



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala



Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/*EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA*
FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO
“SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO”
PRIMERA FASE FORMATIVA DEL DOCTORADO EN DERECHO

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

TESIS DE POSGRADO / TRABAJO FIN DE MÁSTER

MAURO SALVADOR CHACÓN LEMUS

CARNET 2323308

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015

CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala



Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/*EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA*
FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO
“SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO”
PRIMERA FASE FORMATIVA DEL DOCTORADO EN DERECHO

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

TESIS DE POSGRADO / TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

TRABAJO PRESENTADO POR
MAURO SALVADOR CHACÓN LEMUS

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER UNIVERSITARIO DE
INVESTIGACIÓN EN DERECHO “SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y
DERECHO”

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015
CAMPUS CENTRAL
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR: P. 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: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LICDA. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

**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

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

DECANA:	SRA. JUANA GOIZUETA VERTIZ (CALIDAD E INNOVACIÓN Y PROFESORADO)
VICEDECANA I DE ORDENACIÓN ACADÉMICA Y PROFESORADO:	SRA. ANA PÉREZ MACHIO
VICEDECANO COORDINADOR DE SECCIÓN Y RESPONSABLE DE EUSKERA Y PLURILINGÜISMO:	SR. IXUSKO ORDEÑANA GUEZURAGA
VICEDECANA DE POSTGRADO:	SRA. MAITE URIARTE RICOTE
VICEDECANA DE CALIDAD E INNOVACIÓN:	SRA. ANA ROSA GONZÁLEZ MURUA
VICEDECANO DE RELACIONES EXTERNAS Y ALUMNADO:	SR. JUAN MANUEL VELÁZQUEZ GARDETA
SECRETARIO ACADÉMICO Y RESPONSABLE DE PRÁCTICAS:	SR. MIKEL KARRERA EGIALDE

**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 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 LAGUÍA

NOMBRE DEL ASESOR/DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADUACIÓN

DRA. ANA ROSA GONZÁLEZ MURUA

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN DE DEFENSA PÚBLICA

DR. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS

DR. ESTEBAN ANCHUSTEGUI IGARTUA

DR. LARRY AMÍLCAR ANDRADE-ABULARACH



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho

Visto bueno de la Directora de la tesina para su defensa

La Dra. Ana Rosa González Murua, Directora del trabajo fin de máster presentado por el estudiante del Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho, D. Mauro Salvador Chacón Lemus, titulado “El control judicial de los derechos sociales” considera que la tesina presentada cumple con los requisitos formales, metodológicos y de contenido exigidos, por lo que da el visto bueno para su defensa ante la Comisión Académica.

En Donostia-San Sebastián, a 19 de agosto de 2014

Fdo.: Dra. Ana Rosa González Murua



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071-2014

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado del estudiante MAURO SALVADOR CHACÓN LEMUS, Carnet 23233-08 en la carrera MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO "SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO", del Campus Central, que consta en el Acta No. 07657-2014 de fecha 23 de septiembre de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO "SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO".

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 19 días del mes de junio del año 2015.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar





Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho

Declaración de originalidad:

El Maestrando Mauro Salvador Chacón Lemus, por medio de la presente,

DECLARO:

Que el Trabajo titulado EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES que presento para la obtención del título de Máster en "Sociedad democrática, Estado y Derecho" impartido por la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, es original y que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están debidamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las notas bibliográficas y en las citas que se destacan como tal y, en los casos que así lo requieran, cuento con las debidas autorizaciones de quienes poseen los derechos patrimoniales. Declaro igualmente que los materiales están libres de derecho de autor y me hago responsable de cualquier litigio o reclamación relacionada con derechos de propiedad intelectual, exonerando de responsabilidad a la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea y a la Universidad Rafael Landívar.

En Guatemala, a 28 de agosto de 2014.

Fdo.: D.

RESUMEN DEL TRABAJO

Los derechos sociales surgen para defender a las personas que no pueden proveerse del mínimo vital de ciertas prestaciones sociales por sí mismas. La práctica ha demostrado que el mero reconocimiento de estos derechos no es suficiente para su protección como derechos de “hacer”, actuar o intervenir del Estado, por lo que resulta necesario en muchos casos exigir su observancia y cumplimiento, incluso por vía judicial.

Los derechos sociales han encontrado cierta garantía jurisdiccional por medio del amparo y por medio de acciones de inconstitucionalidad para el control de las normas. Sin embargo, sus efectos no son suficientes ni idóneos para proteger estos derechos.

La presente investigación está dirigida al estudio de los sistemas jurisdiccionales establecidos en el ordenamiento jurídico guatemalteco, la correcta justiciabilidad de los derechos sociales. Así, lejos de las doctrinas sociopolíticas que lo niegan, los derechos sociales son perfectamente justiciables. Por ello, se revisan qué mecanismos posee la ciudadanía afectada para la efectiva justiciabilidad y tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en Guatemala. Tras este análisis se comprobará que actualmente dichos mecanismos son insuficientes para lograr su efectiva protección, dado que los órganos jurisdiccionales no poseen facultades para su exigencia de forma coercitiva.

Se demuestra el carácter de justiciables de los derechos sociales desde el punto de vista eminentemente jurídico, analizándolos como derechos humanos prestacionales, como mandatos constitucionales, como derechos públicos subjetivos y como parámetros de control de constitucionalidad de leyes. Se analizan los dos sistemas constitucionales de protección de Derechos Humanos y los dos sistemas ordinarios, según los ámbitos de competencia de los tribunales comunes y los especializados. Finalmente, se examinan instituciones establecidas en otros países que podrían funcionar para el efectivo control judicial de los derechos sociales, con proyección a una mayor justicia social.

El trabajo realizado constituye una investigación jurídico-propositiva, para cumplir con el objetivo de establecer los mecanismos que el ciudadano afectado posee para la efectiva justiciabilidad y tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en Guatemala, así como exponer nuevas garantías de protección.

ABSTRACT

Social rights arise to defend those who can not be provided certain minimum living benefits for themselves. However, practice has shown that the mere recognition of these rights is not sufficient for protection as rights to "make," or intervening act of the State, so it is necessary in many cases to require compliance and enforcement, via court.

Social rights found adjudicatory under warranty through unconstitutionality control standards. However, their effects are not sufficient or appropriate to protect these rights.

This research is directed to the study of judicial systems established in Guatemalan law, the correct justiciability of social rights. Consequently far from the sociopolitical doctrines that deny them, social rights are perfectly justiciable. Therefore, the mechanisms that the affected Guatemalan citizens have for the effective protection and justiciability of economic, social and cultural rights are been reviewed. After this analysis it will be found that these mechanisms are currently insufficient to achieve effective protection, as the courts have no powers to use compulsory requirement.

It is been demonstrated the justiciable character of social rights essentially from a legal point of view, analyzing them as human rights, as entitlements, as constitutional mandates, as subjective public rights and as a control parameter of constitutionality laws. The two constitutional systems of human rights protection and the two regular systems are analyzed according to the areas of competence of ordinary and specialized courts. Finally, institutions based in other countries that might work for effective judicial control of social rights, with projection to greater social justice are examined.

The legal brief is a proactive research, to meet the objective of establishing the mechanisms that the citizens have for the effective protection and justiciability of economic, social and cultural rights in Guatemala, as well as exposing new guarantees of protection.

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO I - LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	1
1. 1. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS HUMANOS PRESTACIONALES	1
1. 2. LOS DERECHOS SOCIALES COMO MANDATOS CONSTITUCIONALES.....	8
1. 3. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS	14
1. 4. LOS DERECHOS SOCIALES COMO PARÁMETROS DE CONTROL.....	19
CAPÍTULO II - SISTEMAS CONSTITUCIONALES PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	31
2. 1. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	31
2. 2. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE EL TRIBUNAL DE AMPARO.....	48
CAPÍTULO III- SISTEMAS ORDINARIOS PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES	63
3. 1. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LOS TRIBUNALES COMUNES	63
3. 2. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LOS TRIBUNALES ESPECIALIZADOS	68
CAPÍTULO IV- SISTEMAS MODERNOS PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES	75
4. 1. EFECTOS DISTINTOS EN SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD	75
4. 2. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	78
4. 3. LAS ACCIONES COLECTIVAS	84
CONCLUSIONES.....	91
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de derechos sociales surge del desarrollo histórico de las necesidades del ser humano como miembro de una colectividad en una sociedad moderna, con carácter de derechos fundamentales, los cuales nacen para defender a las personas que no pueden proveerse del mínimo vital de ciertas prestaciones sociales por sí mismas. No obstante, la práctica ha demostrado que el mero reconocimiento de estos derechos no es suficiente para su protección como derechos de “hacer”, actuar o intervenir del Estado, por lo que resulta necesario en muchos casos exigir su observancia y cumplimiento, incluso por vía judicial.

Los derechos sociales surgieron como prestaciones y servicios a cargo del Estado, en favor de los sectores postergados de la población, en virtud del carácter esencialmente asistencial que poseen. Una de las características de estos derechos, que los diferencia de los “civiles” o “individuales”, es que no pueden ser satisfechos con simples acciones de “no hacer” o “inacciones” estatales, sino que requieren un actuar dinámico del Estado para brindar a los más pobres servicios compensatorios, como la protección de la salud o la seguridad social o la promoción de un sistema educativo, que demandan del Estado distintas políticas públicas de índole social. Esa caracterización conlleva a que éstos sean incumplidos o medianamente cumplidos sin que exista voluntad para su efectiva observancia, lo que se traduce en una vaga protección o tutela de esos derechos, cuando las bases de control judicial no son firmes o uniformes.

La denominación de “derechos económicos, sociales y culturales” (en adelante, DESC) expresa los contenidos u objetos sobre los cuales versan estos derechos. Esos contenidos son principalmente un bien económico (por ejemplo: salario, prestaciones laborales, alimentación, vivienda, etc.); servicios sociales (seguros para situaciones de desgracia, asistencia especial a la infancia, etc.); y beneficios culturales (educación, participación en la vida cultural, etc.).

Con la conformación de un “Estado Constitucional de Derecho” en Guatemala desde 1986, puede afirmarse que los derechos sociales han encontrado cierta garantía

jurisdiccional por medio del amparo, ya que en Guatemala no hay ámbito que no sea susceptible de esa tutela; además, por estar reconocidos en la Constitución, estos son parámetros de confrontación en las acciones de inconstitucionalidad para el control de las normas. Sin embargo, los momentos históricos en que surgen tales mecanismos de protección de Derechos Humanos y de normas constitucionales son anteriores al reconocimiento de los derechos sociales como fundamentales; por ende, los efectos de aquéllos pueden no ser suficientes o idóneos para proteger éstos.

El contexto de análisis jurídico de la presente investigación está dirigido al estudio de los sistemas jurisdiccionales establecidos en el ordenamiento jurídico guatemalteco para la correcta justiciabilidad de los derechos sociales. De ahí que el trabajo realizado constituye una tipo de investigación jurídico-propositiva, para cumplir con el objetivo de establecer los mecanismos que la ciudadanía afectada posee para la efectiva justiciabilidad y tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en Guatemala.

La investigación partió del supuesto de que los derechos sociales son perfectamente justiciables, lejos de las doctrinas sociopolíticas que lo niegan. Otro supuesto de investigación fue el de advertir que actualmente los mecanismos para el juzgamiento de derechos sociales son insuficientes para lograr su efectiva protección, pues éstos constituyen derechos sustancialmente de carácter “prestacional”, ya que exigen un hacer o actuar por parte del Estado (a diferencia de los individuales, que requieren del Estado un no hacer o no intervenir), y los órganos jurisdiccionales no poseen facultades para su exigencia de forma coercitiva.

En ese sentido, se planteó la siguiente pregunta de investigación: ¿Los sistemas jurisdiccionales guatemaltecos son insuficientes e inefectivos para la debida justiciabilidad de los derechos sociales, pero existen sistemas modernos que la viabilizarían?

Para confirmar la falta de mecanismos suficientes para la efectiva protección de los derechos económicos, sociales y culturales, resultó conveniente establecer cuáles son los que actualmente existen para su justiciabilidad y tutela, así como aquéllos sistemas modernos que se perfilan como importantes para el mejor desarrollo de la dignidad humana en un Estado que debe reconocer un estándar de aplicación para cada uno de estos derechos.

El desarrollo de la investigación permitió establecer que para la mejor resolución de los problemas de justiciabilidad de los derechos sociales y optimizar la aplicación directa y protección de éstos deben determinarse los elementos propios que poseen para su juzgamiento, lo cual impone la necesidad de proponer nuevos sistemas para la efectiva justiciabilidad y tutela de los derechos prestacionales, lo cual resulta importante para el mejor desarrollo de la dignidad humana en un Estado que debe reconocer un estándar de aplicación para cada uno de estos derechos.

Algunas de las soluciones halladas en el Derecho comparado permitió extraer experiencias para resolver el problema actual de la vaga protección de los derechos sociales en el sistema judicial actual, tanto ordinario como constitucional. Los resultados obtenidos en esta investigación tienen como valor teórico la determinación de elementos propios y mecanismos más idóneos y efectivos para la justiciabilidad y tutela de los derechos sociales por parte de los órganos de justicia y producirá implicaciones para el ejercicio práctico de ellos por parte de los justiciables, lo que redundará en beneficios para su exigencia, protección y disfrute.

El análisis efectuado con base en el método jurídico-propositivo permitió desarrollar una investigación novedosa, basada en nuevas teorías judiciales, enfocadas con especialidad en los derechos sociales que deben gozar los habitantes del Estado de Guatemala. De esa cuenta, se cumplió con el objetivo general de la investigación que fue el de establecer mecanismos de control para la efectiva justiciabilidad de los derechos sociales reconocidos por el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Además, se propuso como objetivos específicos: a) analizar la concepción de derechos sociales y su estructura normativa como mandatos constitucionales y derechos públicos subjetivos; b) demostrar la ineffectividad de los sistemas de justicia actuales en Guatemala para la debida protección de los derechos sociales; y c) estudiar las experiencias del Derecho comparado para la efectiva justiciabilidad de los derechos sociales. Lo cual se cumplió con el desarrollo del capitulado del presente trabajo.

El alcance de la investigación se proyectó hacia los aspectos conceptuales de los derechos sociales y su reconocimiento constitucional e internacional, así como su debida exigencia judicial como verdaderos derechos. Por eso, la investigación partió de su

justiciabilidad, tanto en el sistema ordinario como en el plano constitucional. Dicho análisis fue limitado al estudio del Derecho Procesal y del Derecho Procesal Constitucional guatemaltecos, así como a la jurisprudencia nacional y doctrina extranjera.

Para esta investigación de tipo jurídico-propositiva, se analizaron los sistemas de control judicial de los derechos sociales. Para determinar su efectiva exigencia y cuestionar la forma vigente del sistema de justicia, fue empleado el método deductivo-inductivo que permitió el desarrollo de los temas abordados, los cuales se desglosan en forma deductiva, partiendo del tema general, hasta la especificación de los subtemas. Sin embargo, para llegar a las conclusiones de cada capítulo y, finalmente, para las generales y para responder al planteamiento del problema, se precisó del empleo del método inductivo que permitió partir del análisis de cada tema y subtema, a un análisis global y conclusivo.

La investigación consistió en un análisis meramente documental, pues se basará mayormente en la consulta de fuentes tales como libros, revistas jurídicas, páginas de Internet, documentos electrónicos, leyes, sentencias, de los cuales se realizó un aparato crítico de fichaje para la mejor colección de la información obtenida para el desarrollo del capitulado; sobre todo, se hizo mucho énfasis en el análisis de líneas doctrinales, legales y jurisprudenciales, tanto nacionales como extranjeras e internacionales.

El objetivo del primer capítulo es demostrar el carácter de justiciables de los derechos sociales desde el punto de vista eminentemente jurídico, lejos de apreciaciones y críticas filosóficas, económicas o políticas. Para ello, se analizaron los derechos sociales como derechos humanos prestacionales, como mandatos constitucionales, como derechos públicos subjetivos y como parámetros de control de constitucionalidad de leyes.

En el segundo capítulo, se busca evidenciar que las garantías constitucionales que actualmente funcionan en Guatemala no están concebidas ni estructuradas para proteger derechos prestacionales, aunque se evidenció que han sido efectivas para algunos casos, pero no para todos. Para ello, se analizaron los dos sistemas constitucionales de protección de Derechos Humanos (obviando la exhibición personal, dado su restricta aplicación a protección de la libertad individual). El análisis incluyó tanto su devenir histórico como su desarrollo legal y jurisprudencial.

El objetivo planteado para el desarrollo del tercer capítulo fue el de destacar que aún en el ámbito de sus competencias materiales los jueces ordinarios deben proteger los derechos prestacionales, incluso de oficio, tal como se demuestra con los ejemplos expuestos. Para lograrlo, se describieron los ámbitos de competencia de los tribunales comunes y los especializados, y se plantearon casos en los que el órgano jurisdiccional debe procurar la protección de los derechos sociales, incluso de oficio.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se analizaron algunas instituciones establecidas en otros países que podrían funcionar para el efectivo control judicial de los derechos sociales. Entre ellas, cabe destacar las llamadas “sentencias atípicas” como formas de modular los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad general con mayores beneficios y efectiva protección de los derechos prestacionales. Asimismo, se remarcan las inconstitucionales por omisión, por advertirse que la omisión legislativa constituye una forma normal de afectación de los derechos sociales. Por último, se proponen las acciones colectivas como mecanismos para exigir intereses colectivos o gestionar judicialmente en favor de varios afectados.

Con esta investigación, se realiza un aporte a la sociedad guatemalteca al proponer el establecimiento de mecanismos efectivos para la debida justiciabilidad de los derechos sociales, como derechos exigibles, con proyección a una mayor justicia social.

CAPÍTULO I

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

1.1. 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”; y d) el capítulo IV, con el título “Limitación a los Derechos Constitucionales”. 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 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 aquéllos 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. 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

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.

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.

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 fundamentales⁵, ni siquiera en los 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.

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 definen 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/draeI/>. [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 CASCAJOCASTRO, 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, pág. 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.

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 fundamental⁸.

Si bien los derechos fundamentales tienen un origen normativo en un sistema de valores compartidos de manera amplia por un conjunto social, sólo adquieren su auténtica naturaleza de derechos públicos subjetivos mediante su positivización, y sólo adquieren la más plena garantía, incluso frente al legislador, con la Constitución normativa. Sólo 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-.

⁶ GUASTINI, Riccardo, “Derechos: Una contribución analítica” en SAUCA, J.M., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, pág. 221.

⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, GARZÓN VALDÉS, Ernesto (trad.) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 432.

⁸ *Ibidem*, págs. 83-85.

