el énfasis que se hace en los artículos mencionados, está estrictamente ligado a la persona humana, debido a que generalmente, siempre ha existido una brecha de poder económico que ha favorecido a la parte pudiente, olvidando que el Estado debe

16 Gaceta núm. 39, expediente núm. 439-95, página núm. 16, sentencia: 03-01-96.

17 Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República y sus reformas.

18 Gaceta núm. 10, expediente 307-88, página núm. 116, sentencia 22-11-88.

19 Artículo 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

20 Gaceta núm. 9, expedientes acumulados núm. 39-88 y 40-88, página núm. 28, sentencia: 17-08-88.

hacerse responsable de los menos afortunados, hablando estrictamente, de asuntos relacionados con la aplicación de la justicia. Aparte de la demanda de protección para preservar la salud, la vida y todo lo relacionado con aspectos económicos de la nación.

El Estado de Guatemala tiene por obligación limitar el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.²¹

Dicho artículo:

«... forma parte asimismo del “régimen económico social”; establece que se prohíben los monopolios y privilegios y que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores. Se trata también de dos normas que imponen directrices al Estado en orden a limitar determinadas actividades económicas de los particulares, para lo cual deberá “limitar” el funcionamiento de las empresas monopolísticas y “proteger” la economía de mercado. En los preceptos constitucionales comentados, no se hace referencia alguna a las actividades realizadas por el propio Estado, es decir, no contienen respecto de ellas norma prohibitiva expresa susceptible de ser infringida...».²²

El tratadista Luis Fernández De la Gándara manifiesta que:

«Cuando se trata, por el contrario, de normas destinadas a regular la competencia –regulación sobre prácticas restrictivas o sobre competencia ilícita– resultan asimismo infructuosos los intentos de atribuir a estas últimas un contenido moral. Es cierto que en toda legislación antitrust la exigencia de tutelar los intereses de la parte económicamente más débil –el consumidor– ofrece una tenue coloración ética: ésta no es sin embargo la única ni siquiera la más importante de sus motivaciones.

El respeto de una particular lealtad en medio de la deslealtad opera de hecho como las viejas “reglas de la caballería”: una especie de “metis homérica” cuya finalidad última no es tanto el noble principio de la

21 Artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

22 Gaceta núm. 39, expediente núm. 439-95, página núm. 16, sentencia: 03-01-96.

igualdad en la distribución de la riqueza social sino, lisa y llanamente, la supervivencia del mercado, la política de reestructuración industrial, la mayor eficiencia del sistema económico. Objetivos que, por su propia lógica, toleran toda clase de desigualdades y se apartan por consiguiente de la segunda fórmula del imperativo kantiano, recogida en la “Crítica de la razón práctica”, que obliga a “actuar de modo de tratar a la humanidad, tanto en tu persona como en la del prójimo, siempre como un fin y no sólo como un medio».²³

Abrego Sandoval indica que:

«Haciendo una interpretación de las normas citadas, se puede decir que la libertad empresarial protege el derecho de escoger y desarrollar la actividad económica que desee, para la consecución de un lucro o beneficio económico, además se establece la prohibición del establecimiento de monopolios y se garantiza la protección del consumidor y usuario».²⁴

En ese orden de ideas el Código Civil²⁵ establece en el artículo 1645 que toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En todo caso, el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado.²⁶

En el ámbito de la contratación civil, el enajenante está sujeto al saneamiento por evicción o por vicios ocultos, en todo contrato oneroso en que se transfiere la propiedad, la posesión, el uso, goce o disfrute de una cosa.²⁷ En ese sentido, si la cosa enajenada fuere inmueble y resultare gravado con servidumbres no aparentes de las

23 Fernández De la Gándara, Luis. *Derecho, ética y negocios*. Discurso de apertura del año académico 1993-1994. Universidad de Alicante, España: 1993. Pág. 17.

24 Abrego Sandoval, Pablo César: *La importancia jurídica legal de incorporar el derecho al consumo como parte del derecho de obligaciones regulado por el Código Civil guatemalteco*. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: 2012. Pág. 20.

