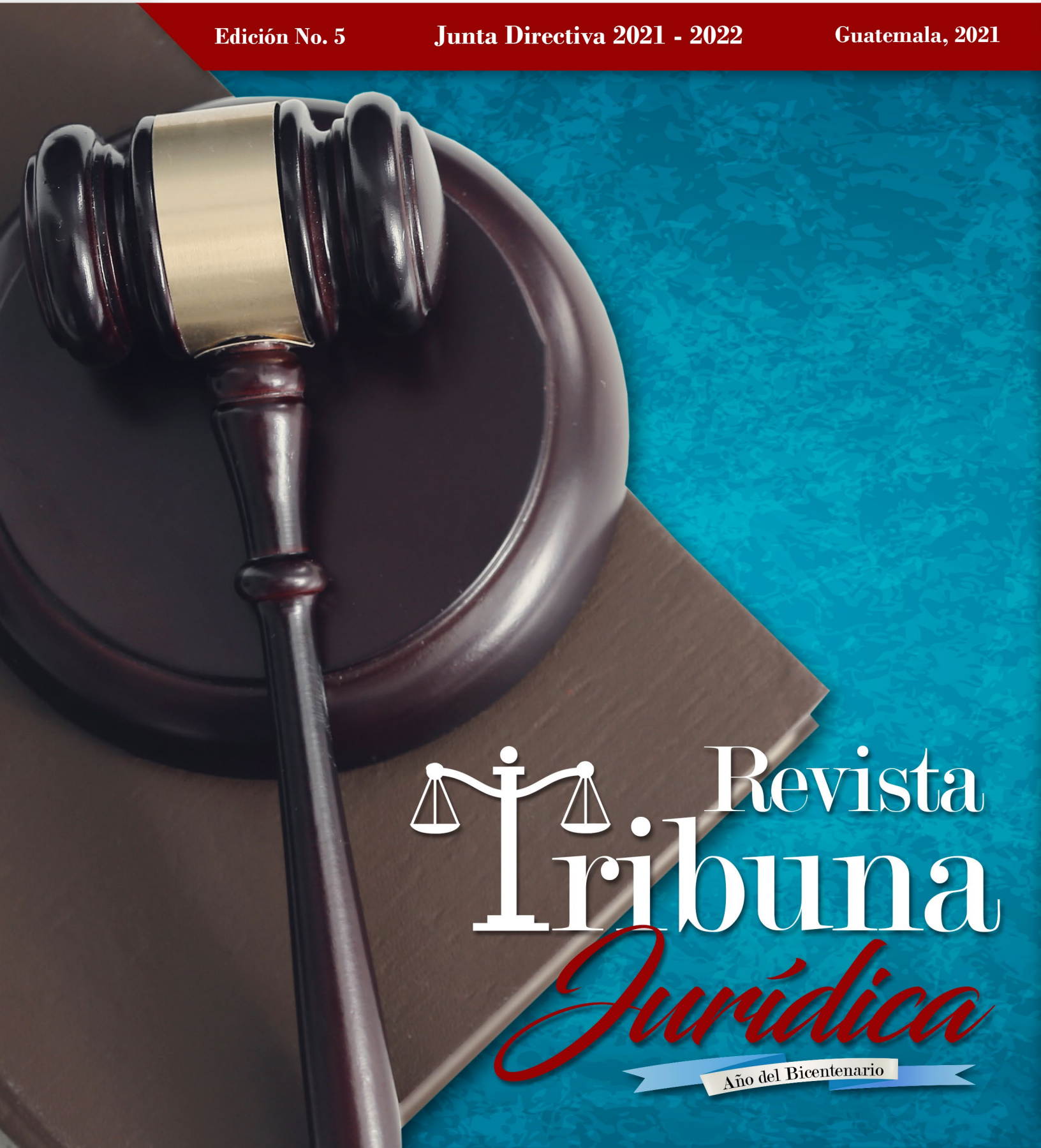
ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Instituto de Magistrados de
la Corte de Apelaciones

Edición No. 5 Junta Directiva 2021 - 2022 Guatemala, 2021



Revista Tribuna Jurídica

Año del Bicentenario

Créditos

Bajo la coordinación y redacción de:
Igmain Galicia Pimentel
Luis Alberto Hernández Arrivillaga

Con la colaboración de:
Teódulo Idelfonso Cifuentes Maldonado
Carlos Rodimiro Lucero Paz
Nicolás Cuxil Guitz
Kimberly Yuman Ovalle

Con el apoyo de:
Secretaría de Comunicación Social y Protocolo del Organismo Judicial

Diseño y Diagramación:
Licda. Carmen Rodríguez

Revista Tribuna Jurídica

Contenido

Junta Directiva 2021 - 2022 Página 01

Editorial Página 03

Sección Académica Página 04

- Evolución del reconocimiento de los derechos humanos de la mujer en el marco jurídico guatemalteco. Página 05
- Relación del poder constituyente y los poderes constituidos. Página 09
- La acción y pretensión. Página 15
- La seguridad social, desde la perspectiva del pacto de derechos económicos, sociales y culturales. Página 23
- Perspectiva de género en las investigaciones de violencia contra la mujer. Página 30
- Aplicación de normas internacionales sobre derecho del trabajo en el sistema constitucional guatemalteco. El convenio 175 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–. Página 37
- Control constitucional en sociedades democráticas. Página 43
- El acta notarial en la que consta un saldo deudor, como título ejecutivo. Página 47
- El bloque de constitucionalidad, origen y alcances jurídicos (su creación jurisprudencial en Guatemala). Página 52
- Limitación del juzgador de declarar la anulación de actos administrativos en la fase administrativa tributaria. Página 60
- El Derecho Penal del enemigo. Pagína 65
- Apuntes y análisis sobre la interpretación de la Constitución. Página 71

Actividades Página 79

Junta Directiva 2021 - 2022

Igmain Galicia Pimentel
Presidente

Teodulo Idelfonso Cifuentes Maldonado
Primer Vicepresidente

Mario Rene Guerra Lucas
Segundo Vicepresidente

Roaldo Isaias Chávez Pérez
Secretario

Carlos Rodimiro Lucero Paz
Pro-Secretario

Jaime Amilcar González Dávila
Tesorero

Aracely Amaya Fabian
Pro-Tesorero

Giovanni Francisco Soto Santos
Vocal Primero

Benicia Contreras Calderón
Vocal Segundo

Francisco Medrano Zapeta
Vocal Tercero

Luis Alberto Hernández Arrivillaga
Vocal Cuarto

Henry Alejandro Elías Wilson
Vocal Quinto

Fausto Fernando Maldonado Méndez
Vocal Sexto

Karen Jaquelina Sierra Castillo
Vocal Séptimo

Nicolás Cuxil Güitz
Vocal Octavo

Editorial

Dada la importancia que poseen las Cortes de Apelaciones dentro del sistema de justicia, es relevante reconocer el trabajo que se ha realizado en los últimos tiempos; la pandemia llegó a América Latina en medio de una conyuntura de modernización en los poderes judiciales, por un lado, el uso cada vez mayor de juicios orales a traído ganancias importanticimas en cuanto a eficiencia y celeridad, así mismo la introducción de la tecnología, ha permitido un mayor acceso a la justicia.

La pandemia le ha dado un impulso importante a la necesidad de redoblar los esfuerzos para la transformación digital en las cortes. Es por ello un honor reconocer a esos Magistrados que día a día realizan una vital función para que los Guatmelatecos cuenten con una justicia pronta y cumplida.

Ejercer con gran entusiasmo y buscar que en la medidad de sus posibilidades se logre un mundo que este regido por las mejores leyes para el beneficio de todos.

Por último recordar que la independencia del poder judicial es una condición indispendable para la existencia de un Estado democrático de Derecho, La independencia judicial, a la vez, un principio esencial para garantizar el respeto de los derechos humanos

Magistrado
Igmaín Galicia
Presidente de la Junta Directiva 2021 - 2022
del Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial

Sección Académica

Magistrada
Irma Judith Arrazate Centeno
Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delito Contra el Ambiente, Alta Verapaz

EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER EN EL MARCO JURÍDICO GUATEMALTECO

La idea de derechos humanos", que recogen tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los demás instrumentos internacionales que dan origen al Derecho Internacional de Derechos Humanos, proviene del discurso de los "derechos del hombre" de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Olympe de Gouges pp. 23 y
27.

Los derechos humanos engloban derechos y obligaciones inherentes a todos los seres humanos que nadie, ni el más poderoso de los Gobiernos, tiene autoridad para negarlos. No hacen distinción de sexo, nacionalidad, lugar de residencia, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, (actualmente idiomas), partido político o condición social, cultural o económica, todos estos derechos son universales, indivisibles e interdependientes. Sin embargo; en la historia se pude verificar que se ha excluido del reconocimiento de los derechos a las mujeres por el solo hecho de ser mujeres y se ha realizado una lucha constante para que en todos los ámbitos sean reconocidos tales derechos y si bien es cierto, se han logrado algunos, ha sido de forma parcial. En nuestra sociedad se considera que ha sido difícil reconocer la existencia de dichos derechos por la forma en la cual todos pensamos y creemos, tomando en cuenta el papel que cada uno desempeña en la sociedad y se llega a concluir que los hombres tienen más derechos que las mujeres.

En la Revolución Francesa y la movilización de las mujeres feministas, surgió el movimiento sufragista el cual nació como consecuencia del derecho al voto que ha sido un movimiento eminentemente social más significativo de la lucha emprendida por las mujeres para lograr que se les reconocieran sus derechos humanos como mujeres, emprendiendo la lucha en contra de esclavitud, y comienza a escribirse la historia de las repetidas violaciones de los derechos humanos a las mujeres y el sometimiento de las mismas; sin embargo, fueron obligadas a respetar leyes de las cuales no tuvieron en su elaboración la más mínima participación. Lo que puede traducirse en parte de la historia como la invisibilización de la existencia de la mujer por el hecho de haber sido interpretadas por el hombre, como consecuencia se puede indicar que las mismas fueron ejecutadas sin perspectiva de género por parte de los legisladores o sea los hombres, sin tomar en cuenta las necesidades de las mujeres, así lo decidieron con sus aciertos y podría decirse desde sus derechos y obligaciones, si se pudiera situar el cristal de un modo diferente y fueran solo mujeres las que redactaran las leyes con su perspectiva, quizás no tendría tampoco el mismo impacto en los hombres. También podría agregarse que esa forma que fueron tratadas las mujeres en todos los ámbitos de la vida se denomina actualmente discriminación.

En consecuencia, los derechos humanos vienen a ser las prerrogativas del individuo frente al Estado. La protección implícita en los derechos humanos parte de la concepción jurídica y ética que considera al individuo como el sustrato filosófico del Estado, es decir la única razón de la existencia de éste.

Y la mujer debe ser tomada en cuenta también para decidir, sobre dichos derechos y sobre todo ser protegida en todos los ámbitos de su vida para darle cumplimiento a la ley nacional como a los convenios ratificados por Guatemala, para que sea un verdadero derecho humano el que sea respetado.

Declaración universal de los derechos humanos (1948)

Establece los principios y derechos fundamentales que sirven de guía a todo el sistema y significan el punto de referencia obligado de todos los Estados en cuanto a legislar en materia de derechos humanos. En cuanto al principio de igualdad, como principio universal, se desprende de sus artículos 1 y 2 los cuales promulgan la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y en derechos y la no discriminación motivada por raza, sexo, religión, etcétera. Desde que el Estado de Guatemala ratificó esta Declaración han habido varios avances en cuanto a la legislación que se relaciona con el tema de los derechos humanos y se ha logrado su reconocimiento en todos los aspectos de la vida, ya que jurídicamente también se han tenido avances en relación a las mujeres.

Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (OIT, núm. 100–1953)

Establece en su Artículo 2 la esencia del avance en materia de los derechos de la mujer, en los términos siguientes:

1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodosvigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los

   igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.
2. Este principio se deberá aplicar, sea por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores, o d) la acción conjunta de estos diversos medios.

Convención sobre los derechos políticos de la mujer (1954)

Primordialmente es para poner en práctica el principio de igualdad de los derechos de hombres y mujeres enunciado en la Carta de Naciones Unidas.

Las partes contratantes reconocen que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por conducto de representantes libremente escogidos, y a iguales oportunidades de ingreso en el servicio público de su país, conforme a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Convención sobre los derechos políticos de la mujer representa el único instrumento de carácter internacional relacionado con el Pacto de los derechos civiles y políticos que establece la obligación que tienen los Estados partes de consagrar los derechos políticos de la mujer.

El derecho de voto en todas las elecciones que se organicen, en las mismas condiciones de igualdad que los hombres y sin ninguna discriminación; el derecho a ser elegidas a todos los organismos de representación popular, en las mismas condiciones que los hombres y sin ninguna discriminación, y el derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer la función pública en las mismas condiciones de igualdad que los hombres y sin ninguna discriminación.

Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967)

El contenido de esta declaración, se basa en los principios rectores de orientación a los Estados para que adopten las medidas adecuadas que permitan la erradicación de la discriminación contra las mujeres. Haciendo referencia a que el punto de partida es la reafirmación de las discriminaciones como hecho fundamentalmente injusto que atenta contra la dignidad humana de la mujer.

En los movimientos feministas se ha demostrado que no ha bastado el reconocimiento formal que se ha logrado a los derechos de la mujer, y por ende su promoción material a nivel mundial, si no falta mucho por hacer para que ese reconocimiento sea una realidad para todos los habitantes tanto masculinos como femeninos.

En Guatemala, es lamentable que en pleno siglo XXI se de la violencia física, sexual, verbal, económica y psicológica en contra de las mujeres, los cuales no deben de ser visualizados como un fenómeno histórico en contra de las mujeres, derivado de un sistema patriarcal, sino por el contrario, debe ser visto

como un crimen o un delito cometido en contra de las mujeres por el hombre; conducta que ostentan como esposos, jefes hermanos o familiares cercanos para ejercer un poder hacia la mujer y con la finalidad de mantener una posición de subordinación por ese mismo fenómeno llamado patriarcado.

Pese a que en nuestro país prevalece una cultura patriarcal, hay que luchar contra la violencia de relaciones de poder. En ese sentido el Estado de Guatemala dentro de las negociaciones de paz prestó atención a este problema e incluyó medidas a favor de los derechos de las mujeres en los diversos acuerdos que fueron firmados en su oportunidad.

Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

Fue firmado el 31 de marzo de 1995 y dentro de los puntos se reconoce primeramente la particular vulneración e indefensión de la mujer indígena frente a una doble discriminación, ya que se le toma en cuenta como mujer y como indígena y se agrega una condición de una situación social de particular pobreza y explotación. Como un avance en el tema, el Gobierno de Guatemala, se compromete principalmente a promover una legislación que tipifique el acoso sexual como delito y también se considera como u agravante en la definición de la sanción contemplada para los delitos sexuales el que haya sido cometido en contra de la mujer indígena, también se crea una Defensoría de la Mujer Indígena, con su participación la cual incluye tanto la asesoría jurídica como un servicio social.

Logros de las Mujeres a Través del Tiempo

Desde 1948 a la fecha, como se podido analizar, ha habido muchísimos cambios en la lucha y el reconocimiento a los derechos humanos de las mujeres, tanto en el ámbito político, social, de educación y sobre todo el de igualdad; sin embargo, esta lucha ha dejado traiciones, muertes y familias desvastadas por las luchas de las mujeres, siendo ellas las protagonistas de sus propios cambios para poder disfrutarlos. Pero el debate continúa ya que tomando en cuenta que si bien los derechos humanos son universales, también podría decirse que son invisibles para su cumplimiento y esa lista de derechos no puede quedarse estática sino por el contrario van surgiendo nuevas necesidades, nuevos retos y no menos importante nuevos actores y actoras. En todas las declaraciones realizadas con respecto a los derechos humanos de supone que es aplicable a todas las personas sean mujeres u hombres, y se podrá verificar que los mismos han sido reconocidos en las constituciones. Siendo necesario que actualmente se conozca el contenido normativo sobre la existencia de los derechos humanos de las mujeres con la finalidad de ayudar a romper esos paradigmas existentes a la fecha y sobre todo en el sector justicia para contribuir al fortalecimiento del estado democrático de Derecho ya que las debemos de analizar y aplicar en todos los ámbitos jurídicos y sociales.

Conclusiones

1. Los derechos humanos como tales, deben ser comprendidos primordialmente como sinónimo de igualdad entre el hombre y la mujer en todos los aspectos de la vida.
2. Los derechos humanos de las mujeres si bien es cierto se han incluido en la legislación nacional como internacional, no son respetados por toda la sociedad, ya que lamentablemente siempre la mujer está subordinada al hombre y no se ha logrado que se acepte la igualdad de género.
3. En la historia de los derechos humanos de las mujeres, a través del tiempo se ha podido comprobar que ha sido una lucha contra las disposiciones y pensamientos de los hombres, sin embargo las leyes fueron creadas para ser respetadas por ambos, ha sido únicamente la mujer la que ha luchado para que se les reconozca los derechos de igualdad.
4. La mujer a través de la historia hasta la actualidad, puede decir que efectivamente la lucha que se inició hace más de doscientos años, continúa, tomando en cuenta que si bien es cierto se le han reconocido derechos a nivel nacional e internacional falta mucho por hacer, toda vez que siempre ha de tenerse en cuenta la cultura o tradiciones de todos los Estados.
5. La lucha que constantemente realizan las mujeres dentro de muchos años de coraje y fortaleza que encuentra sustento tanto en las leyes nacionales como en el Derecho convencional, que por el hecho de ser materia de Derechos Humanos son de cumplimento obligatorio para todo Estado signatario.

Referencias Bibliográficas

Referencias Doctrinarias

- Olympe de Gouges, en la guillotina, ver Estela Serret Bravo et al., Qué es y para qué sirve la perspectiva de género. Libro de texto para la asignatura: “Perspectiva de género en la Educación Superior”, pp. 23 y 27.
- Facio, Alda, Cómo hacer los informes paralelos a la CEDAW, San José de Costa Rica, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 2002
- Schuler, Margaret y Thomas, Dorothy: Derechos humanos de las mujeres, paso a paso, edición en español, IIDH, San José, Costa Rica, 1999,.
- Referencias normativas
- Declaración universal de los derechos humanos (1948)
- Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (oit, núm.
- Convención sobre los derechos políticos de la mujer (1954)
- 100–1953)
- Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967)
- Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas
- Referencias electrónicas
- Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, http://www.un.org/ womenwatch/ daw/cedaw/
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007, http://www.cidh.oas. org/ women/Acceso07/indiceacceso.htm
- Organización de las Naciones Unidas / Comité para la
- Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General
- Número 5, Medidas Especiales
- Temporales, séptimo periodo, 1988, http://www.
- un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom5

Magistrado
Estuardo Cárdenas
Sala Séptima de la Corte de Apelaciones del Ramos Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente de Huehuetenango

RELACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE Y LOS PODERES CONSTITUIDOS

Sumario

I) Introducción; **II)** Generalidades; **III)** Relación del Poder Constituyente y los Poderes Constituidos; **V)** Conclusiones; **VI)** Bibliografía

Introducción

En el ámbito jurídico y filosófico, resulta cotidiano hablar, o leer, con relación a temas constitucionales; en especial, tales como la Constitución, su tipología, interpretación y demás elementos, al igual que lo concerniente al Control de Constitucionalidad de las normas y/o actos jurídicos –en general- que, eventualmente, podrían contradecir normativa constitucional. Sin embargo, poco se aborda, en la actualidad, lo relativo a lo subyacente y sustancial de todo ello, como lo es el llamado Poder Constituyente; al igual que, en su caso, lo que se refiere a los Poderes Constituidos producidos a través del mismo y que, como resultado de ello, se establecerán en la Constitución; y es precisamente lo que ahora se pretende hacer con el desarrollo de este ensayo.

Generalidades

Partiendo de que la Soberanía radica en el Pueblo, es precisamente dicho Pueblo el que, en uso de la misma, dispone la creación de una Constitución –escrita–, que regulara la organización política, ordenamiento jurídico, y demás aspectos de índole imprescindible para la existencia del propio Estado [uno Constitucional de Derecho].

Los Poderes Constituidos, a su vez, son relevantes de un Estado Constitucional de Derecho, ya que al ser productos del Poder Constituyente resultan en Poderes que, por medio de órganos estatales, permiten desarrollar programas políticos previstos por el Constituyente; y, en especial, los clásicos Poderes en que se divide el Estado.

RELACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE Y LOS PODERES CONSTITUIDOS

En el presente se pretende examinar esta relación partiendo de su estudio desde la jurisprudencia, y, para ello, se han seleccionado fallos que pueden resultar valiosos para este fin; emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, de la Corte Constitucional de Colombia, y de la de Constitucionalidad de Guatemala.

Guatemala

La Corte de Constitucionalidad, en su sentencia del 8 de febrero de 1999, emitida en el expediente No. 931-98, en el que se alegaba la inconstitucionalidad de una norma que convocaba a referéndum para aprobación de reformas constitucionales ya aprobadas por el Congreso de la República, como Poder Constituido Derivado, entre otros aspectos de interés para el presente, expresó lo siguiente: "… *ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades superiores a las que le otorga la carta fundamental…" (Pág. 8).*

Aludiendo con ello a que ningún Poder Constituido y/o, hasta en su caso, el Poder Constituyente Derivado, puede arrogarse facultades o competencias distintas de las que le haya conferido el Poder Constituyente Originario a través de la Constitución.

> Sigue indicando el fallo: "**…***Como Nación o ente soberano puede instituir el poder constituyente*

originario, con potestades para crear la norma fundante y fundamental cuya estructura sólo podría ser variada conforme el procedimiento y límites fijados en la misma norma fundante…" (Pág. 8).

Y en ese mismo orden de ideas, en cuanto a la reforma constitucional, manifiesta:

"…La posibilidad de acudir a la reforma, total o parcial, de la normativa constitucional lleva a advertir la línea que separa al poder constituyente del poder constituido o de reforma, partiendo de que ambos tienen diferente sustento…" (Pág. 8).

Precisamente al abordar dicha diferenciación –y, a la vez, relación–, que existe entre el Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado y/o los Poderes Constituidos, la Corte determinó:

"…En efecto, el primero es el poder originario en sentido estricto, creador del texto fundamental por un acto unilateral supremo, de carácter predominantemente político, en tanto que el segundo es poder derivado o constituido, creado por el primero y, por ende, con limitaciones de carácter jurídico por su vinculación con los límites de procedimiento que, para la reforma constitucional, es preciso respetar. De ahí que para reformarla se deba cumplir con el procedimiento establecido y respetar los límites que la propia norma fundamental establece. Esta distinción entre poder constituyente y poder constituido viene precisada no sólo por la doctrina contemporánea… sino por la jurisprudencia de tribunales en países de similar estructura constitucional que el nuestro… La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente, objetivadas en la Constitución, no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador…" (Pág. 9).

Siendo que, como en el caso que se nos ilustra en el fallo guatemalteco analizado, a pesar de que, finalmente, la Corte de Constitucionalidad accedió a la declaratoria de inconstitucionalidad demandada, en ningún momento negó el Poder de Reforma que, como Poder Constituyente Derivado, le asiste al propio Congreso Nacional, por medio de los mecanismos y los procedimientos preestablecidos en la Constitución. Deviniendo oportuno recalcar lo transcrito –inicialmente– de este fallo, en cuanto a que "*ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades superiores a las que le otorga la carta fundamental"; d*ado a que, con tal afirmación, es evidente que el Tribunal Constitucional se está refiriendo al Poder Constituyente Derivado y/o, a la vez, a los Poderes Constituidos, ya que el Poder Originario, per se, deviene ilimitado y, en principio, no se encuentra limitado por la Constitución, ya que es anterior a la misma y, ante ello, goza de la prerrogativa de la soberanía delegada directamente por el Pueblo para los efectos de creación de dicha Norma Fundamental del Estado.

Colombia

En el expediente C-141/10, la Corte Constitucional emitió su sentencia de fecha 26 de febrero del 2010, en un caso en el que se analizaba la inconstitucionalidad de la ley de convocatoria a un referendo, para la aprobación de una segunda reelección presidencial inmediata; en la cual se hicieron las siguientes relevantes acotaciones:

"…El poder constituyente originario tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional. A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado, secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles…" (Pág. 1).

Deviniendo interesante el abordaje que, *ab initio*, se hace por la referida Corte; ya que, a la vez que determina las diferencias entre los mencionados Poderes, también va estableciendo las pautas y/o directrices que deben observarse en sus relaciones. Así, en dicho sentido, se logra advertir una relación de subordinación y dependencia del Poder Constituyente Derivado y, más aún, de los Poderes Constituidos, para con el Poder Constituyente Originario; y, a su vez, de tales Poderes Constituidos también para con el Poder Derivado que, en todo caso, sigue siendo Constituyente.

Coligiéndose, también, que a diferencia del Poder Constituyente Originario que, a juicio de la Corte está radicado en el Pueblo y conlleva un pleno poder político, el Derivado –también, llamado en el fallo, como secundario o de reforma– está limitado por la propia Constitución y, por ende, se encuentra circunscrito por la misma.

En concatenación con lo anterior, la Corte Constitucional reitera, en cuanto al Poder Constituyente Originario, que sus *"Actos son fundacionales y por ello escapan al control jurisdiccional" (Pág. 7); agregando que, por ello, la Constitución Política es: "Expresión del poder constituyente originario"* (Pág. 7).