Respecto de la regulación de derechos sociales, el Estado de Guatemala ha ratificado diversos instrumentos claves 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 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 sociales⁹. Tal como lo explica el iusfilósofo mexicano (nacido en Guatemala) Luis Recasens Siches explica: "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,

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, págs. 192 y 193.

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 estricto sensu de “derechos sociales” con la 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 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, etcétera¹².

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

¹⁰ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., 19ª. Edición, (1ª ed., 1959), México, 2008, pág. 600.

¹¹ PRIETOSANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” [en línea] en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, 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, pág. 27. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/3.pdf>. [Consulta: 22-08-2014]

¹² *Ibidem*, pág. 21.

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 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 prestacionales 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 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

¹³ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, op. cit., pág. 601.

¹⁴ ALEXY, Robert, “Derechos sociales fundamentales” [en línea] en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, 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].

desaventajados de la sociedad, cuyo acceso a los recursos en juego suele ser residual o inexistente¹⁵.

1.2. 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 aquél que no pueda proveérselos por sí mismo, las cuales se encuentran reconocidos 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 sólo 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 en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa¹⁶.

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 comunidad¹⁷. 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

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

¹⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 85-87.

¹⁷ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, FERRAJOLI, Luigi (ProI.), Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 22.

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 aquéllos que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestaciones 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 anuales¹⁹.

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 derecho²⁰.

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

¹⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁹ PRIETOSANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, pág. 21.

²⁰ *Cit. pos.* ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, pág. 25.

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 algo²¹, 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.
- 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 portado 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.

²¹ Esto en la noción del “derecho a algo” que explica Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 187-200.

A continuación se procede a analizar estos conceptos dentro de los derechos sociales, desde las explicaciones que ofrecen Rodolfo Arango²² y Sebastián Salazar Pizarro²³.

- 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.

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 sólo 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.

²² ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Editorial Legis, Chile, 2005, págs. 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].

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 partes 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.

En concreto, 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 jurídico²⁴.

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

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, págs. 151-178. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3780/DyL-2006-14-Perez.pdf?sequence=1>. [Consulta: 22-08-2014].

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; 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 agrícola²⁵.

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

²⁵ Cit. Pos. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., págs. 28-31.

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 superada²⁶.

1.3. 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 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 jurídico²⁷.

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 status, Jellinek aplicó al Derecho público situaciones creadas por el Derecho objetivo: “de algunos de los cuales surgirán esos

²⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, pág. 24.

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].

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, éstos 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 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

²⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, 1ª. Reimpresión, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pág. 27.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, pág. 26.

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

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 exigibilidad³¹.

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 éstos 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 positivo³². 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- reza: "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

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

³² *Ibidem*, págs. 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].

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 sociedad³⁴.

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 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 derecho³⁵; 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

³⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones generales Núm. 9*, 19º período de sesiones, 1998. Disponibles 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].

³⁵ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pág. 37.

³⁶ *Ibidem*, pág. 38.

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 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 Culturales³⁷.

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 sólo obligaciones objetivas a los poderes públicos, sino conceden verdaderos derechos públicos

³⁷ 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, págs. 203-220. Disponible en: <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/03.203-220.Usen.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

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 fundamentales³⁸.

1.4. 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 éstas 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 realice³⁹. El profesor argentino Germán Bidart Campos explica: “Una vez que los derechos se encuentran declarados en la normas de la Constitución escrita y que ésta responde en su tipología al principio de supremacía y de rigidez nos hallamos ante un

³⁸ ARANGO, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia, aporte a la construcción de un *iusconstitutionale commune* en Latinoamérica” en BOGDANDY, Armin von, et. al. (Cord.) *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].

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

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 sólo respecto de las leyes, sino también frente a los actos de los otros poderes públicos; se promueve a solicitud de parte interesada 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 determinada denuncia 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

⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Editorial Astrea, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2006, pág. 386.

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 sólo 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 agregados 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 públicos⁴¹.

Las explicaciones anteriores encierran dos premisas: a) existen normas constitucionales (formales y materiales) aplicables a casos dados; 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 sólo 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) sólo 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 reglas⁴².

En los casos en que la norma a aplicar posea la forma de un principio constitucional, éste 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

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].

⁴² ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 87 y 88.

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, éste 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 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 éstas 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 continuación⁴³.

El 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 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 debe 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; es consecuencia, de evitar toda forma de degradación que comprometa no sólo 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

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, págs. 129-134.

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.

El 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

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

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 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.

El 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 status 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

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

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.

El principio de la 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 4º 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 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 de manera desinteresada para la óptima realización del

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.

bien común. Hay actos de solidaridad que son específicamente obligatorios, posiblemente sólo 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 éstos 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 tienen 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.

CAPÍTULO II

SISTEMAS CONSTITUCIONALES PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

2.1. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Partiendo de las ideas de Eduardo García De Enterría⁴⁸, la eficacia normativa de la Constitución se hace presente en su propio texto al establecer en su artículo 44 que son nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza. La vieja concepción de que la Constitución era una mera invitación al legislador para que dictara las verdaderas normas jurídicas queda totalmente desvirtuada: sin necesidad de ningún complemento; la Constitución interfiere y deroga por ella misma todas las normas existentes contrarias a sus preceptos y principios.

Para Leiva Fadic⁴⁹, un sistema tendrá fuerza normativa si las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, más que ser concebidas como un conjunto de disposiciones programáticas o una especie de manifiesto político dirigido al legislador, son consideradas como normas que pueden ser invocadas ante los órganos jurisdiccionales para fundar una determinada pretensión o como un conjunto de valores objetivos que determinan el contenido del ordenamiento y que juegan un rol como parámetro en el control constitucional de la legislación.

En el mismo sentido, Riccardo Guastini⁵⁰ indica que una de las condiciones para que un sistema jurídico sea considerado un sistema que cumple con los presupuestos del Estado

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El valor normativo de la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998. Disponible en: <http://lawcenter.es/w/gdocspreview/651/1408730157>. [Consulta: 22-08-2014].

⁴⁹ LEIVA FADIC, Felipe, *El estado constitucional y los derechos fundamentales como valores*. Disponible en http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Felipe-Leiva_1252881333.pdf. [Consulta: 02-05-2014].

⁵⁰ GUASTINI, Riccardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2003, págs. 52-53.

Constitucional, dentro de una cultura jurídica determinada, es que ese conjunto de normas resulten obligatorias para todos sus destinatarios, pudiendo producir efectos jurídicos directos, aun a falta de normas legales que determinen o concreten los principios constitucionales.

En consecuencia, si se parte de la idea de que la Constitución es plena manifestación de la voluntad del pueblo, ésta debe prevalecer incluso sobre la voluntad de los órganos estatales, por lo que la observancia del principio de supremacía constitucional implica el respeto de la propia voluntad expresada en la Constitución.

Con relación a la supremacía de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala manifestó desde sus inicios: “En virtud del principio de supremacía de la norma fundamental y fundamentadora de la totalidad del ordenamiento jurídico, existe una autentica reserva por la cual ningún precepto puede contravenir los valores y principios reconocidos por la Constitución, rectores de la realidad económica, social y política del país.”⁵¹

Para velar por la eficacia del principio de supremacía constitucional, es necesario el establecimiento de la “Justicia Constitucional” por medio de la cual se perfeccione el Texto Fundamental como una norma verdaderamente aplicable por los órganos jurisdiccionales y que prevalece, por su carácter supremo, frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado, en ejercicio del control de constitucionalidad de los actos del poder público.

La noción de ejercerse un control de la constitucionalidad por vía jurisdiccional de las normas emanadas de los poderes estatales se gestó en los Estados Unidos de Norteamérica, específicamente del caso “*Marbury vrs. Madison*”, de 1803, reconocida como sentencia fundante para el surgimiento del *judicial review*, la que utilizó como parámetro de

⁵¹ Opinión consultiva de 20-11-1987, expediente 283-87.

confrontación la Constitución federal -y formal- para inaplicar una ley parlamentaria⁵², así como de la publicación núm. 78 de “El Federalista”, del año 1788, en la que Alexander Hamilton había sostenido las bases fundamentales para su concreción. Hamilton sostenía que la Constitución constituye una ley fundamental para los jueces, por lo que debían preferir a ésta por sobre la ley ordinaria; es decir, atender la intención del pueblo a la de sus representantes⁵³.

Podría afirmarse también que el primer caso en el que un juez utiliza un parámetro de confrontación superior para determinar la inaplicación de una norma es el caso del médico inglés Thomas Bonham, de 1610, resuelto por el juez Edward Coke -Presidente de la *Court of Common Pleas* (Tribunal de Agravios Comunes)-, en el que inaplicó una ley por contravenir los principios del *common law*, considerados superiores por ser creados por la fuerza de los precedentes de los tribunales. Para ello, Coke se basó en su propia doctrina, la cual proponía que, por virtud de la independencia de los jueces, podían declarar la nulidad de una ley del Parlamento que contraviniera el precedente. Durante el período de los llamados once años tiránicos, el Rey Carlos I, luego de disolver el poder del mismo Parlamento, lo destituye. Más tarde, con la Revolución de 1688, se impuso la supremacía parlamentaria⁵⁴.

No obstante, la doctrina de Coke fue retomada por las trece colonias americanas, en donde hicieron prevalecer las cartas constitutivas sobre las que se habían erigido cada uno, como efectuó un Tribunal de Virginia, en 1765, que declaró que la imposición de tributos con el del *Stamp Act* (Ley del Timbre) era inconstitucional y carente de toda fuerza vinculante, por vulneración del clásico aforismo inglés *no taxation without representation*.

⁵² En esa sentencia, el Juez John Marshall concluía: “...la terminología especial de la Constitución de los EE. UU. confirma y enfatiza el principio, que se supone esencia para toda constitución escrita de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.” Estados Unidos, *Corte Suprema de Justicia, Caso 5 US 137, William Marbury contra James Madison*, Secretario de Estado de Estados Unidos, de 24-02-1803. Disponible en versión castellana: <http://constitucionweb.blogspot.com/2010/09/marbury-v-madison-version-en-castellano.html>. [Consulta: 22-08-2014].

⁵³ Ver HAMILTON, Alexander, *El Federalista núm. 78* [en línea]. Disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html. [Consulta: 22-08-2014].

⁵⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional* [en línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

Puede considerarse un primer ejemplo de la vinculación del Derecho legislado a una “Constitución” (aunque no escrita)⁵⁵.

Puede concluirse entonces, que este tipo de control normativo realizado por los jueces no se debe necesariamente al constitucionalismo norteamericano, sino conlleva la aplicación de las técnicas desarrolladas por Coke en defensa del *common law* inglés para impedir la incierta y torcida cuerda de lo discrecional, como enseñaba.

Ambos referentes, el inglés y el norteamericano, dieron origen a formular la discusión doctrinaria del control judicial de constitucionalidad de las leyes, dirigida a determinar - unos en contra y otros a favor- si los tribunales de justicia podían declarar nulos los actos legislativos, cuando se oponen a la Constitución. La doctrina a favor implicaría superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo, pues la autoridad que declare nulos los actos de otra autoridad, debe ser necesariamente superior a ésta en cuanto a los actos que pueda anular. Esa fue la razón, por la que para ese entonces, la doctrina prevaleciente en Europa, fue el modelo de la Revolución Francesa que acogía las ideas de Montesquieu, de someter el poder judicial a los designios del ente con mayor representatividad democrática como era el Parlamento, en el entendido de que el juez fuera sólo la “*bouche de la Loi*” (la boca de la Ley”, escrita hasta con mayúscula para identificar su importancia).

Tal circunstancia se encuentra en la Constitución de Bayona de 1808, impuesta por los hermanos Bonaparte, a semejanza de la francesa, en cuyo artículo 51 establecía una especie de control de constitucionalidad concentrado en el poder parlamentario: “Sólo el Senado, a propuesta del Rey, podrá anular como inconstitucionales las operaciones de las Juntas de elección, para el nombramiento de diputados de las provincias, o las de los Ayuntamientos para el nombramiento de diputados de las ciudades”, aunque, esa Constitución nunca fue considerada como tal por el Pueblo Español y sus colonias.

En Guatemala, el modelo norteamericano era conocido por la clase política de la independencia, por medio del famoso libro de Alexis Tocqueville “Democracia en

⁵⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derechos Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 51.

América”, como en otras partes de Latinoamérica, según cuenta el Profesor Jorge Mario García Laguardia⁵⁶.

Para 1927, Guatemala reforma su Constitución -la propia del período Liberal- y establece en su artículo 34, entre otras cosas, que las declaraciones, derechos y garantías que expresa la Constitución no excluyen otros derechos y garantías individuales no consignados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Además, del derecho a pedir amparo para que se mantuviera o restituyera el goce de derechos y garantías que la Constitución establecía, también se incorporó que se podía requerir amparo, en casos concretos, para que el juez declarara que una ley, un reglamento o cualquier disposición de la autoridad no le era aplicable al requirente, con lo que se incorporó el modelo del *judicial review*, traducido por la doctrina como “control de constitucionalidad difuso”, con el objeto de hacer prevalecer principios superiores a los establecidos por normas infraconstitucionales.

En la Constitución de 1965, se estableció en el artículo 246 el control difuso: “Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional. En casos concretos, en cualquier instancia y en casación, antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear la inconstitucionalidad total o parcial de una ley y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Si declarare la inconstitucionalidad, la sentencia se limitará a establecer que el precepto legal es inaplicable al caso planteado y será transcrita al Congreso”. En los artículos 263 al 265 se insertó el sistema de control concentrado, similar al modelo austriaco de 1921, promovido por Hans Kelsen⁵⁷: “La Corte de Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad.”, “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad total de una ley o disposición gubernativa de carácter general, ésta

⁵⁶ GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La Defensa de la Constitución*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Guatemala, 1983, pág. 65.

⁵⁷ Vid. KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (trad.), Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2001. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=31>. [Consulta: 22-08-2014].

quedará sin vigor; y si la inconstitucionalidad fuere parcial quedará sin vigor en la parte declarada; inconstitucional.” Sin embargo, esa Corte no era un tribunal independiente, sino integrado por magistrados de la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelaciones.

La Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala de 1985 mantuvo ambas garantías constitucionales de control normativo; además, adicionó tres instituciones básicas para la defensa de los derechos fundamentales y de la constitucionalidad desde entonces, que son: El Procurador de los Derechos Humanos, como Defensor del Pueblo u *Ombudsman*, el Tribunal Supremo Electoral, como órgano encargado del control de los derechos políticos, y la Corte de Constitucionalidad, como Tribunal defensor del orden constitucional -ahora independiente del poder judicial- siendo el primer órgano jurisdiccional independiente en Latinoamérica.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 204, exige que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia deban observar 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 sólo respecto de las leyes sino también frente a los actos de los otros poderes públicos. Para ello, debe ser promovido a solicitud de parte interesada en un juicio concreto por vía de acción, excepción o de incidente, según corresponda. En el artículo 266 constitucional, se establece el control de constitucionalidad difuso, llamado por su epígrafe “Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos”: “En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.”

Por su parte, el artículo 267 insta el control de constitucionalidad concentrado, la “inconstitucionalidad de las leyes de carácter general”, la cual se ejerce mediante acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, planteadas directamente ante la Corte de Constitucionalidad.

En el procedimiento difuso, la intervención jurisdiccional se limita exclusivamente o sólo tiene valor con respecto al caso sometido a la decisión del órgano judicial supremo

competente. En el sistema concentrado, la resolución que se dicta es *erga omnes*, es decir, para todo el mundo, no tiene aplicación concreta sino general, en todas las situaciones que existan o se presenten, al punto de influir en cualquier proceso o gestión en trámite. En este último caso, la disposición de derecho positivo o con valor de ley desaparece, por ser contraria a la Constitución. En consecuencia, en el sistema difuso se juzga con respecto a una norma y a efecto de su aplicación o no a un acto especial, objeto de dilucidación en la vía administrativa o judicial. En el procedimiento concentrado, el planteamiento a resolver tiene mayor trascendencia, (alcances y efectos); lo fundamental no es el acto que genera la acción por vía directa o de excepción, sino la disposición legal, para determinar si la misma contradice o no el texto constitucional, por lo que el problema que se suscita es de norma a norma, sobre la base de una que es predominante y que puede ser violada.

Así lo ha reconocido y expresado en diferentes fallos la Corte de Constitucionalidad, al indicar que “...uno de los controles por los que cobra vigencia la preeminencia constitucional, es la acción conferida a las personas, por la que pueden plantear ante un Tribunal especializado en la materia, los vicios que encuentren en las leyes o demás disposiciones de carácter general que signifiquen una contravención a los mandatos constitucionales, a modo de que el Tribunal se pronuncie sobre ellos, y de ser procedentes, declare inconstitucional la disposición impugnada, declaratoria que tiene como efecto que esta última quede sin vigencia. . . .”⁵⁸.

La acción de inconstitucionalidad general es una garantía constitucional por cuyo medio se pretende mantener la supremacía constitucional, con la denuncia de una norma ordinaria de carácter general por vulnerar una del Magno Texto, con el objeto de que aquélla pierda su vigencia. La inconstitucionalidad de carácter general puede ser promovida por cualquier persona con el auxilio de tres abogados⁵⁹, sin acreditar interés o legitimidad,

⁵⁸ Criterio establecido en la sentencia de 05-10-1988, expediente 203-88 y reiterado en las sentencias de 18-09-2003 y 26-08-2004, dictadas en los expedientes 1098-2003 y 195-2004 respectivamente.

⁵⁹ Artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: “Tienen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general: a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados, actuando a través de su Presidente; b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación; c) El Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de competencia; y d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.”

por lo que constituye una acción popular en la que no hay partes antagónicas, pues no existe una contienda entre particulares, sino que se basa en el deber cívico de velar porque se cumpla la Constitución, establecido en el artículo 135, inc. b), de la Constitución.

También, el referido Tribunal Constitucional en relación a la función que le ha sido asignada, ha reconocido sin limitar su ejercicio, esta acción popular, al apuntar: “Esta Corte constituye un Tribunal permanente de Jurisdicción Privativa cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Establece la Constitución Política de la República y desarrolla la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la acción popular de inconstitucionalidad, estatuyendo que tiene legitimidad para plantear la inconstitucionalidad de las leyes, cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos...”⁶⁰

Estas acciones, promovidas en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantean directamente ante la Corte de Constitucionalidad. Es máxima general que el contenido de la norma denunciada debe afectar a toda la población, y no aplicarse solamente a ciertos sujetos determinados, por ello su calificativo de “general”. Así lo manifestó la Corte de Constitucionalidad en sentencia dictada dentro del expediente 2311-2006: “...las acciones [...] deben promoverse únicamente contra leyes, reglamentos y disposiciones que posean la característica de ser generales. Excluye de esa manera la posibilidad de que por la vía mencionada prospere el reproche que se intente contra disposiciones que el poder público haya emitido con alcances individualizados o particularizados...”