25 Decreto Ley 106 del Jefe de Estado y sus reformas.

26 Artículo 1646 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Estado y sus reformas.

27 Artículo 1543 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Estado y sus reformas.

que no se dio noticia al adquirente al tiempo de contratar, puede éste ejercitar la acción de reducción del precio, si no prefiere la redhibición; pero deberá intentar aquélla dentro de tres meses contados desde el día en que tenga conocimiento de la servidumbre.²⁸

Si se probare que el enajenante conocía los defectos de la cosa, está obligado a indemnizar daños y perjuicios, además de restituir el precio. Si los ignoraba, no está obligado sino a la restitución del precio y al pago de los gastos del contrato si se hubieren causado.²⁹

En cuanto a la responsabilidad administrativa para con el usuario de los servicios que presta el Estado de Guatemala a sus ciudadanos, el Código de Salud define que de manera coordinada se deben desarrollar las funciones siguientes:³⁰

- a) Al Ministerio de Salud le corresponden las de prevención y control en las etapas de procesamiento, distribución, transporte y comercialización de alimentos procesados de toda clase, nacionales o importados incluyendo el otorgamiento de la licencia sanitaria para la apertura de los establecimientos la certificación sanitaria o registro sanitario de referencia de los productos y la evaluación de la conformidad de los mismos, vigilando las buenas prácticas de manufactura. Asimismo, es responsable del otorgamiento de la licencia sanitaria y el control sanitario para los expendios de alimentos no procesados.
- b) Al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, las de prevención y control en las etapas de producción, transformación, almacenamiento, transporte, importación y exportación de alimentos naturales no procesados.
- c) Al Ministerio de Economía, las de control en el campo de la meteorología y la propiedad industrial.
- d) A las municipalidades, las de prevención y autorización de establecimientos relacionados con el manejo y expendio de alimentos

28 Artículo 1570 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Estado y sus reformas.

29 Artículo 1562 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Estado y sus reformas.

30 Artículo 130 Código de Salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República y sus reformas.

en rastros municipales de conformidad a las normas establecidas por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, mercados, ferias y ventas de alimentos en la vía pública.

- e) Al Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Energía y Minas a través de su dependencia específica, compete el control y la certificación de los niveles de radiactividad en los alimentos, así como la evaluación de los efectos de la radiactividad y la aptitud para el consumo de dichos alimentos.

I. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO

A nivel internacional, Guatemala adquirió el compromiso de aplicar las directrices para la protección al consumidor, aprobadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1985, mediante resolución número 39/248.³¹

Para Glenda Vela:

«... es evidente que debido a la conformación y vigencia de la Ley en cuestión, existe de alguna manera mejoría en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios; sin embargo, luego del análisis, se puede inferir que falta mucho por establecerse, citando como ejemplo, el hecho de que el consumidor o usuario puede cobrar los daños y perjuicios derivados de un producto defectuoso o de una publicidad engañosa, pero debe atender primeramente a una conciliación llevada ante la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y luego si el consumidor o usuario lo desea, en cuanto a que no se cumplió con sus pretensiones, y la molestia que le hubiere causado el proveedor, acudir ante los tribunales del orden civil a realizar un juicio ordinario de daños y perjuicios, lo cual a todas luces resulta engorroso y que provocaría más gastos al consumidor o usuario, situaciones como éstas, permiten inferir que en el caso de protección de los consumidores o usuarios como producto de esta ley, falta mucho por hacer».³²

31 Orozco Canté, Rogelio Orozco. *Competencia de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, DIACO, al ejercer procuración al consumidor*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: 2012. Pág. 17.

32 Vela Santizo, Glenda Marisol. *La Ley de Protección al Consumidor y Usuario y la necesidad de que se incluyan figuras delictivas*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: 2010. Pág. 28.

Habida cuenta de las presiones internacionales hacia Guatemala en esta temática, se evidencia que la aprobación *express* de dicha Ley trajo deficiencias jurídicas y técnicas sin mencionar las limitaciones de coercibilidad de la misma. Dicha norma jurídica quedó carente de efectiva protección y defensa de los derechos del consumidor por parte del Estado de Guatemala, puesto que se crea una Dirección dependiente administrativamente de un Ministerio de Estado, en vez de dar lugar a la conformación de un ente autónomo, independiente y con plenas capacidades para actuar (como lo debiera de ser una Procuraduría).