Concluyendo, posteriormente, que la "*Segunda Reelección Presidencial Inmediata, vulnera el principio de separación de poderes" (Pág. 37); y que, la misma, a su vez: "Configura una sustitución de la Constitución" (Pág. 43),* en los términos en los que, al respecto, esa Corte a forjado esa doctrina de la *"Sustitución de la Constitución"; habiendo, finalmente, declarado la "Inexequibilidad" de la* disposición impugnada.

Se advierte, en el fallo analizado, esa relación concurrente entre los Poderes bajo examen y, partiéndose de ese Principio de Separación de Poderes, que entre éstos hay un control reciproco que parte del Sistema de Frenos y Contrapesos y que, con ello, se *"Estimula el ejercicio del poder limitado y evita su concentración"* (Pág. 36). Es decir, entre todos los Poderes en mención siempre existirá una relación, pero no de la misma naturaleza, correspondencia y jerarquía; partiendo de su fundamento, que en el Poder Originario es preconstitucional y para los otros [post]constitucional.

Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el expediente No. CSJ 159/2012, en el que de nuevo se cuestionaba la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que fijo el límite de 75 años para el ejercicio de la judicatura y que, anteriormente, ya había sido declarada la inconstitucionalidad en el caso particular del Juez Fayt, ahora en el del Juez Schiffrin a través del fallo del 28 de marzo del 2017, señaló:

> *"…la Convención Constituyente representa la voluntad del pueblo, pero, en un estado constitucional de derecho, está limitada por el contenido pétreo de la Carta Magna; de este modo, una Convención futura no podría derogar la estructura básica del sistema de poder constitucional ni los derechos humanos ya consagrados…" (Pág. 5).*

En un Estado Constitucional de Derecho aun el Poder Constituyente debería estar limitado, en especial, por el contenido esencial de los Derechos Fundamentales; en virtud de la naturaleza y características de los mismos y que, en ese sentido, no se pueden demeritar cuando han sido reconocidos constitucionalmente o en Tratados Internacionales; así como tampoco podría alterarse la estructura básica del sistema del orden constitucional, al menos no a través de ese Poder Constituyente Derivado.

Sobre esas consideraciones preliminares, la Corte Suprema de Argentina consideró que, en efecto, si bien es cierto tiene la facultad de juzgar sobre el procedimiento de las reformas constitucionales, la interpretación al respecto no puede ser restrictiva, como –a su juicio– se hizo en el caso *"Fayt"*, ya que con ello se limitó severamente la Soberanía de la Convención. Y, sobre esa base decidió innovar dicho Precedente.

En el decurso del fallo, la Corte hace otras consideraciones en contraposición a lo que se señaló en el Precedente que pretende modificar, y en ese sentido, expresó:

> "…Un criterio hermenéutico restrictivo no puede sostenerse en los principios que estructuran la división de poderes sobre la que se asienta la forma republicana de gobierno vigente, porque implica un alto riesgo de interferir en el proceso

democrático, alterando el equilibrio que la Constitución Nacional ha diseñado para que, por un lado, cada uno de los poderes se mantenga dentro de su esfera y, por el otro, para que el poder constituido no deje sin efecto la voluntad soberana del pueblo expresada, mediante una Convención Reformadora integrada por sus representantes electos, en la Ley Fundamental…" (Págs. 8, 9).

Siendo notorio que, al igual que lo hiciera la Corte Constitucional colombiana, este fallo nuevamente hace referencia a la *"división de poderes"* como fundamento de la forma republicana de gobierno; y, sobre dicha base, menciona -con perspicuidad- que un Poder Constituido no puede dejar sin efecto la voluntad soberana del pueblo expresada a través del Poder Constituyente Derivado -o de reforma-, y no digamos de un Poder Constituyente Originario, en relación al cual ningún órgano constituido ostenta dicha facultad y competencia, puesto que iría contra su propia naturaleza.

Es así como se colige esa relación de correspondencia y deferencia que debe existir entre los Poderes Constituidos, partiéndose de lo que, la Corte de Colombia, refirió bajo el concepto de *"frenos y contrapesos";* y, a su vez, esa relación de dependencia y subordinación de éstos para con el Poder Constituyente Derivado o de Reforma, y más aún, para con el Poder Constituyente Originario; que, a su vez, es el que crea los demás Poderes a partir de la Constitución y, con ello, la organización política del Estado y, por ende, las funciones y competencias constitucionales de los mismos; lo cual, a su vez, tiende a delimitarlos y circunscribirlos dentro de sus competencias.

Asimismo, señala la Corte que, con la interpretación efectuada en el caso *"Fayt"*, se invirtió la relación entre Poder Constituido y Poder Constituyente Reformador, dado que, al haberse dado preferencia a las declaraciones del Congreso de la Nación en su disposición normativa habilitante para llevar a cabo la reforma correspondiente, se desplazaron las competencias privativas de la Convención Constituyente.

Expresando el siguiente razonamiento de relevante importancia: *"Si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos ya presenta suma gravedad institucional y debe ser considerada como ultima ratio del ordenamiento jurídico… con mucha mayor rigurosidad debe serlo cuando se ha puesto en cuestión la validez de una norma de la Constitución sancionada por una Convención Reformadora elegida por el pueblo…"* (Págs. 9, 10).

Y, afirmo que el anterior argumento deviene relevante, porque considero que con el mismo se tiende a enfatizar esa aludida subordinación que, por parte de los Poderes Constituidos, deberá existir para con los Constituyentes, sea el Originario o bien el Derivado; pero, particularmente con respecto al Originario, en relación al cual, en todo caso, un Poder Constituido como lo es el Judicial carece de potestad de control.

Además, la Corte Suprema Argentina, en su sentencia bajo análisis, concretamente con relación a su anterior fallo en el caso *"Fayt"*, menciona que: *"…resulta necesario abandonar la doctrina del caso 'Fayt', y adoptar un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención Reformadora con las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como ultima ratio de la más marcada rigurosidad, descalificarlas…"* (Pág. 15).

O sea, con lo anterior entiende la Corte que la relación entre el Poder Constituyente -Originario y/o Derivado- y los Poderes Constituidos, no puede ser en un plano de igualdad y reciprocidad, sino más bien, reiterando, de dependencia y subordinación; lo cual, a su juicio, no se respetó el en fallo del caso *"Fayt"* y, ante ello, era necesario abandonar el precedente judicial originado con el mismo y sustituirlo por uno nuevo.

A su vez, de forma preponderante, la Corte va más allá del objeto del litigio y hace alusión a los límites que la propia Convención Constituyente podría tener en cuanto a aspectos sustantivos de las normas constitucionales, con respecto a los Derechos Humanos Fundamentales, aunque únicamente bajo excepcionales circunstancias.

Sobre dicho particular, refiere: *"…Es jurisprudencia de esta Corte Suprema que los derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y constituyen un límite, en tanto*

*resultan inderogables, sea mediante una ley o incluso mediante una Convención Constituyente…" (*Pág. 16).

Y, con respecto al control de constitucionalidad que sobre ello puede eventualmente llevar a cabo el Poder Judicial, señala: *"…Es que, cabe insistir, lo decidido por una Asamblea Reformadora merece la más alta de las deferencias y, por ende, exige que el control judicial solo deje sin efecto la voluntad soberana cuando encuentre una grave transgresión de los límites impuestos por la norma habilitante"* (Pág. 23).

Concatenándose lo anterior, cabe señalar que, como *"nuevo estándar"*, la Corte fijó la posibilidad del control judicial solo en cuanto al procedimiento de la reforma y, en casos excepcionales, sobre el contenido de la misma; pero solo cuando con ello se pusiera en riesgo la estructura política del Estado y/o los Derechos Fundamentales. También determinó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otras reglas y conclusiones comunes, el que *"…el Congreso de la Nación ejerce una función preconstituyente y la Convención Reformadora actúa como poder constituyente derivado…"* (Pág. 29).

Y, sumamente importante, por el antecedente de la sentencia en el caso "Fayt", que:

> "*…El nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Magna Asamblea". Agregándose, que: "…En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente…"* (Pág. 29).

Evidenciando, de esta manera, la naturaleza y relación entre los Poderes analizados a lo interno del Estado argentino; y, con ello, la Supremacía del Poder Constituyente, con respecto a un Poder Constituido, como lo es el Poder Judicial de dicho Estado.

Conclusiones

Con lo antes abordado en el presente ensayo, se ha podido establecer que el Poder Constituyente puede clasificarse en: Originario y Derivado o de Reforma. El primero es anterior a la propia Constitución, y no se encuentra limitado por la misma; y, por ende, es el que, por delegación de la voluntad soberana del Pueblo, crea y da vida a la Constitución. Estableciendo, a su vez, al segundo de los mismos, que a futuro tendrá la potestad -limitada por la propia Constitución- de reformar la misma, cuando sea necesario y esa misma voluntad popular así lo decida o lo avale ulteriormente.

Por su parte, asimismo ha quedado determinado que los Poderes Constituidos son aquellos que surgen precisamente de la voluntad creadora del Poder Constituyente, en especial del Originario, aunque ello no obsta a que también lo pueda ser de aquel que es Derivado, una vez se cumplan las formalidades fijadas por el Originario; y, dentro de estos, se hallan, en especial: el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

Siendo pertinente y relevante, recordar y asentarse, como estándar general, que en efecto entre estos poderes, es decir, el Constituyente -sea Originario o Derivado- y los Constituidos, definitivamente existe y necesariamente debe existir una relación, que idealmente debe ser de armonía, coordinación y deferencia para alcanzar los fines comunes del Pueblo que, con su Soberanía, ha establecido al Constituyente.

Bibliografía

Doctrina [consultada]

- Amaya, Jorge Alejandro. Control de constitucionalidad. Editorial Astrea. Buenos Aires-Bogotá, 2015.
- Bachof, Otto. ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Editorial Palestra.

  Lima, Perú, 2010.
- Bazán, Víctor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales.
- Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos.
- Colombia (s.e.), Opciones gráficas Editoriales Ltda. 2014.
- Bustamante, Gonzalo; y Sazo, Diego (Compiladores). Democracia y Poder Constituyente. Fondo de Cultura Económica. Chile, 2016.

- Carnota, Walter F. Normas Constitucionales. Su Elaboración. Editorial Legis. Buenos Aires, Argentina, 2009.
- Elster, Jon; y, Slagstad, Rune. Constitucionalismo y democracia. Fondo de Cultura Económica. México, 2017.
- Flores Juárez, Juan Francisco. Constitución y Justicia Constitucional/ Apuntamientos. 2a. Ed. Talleres gráficos de impresos. Guatemala, 2009.
- Londoño Ayala, César Augusto. Bloque de constitucionalidad. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, D. C., Colombia, 2016.
- López Bofill, Héctor. Decisiones Interpretativas en el Control de Constitucionalidad de la Ley. Editorial Porrúa, México, Ciudad, 2017.
- Manili, Pablo Luis. El bloque de constitucionalidad. 2da. Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 2017.
- Mendonca, Daniel. Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer Cosas con la Constitución. Editorial Intercontinental. Paraguay, 2018. Pereira-Orozco, Alberto. Poder Constituyente. Conceptos concurrentes, noción Clasificación y límites. Ediciones De Pereira. Guatemala, 2013.
- Sagüés, Néstor Pedro. La Interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada. Editorial Porrúa. México, Ciudad, 2017.
- Salazar Ugarte, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica. Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. México, 2017.

Jurisprudencia [citada]

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Inconstitucionalidad, Expediente No. 931-98, Sentencia del 8 de febrero de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Inconstitucionalidad, Expediente No. C-141/10, Sentencia del 26 de febrero del 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Inconstitucionalidad, Expediente No. CSJ 159/2012, Sentencia del 28 de marzo del 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Recurso Extraordinario, Expediente No. 100. XXXV, T. 322, P. Sentencia del 19 de agosto de 1999.

Magistrado
Héctor Orlando González García
Sala Primera del Tribunal
de lo Contencioso Administrativo de Guatemala

ACCIÓN Y PRETENSIÓN

La pretensión siempre ha existido, a pesar de que el estudio de su concepto es relativamente nuevo, pues quien ejerce una acción, invocando un derecho no satisfecho, necesariamente tiene una pretensión. **CONCEPTO:** "Pretensión es la afirmación de un sujeto de Derecho a merecer la tutela jurídica y por supuesto la aspiración de que esta se haga efectiva". Fundamentos del Derecho Procesal Civil. E.J. Couture, pág. 72.