Por medio de estas acciones, se ejerce el control de constitucionalidad en abstracto, el cual se exige tras la existencia de un conflicto con el Texto Fundamental, por la emisión y vigencia de un precepto infraconstitucional, que produce una contravención (sustancial o formal) de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política de la República. De tal manera que la existencia de esa infracción implica el quebrantamiento mismo de la

⁶⁰ Sentencia de 19-10-1988, expedientes acumulados 4-88 y 22-88, criterio reiterado en la sentencia de 19-10-1988, expediente 123-88 y sentencia de 07-06-1996, expediente 180-95.

preceptiva suprema; de ahí la necesidad de ejercer tal control para su expulsión del ordenamiento jurídico.

La emisión de sentencias de inconstitucionalidad de carácter general constituye una de las labores más importantes que desempeña el tribunal constitucional. En estas sentencias, se realiza una labor de interpretación de principios y valores constitucionales, así como de la actividad integradora del derecho. Es por ello que esta forma de control constitucional constituye una decisión con trascendencia jurídica-política, por el efecto general y oponible a toda la población. Por ello, el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad general -y con los efectos que se persiguen para la estimación de la pretensión que se practica en ella- sólo es válido respecto de disposiciones del poder público que entrañen contenido normativo generalizado, no contra decisiones particularizadas o circunstancias fácticas.

El examen de la constitucionalidad puede comprender tanto las denuncias de ilegitimidad de las normas por vicios materiales como la de los actos legislativos por vicios formales. En la sentencia dictada dentro del expediente 1173-2003, la Corte expresó: "...el control de constitucionalidad abarca también el proceso de formación de la ley. [...] De manera que no quedan sometidos al control de constitucionalidad solamente las normas de rango legal objetivadas externamente, sino también los procesos legislativos (*'interna corporis'*) que deban ajustarse a las formas que la Constitución prescribe...".

Atendiendo a la extensión del objeto de denuncia, el control de constitucionalidad puede ser total cuando la denuncia de inconstitucionalidad está dirigida contra todo un cuerpo normativo específico, incluso la acción puede estar dirigida contra determinados artículos, disposiciones, pasajes, frases o palabras de determinado cuerpo normativo.

De conformidad con artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, los efectos de la sentencia que declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, conlleva que ese cuerpo normativo quede sin vigencia; y si la inconstitucionalidad es parcial, queda sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial. De esa cuenta, los efectos típicos de una sentencia de inconstitucionalidad general son: a) cuando se estima el planteamiento se

declara la conveniencia de derogar dicho precepto y, tras su publicación oficial, se expulsa la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico; y b) cuando se desestima el planteamiento (declara sin lugar) porque el Tribunal determina que no hay contravención, procede a desestimar la pretensión, decisión que conlleva efectos sancionatorios para aquel “particular auxiliado por tres abogados colegiados activos”⁶¹. Tales sanciones pueden ser condena en costas al postulante e imposición de multa a los abogados auxiliares.

Los efectos que puede producir la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial (en la parte que así se declare), de una ley, reglamento o disposición de carácter general, son *ex nunc*, puesto que en ambos casos dejan de tener vigencia a partir del día siguiente el de la publicación del fallo en el Diario Oficial⁶². En cambio, si se hubiere acordado la suspensión provisional, los efectos del fallo, *ex tunc*, se retrotraerán a la fecha en que se publicó la suspensión según el Art. 141 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Otros efectos que producen las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad en inconstitucionalidades generales son los efectos jurisprudenciales, según lo previsto en los artículos 43 y 190 de la ley de la materia. Además, produce efecto vinculante, pues vinculan al poder público y a los órganos del Estado. Tienen plenos efectos frente a todos. Aún en los casos de desestimación de planteamientos en la jurisdicción constitucional, la interpretación que se pueda hacer de normas enjuiciadas por señalamientos de vicio de inconstitucionalidad es vinculante para el poder público. Esa vinculación se manifiesta respecto del legislador, en la imposibilidad de volver a incorporar al ordenamiento preceptos que hayan sido declarados inconstitucionales por la Corte.

Como se explicó anteriormente, para el control (y en este caso de constitucionalidad) de las normas de derechos sociales se deben observar parámetros tales como: a) el elemento del mínimo existencial, el cual permite el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, evitando que se vulnere el derecho fundamental a la vida y a la inalienabilidad corporal); b) el elemento de progresividad, que implica que el contenido de una norma de

⁶¹ *Vid.* Artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

⁶² *Vid.* Art. 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

derechos sociales no puede conllevar una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos del derecho en cuestión; c) el elemento de no regresividad prohíbe que el Estado de marcha atrás a los niveles alcanzados de satisfacción de cierto derecho social; d) el elemento de la solidaridad, en cuanto a que todos deben contribuir con el Estado para la realización del bien común.

En consecuencia, pueden advertirse parámetros de control de normas infraconstitucionales que establezcan medidas prestacionales, las cuales resulta regresivas y no progresivas, cuando: a) recorta o limita el ámbito de protección del respectivo derecho prestacional; b) aumenta los requisitos exigidos para acceder al derecho; c) disminuye o desvía los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho.

En una sentencia de control de constitucionalidad de normas de pensiones sociales, la Corte de Constitucionalidad argumentó que las dificultades financieras que el Estado enfrente, en un momento dado, podrían dar lugar a establecer medidas que disminuyan una protección alcanzada a un derecho social; sin embargo, remarcó que ello debe ser racional y proporcional al fin que se pretende alcanzar. En ese fallo, la Corte, tras advertir medidas regresivas alcanzadas en prestaciones sociales y considerarlas justificadas en estudios actuariales que prevén evitar el déficit del sistema de previsión social, estableció algunos lineamientos para ponderar derechos sociales en colisión con otros principios constitucionales. El balanceo lo realizó entre los derechos sociales de los afiliados al programa de invalidez, vejez y sobrevivencia (IVS) del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) frente al deber constitucional de protección financiera del régimen de seguridad social⁶³.

El numeral 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los

⁶³ Sentencia de 06-09-2012, expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011.

derechos aquí reconocidos”, declaración que precisa la aplicación del máximo de recursos disponibles por parte del Estado, tal como sucede con el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador-: “Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Se advierte que el Estado posee la carga de la prueba para comprobar la aplicación de recursos disponibles para el cumplimiento de sus compromisos sociales adquiridos internacionalmente; no obstante, en el procedimiento de inconstitucionalidad no se tramita prueba, pero se da intervención a la entidad estatal que haya emitido la norma cuestionada, por lo que en su intervención debería justificar el contenido normativo denunciado.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha expresado: “...para cuestiones de salud pública y asistencia social, educación, programas alimentarios, seguridad ciudadana, y desde luego, asistencia a ancianos y personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no pueden dejar de ser cumplidas argumentando incumplimiento de metas tributarias...”⁶⁴

Ello significa que el Estado no cuenta con una amplia discrecionalidad política para fijar el gasto público, sino que está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria para atender los derechos sociales, por constituir deberes estatales prioritarios. De ahí que, como señalan Baldo Kresalja y César Ochoa, debe ser viable el control de constitucionalidad incluso sobre la Ley de presupuesto, cuando sea manifiesta la vulneración a los derechos económicos, sociales y culturales y a los fines sociales del Estado en materia de la Hacienda Pública⁶⁵. Por eso, las llamadas “normas programáticas”

⁶⁴ Ver sentencia de 19-07-2006, expedientes acumulados 909-2006, 1008-2006 y 1151-2006.

⁶⁵ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pág. 702.

tales como las contenidas en los artículos 118 y 119 de la Constitución, en realidad, implican el deber del Estado de realizar acciones positivas. Esos deberes constituyen normas de carácter programático de observancia por parte del legislador para el establecimiento de regulación que permitan su efectivización. Tales deberes deben ser interpretados como derechos sociales, pues incluso se encuentran contenidos en el Capítulo de Derechos Sociales del Texto Fundamental, por lo tanto tienen aplicación directa, por constituir mandatos constitucionales.

Tal como lo enseña el profesor argentino Bidart, quien postula el control de constitucionalidad del presupuesto estatal, de acuerdo al principio de justicia social previsto en el texto constitucional: “para ordenarlas jerárquicamente, el Ejecutivo [...] y el Congreso [...] deben tomar en cuenta cuáles son las necesidades sociales más apremiantes en el año en curso, según los lugares y situaciones. De ahí en más, como en gradación jerárquicamente ordenada, habrá que ir colocando las prelación que vengán demandadas por las urgencias sociales”⁶⁶. Lo que conlleva a pensar que el presupuesto constituye el instrumento financiero para la realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por conllevar el reconocimiento de prestaciones positivas fundamentalmente a cargo del Estado que tiene el mandato de hacerlos efectivos y obligan a la aplicación progresiva de los recursos disponibles.

Por ende, el presupuesto debe reflejar el cumplimiento de una serie de mandatos constitucionales para el Estado, los cuales, -a la luz de un Estado Constitucional de Derecho- no pueden ser considerados meramente programáticos, sino que suponen obligaciones y exigencias constitucionales, tal como la que establece el artículo 100, en cuanto a que el Organismo Ejecutivo asignará anualmente en el presupuesto de ingresos y egresos del Estado, una partida específica para cubrir la cuota que le corresponde al Estado como tal, y como empleador, destinados al IGSS (100). En el mismo sentido, se sitúa la

⁶⁶ BIDART CAMPOS, Germán, “La Constitución Económica (un esbozo desde el Derecho Constitucional argentino)” [en línea] en *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Dimensión constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales*, núm. 61, Mayo-Junio, Año 2003. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/61/pr/pr24.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

previsión del artículo 118, en cual establece que el régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social y es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional, mediante las “obligaciones fundamentales del Estado”, que a continuación se detallan en el artículo 119.

En consecuencia, determinadas disposiciones generales podrían resultar inconstitucionales -por afectar el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación- cuando priven ilícitamente a sus titulares del goce del bien del que ya disponían, sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, del mismo modo en que afecta el derecho a la vida, o la libertad de expresión, o la libertad ambulatoria, cuando interfiere ilegítimamente en el disfrute de esos bienes.

No obstante, dado su contenido y su estructura, los derechos sociales tienen como característica esencial que su cumplimiento comprende el deber esencial del Estado de proporcionar los mecanismos necesarios -tales como prestaciones y servicios- para satisfacer las necesidades de carácter social, económico y cultural de los ciudadanos, mientras que en los derechos civiles y políticos, el Estado está obligado a abstenerse de violarlos mediante cualquier tipo de acción u omisión, incluso al emitir normas generales.

Valga recordar que cuando los efectos de una sentencia de ese tipo anula limitaciones a derechos individuales o de libertades propiamente dichas -los cuales exigen del Estado una mínima intervención, para garantizar la libertad- la simple expulsión de la norma del ordenamiento jurídico produce su satisfacción; es decir, cuando son derogadas por inconstitucionales determinadas medidas que conlleven injerencias inadmisibles ese efecto es suficiente para favorecer la libertad.

Por el contrario, en los casos de derechos prestacionales, la mera expulsión de la norma que resulte inconstitucional puede afectar el beneficio que el Tribunal Constitucional pretenda favorecer con la declaración típica, pues deviene en desregulación de medidas relacionadas con prestaciones sociales, produciendo vacíos legales que tienen como consecuencia una actitud negativa por parte del Estado frente al derecho social en cuestión. La declaración anulatoria de medidas prestacionales puede producir efectos negativos que

produzcan en sus destinatarios y en la población en general un sentimiento con efectos negativos o de rechazo para regular de nueva cuenta la cuestiones que hayan sido objeto de control de constitucionalidad⁶⁷.

Además, en caso de que la declaratoria de inconstitucional derive de la violación al principio de no regresividad, tras determinarse que la medida regulada en la nueva normativa es regresiva respecto del estándar alcanzando anteriormente por un derecho prestacional, sin causas razonables y proporcionales, lo lógico sería exigir la aplicación del estándar anterior, establecido en la norma derogada por la que anula la declaratoria de inconstitucionalidad; sin embargo, la Corte de Constitucionalidad no posee la facultad legal para asignar nueva vigencia a las normas que hubieran sido derogadas con las que se declaren inconstitucionales, según el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial⁶⁸.

Por ello, con base en que el cumplimiento de los derechos sociales implica deberes estatales de hacer, el Tribunal Constitucional debe provocar otros efectos a su sentencia estimativa en favor de prestaciones sociales, además de la mera anulación, pues el vacío normativo que ello produce puede resultar ser más gravoso que la subsistencia de la norma cuestionada. Recuérdese que los derechos sociales exigen del Estado un comportamiento activo para garantizar la vida y la libertad no sólo por medio de la renuncia a injerencias inadmisibles, sino también mediante la garantía de una existencia humanamente digna.

⁶⁷ Por ejemplo, la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 22 de junio de 2006, dictada en el expediente 1894-2005, declaró inconstitucional con los efectos típicos de anulación una norma transitoria del reglamento que exige fortificar la sal con yodo y flúor, pues establecía seis meses para que toda la sal del mercado estuviera fortificada con esos componentes, porque consideró que -en protección al derecho a la salud- debía existir sal con una fórmula especial (que la misma regulación previa) para aquellas áreas del país que no necesitan más flúor, más del que ya tiene el agua potable que consumen y así evitar la fluorosis. El efecto mediático fue interpretar que la Corte había resuelto dejar la sal sin yodo ni flúor, tras suspender la vigencia del acuerdo que reglamentaba esa disposición, según se lee en el artículo de un diario nacional (<http://www.elperiodico.com.gt/es/20070126/actualidad/36122/?tpl=77719> [Consulta: 22-08-2014]) y, por ende, no existe sal fortificada con flúor en el mercado ni se ha vuelto a hablar del tema.

⁶⁸ Artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial. Derogatoria de las leyes: “Las leyes se derogan por leyes posteriores: a) Por declaración expresa de las nuevas leyes; b) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes; c) Totalmente, porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior; d) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad. Por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.”

De esa cuenta, se propone que -dada las características de las normas constitucionales de derechos sociales que sirven de parámetro de confrontación en los casos de control de constitucionalidad en abstracto- los efectos de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de normas que tengan injerencia en derechos sociales "prestacionales" deben necesariamente modularse, para garantizar su cumplimiento, pues para ello se precisa cumplir con los deberes estatales "de hacer".

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha ensayado en algunos casos efectos "atípicos" derivados de la jurisprudencia extranjera, tales como las llamadas "sentencias exhortativas"⁶⁹, con lo cual expulsa del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional y requiere del legislador que emita la nueva regulación conforme lo considerado en el fallo respectivo. No obstante, las meras exhortaciones que hace el Tribunal Constitucional para la emisión de la nueva normativa no resultan del todo efectivas, pues eso deja a discreción de la política legislativa y, con ello, se perpetúa la violación constitucional al derecho en cuestión, en tanto no se emita la nueva norma⁷⁰.

Por ejemplo, en los casos de reformas a las pensiones de la población pasiva que la Corte de Constitucionalidad determine que las normas sometidas a su control constituyen medidas regresivas sin justificación válida, su pronunciamiento no puede concretarse a

⁶⁹ "Las sentencias exhortativas: Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales." (Definición extraída de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de Perú, el 31 de diciembre de 2004, en el expediente 004-2004-CC/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>. [Consulta: 01-06-2014])

⁷⁰ Para ejemplificar la ineffectividad de las sentencias exhortativas, se trae a cuenta la conclusión emitida en la sentencia de 28 de febrero de 2013, dictada en el expediente 1008-2012, en las que la Corte de Constitucionalidad reitera sus exhortaciones: "Las consideraciones que preceden conducen a esta Corte a exhortar de nuevo al Congreso de la República para que proceda a discutir y preparar legislación complementaria que efectivice el derecho de consulta de los pueblos indígenas, referido en los artículos 15 del Convenio ciento sesenta y nueve (169) de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- y 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural [...] De esta manera, reitera exhortativas pronunciadas con anterioridad [...] en las sentencias de fechas ocho de mayo de dos mil siete, nueve de abril de dos mil ocho, veintiuno de diciembre de dos mil nueve, diecinueve de enero de dos mil doce y cinco de febrero de dos mil trece, emitidas en los expedientes mil ciento setenta y nueve-dos mil cinco (1179-2205), dos mil trescientos setenta y seis-dos mil siete (2376-2007), tres mil ochocientos setenta y ocho-dos mil siete (3878-2007), acumulados dos mil cuatrocientos treinta y tres-dos mil once (2433-2011) y dos mil cuatrocientos ochenta-dos mil once (2480-2011), y cuatro mil cuatrocientos diecinueve-dos mil once (4419-2011), respectivamente."

expulsar esas medidas, pues con ello podría incluso eliminar otros beneficios que posee el derecho prestacional que se pretenda proteger. Para lograrlo, la Corte debería poder modular el cumplimiento de sus sentencias con el objeto de que se produzca la emisión de las nuevas normas en un plazo razonable y las medidas a adoptar durante el vacío legal que se produzca.

La sentencia declarativa debe hacerse cumplir con fundamento en los efectos establecidos en la garantía constitucional para la protección de derechos fundamentales, y así lo permite la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en su artículo 144, haciendo una interpretación extensiva de su contenido (como lo manda su artículo 2o): "La sentencia sobre inconstitucionalidad se dictará de acuerdo con lo dispuesto en esta ley para los procesos de amparo y de inconstitucionalidad en casos concretos, en lo que fueren aplicables." Deberían aplicarse las normas relacionadas con la sentencia de amparo y exigirse un acto de emitir la regulación (según el inciso c' del artículo 49⁷¹), conminar al obligado (artículo 52⁷²) y apercibirlo (artículo 53⁷³). Con esa base, el Tribunal Constitucional puede ordenar que se dicten las normas necesarias, en un plazo razonable, pues la demora en su emisión podría ocasionar graves perjuicios a sus beneficiarios, y diferir la anulación de la norma en tanto se dicta la nueva regulación⁷⁴.

Por último, debe advertirse que no existe en la regulación relacionada con el control de constitucionalidad la posibilidad de denunciar el incumplimiento de mandatos

⁷¹ "Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de ésta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida."

⁷² "Decretada la procedencia del amparo, en la misma sentencia el tribunal conminará al obligado para que dé exacto cumplimiento a lo resuelto dentro del término de veinticuatro horas, salvo que para ello fuere necesario mayor tiempo a juicio del tribunal, que en este caso fijará el que estime conveniente."