Para Abrego:

«... la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, tiene por objeto controlar y evitar el alza inmoderada de los precios de los productos y servicios esenciales para la población, es aplicada a toda persona individual o jurídica que comete actos de especulación, acaparamiento, variación de peso, medida o calidad en los productos y servicios esenciales. Esta ley fue emitida en un ambiente económico de libre mercado, dentro de una economía moderna y un ámbito de globalización económica internacional. El principal objetivo de la ley es promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios, así como establecer las infracciones, sanciones y procedimientos aplicables en dicha materia, cuando no se cumpla la misma».³³

Sánchez de Ocaña, escribe: «... viviendo como vivimos, en una sociedad de consumo, en una sociedad asfixiada por los bienes que se ofrecen y por la propaganda que los presenta, el tema de la protección del consumidor es de singular importancia».³⁴

En ese sentido, el Congreso de la República de Guatemala promulgó el Decreto 6-2003, «Ley de Protección al Consumidor y Usuario» para también darle cumplimiento a los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual mediante Resolución Número 39/248 del 09 de abril de 1985, conminó a los Estados firmantes a la protección y salvaguarda de los derechos e intereses legítimos de los consumidores en sus países.

33 Abrego Sandoval, Pablo César. Op. Cit., Pág. 22.

34 Sánchez de Ocaña, Roberto. *Publicidad, consumismo y algo más: los efectos de la globalización*. Guatemala: 1991. Pág. 123.

II. ACTUAL ENTE ADMINISTRATIVO MEDIADOR

Para hablar del tema relacionado con la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, como ente rector de los derechos de los usuarios y consumidores, se hace imprescindible mencionar aspectos que la historia nos ofrece desde mediados del Siglo XX. Se dispuso a través del Decreto 93 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, con fecha 27 de abril de 1945, crear el Ministerio de Economía y Trabajo, el cual, en el Artículo 16, le asignaba las atribuciones a desarrollar en dicho Ministerio.

Posteriormente, obedeciendo el Acuerdo Gubernativo de fecha 5 de junio de 1945, se crea la Oficina de Coordinación de Precios y Abastecimiento, con el fin de dar aplicación al Decreto Número 90, Ley de Emergencia Económica, con el objeto de impedir las fluctuaciones bruscas de los precios, velando por el mantenimiento de la estabilidad y el equilibrio económico del país, de acuerdo con las diversas leyes, reglamentos y disposiciones de emergencias.

Unos seis meses después, un Acuerdo Presidencial, de fecha 18 de febrero de 1946, indica que la Oficina de Coordinación de Precios y Abastecimientos no llenaba los fines para los cuales había sido creada, por lo que resulta oneroso su sostenimiento al erario nacional; tomando en cuenta esas consideraciones, se suprime y se crea la Oficina de Estabilización Económica, la cual tendrá todas las atribuciones de la anterior, ya que fue sustituida debido a que su estructura no era viable para los recursos de la nación.

Tres años más tarde, según Acuerdo Presidencial de fecha 5 de enero de 1948, se dio una nueva organización complementaria distinta a la oficina anterior, la cual fue suprimida para dar paso a la creación de la Dirección General de la Economía Nacional, dándole atribuciones que correspondían a la oficina suprimida.

Debido a la confrontación que en ese tiempo tenía el Ministerio de Economía y Trabajo se pensó que esta dirección controlaría y regularía todo lo concerniente a la economía nacional, de esa cuenta se formó entre su estructura el Departamento de Control de Precios y Abastecimiento, el cual quedó a cargo de todo lo relativo a controles de ese tipo.

La Dirección General de la Economía Nacional, corrió la misma suerte, siendo suprimida obedeciendo al Acuerdo Presidencial del 29 de julio 1949, creándose la Dirección General de Comercio, Industria y Controles, dándole las atribuciones que aparecieran en su Reglamento Interno, el cual se sancionó en el Acuerdo Presidencial del 25 de julio de 1950, o sea un año después de su creación.