Otro concepto nos dice que pretensión es lo que se quiere tener por medio de la actividad procesal, es el interés protegido por el derecho objetivo que se pretende hacer efectivo. Se da la pretensión cuando un sujeto de derecho, invoca ese derecho y pide concretamente que se haga efectivo el mismo, al órgano jurisdiccional competente por medio del ejercicio de su derecho a la Acción. La Acción viene a ser en este caso, el poder jurídico que tiene el sujeto de derecho, para hacer valer su pretensión por medio del órgano jurisdiccional mencionado.

Así como se puede ejercer el derecho de Acción, aunque no exista el Derecho insatisfecho, así también se puede ejercer cuando la pretensión sea infundada, pues la declaración de certeza sólo se consigue en la sentencia.

Para Jaime Guasp, "Pretensión Procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita la actuación de un órgano jurisdiccional, frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración; para no llevarnos a confusión respecto a lo que significa "declaración de voluntad", este mismo autor (Jaime Guasp), explica que la Pretensión es sólo una declaración de voluntad, no una declaración de ciencia o sentimiento, por que en ella se expone lo que el sujeto de derecho quiere, no lo que sabe, existe o siente; tampoco es una declaración de voluntad como a la que se refiere el Derecho Civil, la cual es necesaria para formar el consentimiento y por ende un negocio jurídico, sino que la pretensión es una declaración de voluntad petitoria.

El derecho del que se pretende ser titular se encuentra contenido en la pretensión, de ahí la relevancia jurídica de la misma, o lo que es lo mismo, se pretende que lo reclamado coincida con el ordenamiento jurídico objetivo.

En la pretensión procesal se reclama algo ante el órgano jurisdiccional, ante el estado, en cambio la pretensión civil va dirigida regularmente contra un particular, la pretensión viene a ser entonces, no un derecho sino un acto, algo que se hace pero no se tiene, es lo que se quiere tener por un medio de la actividad jurisdiccional, "el interés protegido por el derecho objetivo que se pretende hacer efectivo". D. Procesal Civil. Lic. Mario Efraín Nájera Farfán, pág. 312.

La pretensión es el querer del actor, ahora para realizar la pretensión, ósea la solicitud para conseguir la declaración del órgano jurisdiccional, es necesaria la acción, el accionar. La pretensión, el querer, se queda en ese estado, en tanto por medio de la acción no se consiga una sentencia quela convierta en derecho.

Al respecto, Mortara, citado por Mario Efraín Nájera Farfán, dice en su obra ya mencionada: “Mientras el juicio este pendiente, están frente a frente dos pretensiones, ninguna de ellas es derecho, llegará a serlo cuando la sentencia del juzgado le sea favorable a una de las partes.

Pretensión en sentido sustancial es un derecho, el cual se trata de hacer efectivo como se indicó anteriormente, por medio del ejercicio de la acción. Sus principales diferencias con este concepto (la acción) son las siguientes:

1. Por su naturaleza, pues la pretensión es parte del derecho privado y la Acción es un derecho procesal.
2. En su dirección: Porque la pretensión es un derecho contra el adversario y la acción es un derecho que se dirige contra el Estado, representado por sus órganos jurisdiccionales establecidos para tal efecto.
3. En su contenido, porque la pretensión sustancialmente tiene casi siempre un interés privado, en cambio en la acción, el interés es la composición del litigio que es de carácter eminentemente público.
4. En sus requisitos: La pretensión tiene como presupuesto, la legitimación, no así la acción. La pretensión como su nombre lo indica, es sólo una aspiración, un pretender, es sólo un estado de voluntad jurídica, en cambio la acción como poder jurídico de acudir a los órganos de la jurisdicción, siempre existe, con o sin derecho material, con o sin pretensión legítima, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión concreta.

En síntesis, pretensión es el objeto litigioso, lo que el actor pretende, quiere, persigue o exige del demandado. Lic. Mario Efraín Nájera Farfán, Ob. cit. pág. 315.

Viene a estar comprendida en el acto o el hecho que se ampara por medio de la acción y se manifiesta en la demanda, es el espacio que corresponde a la petición en una demanda.

La Acción como Derecho a la Jurisdicción

Toda persona tiene siempre el poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales, tenga o no el derecho material, aún antes de que nazca su pretensión concreta y aunque no lo ejerza efectivamente. Así como todo ciudadano puede pedir asistencia del Estado en otros aspectos, así también tiene la facultad de acudir a los órganos de la jurisdicción para pedir que actúen en donde sea necesario, independientemente de su efectivo ejercicio, de tener o no la razón.

De acuerdo al concepto de Acción que dice Acción es el poder jurídico del actor, de hacer efectiva su pretensión, debemos apreciar tres categorías diferentes de conceptos:

1. El derecho del que se quiere ser titular y al mismo tiempo hacer que se tutele al sujeto de derecho;
2. La pretensión de hacer valer ese derecho por medio de la demanda ante el Juez respectivo, aquí la pretensión viene a ser un simple hecho, no un derecho.
3. La acción como se indicó anteriormente, es el poder jurídico de un sujeto de derecho, de acudir a los órganos de la jurisdicción, a exigir que se tutele el derecho que considere vulnerado.

Estos tres estados diferentes del derecho, a veces no coinciden en el mismo momento procesal, por ejemplo: Cuando las cuotas mensuales de un arrendamiento han sido consignadas a un juzgado, ignorándolo el arrendante (acreedor), siempre éste se creerá asistido del derecho, la pretensión se manifiesta en él, aunque sea infundada; existe la pretensión, pero falta el derecho. La pretensión viene a ser sólo un estado de voluntad jurídica, no un poder jurídico como la acción. La acción siempre existe, si se toma como poder jurídico de acudir a los jueces respectivos, independientemente de que existan o no , el derecho y la pretensión. Al respecto, E. J. Couture manifiesta: “El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo, en cuanto tal, existe, aunque no se ejerza efectivamente”. Ob. cit. pg. 68.

Acción y Derecho de Petición

El derecho de petición fue inicialmente un derecho privado, después se convirtió en un derecho con carácter público de garantía por estar plasmado en la

constitución de los diferentes países, al contrario de la etapa en la que no se había efectuado la división de los poderes del estado. Sino que una sola persona ejercía todas las funciones y solo ante esa persona se ejercitaba el derecho de petición.

Entre la acción y el derecho de petición no existe ninguna diferencia significativa de fondo, sino que se distinguen más que todo por su forma, la cual depende del organismo del Estado hacia el cual va dirigido. El derecho de petición es el género y la acción civil es la especie del mismo, aunque la acción civil está incorporada históricamente a los textos y leyes civiles con la anterioridad a que el derecho de petición lo sea en las constituciones políticas de los Estados que es donde generalmente se regula, lo que aconteció a partir del siglo XVIII.

Ya vimos que la acción civil es la forma como se sustituye el ejercicio de los derechos en forma privada (venganza etc.) por la potestad jurisdiccional del Estado, ésta se realiza únicamente a instancia de parte. Entonces ese poder de requerir algo del órgano jurisdiccional es parte del poder jurídico que posee todo individuo, de solicitar ante cualquier autoridad judicial, lo que considere justo, de esto se deriva la calificación que se le da al derecho de petición y a la acción civil de ser el género y la especie respectivamente.

El derecho de petición se puede hacer efectivo por quien lo considere conveniente ante cualquier autoridad judicial, es una institución que es indispensable de toda organización humana en forma de Estado, por lo que su inclusión en las constituciones de los diferentes países es meramente formal. Si ante cualquiera autoridad se puede ejercitar ese derecho, entre ellas se encuentra el poder judicial.

La forma de petición tomó diferentes esquemas cuando se ejercía ante autoridades no judiciales conforme existieron formas de petición indirectas, por medio de senadores o diputados, pero perfeccionó sus formas cuando la autoridad ante la cual se efectúa una petición es el poder judicial, por medio de las leyes procesales que con el transcurso del tiempo se han ido mejorando.

El derecho de petición fue concebido inicialmente, como un derecho privado, cuando no se había dado la división de los poderes del Estado. Característica esencial del derecho de petición y la Acción civil, es que el poder jurídico de ejercitarlos, no puede estar supeditado en ningún momento a lo legal o ilegal, justo o injusto de lo pedido, es decir que para ejercitarles no es necesario calificarlos previamente en su contenido pues esto tendrá lugar hasta el momento de la decisión o sentencia en su caso, la que la declarará con o sin lugar por medio del procedimiento establecido. Las formas en que se pueden violar estos derechos son principalmente:

1. Negándole materialmente al individuo, la posibilidad de hacer llegar a las autoridades sus peticiones;
2. No admitiendo para su trámite las peticiones escritas o al rechazarlas sin razonamiento.;
3. Dejando transcurrir mucho tiempo sin dar ningún tipo de respuesta.

El derecho de petición se ha ampliado considerablemente, pues en un principio se tomaba sólo como el derecho de los ciudadanos de pronunciarse ante los agravios, pero actualmente se considera como el derecho de formular cualquier petición ante el órgano jurisdiccional, es una institución básica en la tutela jurídica del Estado, pues por su medio se hace llegar al poder público la queja, querella o demanda. Hay diferencias esenciales cuando la petición se ejercita ante los diferentes organismos del Estado, por ejemplo: si se hace una petición ante el Congreso de la República, su resolución no tiene necesariamente coercibilidad, ni entraña responsabilidad para el Organismo Legislativo si no resuelve, por el contrario si la petición se dirigiera en forma de Acción Civil ante el Órgano Jurisdiccional respectivo, tienen fuerza coercitiva para quien salga obligado en la sentencia y para que el demandado comparezca a juicio, estriba otra diferencia en que si el Juez no resuelva, también incurre en responsabilidad.

La diferencia de los procedimientos que regula la Ley para dirigirse a los diferentes organismos del Estado y los distintos objetivos que se persiguen, hacen que las formas de petición y la Acción civil, sea diferentes en cada caso.

“La petición efectuada ante cualquier autoridad, se desenvuelve entre el súbdito y el órgano estatal, mientras que el ejercicio de la Acción tiene otro participante que es el demandado, aunque el

destinatario de la Acción sea el Estado". Dr. Mario Aguirre Godoy, Derecho Procesal Civil, Tomo I. Editorial Universitaria. Guatemala, C.A. 1973, 1ª. Edición. pág. 57.

El ejercicio de la Acción, tiene influencia en diferentes aspectos del proceso, por ejemplo: En la sentencia, ya que la misma se dicta debido a que por medio de la acción hacemos valer nuestros derechos. Influye también en la prescripción, al respecto el Dr. Aguirre Godoy, ob. cit. pág. 66 nos dice: "En cuanto a prescripción influye en el sentido que interrumpe su curso y en ese sentido conserva el derecho. En cuanto a las obligaciones alternativas, cuya elección corresponde al acreedor, individualiza la cosa debida y en ese aspecto modifica el derecho, ya que una vez dictada la sentencia para el caso de que sea absolutoria y esté firme, no es posible en virtud de la cosa juzgada, que el actor haga valer el mismo derecho contra el demandado y si es condenatoria, el obligado lo estará según los términos de la sentencia y no de la pretensión del actor ".

Si tomamos el concepto de Acción, como el derecho de una persona de acudir al Órgano Jurisdiccional, para hacer valer un derecho subjetivo violado, los efectos que ejerce la acción sobre el derecho y la sentencia están íntimamente ligados, pues ésta se dicta en virtud de aquella, pues es su objeto.

Accion y Demanda

Durante algún tiempo estos dos conceptos se confundieron, debido a que también se identificaba la acción con el derecho. "Pero la demanda es la forma más visible y corriente del ejercicio de la Acción, Dr. Hugo Alsina, citado por Mario Aguirre Godoy, ob. cit. pág. 67. La demanda requiere requisitos formales, llenar ciertas formas externas para que sea admitida como tal, en cambio la acción para conseguir la finalidad de quien la ejercita, o sea la declaración de su derecho o de una situación jurídica determinada, debe llenar requisitos de fondo plasmados en su lugar de origen, (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos o la Ley).

La demanda en su acepción estricta constituye el acto inicial del proceso, es la primera petición, es entonces el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitando del tribunal, la protección, declaración o la constitución de una relación jurídica.