⁷³ "En la misma sentencia se apercibirá al obligado, que en caso de incumplimiento incurrirá en multa de cien a cuatro mil quetzales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes."

⁷⁴ En el fallo citado del Tribunal Constitucional peruano, este explica que los efectos de la "*vacatio sententiae*": "...en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental. En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada."

constitucionales que obliguen al Estado a la emisión de la normativa pertinente para la observancia y cumplimiento de normas de derechos sociales o de deberes fundamentales del Estado, así como de compromisos internacionales.

En conclusión, la fórmula kelseniana -para los efectos estimatorios del control de constitucionalidad concentrado, circunscritos a la mera anulación o expulsión del ordenamiento jurídico de la norma contra la Constitución- resulta insuficiente para la exigencia efectiva de los derechos sociales; incluso, en algunos casos, puede resultar más gravosa la anulación. Por ello, debe proponerse nuevos modelos de control de constitucionalidad concentrado de los derechos sociales. En ese sentido, es más efectivo el control de constitucionalidad difuso, pues tras declarar el efecto típico de inaplicación la regulación que resulta contraria a normas constitucionales de derechos sociales, el juez tendrá que emitir la sentencia ordinaria que corresponda conforme los principios constitucionales aplicables al caso dado.

2.2. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE EL TRIBUNAL DE AMPARO

El origen histórico del amparo guatemalteco se ubica en México, por considerarse el país en donde se crea esa institución y que ha sido implementado en toda Iberoamérica, aunque en algunos países con distintas denominaciones.

Apunta Ferrer Mac-Gregor⁷⁵ que, en diciembre de 1840, el Estado de Yucatán, tras desconocer el sistema centralista de la República mexicana, elaboró un proyecto de Constitución, cuya autoría se adjudica Manuel Crescencio Rejón. Al reintegrarse a la Federación mexicana, las ideas propuestas por Rejón se plasmaron en los artículos 8, 9 y 62

⁷⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, págs. 72-74.

de la Constitución del Estado de Yucatán⁷⁶, los cuales constituyen los primeros preceptos que contemplaron un sistema de control constitucional de los actos de autoridad, por vía de acción jurisdiccional. Finalmente, en la Constitución Federal de 1917, producto de la Revolución Mexicana, en cuyo Art. 107 -a decir de Ferrer Mac-Gregor- de una manera muy amplia, se sientan los principios y bases fundamentales del juicio de amparo.

En Guatemala, la Constitución de 1879, propia de la Reforma Liberal, fue reformada el 11 de marzo de 1921. Se modificaba el artículo 34 de dicho cuerpo legal, reconociendo el derecho de amparo: "La Constitución reconoce el derecho de amparo. Una ley constitucional anexa desarrollará esta garantía". A partir de entonces, se ha mantenido como garantía constitucional dentro del ordenamiento constitucional guatemalteco.

Para 1927, ese artículo 34 fue reformado nuevamente, estableciendo los supuestos para la procedencia del amparo: "...Toda persona tiene derecho de pedir amparo en los casos y para los efectos siguientes: 1º) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece. 2º) Para que, en casos concretos, se declare que una ley, un reglamento o cualquier disposición de la autoridad no le es aplicable. 3º) Toda persona ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier modo en el goce de su libertad individual, o que sufre vejámenes aun en su prisión legal, tiene derecho para pedir su inmediata exhibición, ya sea con el fin de que se le restituya en su libertad, o para que se le exonere de los vejámenes o se haga cesar la coacción a que estuviere sujeta. . ." Se advierte que lo que el Constituyente fijó bajo esa institución fueron el amparo (propriadamente como acción contra actos de poder), la inconstitucionalidad en caso concreto (como se le conoce ahora) y la exhibición personal (el *habeas corpus*). En 1921, se emitió la primera Ley de Amparo (que rigió hasta 1965), la cual reguló un procedimiento

⁷⁶ Las disposiciones normativas del Proyecto rezaban: "Art. 53. Corresponde a este tribunal reunido (Suprema Corte de Justicia del Estado de Yucatán): 1. - Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección, contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios a la Constitución: o contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando con ellas se hubiese infringido el Código fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstas o la Constitución hubiesen sido violadas." "Art. 63: Los jueces de primera instancia ampararan en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados."

con características especiales tales como un trámite breve, antiformalista, impulsado de oficio, de instancia única, con fases similares al actual.

La Constitución de 1945, propia de la Revolución de 1944, reconoció el derecho de amparo en el art. 51 en los mismos términos que el Texto Fundamental que derogó.

La Constitución de 1956 reguló en dos artículos la finalidad y el contenido del amparo, excluyendo la inaplicación de normas por control de constitucionalidad y el habeas corpus: “Artículo 79. El amparo tiene como función esencial el mantenimiento de las garantías individuales y la invulnerabilidad de los preceptos de la Constitución [...] Artículo 80. Toda persona tiene derecho a pedir amparo en los casos siguientes: a) Para que se mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece. b) Para que se declare, en casos concretos, que una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución. 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.” No obstante, la Constitución de 1965, al regular el amparo (en el artículo 80) y sus casos de procedencia, volvió a incorporar el control de constitucionalidad de normas (pese a regularlo como institución aparte en el artículo 246): “Artículo 80. Toda persona tiene derecho a pedir amparo en los casos siguientes: 1) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece. 2) Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento o una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución. 3) 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. 4) En los demás casos que expresamente establece la Constitución. En materia administrativa procederá el amparo cuando, ilegalmente o por abuso de poder, la autoridad dicte reglamento, acuerdo, resolución o medida que causen agravio o se tenga justo temor de sufrirlo, o se exijan al peticionario requisitos no razonables, siempre que contra el reglamento o acto impugnado no haya recurso administrativo con efecto suspensivo o que el agravio no sea reparable por otro medio legal de defensa.” Una característica que presentó el amparo establecido por la Constitución de 1965 fueron sus

limitaciones constitucionales que impedía la promoción contra sentencias judiciales: “Artículo 81. Es improcedente el amparo: 1) En asuntos del orden judicial respecto a las partes y personas que intervinieren en ellos. Sin embargo, cuando no se haya dictado sentencia, podrá recurrirse de amparo contra la infracción al procedimiento en que incurra la Corte Suprema de Justicia, en los asuntos sometidos a su conocimiento. 2) Contra las resoluciones dictadas en los recursos de amparo. 3) Contra los actos consentidos por el agraviado. 4) Contra las medidas sanitarias y las que se dicten con el objeto de prevenir o conjurar calamidades públicas.” Además, en el artículo siguiente establecía los efectos que podía tener la sentencia de amparo, dejar en suspenso, en cuanto al reclamante, la ley, el reglamento resolución o acto de autoridad y el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida dictada, emitirá la resolución retardada, o la determinación de responsabilidades civiles y penales procedentes en caso de que la violación se hubiera consumado de modo irreparable o cuando hubieren cesado sus efectos. Es de considerar que esa garantía constitucional estaba concebida para la protección de los derechos individuales estrictamente, tomando en cuenta que los artículos citados más otros dos referidos a la interpretación judicial en amparo y la interposición ante autoridad judicial, concluían el título de las Garantías Constitucionales -dividido en dos capítulos “Garantías y derechos individuales” y “*Habeas corpus* y Amparo”-, para dar paso al título denominado “Garantías Sociales” que concluía con la regulación del Régimen Económico y Social del Estado.

También para 1965, fue emitida la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, Decreto 8 de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual sustituía a la de 1921, pero con características procedimentales similares, rigiendo el impulso oficioso y la celeridad en su trámite, con plazos de cuarenta y ocho horas para las audiencias y de ocho días para el periodo probatorio; la diferencia estribó primordialmente en las limitaciones a su procedencia, según las normas constitucionales citadas.

En la actual Constitución Política de 1985 aparece regulado en el Título VI, denominado “Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional” (reiterado en el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad): “Artículo 265. Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos

cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.”Con esa segunda frase, el constituyente buscó eliminar las restricciones establecidas en el período anterior; por ende, se afirma que esa disposición constitucional permite el ejercicio de esta garantía tuteladora de derechos fundamentales, no sólo para proteger los derechos que poseen jerarquía constitucional sino también aquéllos observados en tratados internacionales o en leyes ordinarias. La Asamblea Nacional Constituyente de 1985 emitió la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, regulando el trámite del amparo con características similares a las apuntadas para 1921 y 1965, celeridad, oficiosidad, etc.

En cuanto al conocimiento de las acciones de amparo en Guatemala, las competencias de los tribunales están distribuidas atendiendo a la jerarquía administrativa de la entidad contra la que se promueva. Respecto de la competencia de la Corte de Constitucionalidad en amparo, el artículo 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece las siguientes funciones: “. . . b) Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República; c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia[...] g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo...”

Desde sus inicios, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido: “El amparo es un instrumento que la Constitución Política de la República pone en manos de los habitantes para que reclamen la transgresión de un derecho constitucional, ya sea ante el caso de una amenaza de violación de sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación se hubiere consumado...”⁷⁷. De las características de este nuevo amparo, la Corte ha manifestado: “La acción de amparo se ha instituido para la protección preventiva de los más elementales derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes

⁷⁷ Sentencia del 9 de diciembre de 1986, dictada en el expediente 93-86.

garantizan a las personas, así como para restituir aquellos que se vean vulnerados en forma consumada por acto, resolución o disposición emanada de autoridad competente; de ahí que el accionar de una autoridad que inobserve por una parte, procedimientos establecidos en una norma específica, o argumente elementos inadecuados, en perjuicio de quien busca protección, resulta agravante e impone la protección que el amparo conlleva.”⁷⁸

De esa cuenta, se advierte que el amparo tiene dos finalidades esenciales, una protectora y otra restauradora, no existiendo ámbito que no sea susceptible de amparo, el cual procede contra aquellos actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad que lleven implícita una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. Por ello, es que el amparo reviste de vital importancia para la judicialización de los derechos sociales, pues no hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procede en protección de los derechos establecidos en la Constitución, como éstos.

No obstante el cambio apuntado, respecto de la apertura expresa para la protección de derechos humanos, es de denotar que -al igual que las características del trámite sin cambios- los efectos de la sentencia tampoco variaron, pese a la existencia de derechos prestacionales entre los protegibles por amparo. De conformidad con el artículo 49 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la declaración de procedencia del amparo tendrá los siguientes efectos: “...a) Dejar en suspenso, en cuanto al reclamante, la ley, el reglamento, resolución o acto impugnados y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida; b) Fijar un término razonable para que cese la demora, si el caso fuere de mero retardo en resolver, practicar alguna diligencia o ejecutar algún acto ordenado de antemano; y c) Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de ésta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.”

⁷⁸ Sentencia de 22-03-2007, expediente 3334-2006.

Al igual que lo criticado para el control de constitucionalidad respecto de la anulación de una norma, en el primer supuesto establecido en el artículo citado conlleva una suspensión definitiva de la medida que afecte derechos fundamentales, lo cual resulta sumamente efectivo para la protección de derechos de libertades negativas, pero no sirve para la satisfacción de derechos prestacionales. Para lo que resulta útil ese supuesto es para detener medidas regresivas y obligar a volver a la situación jurídica anterior; no obstante, ello sólo surtiría efectos para el que interpuso amparo y no para todos aquellos que se encuentren afectados por las medidas regresivas que se suspendan, dada la relatividad de las sentencias de amparo; ello ha saturado la justicia constitucional de solicitudes de casos idénticos, sólo cambia el solicitante.

El mismo problema sucede con el tercer supuesto, a pesar de que se dicte en términos similares a los que debería poseer la reglamentación omisa, sólo será para beneficiar al requirente del amparo. Además, este supuesto sólo puede aplicarse para entes emisores de normas infralegales, no para la omisión legislativa, pese a que procede el amparo contra el Congreso de la República.

Del segundo de las literales transcritas, pueden extraerse tres supuestos, uno de ellos sería el útil para la satisfacción de derechos sociales, el de fijar un plazo para que practique alguna diligencia, la cual queda a configuración del juez de amparo. Sin embargo, cada afectado debe promover su propio amparo, lo cual resulta costoso para el sistema judicial. Por ejemplo, en el caso de los afiliados al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) que deben promover amparo por negársele un medicamento que les es necesario y que no consta en el listado oficial de medicamentos del Seguro Social, cada uno de ellos debe promover el amparo para que se ordene al IGSS a proveérselo, y año con año se resuelven cientos, sin que esa institución se vea obligada a cumplir una orden judicial con efectos generales o colectivos.

Gracias a la apertura que presenta el amparo en el sistema constitucional guatemalteco al indicar “No hay ámbito que no sea susceptible de amparo”, éste ha constituido el mecanismo que las personas han encontrado para la protección de derechos sociales. Ello es consecuencia del reconocimiento de los derechos sociales en una constitución normativa, como la vigente en Guatemala desde 1986. Por ende, el juzgador

debe interpretar la normativa en materia social desde la óptica de la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos.

Es de destacar que muchos de los derechos sociales han encontrado debida garantía constitucional por medio del amparo en Guatemala, aunque ha resultado ser insuficiente para proteger derechos sociales justamente dados los efectos que éste pueda tener. También resulta insuficiente para cumplir con las características de los derechos sociales la legitimación activa que posee. En la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, se ha establecido que los derechos sociales deben considerarse siempre en forma progresiva conforme los estándares que se van logrando en el Estado⁷⁹. Ese alto tribunal ha indicado que la Constitución guatemalteca consagra el principio del Estado social como prestador de servicios, por lo que se obliga a satisfacer las pretensiones educativas de la población⁸⁰. Al decir de los derechos de la niñez, la Corte ha estimado necesario observar el principio del interés superior del niño⁸¹. En cuanto al Derecho al Trabajo se refiere, la Corte de Constitucionalidad ha tenido oportunidad de pronunciarse -desde sus inicios- en casos concernientes a los derechos del trabajo⁸². En cuanto a los servicios esenciales, la Corte se ha pronunciado en situaciones relativas a la prestación de tales servicios, como la electricidad⁸³, el régimen de aguas⁸⁴ y la salud pública⁸⁵.

⁷⁹ Sentencias de 29-03-2006 y de 13-07-2005, expedientes 2770-2004 y 2765-2004, respectivamente.

⁸⁰ Sentencia de 26-09-1991, expedientes acumulados 303-90 y 330-90.

⁸¹ Sentencia de 17-08-2000, expediente 368-2000.

⁸² Sirvan como ejemplo los siguientes casos: fue en la sentencia de 19-08-1988, del expediente 23-88, en la que por primera vez la Corte de Constitucionalidad estableció que la Constitución Política determina los derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades, lo cual ha seguido siendo respetado en los subsiguientes casos laborales, como la sentencia de 28-08-2008, expediente 1820-2008 y la de 16-07-2009, expediente 329-2009.

⁸³ V. gr. Sentencia de 27-07-1995, expediente 466-94, en la que se estableció que las tarifas del consumo de energía eléctrica deben estar sometidas a control legal y del Ejecutivo.

⁸⁴ Sentencia del 21-09-1995, expediente 598-94, en la que se indicó que la Constitución establece una reserva legal, para la regulación general de las aguas como bien público, aunque aún no haya emitido tal disposición el legislador.

En amparo, la legitimación activa es entendida como aquella situación habilitante para pedir la protección de derechos fundamentales amenazados o conculcados por un acto de autoridad arbitrario.

La Corte de Constitucionalidad ha sostenido en muchos de sus fallos que es necesario demostrar la existencia de un agravio personal y directo, dado que la legitimación activa corresponde a quien tiene interés en el asunto, y que este requisito puede deducirse interpretando el contenido de los artículos 8º, 20, 23, 34 y 49 inc. a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en los que figuran los términos "sus derechos", "afectado", "hecho que lo perjudica", "derechos del sujeto activo", "interés directo", "ser parte", o tener "relación directa con la situación planteada". Claramente se concluye que el solicitante debe ser la persona directamente agraviada.

La Corte de Constitucionalidad ha declarado que si bien la ley constitucional de la materia determina la amplitud de la procedencia del amparo, ello queda sujeto a la vulneración de un derecho constitucional y la existencia de un agravio, lo que amerita el análisis de tales aspectos en cada caso en particular. Para los años noventa, la Corte definía agravio de la manera siguiente: "...Hay agravio cuando se causa un daño, es decir, un menoscabo patrimonial o no patrimonial, o un perjuicio en la persona o en su esfera material. Concorre también en la configuración del agravio, el elemento jurídico, que es la forma, ocasión o manera como se causa el perjuicio mediante la violación de derechos individuales..."⁸⁶. Esa definición de agravio, tal como finaliza la frase transcrita está concebida para la protección de "derechos individuales" (los que configuran libertades

⁸⁵ Sentencia del 12-05-93, expediente 355-92 y 359-92: "...Con gran amplitud la Constitución reconoce el derecho a la salud y a la protección de la salud, por el que todo ser humano pueda disfrutar de un equilibrio biológico y social que constituya un estado de bienestar en relación con el medio que lo rodea; implica el poder tener acceso a los servicios que permitan el mantenimiento o la restitución del bienestar físico, mental y social. Este derecho, como otros reconocidos en el texto, pertenece a todos los habitantes, a los que se garantiza la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos. Constituye la prerrogativa de las personas de disfrutar de oportunidades y facilidades para lograr su bienestar físico, mental y social; y corresponde al Estado la responsabilidad de garantizar su pleno ejercicio con las modalidades propias de cada país, lo que implica que el Estado debe tomar medidas adecuadas para la protección de la salud individual y colectiva, y que se pongan al alcance de todos, los servicios necesarios para satisfacer las necesidades básicas..."

⁸⁶ Ver sentencias de 12-01-1995, expediente 240-94, 12-07-1995, expediente 110-95, 03-02-1998, expediente 145-97.

negativas), pues el agravio que protege el amparo parece poseer una concepción “civilista”, del daño al patrimonio de la persona o a su honra, por intervención arbitraria. Según esa definición, se advertiría agravio únicamente ante afectación a las libertades personales, pese a que en la práctica el amparo busca proteger todos los derechos humanos, incluyendo los sociales; no obstante, la expresión de “agravio” permite denotar el desconocimiento (por no hablar de reconocimiento) de la justiciabilidad de otros derechos que no sean simplemente de actos de “no hacer”, tales como los derechos prestacionales.

Según el contexto de la Ley de Amparo, la legitimación activa en el amparo la posee el titular del derecho que ha sido afectado, en ese sentido lo indica el artículo 10°, de la citada ley, el cual señala que toda persona tiene derecho a pedir amparo cuando se dé una situación de riesgo, amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado, y enumera varios supuestos.