En el Acuerdo Presidencial del 28 de julio de 1953, se indicaba que debido a motivos de presupuesto era necesario suprimir la Dirección General de Comercio, Industria y Controles, y en su lugar se creaba el Departamento Administrativo de Economía y Trabajo, señalándose que las atribuciones serían las mismas que tenía la oficina que se cancelaba.

Un año después, debido a las situaciones políticas imperantes en el país y al cambio en las posiciones estructurales, en el Decreto 19 de la Junta de Gobierno de la República de Guatemala de fecha 15 de julio de 1954, se dispuso cancelar el Departamento Administrativo de Economía y Trabajo, indicándose que en tanto se hacen las revisiones pertinentes queda a cargo del Ministerio de Economía y Trabajo, las aplicaciones de los acuerdos vigentes sobre los precios y los artículos controlados.

Luego de varios años, la temática relacionada con la protección al consumidor, volvió a tener eco en los gobiernos de turno, esto, debido a que la influencia y presión que a nivel internacional se ejercía sobre las naciones era bastante evidente. Así que, durante 1985, con el Decreto Ley Número 1-85, se crea la Ley de Protección al Consumidor, promulgada por el general Óscar Humberto Mejía Vítores, Jefe de Estado de ese entonces.

El objetivo primordial del Decreto, era desarrollar la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, en un marco de política económica regulada por el Estado. Por otro lado, se evidenciaba la necesidad de ejercer control sobre el alza inmoderada de los precios de los productos y servicios básicos para la población; ya que para ese momento el sector económico, responsable de satisfacer las necesidades de los consumidores, estaba rebasando los precios de manera ilimitada, aprovechándose de la población; de ahí nace la idea de establecer delitos económicos y las sanciones correspondientes.

Dicha ley también era de aplicación para toda persona natural o jurídica que cometa actos de especulación, acaparamiento, alza inmoderada de precios, variación de peso, medida o cantidad, en los servicios y/o productos esenciales, los cuales eran calificados como delitos económicos; por lo tanto, la creación del respectivo reglamento de la ley de Protección al Consumidor y Usuario, también se hizo indispensable.

Luego de ello, unos años más tarde, a principios de septiembre de 1995, por medio del Acuerdo Gubernativo Número 425-95, se creó la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO), como una dependencia del Ministerio de Economía, con el fin de orientar, asistir e informar a la población lo relativo a las características mínimas de los productos ofrecidos en el mercado, así como facilitar a los consumidores información referente al uso adecuado de mercaderías; otra de sus funciones era contribuir a minimizar el empleo de prácticas que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores.

Para efecto de definición de funciones relacionadas con la asistencia a los consumidores y usuarios, en materia de reclamo a los proveedores, se crea el Reglamento de la DIACO, Acuerdo Ministerial Número 250-95, con fecha 10 de octubre de 1995. Otro aspecto que fue considerado en el reglamento, está relacionado con informar a la población, respecto de las condiciones de uso de los productos, contribuyendo a minimizar la utilización de prácticas perjudiciales a los intereses económicos de la misma.

Tomando en cuenta los cambios dentro de las corrientes mundiales relacionados con la globalización y en particular de los tratados de libre comercio, en febrero 2003, el gobierno de Alfonso Portillo propuso el proyecto de Ley, actualmente vigente; el mismo, después de ser aprobado por el Congreso de la República, llegó a constituir el Decreto Número 006-2003, Ley de Protección al Consumidor y Usuario, posteriormente, pero en el mismo año, se creó el Reglamento, Acuerdo Gubernativo Número 777-2003, desarrollando estas disposiciones de la ley a efecto de delegar a la DIACO la responsabilidad de aplicación.

Toda acción realizada para efectos de protección al consumidor, obedeció a la Resolución 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante abril de 1985, la cual estableció la necesidad

de protección de los derechos del consumidor para todos los Estados parte. Por lo tanto, Guatemala adquirió y cumplió el compromiso promulgando la ley y su respectivo reglamento.