Presupuestos de la Accion

Cuando tenemos o creemos tener derecho a que se nos satisfaga determinada pretensión por parte de quien consideramos la persona obligada a ello, ejercitamos nuestro derecho de acción, con el propósito de conseguir del juez respectivo, una sentencia favorable, con la finalidad de que obligue al deudor a la satisfacción de lo que consideramos justo, para obtener esa sentencia que esté acorde a nuestro interés, debe reunir cientos requisitos. Los presupuestos de la acción son diferentes de los presupuestos procesales, los primeros son necesarios para dictar sentencia favorable al solicitante, los segundos son necesarios para que el Juez pueda examinar el fondo de la demanda. Los presupuestos de la acción son:

1. Preexistencia de un derecho subjetivo concreto: Es decir que el hecho concreto que motiva el ejercicio de la acción civil debe estar comprendido dentro de la hipótesis regulada por el derecho objetivo, de no existir este presupuesto, la acción no tendría razón de ser, es decir no tendría fundamento.
2. Legitimación para obrar: Este requisito consiste en que tiene que haber identificación entre quien ejerce la acción civil y el sujeto activo, y entre quien se pretende que satisfaga una prestación y el sujeto pasivo. Al no cumplirse con este requisito, se daría el caso conforme a nuestro ordenamiento civil subjetivo de la excepción de falta de personalidad.
3. Interés Procesal: Es sinónimo de interés de obrar, la importancia de este prerrequisito de estar expresamente regulado en los códigos respectivos es de tipo formal, pues lógicamente si se dicta una sentencia, es a favor de alguien que tiene interés en la misma y al mismo tiempo que le sea favorable legalmente. El problema que de aquí se deriva, es el de qué debemos entender por interés? La definición se ha efectuado desde dos puntos de vista: El Objetivo y el Subjetivo.

Interés desde el punto de vista Objetivo: "Consiste en el interés jurídicamente protegido en abstracto por el derecho objetivo, de donde resulta que se tienen interés en una demanda, si se es titular, o se cree serlo de un derecho sustancial" Lic. Mario Efraín Nájera Farfán, ob. cit. pág. 321.

Interés desde el punto de vista Subjetivo: "El interés no es aquél que la ley protege, sino el interés que se tiene para pedir la intervención del Estado. (ob. cit. pág. 321) tiene que existir un estado de insatisfacción de un derecho subjetivo.

Para Chiovenda: Interés es la condición o presupuesto específico de la acción y consiste en el estado de insatisfacción de un derecho.

UGO ROCCO

El interés en obrar sería la utilidad que, al titular de un derecho subjetivo, deriva de la tutela jurisdiccional.

Para determinar cuándo un sujeto de derecho tiene interés en obrar, se acude al juicio de utilidad. O lo que es lo mismo, existe interés a la declaración judicial que establezca la tutela a un interés determinado, cuando esa declaración produzca utilidad actual para el titular de ese interés. En sentido negativo, para establecer si una persona tiene interés en obrar, bastaría examinar si la ausencia de la sentencia que solicita, le acarrearía un daño o un perjuicio. Si se le causa un daño, si tendrá interés, si no le afecta ese interés como presupuesto de la acción que ejercita no existiría. En conclusión; "El interés constituye una situación de hecho que supone: a) La preexistencia de un derecho subjetivo en estado injustificado de insatisfacción; b) La necesidad de acudir a la tutela jurídica del Estado por no haber otro medio de hacerlo cumplir; c) Que, sin la intervención del órgano jurisdiccional, el actor sufriría un daño o un perjuicio que bien puede ser presente o futuro". "Resulta de esto que, sin necesidad, no hay interés, como sin interés no hay acción "Ob. cit. pág. 322".

De este presupuesto o requisito de la acción conocerá el Juez después que haya sido analizado el fondo del asunto, pues si se examinara como un presupuesto procesal, o sea como requisito para que el proceso tenga existencia jurídica y validez formal, sería una contradicción con la jurisprudencia y la misma concepción que se tiene de la acción como "la facultad o poder jurídico de solicitar la actividad jurisdiccional para la realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo o la realización de la pretensión.

Identificación de la Acción

Consiste en concretarla, individualizarla, distinguirla de otras, no como un requisito para su nacimiento, sino para establecer efectos procesales, es decir que es necesario identificar la acción por ejemplo para demandar ante el Juez competente, o para hacerlo antes de que se verifique la prescripción extintiva, etc. La identificación se verifica a través de sus elementos constitutivos, que son: SUJETO, OBJETO, TÍTULO.

Sujeto de la acción: Al identificar los sujetos de la acción se establece quienes son los litigantes. "La identidad de los sujetos queda clarificada con anterioridad y es la coincidencia que debe haber entre el derecho subjetivo en ejercicio y la calidad de titular activo o pasivo del mismo". Es decir, por ejemplo, si existe una demanda en que el actor reclama un derecho de propiedad, (Derecho subjetivo concreto), debe haber identidad entre el propietario y el actor, de lo contrario no tendría personalidad para actuar en el juicio. Los sujetos son: El sujeto activo que es al que le corresponde el poder de obrar y el pasivo que es frente al cual se puede ejercer ese poder. En otras palabras, son el actor y el demandado, cuyo poder de accionar y reaccionar ponen en movimiento el proceso.

Objeto de la acción: Es el bien que se pretende, aquello sobre lo que se litiga, el objeto determina el contenido de la acción para poderla encajar dentro de una clasificación determinada, (posesoria, petitoria, civil penal, etc.), por ejemplo, el objeto de un juicio sobre prestaciones laborales, es el pago de la mismas, y determina la calidad de juicio laboral del mismo.

El Artículo 269 del Código Procesal civil y Mercantil dice, por ejemplo: "Objeto del arbitraje: Las partes tienen el derecho de someter sus diferencias al proceso arbitral, a menos que la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos. Podrán ser objeto de un compromiso todas aquellas materias de Derecho Privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente…"

El Artículo 106 del Código Procesal civil y Mercantil dice, por ejemplo: “El contenido de la demanda: En la demanda se fijaran con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición.” En la petición va el **OBJETO**, sobre el que versara el proceso.

Título de la Acción: “Titulo es la causa eficiente o razón por la que se pide, es el fundamento de la acción “. Ob. cit. pág. 324. Por ejemplo: si se pretende que una persona desocupe un bien inmueble, se debe establecer la causa por la que se pretende dicha desocupación, la cual pudiera ser: falta de pago, uso indebido, vencimiento del contrato respectivo, etc.

El título en que se funda o sea la causa eficiente, sería el contrato de arrendamiento que fue incumplido por el arrendatario. El sujeto activo en este caso es el arrendante, y el sujeto pasivo el arrendatario.

La causa eficiente de la Acción se desarrolla a su vez, en dos elementos: un derecho (que es el que se pide que se tutele) y el estado de hecho contrario al derecho mismo (como la falta de pago en el ejemplo anterior).

Acción y Excepción

CONCEPTO: Por regla general, todo derecho puede hacerse valer por vía de la Acción o de la Excepción. Ha existido entre Acción y excepción, un desarrollo uniforme y paralelo a través del desenvolvimiento en el tiempo de ambos conceptos. A la defensa que efectúa el demandado frente a la pretensión del demandante, es a lo que se llama excepción. En un sentido general, es un medio procesal por medio del actual el demandado ejercita su derecho a contradecir, a oponerse a la demanda, en síntesis, es el derecho a oponerse, la oposición del demandado frente a la demanda. La demanda contiene en sí el derecho a atacar, la réplica contenida en la Excepción es el derecho del demandado a oponerse.

Así como la Acción es el sustitutivo civilizado de la venganza privada, la excepción lo es de la defensa privada. Algunos autores están de acuerdo en la teoría de que existe defensa en sentido general cuando se emplea todo medio legal para oponerse a la demanda y al proceso; en sentido estricto hay defensa cuando el demandado niega el hecho pretendido por el actor o los derechos constitutivos en que funda su demanda, o bien su eficacia en el proceso; en cambio excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho pretendido, o simplemente dilatorios, que impiden que en ese momento y en determinado proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho, distintos en todos los casos, de los hechos en que el actor funda su pretensión.

Algunos de los conceptos sobre Excepción son las siguientes: E. J. COUTURE: Manifiesta que Excepción “es el poder jurídico del demando de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción.

HERNANDO DAVIS ECHANDIA nos da la siguiente definición: “En sentido propio la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión demandante, mediante razones propias de hecho que persigan destruirla, modificarla, o aplazar sus efectos.

JORGE RICARDO FERGUSON MALDONADO sostiene que “La excepción es aquel medio de defensa que el demandado invoca ante el órgano jurisdiccional, al ser llamado ajuicio, a efecto de paralizar, modificar o destruir la acción intentada en su contra. Existen según este autor dos clases de excepciones: Las perentorias que atacan al fondo del asunto discutido (Pretensión); y las dilatorias, que se refieren al proceso en si a efecto de depurarlo de aquellos obstáculos que impiden el normal desenvolvimiento de la defensa jurídica procesal “.

CARACTERES DE LA EXCEPCION : I) Es de carácter personal, es decir que solo el demandado la puede interponer contra las pretensiones del actor; II) Consiste en que por medio de esta defensa, se impugna la

pretensión o se logra destruirla; III) Sólo se le da trámite a una excepción cuando es interpuesta por la parte interesada, no puede el Juez declararla de oficio.

CLASIFICACION: Tomando en cuenta más que todo el efecto que buscan producir, la más aceptada es la que las divide en: DILATORIAS, PERENTORIAS Y MIXTAS.

EXCEPCIONES DILATORIAS O PROCESALES: En algunas oportunidades, la finalidad de estas excepciones, que es depurar el proceso para evitar nulidades posteriores, se ha desnaturalizado por la mala fe de algunos litigantes, que las interponen con el ánimo de obstaculizar o retardar un determinado juicio. Estas excepciones son sobre el proceso y no sobre el Derecho, con esta forma de defensa, puede el demandado alegar la ausencia o defecto de presupuestos procesales de validez, como se dijo anteriormente para depurar el juicio.

EXCEPCIONES PERENTORIAS O SUSTANCIALES: Al contrario de las dilatorias, estas excepciones atacan el fondo del asunto, tratan de hacer ineficaz el derecho sustancial que se pretende hacer valer en el juicio, atacan el derecho no el proceso, no existe en nuestro ordenamiento legal una enumeración de este tipo de excepciones puesto que son cuanto medio extintivo de obligaciones pueda esgrimirse.

EXCEPCIONES MIXTAS: Son aquellas que se interponen como dilatorias, pero provocan efectos de perentorias, se resuelven previamente, para evitar el trámite de un juicio inútil, no atacan el fondo del asunto, pero hacen ineficaz la pretensión.

La naturaleza de los hechos que son los que hacen nacer, transformar o extinguir el derecho, determinan las distintas situaciones jurídicas que se dan en ese ámbito. Estos hechos jurídicos según los efectos que producen pueden ser:

a) HECHOS CONSTITUTIVOS: Son aquellos hechos que dan nacimiento u origen a una relación jurídica, como por ejemplo un contrato de arrendamiento.

b) HECHOS IMPEDITIVOS: Son aquellos en los cuales, aunque existe el hecho constitutivo, ponen un obstáculo al nacimiento de la relación jurídica (intimidación, dolo).

c) HECHOS EXTINTIVOS: Que son los que ponen fin a una relación jurídica (pago, prescripción). (Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Hugo Alsina, pág. 340). De la clase de hechos que se afirmen o nieguen, se comprueben o no por las partes, depende como el Juez dicte sentencia, por ejemplo, si el demando alega la inexistencia del Hecho Constitutivo expuesto por el actor (interponiendo una excepción), en la sentencia, el Juez tendrá que pronunciarse sobre la existencia de la misma, también puede el demandado reconocer la existencia del hecho constitutivo, pero afirmar al mismo tiempo la existencia de un hecho impeditivo, extintivo o transformativo, si esta es su actitud, estaría interponiendo una excepción previa (procesal) o perentoria (sustancial). La defensa que se hace por medio de la excepción viene a ser una acción del demandado, pidiendo al Juez que le proteja de la acción del actor.

OBJETO: El objeto de la interposición de la excepción perentoria o sustancial (defensa sobre el derecho), es destruir, dejar sin efecto la pretensión del actor invocando un hecho impeditivo, extintivo o transformativo en la mayor parte de los casos.

El objeto de las excepciones previas o dilatorias (sobre el proceso) es corregir errores para una más fácil decisión del Juez, a evitar un proceso inútil, impedir un juicio nulo o asegurar el resultado del juicio. (Eduardo J. Couture. Ob. cit. pág. 115). Entre los fines para los cuales sirven las excepciones tenemos:

a) Servir como medio del derecho que tiene el demando a solicitar del Juez, que se le absuelva de la demanda planteada en su contra, el demandado asume con esta actitud procesal, las responsabilidades y sanciones que su indebido uso o empleo de mala fe, le provoquen, haciendo posible que se concrete la libertad del hombre a defenderse.

b) Son una garantía constitucional y al mismo tiempo realización del principio del Derecho Civil que dice: Nadie puede ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en juicio.

c) De la misma forma como es preciso asegurar al actor por medio del libre ejercicio del derecho de acción, su

derecho al reclamo ante la autoridad jurisdiccional, también es necesario asegurar al demandado, los medios de defenderse de la demanda interpuesta en su contra, garantizándole el derecho de defensa.

d) En algunos casos, talvez la mayoría, la excepción se utiliza para denunciar al Juez la falta de los presupuestos procesales necesarios para que el proceso tenga existencia jurídica y validez formal.

e) Sirve para enervar, destruir, paralizar la Acción.