Por ende, se afirma que en la legislación guatemalteca no existe legitimación para promover acción popular en amparo, sino que es necesario hacer valer un derecho o interés propio, salvo la que posee expresamente el Procurador de los Derechos Humanos (el *ombudsman*), según lo que establece el artículo 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad⁸⁷. Además, la Corte de Constitucionalidad, en contados casos ha conocido las acciones promovidas por quienes han pretendido hacer valer derechos como miembros de una colectividad o difusos y que han demostrado estar legitimados para ello.

Por lo anterior, se entiende que para la protección de derechos sociales en amparo, existen cuatro tipos de actuantes:

- a) los que piden en nombre propio, en forma personal y directa para la protección de sus derechos humanos;
- b) los que piden en representación de quienes la requieren (representante legal, mandatario o gestor judicial); y

⁸⁷ Artículo 25. *Legitimación activa del Ministerio Público y del Procurador de los Derechos Humanos.* El Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos tienen legitimación activa para interponer amparo a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendados.

- c) los que piden en favor de una colectividad cuando se procura la protección de derechos de solidaridad o los llamados difusos, como el Procurador de los Derechos Humanos⁸⁸ y el Ministerio Público⁸⁹, según la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; además de otros entes legitimados por leyes especiales, tales como la Procuraduría General de la Nación (quien debe promover amparo en favor de niños o adolescentes que carezcan de representación);
- d) y por derecho pretoriano, las organizaciones no gubernamentales, fundaciones y asociaciones, como en el caso en el cual se otorgó el amparo promovido por varias asociaciones y organizaciones que velan por los derechos de las personas discapacitadas en contra de la Municipalidad capitalina para que colocara medidas de accesibilidad en un nuevo servicio de transporte urbano, y en ella se justificó la legitimación activa para ese caso⁹⁰. Ese criterio ha sido reiterado en casos promovidos contra la calidad de cierto medicamento proveído a sus asociados por: la Asociación de Enfermos Renales de Guatemala⁹¹, la Asociación Guatemalteca Héroes de Esperanza⁹² (de enfermos con leucemia), la Asociación Guatemalteca de Esclerosis Múltiple⁹³, la Asociación Guatemalteca de Mieloma y Enfermedades Conexas⁹⁴.

Al igual que en casi todas las acciones judiciales, en amparo, se exige el auxilio de un abogado para su interposición y demás actuaciones, como asistencia técnica, el cual se concreta con la firma y el sello profesional del abogado. Ese auxilio acarrea responsabilidad para el abogado, pues en caso de que el amparo se declare frívolo o notoriamente

⁸⁸ Este posee su legitimación en aquellos casos en los que procura proteger los intereses que le han sido encomendados, (artículo 275 de la Constitución Política de la República de Guatemala y artículo 8 del Decreto 54-86 del Congreso de la República), especialmente como auxiliar de los pobres o para la protección de los intereses difusos.

⁸⁹ La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en su artículo 35, otorga a esta institución legitimación activa para accionar por sí en el amparo, en defensa de los intereses que se le han encomendado (artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 1 del Decreto 40-94 del Congreso de la República y artículo 15 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad). Además de la necesaria intervención en toda garantía constitucional.

⁹⁰ Sentencia de 25-04-2007 expediente 2863-2006.

⁹¹ Sentencia de 01-02-2011, expediente 3291-2010.

⁹² Sentencia de 26-07-2012, expediente 846-2012.

⁹³ Sentencia de 26-04-2012, expediente 339-2012.

⁹⁴ Sentencia de 28-02-2014, expediente 4024-2013.

improcedente, se le sanciona con multa de cincuenta mil quetzales (artículo 46, Ley de Amparo). Dado el alto costo que podría resultar para una persona los servicios profesionales de un abogado para la promoción de un amparo, el constituyente previó la figura del patrocinio profesional para las personas notoriamente pobres para que los auxilie el *ombudsman*: artículo 26 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, “La persona notoriamente pobre o ignorante, el menor y el incapacitado, que no pudieren actuar con auxilio profesional, podrán comparecer ante los tribunales en solicitud verbal de amparo, en cuyo caso se procederá a levantar acta acerca de los agravios denunciados, de la que de inmediato se remitirá copia al Procurador de los Derechos Humanos para que aconseje o, en caso, patrocine al interesado. . .”. Ello resulta útil para las personas que buscan proteger derechos prestacionales frente al Estado, por no poseer medios suficientes para proveérselos por sí mismo, con la lógica consecuencia que tampoco poseerían lo suficiente para pagar los servicios de un abogado particular.

Al respecto de la figura del Procurador de los Derechos Humanos en la justicia constitucional, Michael Krennerich y Manuel Eduardo Góngora Mera (del Centro de Derechos Humanos de Núremberg, Alemania), al referirse a América Latina, hacen énfasis en el importante papel que juegan instituciones que cumplen funciones de *Ombudsman* en el control de la acción estatal y la observación de la situación de los derechos humanos, por ser instituciones cuyo mandato es la protección institucional de los derechos humanos frente a las vulneraciones de la Administración Pública y de agentes no estatales. Para ello, están legitimadas para instaurar acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y acciones de amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data* y acciones populares a nombre de las personas afectadas. También cumplen una labor fundamental en la promoción y divulgación de los derechos humanos. En los últimos años, estas instituciones han dirigido sus esfuerzos hacia áreas en las que buscan ejercer un mayor impacto frente a las instituciones estatales ejecutoras de políticas públicas que afectan derechos sociales⁹⁵.

⁹⁵ KRENNERICH, Michael y GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *Los derechos sociales en América Latina. Desafíos en justicia, política y economía*, Centro de Derechos Humanos de Núremberg, Núremberg, Enero, 2006. Disponible en: <http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/09/DESC.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

Para ejemplificar lo expuesto, se trae a cuenta un interesante amparo promovido por el Procurador de los Derechos Humanos -en ejercicio de la legitimación activa que posee para demandar la protección de los intereses a él encomendados- luego de recibir múltiples denuncias referentes a la falta de atención por parte de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de los programas a su cargo, tales como: a) de escolaridad y prevención a la callejización de la niñez; b) de protección integral y abrigo temporal a la niñez más vulnerable; d) de educación especial y capacitación laboral para la niñez con discapacidad mental; e) de familias sustitutas y adopciones; g) de reinserción familiar y adaptación comunitaria y social de adolescentes en conflicto con la ley penal; h) de atención integral, cuidado diario, educación inicial y educación pre-escolar para niñez hasta de siete años, hijos de trabajadores de escasos recursos; i) de atención integral a mujeres y familias vulnerables; entre otros.

Al resolver en apelación, la Corte de Constitucionalidad resolvió⁹⁶ denegar la protección constitucional requerida, pues datos aportados en la alzada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República permitían advertir un panorama general positivo para el cumplimiento de los deberes estatales que se consideraban incumplidos, sin que se adviertan los agravios a la colectividad. No obstante lo concluido, la Corte aprovechó la oportunidad para sentar jurisprudencia respecto del principio de “no regresividad”, indicó que constituían condiciones mínimas para los grupos vulnerables que se benefician con las prestaciones que brindan esos programas: “...La discontinuidad de tales prestaciones vulnera el principio de no regresividad o de no retroceso social, consagrado en algunos de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual conlleva la prohibición de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos sociales o de las prestaciones brindadas...” Agregó que de acuerdo con este principio, una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce por medio de un servicio prestado por el Estado implica el reconocimiento de un status jurídico básico de inclusión

⁹⁶ Sentencia de 20-05-2010, expediente 4095-2009.

social, por lo que su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables⁹⁷.

El problema que se advierte en la representatividad del Procurador de los Derechos Humanos en las acciones colectivas o populares es que queda a su criterio promover la acción, sin que el grupo de interesados pueda obligarlo de alguna forma. Algunos Procuradores no han promovido acciones colectivas.

Los problemas que refleja el ejercicio de la justicia constitucional en materia de derechos sociales, los resumen Michael Krennerich y Manuel Eduardo Góngora Mera al señalar que en sectores de la sociedad latinoamericana los derechos sociales son poco conocidos, además las afectaciones deben ser desveladas, documentadas y demandadas, tampoco es sencillo concretizar los derechos sociales, (generalmente formulados vagamente), ni identificar situaciones inequívocamente lesivas susceptibles de demanda que puedan ser probadas en juicio. Normalmente, es más sencillo distinguir las vulneraciones a las obligaciones de respeto o protección (en las que los ciudadanos se ven afectados por el Estado, o en las que éste no logra crear condiciones generales para su protección) que las violaciones a las obligaciones de cumplimiento o garantía, las cuales en su mayoría sólo en casos extremos y evidentes de omisión estatal pueden hacerse valer como vulneración a los derechos ante los estrados judiciales; señalan que los magistrados y jueces latinoamericanos asumen con escepticismo los derechos sociales fundamentales, sobre todo, si se interconectan con obligaciones de garantía que implican erogaciones estatales⁹⁸.

Para concluir, debe señalarse que tanto por medio del amparo, como por medio del control de constitucionalidad de las leyes, los órganos jurisdiccionales competentes deben intervenir cuando son requeridos, porque instituciones del Estado se nieguen arbitrariamente a proporcionar las prestaciones debidas, o cuando el Estado por medio de

⁹⁷ Ese criterio ha sido reiterado en: sentencia de 17-08-2010, expediente 2643-2008 (*PDH vs. inatención médica en centro de salud pública*); sentencia de 18-09-2012, expediente 2846-2012 (*PDH vs. falta de medicamentos para enfermos de VIH en centros de salud pública*); sentencia 4048-2012 (*PDH vs. falta de políticas públicas y estrategias nacionales para la prevención del cáncer cervical*).

⁹⁸ KRENNERICH, Michael y GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *Los derechos sociales en América Latina*. op. cit.

sus diversos órganos retrocedan injustificadamente en el ámbito de protección de los derechos sociales, por ser cuestiones de afectación a los principios del mínimo existencial, de progresividad o no regresividad, sin causas que lo justifiquen.

Es evidente que, aunque en la actualidad las garantías constitucionales -como el amparo y el control de constitucionalidad de la leyes- juegan un papel importante para la protección de los derechos sociales en Guatemala, el amparo aún resulta ser insuficiente para proteger derechos sociales en ciertos casos, dada la estrecha legitimación activa y el efecto relativo de sus fallos.

Miguel Carbonell recomienda que para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tienen que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también es necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados "derechos difusos" o "intereses colectivos", para ir modelando las estrategias de defensa procesal necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales⁹⁹.

⁹⁹ CARBONELL, Miguel, "Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas" [en línea] en *Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, 2008, vol. 6, núm. 2. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v6n2/art03.pdf> [Consulta: 22-08-2014].

CAPÍTULO III

SISTEMAS ORDINARIOS PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

3.1. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LOS TRIBUNALES COMUNES

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, se ha utilizado la clásica división procesal de tribunales -entre comunes y especializados-, por ello se lee en el artículo 212 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Los tribunales comunes conocerán de todas las controversias de derecho privado en las que el Estado, el municipio o cualquier otra entidad descentralizada o autónoma actúe como parte.”, aclarando que esos casos no son competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo que se especifican en el artículo 213.

Entre los tribunales comunes se ubican a los tribunales cuya competencia material es el “derecho privado” (civil y mercantil) y el derecho penal, por ser los que comúnmente han existido, desde siempre. Los tribunales especializados (mal llamados “privativos”, porque lo único que privan es la materia de competencia) son aquellos a los que se les ha asignado como competencia el conocimiento de asuntos de materias específicas, como lo laboral, familiar, niñez y adolescencia, entre los que conoce de asuntos que conciernen a derechos sociales específicos.

Para el ejercicio y defensa de derechos subjetivos de carácter civil o mercantil, se actúa mediante pretensiones que dan lugar a un proceso civil, basadas en un derecho subjetivo perteneciente al actuante o demandante, regularmente contenido en el Código Civil, el Código de Comercio u otras leyes del Derecho privado. El tipo de pretensión que se ejercita determina los diferentes tipos de procesos civiles, los cuales se distinguen entre sí por sus diferencias esenciales en cuanto a su estructura, su finalidad y su contenido. Así, el Derecho guatemalteco, en el Decreto-Ley 107 que contiene el Código Procesal Civil y Mercantil vigente, por su finalidad, regula tres tipos de procesos civiles: de conocimiento, de ejecución y cautelares.

Procesos de conocimiento: también llamados cognoscitivos, en los cuales lo pedido es una declaración de voluntad, donde esa declaración puede ser en tres formas, dando lugar a una subclasificación, a saber: a) proceso constitutivo, que tiende a obtener la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, derivada de una pretensión constitutiva; b) proceso declarativo, en cuya pretensión se trata de obtener la constatación o fijación de una situación jurídica; y c) proceso de condena, que pretende una obligación determinada que pese sobre el sujeto pasivo de la pretensión ejercitada.

Procesos de ejecución: en los cuales lo pedido es una manifestación de voluntad, con un carácter de ejecución forzada y expropiativa, incluyendo la quiebra. La realización forzosa siempre recaerá sobre el patrimonio del deudor y nunca sobre su persona, pues constitucionalmente está prohibida la prisión por deuda (Art. 17, 2º párrafo de la Constitución Política de la República).

Procesos cautelares: que la legislación nacional reconoce como providencias cautelares o medidas de garantía, y cuya finalidad está dirigida a la prevención o aseguramiento de los derechos subjetivos que se pretenden hacer valer en juicio.

En similar clasificación podrían ubicarse a los tipos de procesos penales, pues la finalidad resulta ser la misma prevenir, conocer y juzgar y ejecutar lo juzgado, pero determinando la comisión de un delito y ordenando el cumplimiento de una pena, según la tipificación contenida en el Código Penal u otras leyes penales.

De conformidad con el artículo 204 de la Constitución, los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado. Ello es reiterado por el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, al indicar que los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Además, el artículo 16 de esa misma ley establece: “Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los tratados internacionales sobre respecto a los derechos humanos.”

La doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Interamericana de Justicia respecto del “control de convencionalidad”¹⁰⁰ ha establecido que todos los jueces y tribunales del Poder Judicial de cada Estado parte deben ejercer “control de convencionalidad difuso”, por ser miembros del poder estatal y, por ende, sometidos al cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, quienes deben efectuarlo incluso de oficio, por ser considerados los primeros garantes, los primeros llamados a ejercer el control de convencionalidad.

En el caso *Almonacid Arellano y otros c/. Chile*, la Corte aclara que la finalidad del instituto es procurar que las normas de la Convención o cualquier otro tratado “no se vean mermadas” por normas o disposiciones internas contrarias a su tenor, objeto y fin. En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú*, se especifica el fin de la institución al indicarse que se debe “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado” por normas o disposiciones contrarias a su objeto. Lo que agrega al sistema guatemalteco otra forma de garantizar la observancia efectiva de los derechos humanos.

A partir de las sentencias *Almonacid Arellanos y otros c/. Chile* y *Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú*, la CIDH da a entender que los parámetros de control para el cual el juez o tribunal ordinario 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

¹⁰⁰ La institución del “control de convencionalidad” surge con el caso *Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile* de 26 de septiembre de 2006. En ese fallo, en su considerando 124, la referida Corte declaró lo siguiente: “...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 obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Agrega en el considerando 125 de esa sentencia que el control de convencionalidad tiene sustento en el principio de la buena fe, recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, que opera en el Derecho Internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones contraídas y que impide invocar el derecho interno para su incumplimiento. Tales consideraciones fueron reiteradas por la Corte Interamericana en los casos *La Cantuta c/. Perú* de 29 de noviembre de 2006 (considerando 173) y en *Boyce y otros c/. Barbados* de 20 de noviembre de 2007 (considerando 78).

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 Corte Interamericana aclara que los jueces y tribunales ordinarios deben ejercer el “control de convencionalidad” en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.

Para su efectiva aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales, debe exigirse del juez que realice una interpretación del ordenamiento jurídico interno conforme con el interamericano. Ello refleja que el ejercicio del control de convencionalidad conlleva verificar la adecuación de determinada conducta con los logros en materia de Derechos Humanos.

Como se destacó, la Corte Interamericana ha determinado que el “control de convencionalidad” puede ejercerlo el juez o tribunal tanto a instancia de parte como de oficio, lo cual implica fiscalizar y contrastar el derecho interno con el internacional, en cada caso que esté juzgando. En ese sentido, se debe revisar si la normativa o el ordenamiento jurídico interno es conteste con la normativa de orden interamericano, que constituye un estándar mínimo de protección de derecho humanos, incluyendo los sociales.

No obstante lo anteriormente apuntado, en la práctica judicial, los escritos de los intervinientes y las resoluciones de los tribunales comunes constituyen resabios del Estado Liberal de Derecho, en el que la única normativa invocada y aplicada es la de fuente legal. En ocasiones, invocan el principio de supremacía constitucional, dirigido a la mera evocación de “derechos individuales”, como la igualdad o la defensa, o de normas internacionales relacionadas con el “debido proceso”, sin que se produzca su concretización al caso dado. Regularmente realizan la típica subsunción de reglas legales, obviando (o ignorando) la aplicación de normas o principios de derechos sociales, lo cual conlleva violación a la constitucionalidad y a la convencionalidad.

En muchos de los casos que se presentan ante un juez civil o penal, puede suceder que no hayan derechos sociales en defensa o en afectación directa, por no ser esa la pretensión del actor o la actitud del demandado; sin embargo, puede suceder que la declaración judicial afecte garantías mínimas o el contenido mínimo de derechos sociales

como el derecho a la comida, a la atención médica, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.

Por ejemplo, tras demandarse la desocupación de una casa de habitación de una persona que ocupa por arrendamiento y que adeuda renta por varios meses el juez civil -al ordenar el lanzamiento- no debe concretarse a requerir del auxilio de la fuerza pública para sacar los bienes del demandado; sobre todo, si el demandado alega carecer de ingresos para solventarla. En ese caso, el juez debe ordenar que los bienes sean llevados a un depósito público y que el desalojado sea albergado con su familia temporalmente por el Estado, en tanto no pueda proveerse por sí mismo, en protección del derecho a la vivienda. De la misma manera, el juez debe dictar medidas adecuadas si el demandado justifica su impago en la falta de empleo, en problemas de salud cuya sobrevivencia le resulta onerosa, entre otras cosas que le impiden garantizarse el mínimo existencial de sus derechos sociales y el de su familia.

Igualmente, el juez penal, que conozca de un proceso por el delito de usurpación de bien inmueble y que le requieren como medida precautoria el desalojo del inmueble usurpado, deberá ordenarlo única y exclusivamente después de asegurar el resguardo de los derechos a la vivienda, a la alimentación y a la salud de los desalojados¹⁰¹. A su vez, el juez de ejecución penal debe velar porque se garanticen los principios del mínimo existencial, de progresividad y de no regresividad de los que se encuentren cumpliendo condena de prisión.