A pesar del avance ocurrido hasta el momento, no fue sino hasta 1986, cuando se realizó un esfuerzo formal contemplado en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual establece las obligaciones del Estado.³⁵

La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, DIACO, es la institución gubernamental guatemalteca, con competencia en todo el territorio nacional, responsable de aplicar la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Decreto Número 006-2003 y su reglamento, el respeto, cumplimiento y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, así como de las obligaciones de los proveedores.

De acuerdo con el artículo 53 de dicha ley, la DIACO se constituye en una dependencia del Ministerio de Economía, gozando de independencia funcional y técnica, sin perjuicio de las obligaciones que competen a los tribunales de justicia.³⁶

Actualmente nuestra legislación es incipiente en lo que respecta a la defensa del consumidor, otros países ya trabajan en la mejora de los derechos de sus consumidores y usuarios en forma más avanzada.

III. CONVENIOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL DERECHO DEL CONSUMIDOR

En otro contexto, las Naciones Unidas, en resolución 35-63 del 5 de diciembre de 1980, aprobada por la Asamblea General, crea un conjunto de principios y normas equitativas convenidas multilateralmente para el control de prácticas comerciales restrictivas. Por lo tanto, implica que los gobiernos deben adoptar o mantener políticas que especifiquen la responsabilidad de los productores para asegurar la durabilidad, utilidad y fiabilidad de los bienes y servicios, que promuevan la competencia leal y efectiva para brindar al consumidor la libertad de elección, que garanticen la protección contra abusos

35 Artículo 119 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

36 Ley de protección al Consumidor y Usuario, Decreto 006-2003.

contractuales y, que garanticen la obtención de información sobre los efectos de los productos en el medio ambiente.³⁷

La Asamblea General de las Naciones Unidas, durante 1985, aprobó en consenso con los Estados participantes, las Directrices para el consumidor, las cuales proporcionan a los gobiernos, un marco para la elaboración y fortalecimiento de la legislación y las políticas relacionadas con esa temática.

Las Directrices, como comúnmente se les llama, toman en cuenta los intereses y las necesidades de los consumidores de todos los países del mundo, y particularmente de aquellos en desarrollo, reconoce que los consumidores afrontan a menudo desequilibrio en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación.

Considerando lo anteriormente expresado, se estableció que éstos deben tener el derecho a la promoción de un desarrollo económico social justo, equitativo y sostenido; además de la protección del medio ambiente.

V. OTRAS INSTITUCIONES INVOLUCRADAS EN LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El presidente americano John F. Kennedy, en su mensaje al Congreso el 15 de marzo de 1962, dijo: «Los consumidores son el único grupo económico importante que no está eficazmente organizado».³⁸ Por ello es importante contar no sólo con entes estatales que resguarden los derechos de las personas sino también de organizaciones que defiendan y abanderen las acciones para el ejercicio de sus derechos respecto al consumidor y/o usuario.

«... En Guatemala sólo existe una organización de este tipo que es la Liga de Protección al Consumidor y Usuario, pero que pese a los esfuerzos a nivel de sociedad civil que ha realizado, no es suficiente y que ello hace inviable la aplicación de estas normas en cuanto al derecho de los consumidores y usuarios de conformarse en asociaciones, puesto que no existe el estímulo del Estado, a través de mecanismos e

37 Resolución 35-63 del 5 de diciembre de 1980, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

38 <http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10-58/80-proconsumer/117-contratos-de-consumo-y-clausulas>.

instituciones adecuadas, ya que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor realiza un papel muy bajo, puesto que no incentiva la participación de los ciudadanos a formar asociaciones, porque si los consumidores se unieran se podría mejorar los casos de abusos de los proveedores de bienes o servicios en contra de los consumidores o usuarios, como sucede actualmente». ³⁹

Entonces, vemos que:

«A través de la historia los derechos del consumidor es un tema delicado que le pertenece a las entidades internacionales tanto jurídicas como políticas, en la actualidad es un tema muy importante para todo el ámbito universal. Podemos decir que una de las primeras actividades que se tiene como antecedentes sobre la protección al consumidor se encuentra en el continente europeo, ya que en el continente europeo por su desarrollo se buscaba de manera continua la obtención de mejores condiciones para todas las personas que adquirirían bienes y servicios, en cualquier sentido. Se dice que en las décadas de 1830 y de 1840 se forman distintas cooperativas que manifestaban las necesidades de los consumidores y buscaban el modo de una protección de sus derechos. En Alemania, así como en Inglaterra, se crean muchas asociaciones que tenían como fin la protección para los consumidores, y a partir de este año en adelante en todo el mundo se busca la protección para los consumidores, siguiendo el ejemplo de dichos países». ⁴⁰

V. BIBLIOGRAFÍA

A. Libros

ABREGO SANDOVAL, Pablo César: *La importancia jurídica legal de incorporar el derecho al consumo como parte del derecho de obligaciones regulado por el Código Civil guatemalteco*. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: 2012.

BANCO DE GUATEMALA. «Guatemala en Cifras». Febrero 2014.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. *Derecho, ética y negocios*. Discurso de apertura del año académico 1993-1994. Universidad de Alicante, España: 1993.

39 Vela Santizo, Glenda Marisol. Op. Cit. Pág. 29.

40 Op. Cit. Pág. 15.

OPPENHEIMER, Andrés. *Cuentos chinos*. Random House Mondadori, S.A. de C.V. México, D.F.: 2006.

OROZCO CANTÉ, Rogelio Orozco. *Competencia de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, DIACO, al ejercer procuración al consumidor*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: 2012.

SÁNCHEZ DE OCAÑA, Roberto. *Publicidad, consumismo y algo más: los efectos de la globalización*. Guatemala: 1991.

VELA SANTIZO, Glenda Marisol. *La Ley de Protección al Consumidor y Usuario y la necesidad de que se incluyan figuras delictivas*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: 2010.

B. Legislación consultada

Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, suscrito en México, D.F, el 6 de mayo de 1996, entre la Comandancia de la ex Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, URNG, y los representantes del Gobierno de la República y sector empresarial. *Acuerdos de Paz*. Universidad Rafael Landívar y Secretaría de la Paz. Guatemala, 3.^a edición. Guatemala, 1998.

Constitución Política de la República de Guatemala. Publicaciones del Ministerio de Gobernación, Guatemala, 1985.

Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Estado y sus reformas.

Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República y sus reformas.

Código de Salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República y sus reformas.

Ley de protección al Consumidor y Usuario, Decreto 006-2003.

Resolución 35-63 del 5 de diciembre de 1980, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

C. Jurisprudencia

Gaceta núm. 9, expedientes acumulados núm. 39-88 y 40-88, página núm. 28, sentencia: 17-08-88.

Gaceta núm. 10, expediente 307-88, página núm. 116, sentencia 22-11-88.

Gaceta núm. 24, expediente núm. 141-92, página núm. 14, sentencia: 16-06-92.

Gaceta núm. 39, expediente núm. 439-95, página núm. 16, sentencia: 03-01-96.

Gaceta núm. 40, expediente núm. 525-95, página núm. 298, sentencia: 25-06-96.

Gaceta núm. 46, expediente núm. 336-97, página núm. 440, sentencia: 26-11-97.

Gaceta núm. 50, expediente núm. 444-98, página núm. 290, sentencia: 10-11-98.

Gaceta núm. 54, expediente núm. 661-99, página núm. 296, sentencia: 27-10-99.

Gaceta núm. 54, expediente 105-99, página núm. 49, sentencia: 16-12-99.

D. Otros libros y fuentes de consulta

[http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10-58/80-proconsumer/117-contratos-de-consumo-y-clausulas.](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10-58/80-proconsumer/117-contratos-de-consumo-y-clausulas)



Esta revista fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S.A. en el mes de julio de 2016. 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 Investigación y
Estudios Superiores en Ciencias
Jurídicas y Sociales –IIJ–

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 >



VRIP

VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN

Universidad Rafael Landívar