Principales Diferencias entre Acción y Excepción:

1. El actor tiene la iniciativa del litigio, (acción) la potestad de iniciarlo, en cambio el demandado se ve obligado a defenderse (excepción) si no quiere ser perjudicado por la decisión del Juez.
2. El actor pretende por medio del ejercicio del derecho de acción, que se declare que su derecho le asiste en contra del demandado, mientras que éste por regla general (salvo el caso de la reconvención) no pretende nada en contra del actor, sólo quiere ser protegido de su pretensión.
3. La oportunidad cronológica es diferente, pues primero es la demanda, luego la defensa, la cual se dacomo hemos apuntado mediante la excepción.
4. Etimológicamente, Acción se deriva de la palabra Agere que como se dijo al principio, significa hacer, obrar, por el contrario, excepción viene del Exceptio y esta de excipiendo que quiere decir destruir o enervar.
5. La excepción no puede ejercitarse por sí sola, independientemente, sino sólo cuando se intenta una acción y para defenderse de ésta. En cambio la acción se puede interponer independientemente de la excepción, tiene vida propia.
6. La acción presupone un derecho subjetivo insatisfecho, con la excepción se hace valer el derecho a pedir en algunos casos, la inexistencia del derecho pretendido por el actor, en otras ocasiones lo que el demando alega son circunstancias modificativas o extintivas del mismo.

Principales Similitudes entre Acción y Excepción: Entre las principales similitudes entre estos dos conceptos y que han sido estudiados con más énfasis por los estudiosos del derecho procesal, tenemos:

1. La uniformidad en que se han desenvuelto y estudiado los dos vocablos, lleva a muchos autores a considerar que lo que se diga de la Acción, es aplicable también a la excepción; el actor tiene el derecho de la acción y el demandado a la excepción.
2. Para el progreso de la acción y de la excepción se exigen también las condiciones de derecho, calidad e interés.
3. La acción es un derecho a la jurisdicción que pueden ejercer aún aquellos que no tienen un derecho material, así para oponerse a una demanda, no se necesita tener razón, sobre lo cual se declarará en el momento de dictarse la sentencia, en igual forma tiene el derecho el demandado de defenderse, aun sabiendo que no tiene la razón.

Referencias

- Fundamentos del Derecho Procesal Civil, E.J. Couture
- Derecho Procesal Civil, Mario Aguirre Godoy
- Derecho Procesal Civil, Mario Efrain Najera Farfán

Magistada
Esmeralda Judith Orozco Navarro
Sala Regional Mixta de la
Corte de Apelaciones de Zacapa

LA SEGURIDAD SOCIAL, DESDE LA PERSPECTIVA DEL PACTO DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Sumario Introducción. **1)** Derechos Sociales, generalidades; **2)** Seguridad Social; **3)** Principios rectores de la seguridad social; **4)** Prestaciones; **5)** Financiamiento; **6)** Tutela Judicial efectiva, en la seguridad social. Conclusión. Bibliografía

Introducción

El campo del Derecho Laboral, está revestido por instituciones especializadas en protección de la llamada ¨parte más débil¨, que para el caso concreto lo viene siendo el trabajador o trabajadora, en ese contexto, a través del presente Diplomado en Derecho del Trabajo y Previsión Social, se logró establecer e identificar diversidad de problemas y circunstancias laborales que afectan a distintos grupos como lo constituyen la población trabajadora, las organizaciones estales tanto en salud pública, justicia, economía, como los patronos, entre otros, que tienen relación directa e indirecta con toda esta problemática identificada.

En ese orden de ideas, lo relativo a la Seguridad Social, en Guatemala, constituye un tema real, olvidado y que solloza por ser atendida de forma efectiva, completa, amplia y lograr que esa Seguridad Social de manera cierta, justa e inmediata llegue a quien corresponde.

Por ello, el presente ensayo, platea como interrogante: ¿se cumple con la Seguridad Social en nuestro país, bajo el marco legal internacional del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

En esa búsqueda se tratarán temas relacionados directamente a estos derechos que tienen relación directa con la Seguridad Social, la Previsión Social, así como los Derechos Prestacionales, las condiciones presupuestarias, la tutela judicial efectiva en esta seguridad social, entre estos temas que permitirán abordar a profundidad este estudio también se estudiará lo relativo a la exigibilidad inmediata y plena del derecho en contraposición a la insuficiencia de recursos.

De tal manera, que se realizará un recorrido por estas instituciones del derecho que tienen estrecha relación con los Derechos sociales y la Seguridad

Social, a efecto de arribar a conclusiones que permitan apreciar primero que nada la importancia del tema, la problemática focalizando los entuertos que no permiten el pleno goce de estos Derechos Sociales y de esta Seguridad Social.

1. Derechos Sociales, generalidades

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ocupa de desarrollar todos los mecanismos legales necesarios para que un determinado derecho humano sea efectivo, de tal manera que se sitúa en el derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la salud, etc., como derechos humanos individuales, ahora bien desde los derechos humanos sociales o colectivos también se encuentran los Derechos Sociales, los Derechos Económicos, los Derechos culturales, políticos y civiles, incluyéndose hoy en día los derechos de solidaridad y de ambiente.

De tal manera que es necesario establecer que son los Derechos Sociales, la importancia y trascendencia, la protección y su alcance en la práctica, puesto que al no ser un derecho individual sino colectivo, requiere que se aclaren esos puntos previamente a continuar.

En la búsqueda de un desarrollo integral de la persona, los Derechos Humanos se han establecido en individuales y colectivos, a efecto de brindar una mejor protección a la persona, sin discriminación alguna.

El autor Jesús María Casal H, en su obra (Casal, 2009, pág. 234)hace una cita con relación a los derechos sociales, manifestando: “La denominación de derechos sociales surgió para referirse a derechos constitucionales pretendidamente contrapuestos a los derechos clásicos de libertad, a menudo llamados derechos individuales.” El alcance entonces de estos derechos es más amplio y no concreto y preciso, va más allá de un individuo sino busca el bien común.

Para seguir con el hilo, el autor Jesús Casal, en su obra (Casal H, 2010, pág. 12) dice. “Los derechos humanos también son considerados como categoría inscrita en el Derecho Internacional Público, plasmada en tratados u otros instrumentos internacionales y cuya existencia puede ser afirmada a partir de las fuentes jurídicas correspondientes”

De tal manera de los derechos humano pueden ser considerados como individuales y colectivos, siendo en el caso concreto los colectivos como los derechos sociales los que se trataran.

2. Seguridad Social

De conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9, establece: Derecho a la Seguridad Social. “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

En el marco legal internacional se establecieron normativas que brindan hoy en día esa seguridad, por lo que se puede referir en principio la Carta de las Naciones Unidas, el pacto DESC, el pacto de Derechos Civiles y Políticos, los Protocolos facultativos que ayudan a desarrollar esta normativa, las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, entre otras.
Definición de Seguridad Social

La ComisiónPresidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos –COPREDEH- comentó el pacto DESC y citó la definición dada por la Organización Internacional del Trabajo OIT que dice: “La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionaría la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad laboral, desempleo… y también protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.”

Derechos prestacionales

El autor Casal en la obra (Casal, 2009, pág. 237) al respecto dice: “Los esfuerzos de la moderna dogmática de los derechos fundamentales se centran en diseñar parámetros jurídicos adecuados… que Alexis y Ferrajoli han denominado la construcción de un modelo de derechos sociales”

En la misma obra (Casal, 2009, pág. 241) explica: “derechos prestacionales, por lo que facultan al titular para requerir bienes, servicios u otras prestaciones públicas.”

De tal manera que la prestación es una obligación para el Estado y un derecho para el individuo, lo que conlleva una exigencia, aunque parezcan palabras aisladas, todo está concatenado por el conjunto de obligaciones adquiridas por el Estado a través del pacto DESC, el que establece los derechos económicos, sociales y culturales, que se complementa con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Por lo antes dicho, la seguridad social constituye ese conjunto de políticas públicas en beneficio de la persona que activa la misma al solicitar la prestación de un servicio, tiene el derecho pleno de gozar de ese servicio de forma plena e inmediata, también se involucra a los empleadores que tienen esa obligación a asistir a sus empleados y proveerles de esas necesidades básicas para su mejor desenvolvimiento, y el hecho de carecer de ello, implicaría una violación a sus derechos humanos.

3. Principios rectores de la Seguridad Social

Entre ellos está el de Universalidad, así como Igualdad, Contributividad y Solidaridad, todos ellos convergen a efecto de asegurarle al contribuyente ese derecho humano, pues al estar contemplado en el plano internacional como nacional, no puede ser negado, teniendo en cuenta estos principios para poder observar y cumplir con los compromisos y obligaciones adoptados por los Estados.

El autor Martínez Vivot, en la obra (Martinez, 1999, págs. 617-620), expone algunos principios, manifestando:

"a) Solidaridad… Dicha solidaridad se asienta en dos grandes principios que son: la cooperación entre semejantes y la ayuda que se prestan los hombres. En consecuencia, realizarla es poner en práctica un deber colectivo, resultado de una ley natural…" En ese sentido explica como este principio es producto de elementos que están dentro del ser humano, como parte de su voluntad, puesto que la cooperación y la ayuda, se dan únicamente en ocasiones, ahora, por ser la seguridad social un derecho social, se hace necesario que esa cooperación entre patrono y empleado sea de forma pacífica y armoniosa.

"b)Subsidiariedad…Laseguridad social no viene a liberarlo de esa obligación social, sino a ayudarlo, facilitarle orientarlo, estimularlo para procurar que coordinadamente pueda atender a sus necesidades, aunque los requerimientos superen sus necesidades individuales…" Aquí se logra apreciar la seguridad social en su máxima expresión, pues encaja en lo relativo a atender y proveer, cubrir las necesidades, de tal manera que para lograrlo se deben de tener políticas públicas que logren esa finalidad tanto al sector público como para el sector privado.

"c) Inmediatez. Las respuestas que da el sistema de seguridad social deben llegar oportunamente, ya que están destinadas a remediar situaciones, paliando sus efectos o confiriendo la ayuda oportuna..." A través del desarrollo de estos principios se logra entender claramente la importancia de la seguridad social, y de todos los compromisos que conlleva la mismo por el hecho de serlo, de existir, compromisos serios, pues aquí se agregan elementos como el factor tiempo, la inmediatez en la solución de un problema, Ejemplos de ellos son las enfermedades terminales, los problemas de vivienda entre muchos otros, por lo que efectivamente se han creado hoy por hoy instituciones que cumplen esa función, inmediata y de forma eficaz.

"d) Irrenunciabilidad… Desde luego que es posible renunciar a éstas, y a buscar en la prevención privada y otro medio la respuesta que se considere más satisfactoria, pero ello no libra de aportes o contribuciones…" Es irrenunciable pero no obligatorio por lo que siempre da la opción al beneficiado de buscar una mejor propuesta, diferente a la ofrecida, la cual se obtuvo en vista del intercambio de las contribuciones o aportaciones, de tal manera que la prestación debe estar de forma obligatoria, aunque no siempre se elja tomarla.

"e) Igualdad. Tanto en el aspecto contributivo, como a lo relativo en el goce de los beneficios, debe funcionar un principio de igualdad que elimine las discriminaciones arbitrarias…" Aunque este no siempre se aprecia objetivo, por lo mismo es que está establecido este principio para luchar y obligar que esa igualdad se respete, se observe y se cumpla.

Todos estos principios se materializan al momento en que el beneficiado activa la prestación del servicio, por lo que la cobertura por medio de la cual se logra esta activación, según la OIT, son:

Físicas:	enfermedad, vejez, invalidez, maternidad y muerte
Económicas:	desocupación involuntaria
Sociales:	carga económica.
Otros:	accidentes de trabajo y enfermedad profesional

Contingencia que se Atiende	Beneficio que se obtiene	Beneficiario o beneficiaria

De tal manera que para lograr con este cumplimiento, se rige tanto el Estado, los contribuyentes y los beneficiarios en un marco legal establecido en derecho interno como en derecho internacional que obliga al cumplimiento y a la ejecución de políticas adecuadas que logren ese fin, desde la adecuación de las contribuciones, la responsabilidad directa del Estado y particulares, la actualización actuarial.

Financiación. Se rige la seguridad social, por un sistema CONTRIBUTIVOS y NO CONTRIBUTIVOS, la diferencia estriba en que los primero son aportes de los particulares y la segunda de las rentas generadas, en ese camino de la administración de los recursos, debiendo evidenciar la transparencia y cero tolerancia a la corrupción, debido al el complejo desenvolvimiento de esta forma de agenciarse de recursos, que al aterrizar en proteger los derechos a la salud se deben de coordinar para que siempre existan fondos que le den subsidio a todos los requerimientos en todo momento.