De esa cuenta, tal como apunta Rodolfo Arango¹⁰², para una mejor y mayor comprensión de la protección judicial de los derechos sociales se requiere que los litigantes (y sobre todo sus abogados) así como los órganos jurisdiccionales, posean un concepto más

¹⁰¹ *Observación general núm. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 16*: “Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.”

¹⁰² ARANGO, Rodolfo, “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial” [en línea] en *El otro derecho*, núm. 28, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, ILSA, Bogotá, Julio de 2002. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-05.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

acorde a la concepción de los derechos humanos para la dignificación de la persona humana, y no sólo tome en cuenta la práctica del reconocimiento de ciertos derechos sino, por sobre todo, a la persona humana en su integridad.

3.2. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LOS TRIBUNALES ESPECIALIZADOS

En los últimos años, han surgido diversos tribunales, entre unipersonales y colegiados, a los que se les ha asignado el conocimiento de asuntos específicos, sobre todo, de grupos vulnerables; es decir, existen juzgados de primera instancia y Salas de apelaciones con competencia material especial. Entre los que interesan para el presente trabajo se encuentran los tribunales de trabajo y previsión social, los de familia, los de la niñez y la adolescencia y, recientemente, los de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer; los cuales -al igual que los tribunales comunes- deben observar el principio de Supremacía constitucional recogido en el artículo 204 de la Carta Magna y realizar el control de convencionalidad de oficio, como se expuso anteriormente.

De conformidad con el Código de Trabajo -que data de 1961- los conflictos relativos a Trabajo y Previsión Social están sometidos a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, a quienes compete juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 283). Los Tribunales de Trabajo y Previsión Social son: a) los Juzgados de Trabajo y Previsión Social, que para los efectos de este Código se llaman simplemente "juzgados"; b) los Tribunales de Conciliación y Arbitraje; y c) las Salas de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social (artículo 284).

La expresión del artículo 283 citado respecto de la competencia de los tribunales de trabajo para conocer de conflictos relativos a “Trabajo y Previsión Social” ha sido interpretada de forma restrictiva, pues lo único que se demanda ante ellos es el incumplimiento -por parte del patrono, del trabajador o de la institución encargada del seguro social (el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social)- de las normas de ese mismo Código de Trabajo y eventualmente se invocan las de similar contenido que se encuentren en Convenios de la Organización de Trabajo ratificados por el Estado de Guatemala.

La interpretación acorde con los derechos sociales de ese artículo debe ser aquella que permita a los jueces de trabajo conocer de todo tipo de afectaciones al derecho humano al trabajo, entre ellos, la falta de fuentes de empleo que debería ser demandada al Estado de Guatemala.

Según la Ley de Tribunales de Familia -emitida en 1964-, éstos se instituyeron con “jurisdicción privativa” para conocer de todos los asuntos relativos a la familia (artículo 1) y les corresponde resolver los asuntos y controversias relacionados con alimentos civiles, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar (artículo 2). Los Tribunales de Familia están constituidos por: a) los Juzgados de Familia que conocen de los asuntos en primera instancia; y, b) las Salas de Apelaciones de Familia, que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los Juzgados de Familia (artículo 3).

De lo anterior, se advierte que los Tribunales de Familia conocen estrictamente de las situaciones en conflicto con la regulación contenida en el Libro I del Código Civil guatemalteco, que data de 1963. No obstante, el artículo 12 de la ley citada señala: “Los Tribunales de Familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medidas que consideren pertinentes [...] De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el Juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía.”

Por ende, en una debida protección a la familia, estos tribunales deben procurar siempre la protección mínima de los derechos sociales en las demandas que ante ellos se promuevan; sobre todo en los casos con carácter económico, como la fijación o modificación de los alimentos¹⁰³. A manera de ejemplo, véase el contenido del artículo 283

¹⁰³ Artículo 278 del Código Civil: “La denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.”

del Código Civil, el cual señala que están obligados a darse alimentos, los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos; y que cuando el padre no estuviere en posibilidad de proporcionar alimentos a sus hijos y la madre tampoco pudiese hacerlo, tal obligación corresponde a los abuelos paternos de los alimentistas, por todo el tiempo que dure la imposibilidad del padre de éstos. Pero en caso de que el Tribunal de Familia, al momento de fallar, no encuentra a ningún miembro de la familia que pueda proporcionar los alimentos, deberá dictar las “medidas que considere pertinentes” para que sea el Estado el que los proporcione, en integración de las normas de derechos sociales, ante la falta de señalamiento de las obligaciones estatales al respecto, en el Código Civil.

En el año 2003, se derogó el antiguo Código de Menores (emitido en los años setentas) por medio de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que surgió -luego de más de diez años de discusión- para desarrollar los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁴. En el Libro III de esa ley, se regulan las cuestiones procesales relacionadas con los derechos de los niños y los adolescentes. Se crearon a) juzgados de la niñez y la adolescencia, b) juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal; c) juzgados de control de ejecución de medidas, y d) una Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Según el artículo 99 de esa ley, la jurisdicción de estos tribunales es especializada y su personal debe ser calificado, así como contar por lo menos con un psicólogo, trabajadores sociales y un pedagogo; además, el artículo siguiente exige que los jueces y magistrados posean amplios conocimientos y experiencia en derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

En la línea de protección que se ha venido manifestando en el presente Capítulo, se expone a continuación un caso real y reciente, que ha resultado ser paradigmático para el sistema de la justicia ordinaria¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Convención suscrita por el Estado de Guatemala el 26 de enero de 1990 y aprobada por el Congreso de la República el 10 de mayo del mismo año.

¹⁰⁵ Sentencia dictada por Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Zacapa, el doce de abril de dos mil trece, dentro de la Carpeta Judicial núm. 19003-2011-00639.

El municipio del Camotán, departamento de Chiquimula, posee una alto número de pobladores que viven en pobreza extrema en zonas rurales, y que han sufrido el déficit de precipitaciones y las repercusiones en la economía campesina, lo cual produjo una crisis alimentaria que ha dado lugar a que aumente el índice de mortalidad infantil por desnutrición, en especial en niñas y niños menores de 5 años. En noviembre de 2011, 14 organizaciones sociales y no gubernamentales del país conformaron la “Campana Guatemala sin Hambre” e iniciaron procesos judiciales contra el Estado de Guatemala, por violación del derecho de alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda y al mínimo existencial de cinco niños que sufrían desnutrición aguda¹⁰⁶.

Los casos fueron presentados como procedimiento de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes con fundamento en el artículo 104 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, cuyo objeto es conocer y resolver denuncias de situaciones que amenacen o violen los derechos de la niñez y adolescencia, en este caso provenientes de la omisión del Estado en el aseguramiento del derecho a la alimentación de cinco niños. Se aportaron al procedimiento dictámenes de médicos especialistas que los han atendido y que han diagnosticado con problemas de desnutrición, así como peritajes de trabajadoras sociales y nutricionistas respecto de los daños físicos y psicológicos que han resultado del alto grado de desnutrición.

Al resolver, el juez se fundamentó en el principio del interés superior del niño y en la obligación del Estado de contar con medidas y mecanismos que garanticen el efectivo ejercicio de los derechos sociales, en observancia del Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), de lo que destacó el derecho de los niños a ser protegidos contra el hambre; además, manifestó que por el principio de unidad familiar ningún niño puede ser separado de sus padres en contra de su voluntad, salvo que dicha separación responda al interés superior del niño, después de una revisión judicial realizada por parte de las autoridades competentes, por lo que no resultaría válido que la Procuraduría General de la Nación

¹⁰⁶ BAIRE QUEZADA, Rodrigo y MAZARIEGOS RIVAS, Ángel, “Cinco niños olvidados ganan juicio al Estado” [en línea] Diario Plaza Pública, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, Julio de 2013. Disponible en: <http://www.plazapublica.com.gt/content/cinco-ninos-olvidados-ganan-juicio-al-estado>. [Consulta: 22-08-2014].

tomara como medida quitarles a las familias a los niños para resguardarlos en una institución pública, de responsabilizarse a los madres y padres de la deteriorada salud sus hijos.

Finalmente concluyó que el Estado y todos sus órganos tienen la obligación de adoptar medidas eficaces y efectivas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de los padres con respecto al crecimiento de sus hijos e hijas, lo que implica la adopción de acciones pertinentes para asegurar que los padres de los niños puedan acceder a los alimentos necesarios para su núcleo familiar, cuando estos no tienen ni han tenido la posibilidad de un trabajo digno que les provea los ingresos económicos suficientes o cuando no tienen la capacidad o posibilidad humana de brindárselos. En ese sentido, agregó que es obligación del Estado prestar asistencia adecuada a los padres, representantes legales y familia ampliada en la crianza de sus hijos, en particular ayudando a los padres a ofrecer las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño y niña y, garantizando que los menores reciban la protección y cuidado necesario.

Por otra parte, el Juzgado invocó la Observación General núm. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para sostener que el derecho a la alimentación se ejerce cuando toda persona tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a los medios para obtenerla. Señaló que el Estado posee la obligación de realizar acciones encaminadas a la protección de las personas contra el hambre, tales como fortalecer el acceso y utilización de los recursos para acceder a la alimentación por parte de la población. Explicó que cuando las personas no puedan disfrutar de dicho derecho por razones ajenas, el Estado tiene la obligación de hacer efectivo directamente el derecho a la alimentación, inclusive con la entrega directa de alimentos en cantidad y calidad adecuada para el disfrute y goce de otros derechos humanos. Además, agregó que ello no sólo implique el acceso a alimentos, sino también el disfrute de derecho al acceso a la salud y a una vivienda digna, los cuidados prenatales y postnatales de la madre de los niños, evitando la desnutrición desde el estado de gravidez de la progenitora.

Al resolver, el Juzgado de la Niñez y Adolescencia y de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal del Departamento de Zacapa declaró la existencia de violación por parte

del Estado de Guatemala de los derechos a la alimentación, a la vida, a un nivel de vida adecuado, a la salud y la vivienda de los niños intervinientes, por omisión, al no poseer programas, políticas, acciones y medidas eficaces que eviten problemas en la salud de esos niños, dada la desnutrición crónica y aguda sufrida por la falta de una alimentación adecuada. En consecuencia, ordenó el cumplimiento de diversos mecanismos de reparación integral encaminados a restituir y rehabilitar los daños físicos, sociales y psicológicos de los niños, derivados de la desnutrición ocasionada por la omisión del Estado, tales como la adecuación de políticas que garanticen el disfrute al derecho a la alimentación, salud y vivienda adecuada para todo su núcleo familiar. En especial, exigió la entrega de alimentos por parte Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación a toda la familia de los niños afectados, así como la entrega de semillas y tecnología necesaria para la siembra de alimentos adecuados por parte del núcleo familiar. Además mandó incluirlos en programas de salud, atención psicológica y educación, que permitan el pleno desarrollo de los niños en su núcleo familiar.

El caso expuesto constituye un verdadero precedente judicial respecto de la protección y garantía de los derechos sociales en forma integral para un grupo vulnerable que no puede proveerse por sí mismo de los mínimos para subsistir. Ese caso sienta las bases para la debida judicialización de los derechos sociales, no sólo de los niños, sino de toda persona en riesgo de ser afectado el mínimo existencial de sus derechos prestacionales.

CAPÍTULO IV

SISTEMAS MODERNOS PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

4.1. EFECTOS DISTINTOS EN SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Tal como se apuntó en el segundo capítulo del presente trabajo, de conformidad con el artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad es la de dejar sin vigencia la parte que se declare inconstitucional, el cual surte desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial. Esos efectos típicos de mera anulación de la normativa denunciada en una sentencia de inconstitucionalidad general resultan insuficientes y, en algunos casos, gravosos para garantizar los derechos sociales que resulten afectados, pues deviene en desregulación de medidas relacionadas con prestaciones sociales. Además, la anulación de tales medidas violaría a su vez el principio de no regresividad, según se explicó y se concluyó que, por ello, la Corte de Constitucionalidad debe buscar otros efectos a sus sentencias estimativas en favor de prestaciones sociales. Según se dijo, los efectos que Hans Kelsen promoviera inicialmente, reducidos dos únicos tipos de sentencias - estimatorias y desestimatorias- y a considerar al Tribunal Constitucional como un mero “legislador negativo” al anular la norma viciada de inconstitucionalidad, dejaron de ser suficientes para los casos reales de la jurisdicción constitucional y los requerimientos del Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido, Giancarlo Rolla apunta que la Constitución no alberga únicamente un conjunto de normas, sino que además contiene la afirmación de principios y valores que unifican una comunidad social, por lo que el deber actual del juez constitucional consiste en

ser dinámico artífice de la integración social dentro del Estado y un garante de la unidad sustancial del ordenamiento¹⁰⁷.

Existen algunos casos de control de constitucionalidad abstracto en los que la Corte de Constitucionalidad no ha dictado una sentencia con los efectos típicos, sino que ha emitido una resolución final con ciertas variantes, lo cual la doctrina ha denominado como “sentencias atípicas”, precisamente porque no se encuentran previstas en la regulación (ni en la idea original del control de constitucionalidad concentrado). Esos tipos de resoluciones han sido emitidas en casos muy extremos, sobre todo cuando el Tribunal Constitucional no puede decidir la simple expulsión del ordenamiento de la norma denunciada para no hacer más gravosa la afectación al orden constitucional. Según Tania Groppi, los efectos modulados de las sentencias atípicas se inscribe en el marco de la “‘minimización’ del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico¹⁰⁸.

En algunas sentencias, la Corte -tras declarar inconstitucional el precepto normativo denunciado- acoge parcialmente el planteamiento e incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo impugnado, con el fin de extender los alcances de la norma en cuestión, para que asuma un supuesto de hecho no previsto. Ello sucedió en la sentencia que resolvió la inconstitucionalidad general de un Acuerdo del Ministerio de Educación que reformaba el *pensum* de estudios de la carrera de Magisterio de Primaria. En ese fallo, la Corte no anuló la normativa reformativa, sino que adhirió una excepción: que esa modificación no sería aplicable a los alumnos que cursaban la carrera de docentes de

¹⁰⁷ ROLLA, Giancarlo, “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo” en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar, *Tribunales y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2002. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/19.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

¹⁰⁸ GROPPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, Mayo-Agosto 2003. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/107/art/art2.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

educación primaria cuando el acuerdo entró en vigencia, por razones de seguridad jurídica y en protección al derecho de educación¹⁰⁹.

En el Capítulo Segundo del presente trabajo, se mencionan las sentencias “exhortativas” como una modalidad de las sentencias atípicas, las cuales van desde un simple consejo al legislador hasta fórmulas más coactivas que llaman a este último a regular una materia establecida en la Constitución. Estas exhortaciones pueden darse mediante directrices al Organismo Legislativo sobre cómo legislar en determinadas materias, para adecuar la política legislativa al marco constitucional. No obstante, se indicó que las meras exhortaciones no han resultado ser efectivas, pues los entes reguladores exhortados no cumplen con la emisión y la Corte de Constitucionalidad considera que no posee los mecanismos para su cumplimiento coactivo, por no ser efectos previstos en la ley de la materia.

Sin embargo, al tratarse de derechos sociales prestacionales, deben aplicarse otros efectos que permitan cubrir las lagunas legales que produzca la declaratoria de una sentencia de inconstitucionalidad con efectos anulatorios. De tal manera, se advierte que el artículo 144 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece: “La sentencia sobre inconstitucionalidad se dictará de acuerdo con lo dispuesto en esta ley para los procesos de amparo y de inconstitucionalidad en casos concretos, en lo que fueren aplicables”, lo cual permite modular los efectos anulatorios típicos, para garantizar su cumplimiento, para cumplir con los deberes estatales prestacionales.

En aplicación del artículo 49 de esa misma ley podría -además de detenerse medidas regresivas- obligar a volver a la situación jurídica anterior con efectos *erga omnes*; es decir, con efectos tanto para el que interpuso la acción constitucional como para todos aquellos que se encuentren afectados por las medidas regresivas que se suspendan. La Corte de Constitucionalidad debería exigir la emisión de las nuevas normas en un plazo razonable y determinar las medidas a adoptar durante el vacío legal que se produzca. Incluso, conminar al obligado a dar exacto cumplimiento a la sentencia emitida de conformidad con el artículo 52 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pues la demora en

¹⁰⁹ Sentencia de dos de junio de 2009, expediente 290-2007.

su emisión podría ocasionar graves perjuicios a sus beneficiarios, y diferir la anulación de la norma en tanto se dicta la nueva regulación.

Además, podría ensayarse la emisión de una sentencia con efectos diferidos; es decir, que la Corte pueda diferir en el tiempo los efectos de las sentencias estimatorias, con el fin de dar al regulador la posibilidad de intervenir sobre la materia antes de crearse la laguna.

Por otra parte, en caso de violación al principio de no regresividad, sin razonabilidad ni proporcionalidad alguna, el Tribunal Constitucional debería estar facultado para exigir la aplicación de las medidas derogadas por las normas declaradas inconstitucionales; es decir, debería exigir retrotraer al estado existente, previo a la reforma, tal como sucede en amparo, tomando en cuenta que lo que se protege es la misma categoría de derechos en ambas garantías constitucionales.

4.2. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Según explica Víctor Bazán, la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, sino, también, por omisión; concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria que deja de dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros (tema sobre el que volveremos)¹¹⁰. Por ende, las normas constitucionales de derechos sociales pueden ser violadas cuando el legislador no emita la regulación necesaria para hacer operativos deberes económicos-sociales del Estado o la promulgada omite la observancia de esas normas.

Como se evidenció en el Capítulo Segundo de la presente investigación, en el ordenamiento jurídico guatemalteco no se encuentra regulada la acción por la cual se exija el control de constitucionalidad del incumplimiento de mandatos constitucionales por parte de legislador en la emisión de la regulación pertinente para la observancia y cumplimiento

¹¹⁰ BAZÁN, Víctor, “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Anuario 2007, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr4.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

de normas de derechos sociales o de deberes fundamentales del Estado, así como de compromisos internacionales.

Bazán explica que las omisiones legislativas pueden ser: a) absolutas o totales, y b) relativas o parciales. Son absolutas o totales cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. La omisión legislativa es relativa o parcial cuando el legislador -al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias- favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros. Al legislar en forma parcial, se lesiona el principio de igualdad (con su presupuesto de no discriminación) o se emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente¹¹¹.