4. Prestaciones

Constituyen las prestaciones todo lo relativo al beneficio que obtiene la población beneficiada en este sistema de seguridad social, encontrando concretamente: vejez, invalidez, sobrevivientes, gastos de entierro, enfermedad, maternidad, accidentes, dentro de toda esta cobertura abarca no solo el título sino que todo lo que conlleva ejecutar y cumplir con el mismo en ese sentido se incluye prevención, tratamiento médico, asistencia hospitalaria, rehabilitación, hospedaje, alimentación, servicio social, transporte, promoción, prevención, asistencia odontológica, farmacéutica, ayuda lactancia, entre otras muchas prestaciones, y hoy en día especializaciones en tratamiento de enfermedades terminales como cáncer, lo que implica la obligación de brindarle al beneficiado el tratamiento y aplicación completa del mismo, en ese sentido se aprecia que Guatemala cuenta con una cobertura y prestaciones amplias que brindan seguridad social a la población.

5. Financiamiento

Dentro del rubro total de seguridad social, se debe tener en cuenta tanto al MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL como al INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL.

Los aportes o cuotas para lograr el financiamiento son divididas en tres, por un porcentaje está el empleador, por otro lado, el trabajador y por otro el Estado, lo cual hace un total porcentual que conlleva a la ejecución de este derecho social, en la presente investigación y estudio se logró apreciar y concluir que el Estado no ha cumplido con esta obligación.

FINANCIMIENTO PARA EL IGSS

Fuentes	Enfermedad y Maternidad	Accidentes	IVS	Total
Empleador	4.0	3.0	3.0	10.0
Trabajador	2.0	1.0	4.5	4.5
Estado	3.0	0.0	3.0	3.0
Total	9.0	4.0	17.5	17.5

La referencia del presente dato lo constituye el Diagnóstico y Propuesta de Reforma. Obra denominada La Seguridad Social en Guatemala, febrero 2000, 2da edición, autores Dr. Carmelo Mesa-Lago Coordinador, Lic. Miguel Angel Barrios y Lic. Homero Fuentes, Fundación Friedrich Ebert.

En donde se aportó que el Estado de Guatemala nunca ha cumplido con la cuota que le corresponde en este sentido, lo cual, si en el año 2,000 se tenía este dato, el mismo o sea la misma conducta no ha variado en nada al presente año 2019, en donde hoy en día tenemos noticias de corrupción y robos en estas instituciones encargadas de la Seguridad Social, las cuales los brindan de conformidad con los fondos que tienen.

6. Tutela Judicial efectiva, en la seguridad social

Ahora bien, ante este sistema que esta generado por un marco legal que provee a las instituciones encargadas de la seguridad social de cumplir con este derecho social en la persona, de tal manera que los jueces y juezas en el marco de sus atribuciones y de conformidad con el artículo 203 de la Constitución, apoyándose en el marco legal nacional e internacional que existe, emiten resoluciones judiciales en la justicia ordinaria y en la constitucional brindando certeza jurídica y tutela judicial efectiva a todos los beneficiados del Derecho Social y Seguridad Social.

Por lo que, se cuenta con diversas normativas que ayudan a visualizar esa protección que se da al contribuyente como derecho humano a la salud y dentro de estos derechos de seguridad social, como el marco legal, que se detalla:

NACIONAL	CONSTITUCIÓN DE 1921	Introduce principios e instituciones laborales	Seguridad social son mínimos los alcances
NACIONAL	Constitución de 1945	Instituye el seguro social	Cobertura en vejez, invalidez, muerte, enfermedad y accidente
NACIONAL	1946 Ley Orgánica del IGSS		
NACIONAL	CONSTITUCION DE 1985	Marco legal de seguridad social	
NACIONAL	1953 Programa materno-infantil. Mas cobertura en 1958		
NTERNACIONAL	Carta de las Naciones Unidas		
INTERNACIONAL	Pacto DESC	9	
INTERNACIONAL	Convención americana de derechos humanos	19	

Por otro lado, la exigibilidad de los derechos sobre seguridad social, son parte de un compromiso estatal y un compromiso nacional, para poder proveer de esa seguridad jurídica a la población.

La Carta de Las Naciones Unidas, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, contienen disposiciones legales y compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala, para el adecuado desarrollo de la población, en ese marco de obligaciones y compromisos adquiridos.

En la unificación y aplicación de derechos humanos tanto individuales como colectivos que su fin supremo es el desarrollo de la persona humana, sin olvidar la trascendencia del derecho humano de la salud, de tal manera que la seguridad social dentro de los derechos sociales ha venido a complementar esta gama de necesidades desarrolladas en su máxima expresión en la persona.

El principio Pro Persona, el cual opera como uno de los máximos principios internacionales ayuda a la tutela judicial efectiva a efecto de que los jueces y juezas puedan aplicar todo el marco legal nacional e internacional en protección del ser humano, el principio pro persona permite entonces que se logre esa protección aún más allá de las limitaciones que el Estado, el IGSS o el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social puedan tener, toda vez que logrando la realización de protección y sostenimiento de conformidad con la aportación y financiación de estos dos grandes sectores encargados de la Seguridad Social en Guatemala.

Conclusión

En base al presente estudio, se logró establecer y concluir que no se logra cumplir con la seguridad social en Guatemala, por lo que el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, se convierte en un instrumento garante pero no del todo seguro para lograr por parte de los que dan el soporte económico y esa finalidad se materialice.

Se han visto casos claros de violación a derechos humanos de salud y seguridad social, pero que gracias a la aplicación de esa tutela judicial efectiva emitida por jueces y juezas, se logra el fin que consiste en no dejar morir a ningún guatemalteco, inclusive a pesar de los incumplimientos que el Estado como principal fuente económica y aportación mayoritaria nunca ha cumplido con su deber de aportación.

Por otro lado, es contradictorio desde mi punto de vista y estudio toda vez que la prestación del servicio se da y se cumple pese a esas limitaciones, inclusive citando al IGSS especialmente como uno de los mejores servicios.

Falta mucho por hacer, pero aun con las limitaciones y problemáticas su se logra cumplir con la seguridad social en todas y cada una de sus manifestaciones y necesidades.

Bibliografía

- Bazán, Víctor y Nash, Claudio. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad. Colombia (s.e.),
- Unión Gráfica Ltda. 2012.
- Bidart Campos, German J. Compendio de derecho constitucional. Ediar,
- Sociedad Anónima. Editora comercial, industrial y financiera. 1a. Edición.
- Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Burborgue-Larsen, L. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la
- interpretación de la Convención Americana. Revista de Estudios Constitucionales, (s.e.), 2014.
- CancadoTrindade, Antonio. El derecho internacional de los derechos humanos
- en el Siglo XXI. 2da. Edición, Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 2006.
- Casal H., Jesús María y Coautores. Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la
- Justicia. Editorial Texto. Venezuela, 2005.
- Cordón Aguilar, Julio César. El tribunal constitucional de Guatemala, en Instituto de Justicia
- Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad; Opus Magna constitucional guatemalteco, tomo II;

publicación de la Corte de Constitucionalidad, (s.e.). Guatemala, 2011.

- Eto Cruz, Gerardo. El Amparo. Los Derechos Fundamentales y Otros Conceptos Claves en
- el proceso de Amparo. Gaceta Jurídica, Lima, Perú. 2017.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. El control difuso de convencionalidad. Diálogo
- entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Fundap. México, (s.e.). México, 2012.
- _____, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.).Diccionario de
- derecho procesal constitucional y convencional, dostomos, Consejo de la Judicatura Federal del poder judicial de la federación e IIJ de la Unam, (s.e.). México, D.F., 2014.
- Flores Juárez, Juan Francisco. Constitución y Justicia Constitucional/
- Apuntamientos. 2a. Edición. Ed. Talleres gráficos de impresos. Guatemala. 2009.
- Fix-Zamudio, Héctor. Introducción al derecho procesal constitucional.
- Fundap./Colegio de Secretarios de la SCJN. México, 2002.
- García Roca, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Civitas-Thomson Reuters, coedición el Instituto de Derecho Parlamentario. Madrid, 2010.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. Procedimiento en la Comisión y ante la Corte Interamericana de
- Derechos Humanos. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Colombia, 2016.
- Hitters, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.
- Comparación. Estudios Constitucionales, año 7, núm. 2. (s.e.), 2009.
- _____. Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos). Estudios Constitucionales, vol.
- 13, no. 1. Santiago, 2015.
- Rey Cantor, Ernesto. El control de convencionalidad de las leyes y los derechos humanos.
- Editorial Porrúa. México, D.F., 2008.

Magistrado
Rogelio Cán Sí
Sala Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS INVESTIGACIONES DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

1. Contexto de la investigación con perspectiva de género

La investigación con perspectiva de género, surge de la nueva dinámica de generar conocimiento científico. En ese contexto se inicia una experiencia a partir del tratamiento de temas especializados orientados a establecer la utilidad que tiene este tipo de investigaciones y su incidencia en las ciencias sociales. Sobre todo, que en la época de la pandemia surgieron indicadores que marcan el nuevo rumbo de la violencia contra la mujer.Particularmente al incursionar en este campo debe aclararse que se inicia con un panorama alentador con el propósito de tener una visión clara de lo que pretenden estas investigaciones de género.

Al tomar en cuenta la naturaleza de este artículo debe advertirse que se trazan ideas básicas y generales de lo que constituye la investigación científica con el enfoque especializado, porque se debe reconocer que es una materiaaún no explorada profundamente en nuestro medio, pero se tiene el conocimiento empírico de ésta.

El enfoque de género paulatinamente gana terreno, pues la sociedad en forma natural históricamente reconoce el predominio del hombre respecto de la mujer, culturalmente se ha aceptadoque la mujer sea la más débil en las relaciones sociales; en ese sentido, la expresión del sistema de organización social que caracteriza el patriarcado ha mantenido a la mujer en desigualdad de condiciones.

Bajo esa concepción machista es que han surgido una serie de inquietudes para explorar los fenómenos sociales y las causas que provocan la invisibilización de la mujer, porque debe considerarse que el sustrato esencial de toda persona es su, dignidad humana. En este ensayo se hace énfasis en que el investigador debe tomar plena conciencia respecto de la igualdad de derechos que existe entre hombres y mujeres y erradicar la violencia que se ejerce en su contra.

Se advierte que al hacer estudios con perspectiva de género se genera nuevo conocimiento científico; asimismo, brevemente se enfocan ideas generales respecto de lo que constituye la investigación científica y su relación con la metodología de género, matizando que puede utilizarse la investigación cualitativa, cuantitativa o bien en forma mixta, combinando las dos modalidades.

También se aborda en forma breve nociones generales respecto de la perspectiva de Género, planteando en forma específica los retos que debe tener el investigador, haciendo referencia de la importancia que tiene actualmente la Metodología de Género. Luego, se enfocan ideas generales en relación al reconocimiento y materialización de los derechos humanos de las mujeres, al plantear la importancia que tiene en la sociedad el plano de igualdad de derechos que deben existir entre mujeres y hombres,para ello, se tomaron aspectos medulares de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

2. Reflexión inicial

Al momento de iniciar este ensayo se reflexiona sobre el nuevo ámbito de conocimiento científico que se pretende enfocar luego de la escalada de violencia que surgió en contra de la mujer derivado de las medidas de emergencia decretadas por el Gobierno de turno. En particular se parte del conocimiento empírico que se tiene del tema alrededor de una convivencia pacífica; sin embargo, derivado de esta crisis, el comportamiento machista se vio reflejado en detrimento de la mujer, a raíz de ello, surgen nuevos puntos que es necesario abordarlos con enfoque de género.

Mediante la investigación con enfoque de género se pretende generar nuevos conocimientos y sobre todo entender en la dinámica social las relaciones que históricamente han desplazado a la mujer en el plano de la igualdad de derechos, básicamente a través de una cuestión esencial: su dignidad como persona humana. En este enfoque se matizará respecto de la igualdad de derechos que debe tener toda persona, sin exclusión alguna, porque la intención es generar líneas de reflexión sobre la utilidad que se obtiene al hacer estudios de esta naturaleza, a través de la metodología y técnicas adecuadas según sea la investigación cuantitativa, cualitativa o bienmixta.

Para el desarrollo de este ensayo se toma como base la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que es un instrumento jurídico internacional que favorece la igualdad de derechos entre el hombre y lamujer.

3. Nociones respecto de la investigación en materia de género

Se exponen ideas básicas para su aplicación en la perspectiva de Género.

3.1 Ideas Generales

En este caso, se advierte que producto de las relaciones sociales que emanan de la sociedad y particularmente a raíz de la pandemia que elevó los índices de violencia contra la mujer, se podrá conocer nuevas pautas de conducta que hagan la realidad la materialización de la igualdad de derechos que poseen tanto hombres como mujeres, haciendo énfasis de la desigualdad de condiciones que históricamente se ha mantenido, porque no se ha dimensionado realmente la importancia que tiene la dignidad humana que tiene toda persona.