Por su parte, Javier Tajadura Tejada explica cuatro situaciones de “omisión legislativa:

- a) cuando el legislador no hace lo que “de forma concreta” estaba constitucionalmente obligado;
- b) cuando la omisión deriva del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos, esto es, de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional;
- c) cuando el legislador incumple aquellos mandatos que se traducen en una exigencia de legislar única, o lo que es lo mismo, concreta, no permanente; por lo general, se ordena regular una institución; y
- d) cuando la Constitución consagra normas sin suficiente densidad para que se conviertan en exigibles por sí mismas, reenviando implícitamente al legislador la tarea de darles operatividad práctica¹¹².

¹¹¹ BAZÁN, Víctor, “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, *op. cit.*

¹¹² TAJADURA TEJADA, Javier, “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales” en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de la norma ausente (Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión)*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2ª. Edición, México, 2007, págs. 290-291. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2455/8.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

Además, en cuanto a derechos sociales se refiere o, en general a Derechos Humanos, cuyo carácter progresivo implica la revisión constante de las medidas establecidas acordes al momento histórico (político y económico) de su aplicación, debe considerarse también “omisión legislativa” cuando, aun existiendo la norma legal, su falta de actualidad o las carencias fueran tales que la convierten en inútil con relación al mandato constitucional que la exige.

Algunas constituciones extranjeras, poseen regulación al respecto. Por ejemplo, la Constitución de Portugal de 1976 regula la inconstitucionalidad por omisión de medidas legislativas para hacer operativas normas constitucionales¹¹³, la Constitución de Brasil de 1988 establece los efectos en caso de declararse la inconstitucionalidad por omisión normativa (en general)¹¹⁴ y la Constitución de Venezuela 1999 determinó como una de las atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarar la inconstitucionalidad por omisión y un plazo para su cumplimiento¹¹⁵. En Costa Rica, el control de la omisión legislativa procede de conformidad con la Ley de la Jurisdicción Constitucional¹¹⁶.

En otros países de Latinoamérica, como Colombia, México y Argentina, las omisiones legislativas han sido objeto de control de constitucionalidad por vía pretoriana.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha accedido a conocer de acciones de inconstitucionalidad por “omisión parcial” y la única sentencia que ha establecido efectos

¹¹³ Artículo 279 de la Constitución de Portugal: “Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable.”

¹¹⁴ Artículo 103. 2 de la Constitución de Brasil: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días.”

¹¹⁵ Artículo 336 de la Constitución de Venezuela: “Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia [...] 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección...”

¹¹⁶ La Ley 7135, en su artículo 73, inciso a), prevé: “Cabrà la acción de inconstitucionalidad: a) Contra leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional”

positivos a tal omisión fue la dictada en el expediente 1822-2011, el 17 de julio de 2012, por la cual se resolvió una acción de inconstitucionalidad general 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. Al respecto, el fallo señala: "...Mediante la función pretoriana que tiene la Corte de Constitucionalidad, en algunos casos, ha emitido sentencias con apartado recomendatorio hacia el Congreso de la República, a efecto de interesar a dicho órgano del Estado a emitir leyes que figuran como remisiones constitucionales pendientes de cumplir. El caso es que, cuando el constituyente no fijó plazo, es difícil determinar alguno que, respetando la esfera de acción del legislativo y sus propias agendas, lo prevenga acerca de cumplir con mandatos de la ley suprema. En el caso examinado, ese imperativo de completitud deriva de lo preceptuado en el artículo 46 de ésta, que sobrepone la convencionalidad de los derechos humanos al derecho interno, razón por la que la legislación ordinaria debería adecuarse a esos parámetros del derecho internacional..." El resultado de esa sentencia fue exhortar al Congreso de la República a ampliar los elementos del tipo penal denunciado, por lo que será el legislador el que deba realizar el "control de convencionalidad" al momento de cumplir con el fallo.

En ese contexto, podría decirse que la sentencia de la Corte de Constitucionalidad agrega otra forma de omisión legislativa a las ya establecidas por la doctrina: la omisión legislativa por inobservancia del estándar establecido en normas internacionales a las que se comprometió el Estado.

No obstante, la anuencia del tribunal constitucional guatemalteco para conocer de inconstitucionalidades por omisión se ha limitado a analizar el fondo de esas acciones cuando la denuncia es contra una regulación deficiente, incompleta o imperfecta; es decir, limitado a las "omisiones parciales", no así a las "omisiones absolutas", tal como lo explicó recientemente: "...La doctrina legal emanada por esta Corte ha precisado que las omisiones absolutas no pueden configurar un vicio que pueda ser objetable por vía de inconstitucionalidad abstracta. Este es el tenor de los fallos contenidos en el auto de dos de marzo de dos mil nueve (Expediente 63-2009) y las sentencias de ocho de febrero de dos mil once y catorce de febrero de dos mil trece, dictadas en los expedientes 2229-2010 y 266-2012..." Y lo justifica explicando: "...este tribunal no podría pretender subsanar

aquella omisión absoluta asumiendo una posición que, aparte de que pudiera considerarse en extremo activista e impropio por la necesaria prudencia con la que debe conducirse un tribunal constitucional, implique subrogar al Congreso de la República en el ejercicio de una atribución -función legislativa- que en la Constitución le confirió a este último organismo de Estado [...] el tribunal constitucional no debe interferir en el ejercicio de potestades legítimas de los órganos del poder constituido, cuyas potestades están atribuidas en la propia Constitución...”¹¹⁷.

Respecto de las razones transcritas de ese fallo, resulta oportuno revisar la opinión de Germán Bidart Campos: “No estamos propugnando que los jueces extralimiten el marco del orden jurídico que les hace de contorno inexpugnable, ni infravalorando las competencias del legislador. Sólo estamos aseverando algo muy simple: dentro de aquel perímetro y de las competencias estrictamente propias de los jueces, cada vez que por acción u omisión éstos advierten que los órganos políticos han transgredido la Constitución o han dejado vacío un ámbito al que la Constitución proyecta directrices, tienen que elevarse al vértice jurídico del Derecho de la Constitución. Si esto es activismo judicial, lo ponderamos. Si acaso es 'gobierno de los jueces' no vacilamos en repetir que los jueces también integran -a su modo- el gobierno, y comparten una función del poder estatal, que es la administración de justicia. Cada cual en lo suyo. Los jueces se mantienen en su sitio cuando derivan desde la Constitución obligaciones (de abstención, de dar, o de hacer) que los órganos políticos han dejado incumplidas. Comprendemos muy bien que la doctrina de la supremacía suministra argumentos para sostener que la Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el Ejecutivo, el Congreso, o la Administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan”¹¹⁸.

En consecuencia, la radical negativa de la Corte de Constitucionalidad para conocer de inconstitucionalidades abstractas por omisión absoluta bajo el argumento de la imposibilidad de subrogar al Congreso de la República en el ejercicio de la función

¹¹⁷ Sentencia de 10-12-2013, expediente 1135-2013.

¹¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales” en BAZÁN, Víctor (Coord.), *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Temis, Bogotá 1997, pág. 3.

legislativa no resulta válida cuando la regulación omitida deriva de la inobservancia de deberes fundamentales del Estado (como por ejemplo la especial protección a grupos vulnerables), pues cabalmente la Constitución, al establecer que son “deberes del Estado”, está exigiendo acciones positivas por parte de todos los que conforman el Estado -cada cual desde el ámbito de sus competencias- para el efectivo cumplimiento y la debida observancia de tales deberes. Por ello, la Corte de Constitucionalidad también está llamada a asumir acciones positivas, incluso en el ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto, cuando lo que se encuentra en afectación es un derecho fundamental. Y así sucedía en el caso que resolvía la sentencia citada, la cual denegaba la acción promovida contra la inobservancia del Congreso de la República del contenido del artículo 127 de la Constitución Política de la República -inserto en el catálogo constitucional de “Derechos Sociales”- el cual establece: “Todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Su aprovechamiento, uso y goce se otorgan en la forma establecida por la ley, de acuerdo con el interés social. Una ley específica regulará esta materia”, omisión que -en ese mismo fallo consta, según diligencias para mejor resolver dictadas- fue aceptada por el mismo ente regulador. El hecho de no poder la Corte fijarle plazo al Congreso para la emisión de la normativa ni asumir una posición de regulador positivo, no constituye un argumento suficiente para negar el conocimiento del fondo del asunto, pues tácitamente lo hizo al advertir la carencia de legislación especial. Además, en otro caso de acción inconstitucionalidad general, la Corte produjo los efectos esperados en el fallo anterior, al indicar: “...esta Corte considera que existe una omisión de un mandato constitucional por parte del Congreso de la República, al no emitir una ley que regule el régimen de aguas, pues tal circunstancia, ha propiciado que existan normas que no armonizan con la Ley suprema, por lo que se exhorta al Congreso de la República a crear y a emitir la respectiva ley...”¹¹⁹

Las omisiones normativas constituyen la forma normal por la cual son vulnerados los derechos sociales, tomando en cuenta que se caracterizan principalmente por la actividad positiva que requieren del Estado para su efectiva realización; por ende, si se limita la eficacia de las garantías constitucionales existentes sólo para aquellos supuestos en los que

¹¹⁹ Sentencia de 05-02-2009, expediente 3722-2007.

la violación de los derechos se advierte en conductas positivas del ente regulador, se está obviando el control de su afectación por medio de omisiones, y con ello se está reduciendo la efectividad de estos derechos, careciendo en la práctica de valor normativo alguno.

Por lo anterior, debe considerarse en Guatemala una reforma constitucional que incorpore la denuncia de omisiones legislativas absolutas y parciales, tomando en cuenta la imposibilidad jurisprudencial de realizarlo por vía de las garantías constitucionales actuales, pero en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Además, el artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" compromete a los Estados partes a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales que ese Protocolo establece, cuando su ejercicio no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; es decir, cuando haya “omisión legislativa”.

4.3. LAS ACCIONES COLECTIVAS

Según se analizó en el Capítulo Segundo y Tercero de esta investigación, en la legislación guatemalteca no existe legitimación para promover acción popular en defensa de derechos afectados a una colectividad sino que es necesario hacer valer un derecho o interés propio, pues las vías judiciales que existen en Guatemala son principalmente establecidas en caso de violación de derechos individuales, por lo que denotan deficiencias para proteger derechos sociales.

Además, las acciones ordinarias existentes para la protección de ciertos derechos sociales no son para denunciar violación por parte del Estado, sino para exigir la protección de determinado derecho social, por medio de los órganos jurisdiccionales especializados,

frente al tercero legalmente obligado a satisfacerlo, respetarlo o brindarlo. Tal se expuso para los casos de pretensiones derivadas del derecho al trabajo (establecidas en el Código de Trabajo), las relativas a la protección de los derechos del niño (propias de la Ley Integral de Protección a la Niñez y la Adolescencia), las emanadas del derecho de familia (sustentadas en la Ley de Tribunales de Familia); acciones en las que el principal obligado no es el Estado, sino un particular (el patrono del trabajador o los padres del niño). La situación sobre la cual están diseñadas estas acciones es la del litigio interindividual, en cuanto a que están diseñadas para dirimir un conflicto entre dos personas, cuyos intereses agotan el sentido del pleito, según lo expuesto en el Capítulo Tercero.

La defensa de los intereses difusos o derechos de la colectividad que en amparo actualmente debe ejercer el Procurador de los Derechos Humanos (ombudsman)¹²⁰ puede resultar condicionada a factores políticos, pues debe recordarse que, según la Constitución, él es un delegado del Congreso de la República¹²¹, además posee funciones de control de Derechos Humanos respecto de toda la Administración Pública, lo que dificulta la labor de judicialización de derechos colectivos o difusos, además de estar obligado a promoverla como *ultima ratio*. Cada Procurador establece distintos niveles de activismo judicial de derechos colectivos. Podría decirse que el funcionario anterior promovía más amparos en protección de intereses difusos y colectivos que el actual¹²², lo que hace concluir que todo depende de la actitud y estrategia que asuma ante las denuncias que reciba.

Ello resalta la necesidad de que el legislador guatemalteco establezca mecanismos procesales ordinarios que permitan defender los derechos sociales, ampliando los existentes con acciones judicial en defensa de “intereses colectivos”, dotando de sustantividad

¹²⁰ Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha indicado: “...esta Corte ha reconocido la legitimación activa del Procurador de los Derechos Humanos para plantear amparos, pero dicha facultad se le otorga únicamente cuando lo hace en protección de los intereses difusos que le encomiendan los artículos 274 y 275 de la Constitución Política de la República y 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; es decir, intereses de la colectividad en general y no casos particulares. . .” (Sentencia de 12-01-2000, expediente 790-99).

¹²¹ Artículo 274 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración...”

¹²² *Vid.* Informes circunstanciados anuales del Procurador de los Derechos Humanos al Congreso de la República. <http://www.pdh.org.gt/documentos/informes-anuales.html>. [Consulta: 22-08-2014].

procesal a derechos como los del medio ambiente, los del consumidor, o el derecho a la educación, a la salud, a la previsión social, y de legitimación a un grupo o a un representante de éste. Dado que, según se ha demostrado, un obstáculo común en materia de justiciabilidad de los derechos sociales concierne a la falta de mecanismos judiciales o mecanismos procesales adecuados para tutelar estos derechos. Ya se mencionó que la satisfacción de derechos sociales requiere en algunos casos remedios o medidas de alcance colectivo.

De esa cuenta, en materia de derechos colectivos, debe revisarse ese modelo tradicional de judicialización en Guatemala y pensar en acciones procesales de carácter colectivo o de carácter supraindividual. Cuando la protección de derechos sociales exige la discusión de violaciones de alcance colectivo, la representación de un grupo o una colectividad en juicio o la necesidad de tomar una medida como solución o remedio al caso que tenga impacto colectivo, las acciones individuales tradicionales presentan evidentes limitaciones.

Como se ha venido esbozando, la justiciabilidad de los derechos sociales implica poder acudir ante los tribunales en denuncia de afectación de estos derechos, lo que conlleva a que tanto personas individuales como grupos tengan la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales a requerir una decisión judicial que determine el ámbito de pertinencia y de exigibilidad, atendiendo a un grado mínimo de protección inmediata de un derecho prestacional, así como la declaratoria de su cumplimiento.

En caso de que la declaración judicial produzca efectos que supongan la asignación de recursos propios del Estado, ello no debe considerarse como un elemento que reduzca la fuerza declarativa y ejecutiva de las resoluciones judiciales para proteger los derechos sociales, pues el juez debe remitir a los reclamantes ante las autoridades responsables, para su satisfacción. En ese sentido lo declaró el juez de la niñez en el caso presentado, tomando en cuenta que para el cumplimiento del contenido de los derechos sociales el Estado debe destinar el máximo de los recursos económicos de que disponga.

La única negativa aceptable por parte del órgano encargado sería demostrar que se han empleado "todos los recursos disponibles" para cumplir con los derechos sociales. La obligación de informar y de transparentar la gestión pública es importante para el caso de

los derechos sociales, especialmente en derechos como la seguridad social, la educación o la vivienda que involucran un monto considerable de recursos y que suponen grandes zonas de opacidad en el funcionamiento de la Administración Pública.

El desafío que presenta la promoción de los derechos sociales reside en formular políticas públicas que se impregnen del debido reconocimiento de tales derechos y la obligación de respetarlos, otorgando a la ciudadanía la posibilidad de exigir su cumplimiento. Para ello, el legislador debe regular las llamadas “acciones colectivas” para permitir a los entes colectivos la promoción de mecanismos jurisdiccionales que propugnen el respeto a los derechos sociales.

Antonio Gidi define la acción colectiva de la siguiente forma: “...es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva) para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”¹²³. Ese mecanismo contribuye a formular un problema repetitivo de violación a derechos fundamentales causados por el mismo agente, en busca de una solución con potestad jurisdiccional para todos los afectados, pues uno o varios representantes gestionan ante los tribunales, sin que asistan todos los integrantes del grupo, lo cual permite reducir costos materiales, temporales y humanos en la impartición de justicia, incluso para los afectados reducen los costos de gestión y asesoría.

En algunas constituciones de países de América Latina, se ha regulado ese tipo de instrumentos procesales como Argentina, Brasil y Colombia.

Al respecto, el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina señala: “...Podrán interponer esta acción [de amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a

¹²³ GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, CABRERA ACEVEDÓ, Lucio (trad.) [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2004. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1337>. [Consulta: 22-08-2014].

la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.” Inicialmente podría considerarse como una acción restringida a la protección de derechos difusos, pero podría invocarse la violación a derechos sociales en casos de poseer incidencia colectiva”.

El inciso LXX del artículo 5 de la Constitución de la República Federal de Brasil señala que el “*mandado de segurança coletivo*”¹²⁴ puede ser interpuesto por: **a)** partido político con representación en el Congreso Nacional; y **b)** organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento de por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados. No obstante, la finalidad de esa institución brasileña ha sido la de proteger el erario público, así como diversos e importantes valores constitucionales, especialmente aquellos de moralidad administrativa y la protección ambiental.

Por su parte, el artículo 88 de la Constitución Política de la República de Colombia determina: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones populares en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.” Ese artículo parece contener un mejor desarrollo de las acciones populares entre los países de Latinoamérica, pues proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar derechos o intereses colectivos.

La Ley 472 de 1998 del Congreso de Colombia contiene la regulación que desarrolla el contenido del artículo 88 citado. Lista en el artículo cuarto los derechos e intereses colectivos, entre ellos, se encuentran ciertos derechos prestacionales: “...g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública [...] j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. . .”

¹²⁴ “*O mandado*” es la garantía constitucional brasileña para la protección de los derechos fundamentales.

En el artículo doce, determina quiénes pueden ejercitar las acciones populares: “...1. Toda persona natural o jurídica. 2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar. 3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión. 4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia. 5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.” De los cuales, se advierte la legitimación para particulares u ONG’s para promover acciones populares en favor de una colectividad. En el artículo 14, se prescribe contra quiénes puede dirigirse la acción popular: “La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo.”

Los jueces competentes para conocer de ese tipo de acciones son los que conocen de la jurisdicción ordinaria civil, salvo que los procesos que se susciten posean su origen en actos propios de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; en ese caso conocerán tribunales con esa competencia. Se advierte que las acciones populares deben promoverse ante la jurisdicción ordinaria.

Por último, el artículo 34 de esa ley permite al juez, entre otras cosas, declarar ordenes de hacer o de no hacer, definiendo de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron lugar al proceso que se resuelve.

Aunque en la mayoría de los países que han incorporado la “acción colectiva” la han restringido para acumular reclamos de violación a derechos difusos como de consumidores, usuarios y ambientales, en su estructura puede advertirse la posibilidad de concentrar afectaciones a derechos prestacionales, tal como lo presenta la institución colombiana.

Por ello, la institución de las acciones colectivas -entendida como una acción para proteger y defender los derechos de las comunidades o de actores colectivos- resulta ser de alta trascendencia para exigir derechos sociales sobre todo de personas de escasos recursos,

pues posee la fuerza jurídica necesaria para que, de manera conjunta, éstos tengan acceso a la justicia con suficiente trascendencia para ser atendidos, pues las acciones individuales resultan ser costosas y por ello no acuden a la justicia, ni estimulan la participación de los abogados o la debida atención de los tribunales.

CONCLUSIONES

1. Los derechos sociales son derechos humanos cuyo contenido se refiere a bienes o servicios económicamente evaluables que deben ser suministrados o prestados a aquél que no pueda proveérselos por sí mismo. Tales derechos se encuentran reconocidas por normas iusfundamentales que establecen derechos para los habitantes y deberes para el Estado.
2. Los derechos sociales son derechos prestacionales que se distinguen de los derechos individuales en que éstos constituyen límites negativos de no hacer y los sociales conllevan actividades positivas por parte del Estado, que consisten en “un hacer”, un “contribuir”, un “ayudar” para su satisfacción, protección, disfrute o acceso.
3. Los derechos sociales son mandatos constitucionales que conllevan obligaciones objetivas fundamentales de realizar actividades que satisfagan el objeto de la norma. 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.
4. Los derechos sociales son derechos individuales, por estar delimitados en forma exclusiva al individuo, para permitirle satisfacer necesidades básicas de encontrarse en situación de carencia en ámbitos como salud, educación, trabajo, previsión social, etc. ; sin embargo, en el catálogo de derechos sociales, pueden advertirse derechos colectivos, los cuales tienen como finalidad el aseguramiento de beneficios que sólo pueden ser disfrutados de manera colectiva dado que no es un bien divisible, por ejemplo los propios de las comunidades indígenas.
5. Los derechos sociales son 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. Todo ello 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 prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

6. Los derechos sociales son justiciables cuando su exigencia enfrenta situaciones críticas, se reclaman en conexión con otros derechos o se demanda contra actuaciones regresivas.
7. 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.
8. Los órganos jurisdiccionales deben intervenir al denunciarse omisiones o negativas arbitrarias por parte del Estado u otros obligados de proporcionar prestaciones debidas o cuando éstos 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.
9. Tanto jueces ordinarios como constitucionales deben considerar los derechos sociales como derechos plenos y serios, despojándose de prejuicios y preconceptos, en una perspectiva de asegurar, respetar, garantizar y promover efectivamente su protección, por constituir principios constitucionales de obligada aplicación y control.
10. Para el control de constitucionalidad o de convencionalidad de las normas de derechos sociales, se deben observar principios como: a) del mínimo existencial; b) de progresividad, que implica que el contenido de una norma de derechos sociales no puede conllevar una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos del derecho en cuestión; c) de no regresividad que prohíbe que el Estado de marcha atrás a los niveles alcanzados de satisfacción de cierto derecho social; y d) de la solidaridad, en cuanto a que todos deben contribuir con el Estado para la realización del bien común.
11. Las llamadas “normas programáticas” que implican el deber del Estado de realizar acciones positivas deben ser interpretados como derechos sociales, por lo tanto tienen aplicación directa, por constituir mandatos constitucionales.

12. El Estado no cuenta con total discrecionalidad para determinar el gasto público, pues está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria para atender los derechos sociales, por constituir deberes estatales prioritarios.
13. El presupuesto general del Estado constituye el instrumento financiero para la realización efectiva de los derechos sociales, por conllevar el reconocimiento de prestaciones positivas fundamentalmente a cargo del Estado que tiene el deber de hacerlos efectivos y obligan a la aplicación progresiva de los recursos disponibles.
14. Son inconstitucionales las disposiciones generales que priven a sus titulares del goce del bien del que ya disponían, sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, del mismo modo en que afecta el derecho a la vida, o la libertad de expresión, o la libertad ambulatoria, cuando interfiere ilegítimamente en el disfrute de esos derechos.
15. Para la protección de derechos prestacionales, la mera anulación de la norma que devenga inconstitucional resulta insuficiente para la exigencia efectiva de los derechos sociales, ya que puede redundar en más afectación que en beneficio, dado que puede conllevar desregulación de acciones positivas en favor de prestaciones sociales; además, esa declaratoria de nulidad puede producir efectos nocivos en la población en general.
16. Actualmente, el amparo reviste vital importancia para la judicialización de los derechos sociales, pues no hay ámbito que no sea susceptible de amparo y proceda en protección de los derechos establecidos en la Constitución y por ello también éstos han encontrado debida garantía constitucional por medio del amparo en muchos casos; sin embargo, los efectos típicos de la sentencia de amparo, establecidos en la ley de la materia, no son suficientes para la exigencia de medidas positivas por parte de las autoridades estatales.
17. En la legislación guatemalteca no se encuentra prevista la legitimación para promover acción popular en amparo sino que es necesario hacer valer un derecho o interés propio, salvo la que posee expresamente el Procurador de los Derechos Humanos; no obstante, estas acciones quedan a su criterio sin que un grupo de interesados pueda obligarlo de forma alguna.

18. Aunque en la actualidad las garantías constitucionales -como el amparo y el control de constitucionalidad de las leyes- juegan un papel importante para la protección de los derechos sociales en Guatemala, ambas resultan ser insuficiente para proteger derechos sociales en ciertos casos, dadas las exigencias formales para su promoción como los efectos típicos de sus fallos.
19. Todos los órganos jurisdiccionales deben ejercer control de convencionalidad, incluso de oficio, para verificar la adecuación de determinada conducta con los logros en materia de Derechos Humanos. Deben revisar si la normativa o el ordenamiento jurídico interno es conteste con la normativa internacional que constituya un estándar mínimo de protección de derecho humanos, incluyendo los sociales.
20. Para una mayor comprensión de la protección judicial de los derechos sociales es necesario que tanto órganos jurisdiccionales como profesionales de la abogacía posean conceptos acordes con los derechos humanos para la dignificación de la persona humana.
21. En los casos que se presenten ante sí, el juez debe advertir la debida protección y garantía de los derechos sociales en forma integral, sobre todo cuando considere que una de las partes litigantes no puede proveerse por sí misma de los mínimos para subsistir.
22. En su sentencia estimativa en favor de prestaciones sociales, el Tribunal Constitucional debe provocar otros efectos, además de la mera anulación, pues el vacío normativo que ello produce puede resultar ser más gravoso que la subsistencia de la norma cuestionada.
23. Dadas las características de las normas constitucionales de derechos sociales que sirven de parámetro de confrontación en los casos de control de constitucionalidad en abstracto, los efectos de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de normas que tengan injerencia en derechos sociales "prestacionales" deben necesariamente modularse. Así se garantizaría precisamente con los deberes estatales "de hacer".
24. La Corte de Constitucionalidad debería exigir la emisión de las nuevas normas en un plazo razonable y determinar las medidas a adoptar durante el vacío legal que se produzca. Incluso, podría conminar al obligado a dar exacto cumplimiento a la sentencia emitida, ya que la demora en su emisión podría ocasionar graves perjuicios a

sus beneficiarios, además de diferir la anulación de la norma en tanto se dicta la nueva regulación.

25. En caso de violación del principio de no regresividad, sin justificación razonable ni proporcional, el Tribunal Constitucional debería estar facultado para exigir la aplicación de las medidas derogadas.
26. No existe en la regulación guatemalteca el control de constitucionalidad del incumplimiento de mandatos constitucionales que obliguen al Estado a la emisión de la normativa pertinente para la observancia y cumplimiento de normas de derechos sociales o de deberes fundamentales del Estado, así como de compromisos internacionales. Con todo, la Corte de Constitucionalidad ha conocido de algunos casos de inconstitucionalidad por omisión “parcial”.
27. Las inconstitucionalidades por omisión absolutas resultan procedentes cuando la regulación omitida deriva de la inobservancia de deberes fundamentales del Estado, establecidos como mandatos constitucionales. Por lo que la Corte de Constitucionalidad debe ejercer el control de constitucionalidad por omisión absoluta cuando lo que se encuentra en afectación es un derecho fundamental y asumir acciones positivas para exigir su cumplimiento debido.
28. Un obstáculo común en materia de justiciabilidad de los derechos sociales concierne a la falta de mecanismos judiciales adecuados para tutelar estos derechos.
29. Debe considerarse en Guatemala una reforma constitucional que incorpore la denuncia de omisiones legislativas absolutas y parciales, tomando en cuenta la imposibilidad jurisprudencial de realizarlo por vía de las garantías constitucionales actuales.
30. El legislador guatemalteco tiene que plantearse establecer mecanismos procesales ordinarios que permitan defender los derechos sociales, ampliando los existentes con acciones judiciales en defensa de “intereses colectivos”. De esta manera se dotaría de sustantividad procesal a derechos como los del medio ambiente, los del consumidor, o el derecho a la educación, a la salud, a la previsión social. También, merced a ello, se legitimaría a un grupo o a un representante de éste, para cuando la protección de derechos sociales exige la discusión de violaciones de alcance colectivo, la representación de un grupo o una colectividad en juicio o la necesidad de tomar una medida como solución o remedio al caso que tenga impacto colectivo. Evidentemente

supondría un gran avance en esta materia frente a las acciones individuales tradicionales, las cuales presentan evidentes limitaciones.

31. Las acciones colectivas contribuirán a formular un problema repetitivo de violación a derechos fundamentales causados por el mismo agente, en busca de una solución con potestad jurisdiccional para todos los afectados. Tal medida permitirá reducir costos materiales, temporales y humanos en la impartición de justicia, incluso las personas afectadas verían reducidos sus costos de gestión y asesoría.
32. Aunque en la mayoría de los países que han incorporado la “acción colectiva” la han restringido para acumular reclamos de violación a derechos difusos como de consumidores, usuarios y ambientales, puede ser configurada para concentrar afectaciones a derechos prestacionales.
33. Las acciones colectivas -entendidas como acciones para proteger y defender los derechos de las comunidades o de actores colectivos- resultan apremiantes para exigir derechos sociales sobre todo de personas de escasos recursos, pues poseen la fuerza jurídica necesaria para que, de manera conjunta, éstos tengan acceso a la justicia con suficiente trascendencia para ser atendidos. Precisamente el coste elevado de las acciones individuales conlleva una gran y grave desmotivación para que este colectivo tan vulnerable pueda acudir a la justicia.
34. En caso de que la declaración judicial produzca efectos que supongan la asignación de recursos propios del Estado, no debe considerarse como un elemento que reduzca la fuerza declarativa y ejecutiva de las resoluciones judiciales para proteger los derechos sociales. En tales supuestos el juez debe remitir a los reclamantes ante las autoridades responsables, para su satisfacción, habida cuenta que para el cumplimiento del contenido de los derechos sociales el Estado debe destinar el máximo de los recursos económicos de que disponga.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes doctrinarias

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, FERRAJOLI, Luigi (Prol.), Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, GARZÓN VALDÉS, Ernesto (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALEXY, Robert, “Derechos sociales fundamentales” [en línea] en CARBONELL, Miguel, CRUZPARCERO, 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].
- ARANGO, Rodolfo, “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial” [en línea] en *El otro derecho*, núm. 28, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, ILSA, Bogotá, Julio de 2002. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-05.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Editorial Legis, Chile, 2005.
- ARANGO, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia, aporte a la construcción de un *iusconstitutionale commune* en Latinoamérica” en BOGDANDY, Armin von, et. al. (Cord.) *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].
- BAIRE QUEZADA, Rodrigo y MAZARIEGOS RIVAS, Ángel, “Cinco niños olvidados ganan juicio al Estado”, [en línea] *Diario Plaza Pública*, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, Julio de 2013. Disponible en: <http://www.plazapublica.com.gt/content/cinco-ninos-olvidados-ganan-juicio-al-estado>. [Consulta: 22-08-2014].
- BAZÁN, Víctor, “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Anuario 2007, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr4.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].

- BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales” en BAZÁN, Víctor (Coord.), *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Temis, Bogotá 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán, “La Constitución Económica (un esbozo desde el Derecho Constitucional argentino)” [en línea] en *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Dimensión constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales*, núm. 61, Mayo - Junio, Año 2003. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/61/pr/pr24.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Editorial Astrea, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2006.
- CARBONELL, Miguel, “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas” [en línea] en *Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, 2008, vol.6, núm.2. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v6n2/art03.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- 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].
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional* [en línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El valor normativo de la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998. Disponible en: <http://lawcenter.es/w/gdocspreview/651/1408730157>. [Consulta: 22-08-2014].
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La Defensa de la Constitución*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Guatemala, 1983.

- GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, CABRERA ACEVEDO, Lucio (trad.) [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2004. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1337>. [Consulta: 22-08-2014].
- GROPPi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, Mayo-Agosto 2003. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/107/art/art2.pdf>. [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.
- GUASTINI, Riccardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2003.
- HAMILTON, Alexander, *El Federalista núm. 78* [en línea]. Disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html. [Consulta: 22-08-2014].
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derechos Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (trad.), Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2001. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=31>. [Consulta: 22-08-2014].
- KRENNERICH, Michael y GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *Los derechos sociales en América Latina. Desafíos en justicia, política y economía*, Centro de Derechos Humanos de Núremberg, Núremberg, Enero, 2006. Disponible en: <http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/09/DESC.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- LEIVA FADIC, Felipe, *El estado constitucional y los derechos fundamentales como valores.* Disponible en http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Felipe-Leiva_1252881333.pdf. [Consulta: 02-05-2014].
- NOGUEIRAALCALÁ, 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*, 1ª. 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. 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].
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- PRIETOSANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” [en línea] en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, 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.
- ROLLA, Giancarlo, “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo” en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar, *Tribunales y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2002. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/19.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- SALAZAR PIZARRO, Sebastián, “Fundamentación y estructura de los derechos sociales” [en línea], *Revista de Derecho*, Valdivia, 2013, vol. 26, núm.1. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n1/art04.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- TAJADURA TEJADA, Javier, “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales” en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de la norma ausente (Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión)*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2ª. Edición, México, 2007. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2455/8.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.derechosfundamentales.cl/revista/03.203-220.Usen.pdf>. [Consulta: 22-08-2014].
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.

Fuentes normativas

- Guatemala:
 - 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.
 - Decreto 1441 del Congreso de la República, Código de Trabajo, de 29 de abril de 1961.
 - Decreto Ley 106, Código Civil, de 14 de septiembre de 1963.
 - Decreto Ley 206, Ley de Tribunales de Familia, de 7 de mayo de 1964.
 - Decreto 27-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia, de 4 de junio de 2003.
- Argentina: Constitución de la Nación Argentina, de 22 de agosto de 1994.
- Brasil: Constitución de la República Federativa del Brasil, de 5 de octubre de 1988.
- Portugal: Constitución de la República Portuguesa, de 2 de abril de 1976.
- Venezuela: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 15 de diciembre de 1999.
- Colombia: La Ley 472 de 1998 del Congreso de Colombia, de 5 de agosto de 1998.
- Costa Rica: La Ley 7135 del Congreso de la República, La Ley de la Jurisdicción Constitucional, de 11 de octubre de 1989.

Fuentes jurisprudenciales

- Guatemala. Corte de Constitucionalidad¹²⁵:
 - Sentencia de 09-12-1986, expediente 93-86.
 - Opinión consultiva de 20-11-1987, expediente 283-87.
 - Sentencia de 05-10-1988, expediente 203-88.

¹²⁵ Todas las sentencias de la Corte de Constitucionalidad citadas en esta investigación pueden ser consultada en el Sistema de Consulta de Jurisprudencia Constitucional de la página de esa institución: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>

- Sentencia de 19-10-1988, expediente 123-88.
- Sentencia de 19-10-1988, expedientes acumulados 4-88 y 22-88.
- Sentencia de 26-09-1991, expedientes acumulados 303-90 y 330-90.
- Sentencia de 07-06-1996, expediente 180-95.
- Sentencia de 12-01-2000, expediente 790-99.
- Sentencia de 17-08-2000, expediente 368-2000.
- Sentencia de 18-09-2003, expediente 1098-2003.
- Sentencia de 11-02-2004, expedientes acumulados 1154-2003, 1398-2003, 1460-2003 y 1625-2003.
- Sentencia de 26-08-2004, expediente 195-2004.
- Sentencia de 13-07-2005, expediente 2765-2004.
- Sentencia de 29-03-2006, expediente 2770-2004.
- Sentencia de 19-06- 2006, expedientes acumulados 909-2006, 1008-2006 y 1151-2006.
- Sentencia de 22-06-2006, expediente 1894-2005.
- Sentencia de 11-10-2006, expediente 1356-2006.
- Sentencia de 22-03-2007, expediente 3334-2006.
- Sentencia de 25-04-2007 expediente 2863-2006.
- Sentencia de 25-04-2007, expediente 2863-2006.
- Sentencia de 27-09-2007, expediente 1201-2006.
- Sentencia de 05-02-2009, expediente 3722-2007.
- Sentencia de 02-06-2009, expediente 290-2007.
- Sentencia de 20-05-2010, expediente 4095-2009.
- Sentencia de 17-08-2010, expediente 2643-2008.
- Sentencia de 01-02-2011, expediente 3291-2010.
- Sentencia de 06-09- 2012, expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011.
- Sentencia de 26-04-2012, expediente 339-2012.
- Sentencia de 26-07-2012, expediente 846-2012.
- Sentencia de 18-09-2012, expediente 2846-2012.
- Sentencia de 28-02-2013, expediente 1008-2012.
- Sentencia de 10-12-2013, expediente 1135-2013.
- Sentencia de 28-02-2014, expediente 4024-2013.

- Guatemala: Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Zacapa. Sentencia de 12-04-2013, Carpeta Judicial Núm., 19003-2011-00639.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁶:
 - Caso *Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile*, de 26-09-2006.
 - Caso *La Cantuta c/. Perú*, de 29-11- 2006.
 - Caso *Boyce y otros c/. Barbados*, de 20-11 2007.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones generales Núm. 7, 17º período de sesiones, 1997; y Núm. 9, 19º período de sesiones, 1998. Disponibles 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].
- Perú. Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 31-12-2004, expediente 004-2004-CC/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>. [Consulta 01-06-2014].
- Estados Unidos. Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso5 US 137, William Marbury contra James Madison*, Secretario de Estado de Estados Unidos, de 24-02-1803. Disponible en versión castellana: <http://constitucionweb.blogspot.com/2010/09/marbury-v-madison-version-en-castellano.html>. [Consulta 22-08-2014].

¹²⁶ Todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citadas en esta investigación pueden ser consultada en la página de esa institución: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>