La investigación científica orientada a la materia de Género, no sólo tendrá como resultado la producción de nuevos conocimientos y teorías, en esencia busca resolver y superar fenómenos sociales derivados de las relaciones desiguales de poder impuestas y creadas en el imaginario social, sobre todo por la existencia del machismo que se ha mantenido por sobre los niveles normales.

En este tipo de investigación no obstante la materia en que se incursiona, resulta ser siempre rigurosa y organizada, resulta indiferente que se utilice el enfoque cualitativo, cuantitativo o mixto, toda vez que se busca conocer y resolver nuevos problemas sociales, derivado de la interrelación social que se da en el seno del hogar en esta época en donde las estadísticas muestran el aumento de violencia contra la mujer. Sobre este enfoque se indica, que la investigación científica se concibe como “un conjunto de procesos sistemáticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno; es dinámica, cambiante y evolutiva. Se puede manifestar de tres formas: cuantitativa, cualitativa y mixta. Esta última implica combinar las dos primeras. Cada una es importante, valiosa y respetable por igual”. (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p.27)

La investigación con perspectiva de género, también resulta ser un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplicarán al estudio de un fenómeno social y jurídico. En este caso se debe tomar especial consideración que a través de la investigación cuantitativa o cualitativa se busca generar nuevos conocimientos.

Tanto en el enfoque cuantitativo o cualitativo se deben realizar procesos; “en la investigación, cuantitativa en esencia se utiliza la recolección de datos para probar hipótesis, con base en la medición numérica y el análisis estadístico, para establecer patrones de comportamiento y probar teorías” (Hernández et.al.2010, p.4).“En tanto que la investigación de naturaleza cualitativa se utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (Hernández et.al. 2010, p.7)

Para realizar investigación debe analizarse la nueva realidad social que se vive y una vez delimitada esta circunstancia esencial también decidirse bajó que enfoque se desarrollará el estudio, porque lo que se busca es generar nuevo conocimientocientífico y verificar datos acerca de los nuevos indicadores.

4. Perspectiva de Género

En este apartado se exponen ideas básicas en cuanto a lo que se pretende en esta materia al aplicar la investigacióncientífica.

4.1. Retos básicos del investigador

A través de la implementación de la perspectiva de género, se persigue el logro de avances sustanciales en el desarrollo de los derechos humanos de las personas, al tener como eje principal el reconocimiento de la dignidad humana. Se busca la materialización de la igualdad de las mujeres y los hombres no en términos biológicos, porque existen evidentes diferencias sexuales; en esencia, esa igualdad se inscribe en el plano de derechossustanciales.

Es preciso acotar que ante "la interrelación que existe entre las ciencias sociales, el papel o rol de género se forma con el conjunto de normas y prescripciones que dicta la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino" (Morales,2006, p.18); de manera que ante esa perspectiva el término género usado como sinónimo de mujer resulta ser un término que ya no podría utilizarse; contrariamente hemos de contextualizarlo en el desarrollo y construcción histórica desociedades dispares, en la que son persistentes las relaciones de poder que existe entre hombre y mujer, como producto de un sistema patriarcal.

Se pretende que esas prácticas de tratamiento de la mujer como seres inferiores se erradiquen del imaginario social, porque resulta pertinente excluirlas del marco de la discriminación, la opresión y la violencia a que está sujeta la mujer en una sociedad machista y patriarcal, derivado de la naturalización que ha tomado la sociedad, precisamente de los roles que han jugado los hombres y las mujeres.

Sobre la base de la igualdad de derechos que la perspectiva de género plantea, se enfatiza que en la investigación científica en esta materia, su propósito se enfoca en la necesidad de erradicar la brecha de la invisibilidad que la sociedad en general tiene respecto de la mujer, pues la construcción social derivado del patriarcado le ha asignado únicamente trabajos secundarios, en consecuencia, resulta importante aportar conocimiento científico para reducir esa inequidad y disparidad de participación que la mujer ha tenido en detrimento de su dignidadhumana.

Desde esta perspectiva resulta válido asentar las ideas de Morales Trujillo, sobre la metodología de género porque refiere que tiene: "Como hilo conductor la disparidad de oportunidades entre hombres y mujeres y que particularmente pretende un análisis crítico de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, así como de las diferencias que han sido significadas como desigualdad y la identificación de los mecanismos institucionales y simbólicos que refuerzan estas desigualdades". (2006, pp.24-25)

La investigación que se realice en esta materia tiene un componente sustancial: el logro de la equidad de género, basado en el reconocimiento del principio de igualdad que tiene toda persona humana, el respeto a su dignidadhumana.

Se enfoca la importancia que tiene la investigación con perspectiva de género, en cuanto a la generación de conocimiento científico, sobre todo porque:
Dicha metodología se ha empezado a utilizar en las investigaciones de diferentes disciplinas científicas y consiste en considerar, por una parte, el hecho de las diferencias sexuales y, por otra, la construcción del deber ser genérico. En todo estudio de género debe tomarse en cuenta la condición y situación de las mujeres y de los hombres, jerarquías entre lo masculino y lo femenino en la toma de decisiones, cruzando las categorías antes mencionadas de clase, etnia, posición económica, edad, salud y otros, en función de la clase de investigación o análisis que se realice, la construcción y

composición de los organismos e instituciones políticas tanto del Estado como de la sociedad en general, la ideología, la cultura, la obtención de datos estadísticos desagregados por sexo, la construcción de indicadores de género. (Morales, 2006, pp.25-26).

En ese sentido se advierten las bases conceptuales que pueden tomarse para indagar y generar nuevos conocimientos científicos en esta materia especializada, puesto que esta pandemia no hace excepciones.

Es conveniente matizar que, la investigación con perspectiva de género desde diferentes dinámicas de estudio, en esencia, también busca concientizar y derivado de ello establecer nuevas políticas estatales para erradicar esas relaciones desiguales que históricamente han sido construidas en la sociedad en torno a dos sistemas de organización social, el patriarcado y el matriarcado, porque el objetivo es "desentrañar la razón de las desigualdades que existen entre hombre y mujeres" (Morales, 2006, p.37)

Para ello debe considerarse como aspecto toral la dignidad de la persona humana, porque es fundamental que, en el plano de sus derechos humanos, estos se materialicen en la igualdad de oportunidades. En ese sentido el patriarcado constituyeun:

Orden social genérico de poder basado en un modo de dominación cuyo paradigma es el hombre. Este orden asegura la supremacía de los hombres y delo masculino sobre la interiorización de las mujeres y de lo femenino. Es asimismo un orden de dominio de unos hombres sobre otros y de enajenación entre las mujeres. (Naciones Unidas, 2007, p.6).

Si se establece que el patriarcado como organización social se ha construido como régimen de dominación masculina sentando las bases de la desigualdad en la historia de la humanidad al someter a la mujer, resulta conveniente entonces equilibrar esas relaciones sociales, y ello bien puede derivarse de la producción de conocimientos que tiendan a establecer esa paridad de oportunidades de la que ha sido excluida, porque se ha desvalorizado su identidad como ser humano. El patriarcado la ha mantenido invisibilizada. Sin embargo, es válido considerar que la inclusión de la mujer como sujeto de derechos paulatinamente aumenta lo que podría reducir la brecha de sumisión y exclusión, por ello, sobre este punto se asienta que "La configuración histórica del patriarcado se ha permeado por las diferentes oposiciones de diversos sectores, particularmente la resistencia y luchas de las mujeres, que le han generado fisuras a esta rígida estructura" (Aldana, 2013, p.36)

De lo que se deriva que la sociedad cada día experimenta cambios cualitativos en el reconocimiento de ese derecho de igualdad que históricamente le ha sidonegado.

4.2. Reconocimiento y materialización de los derechos humanos de las mujeres

En este apartado se desarrollan dos aspectosfundamentales:

4.2.1.Plano de la igualdad de derechos

Desde cualquier enfoque que se realice la investigación científica, debe tomarse en cuenta que la perspectiva de género busca en esencia que la mujer no sea invisibilizada, por consiguiente la igualdad de derechos negada mediante el patrón cultural machista en que se ha desarrollado históricamente, encuentra como sustrato esencial el reconocimiento de la dignidad humana que como persona humana tiene en la sociedad, de ahí que esa exclusión debe ser reducida en cualquier ámbito para efectivizar sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

4.2.2.Sustrato de la igualdad en los Estándares Internacionales en materia de derechos humanos

Para comprender el contexto en que debe desarrollarse la investigación con perspectiva de género en cuanto a la igualdad de derechos de las personas, es necesario reflexionar sobre los postulados que establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos; por consiguiente, mediante la expresión seres humanos, se establece la incansable lucha que las mujeres han realizado

para el reconocimiento de sus derechos en un plano de igualdad, lucha que se ha materializado en un instrumento internacional específico: Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, y pese a ello aun continua la desigualdad.

Es importante resaltar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tiene, como avance significativo el establecimiento de la igualdad formal de todos los seres humanos sin distinción alguna, de manera que mediante los estudios con enfoque de género dicha igualdad debe rebasar su conocimiento, lo importante es que la sociedad materialice ese principio en igualdad de condiciones.

En efecto El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, respecto del concepto sustancial de dicha Convención, haconsiderado:

> La igualdad es la piedra angular de toda sociedad democrática que aspire a la justicia social y a la realización de los derechos humanos. En prácticamente todas las sociedades y esferas de actividad la mujer es objeto de desigualdades en las leyes y en la práctica. Origina, y a la vez exacerba, esta situación de una discriminación en la familia, la comunidad y el lugar de trabajo. Aunque las causas las consecuencias puedan variar de un país a otro, la discriminación contra la mujer es una realidad muy difundida que se perpetúa por la supervivencia de estereotipos y de prácticas y creencias culturales y religiosas tradicionales que perjudican a la mujer. (Naciones Unidas, p.1)

Este sustancial aspecto deriva de la existencia de la desigualdad de derechos que ha sido privada la mujer afectándole en sus derechos humanos, de ahí que cabe resaltar:

> La noción de igualdad que señala el Comité, pues rebasa esa concepción tradicional de tratar a todas las personas de la misma manera, pues enfatiza que el trato igual a las personas debe considerarse en situaciones desiguales, siendo éste el principio subyacente y el objetivo último de la lucha por el reconocimiento y la aceptación de los derechos humanos de la mujer. (Naciones Unidas, p.1)

Sobre esta base conceptual y sustancial resulta imprescindible materializar la igualdad de derechos de la mujer como un principio básico de las Naciones Unidas, al tomar en cuenta el Preámbulo de la Carta de las Naciones que, como objetivos, establece: reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres ymujeres.

Respecto del enfoque que debe establecerse en las investigaciones con perspectiva de género, se derivan aspectos que la Convención sobre la eliminación de todas lasformas de Discriminación de la mujer ha tomado como sustanciales, como se indica en el artículo 5, al disponer:

> Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. (Naciones Unidas, p.7)

Producto de ese sistema de organización patriarcal precisamente tiene que crearse conciencia colectiva para erradicar esa exclusión histórica a que ha estado sujeta la mujer, evidenciando que no ha existido paridad de derechos.

También se advierte que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha emitido una serie de recomendaciones de las que pueden tomarse consideraciones para establecer la utilidad de las investigaciones científicas con perspectiva de género, que sin ser restrictivo podrían derivarse indicadores respecto a las estadísticas relacionadas a la condición de la mujer, la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, así como las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas, además de la medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer. También es importante derivar investigación respecto a la condición de las mujeres discapacitadas y mujeres indígenas, como grupos vulnerables y a nivel de la familia

indagar sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, la equidad en la vida política pública.

Como se establece existen muchas circunstancias que orientan a verificar las condiciones en que se encuentra la mujer, de ahí que la investigación con perspectiva de género ya sea en su modalidad cualitativa, cuantitativa o mixta, indiscutiblemente generará información científica que permitirá articular esfuerzos para concientizar a la sociedad sobre la exclusión histórica que ha sido objeto, es indispensablederivarquelaigualdadentrehombresymujeresespartedelaconstrucción de una nueva sociedad calcada del patriarcado que ha invisibilizado a la mujer; es por ello que existe ese desafió de insertarla en el reconocimiento pleno de sus derechos humanos, cuya base sustancial es la dignidad humana y una vez reconocida ésta se inscribirá en la igualdad de derechos.

Conclusiones

En tiempo de pandemia es necesario comprender y tolerar la relación que existe entre hombres y mujeres basado en el respeto a la persona humana, siendo indispensable entender el contexto en que las mujeres han sido social e históricamente excluidas de la sociedad por el hecho de ser mujer.

En la investigación con enfoque de género debe considerarse en todos los aspectos de la vida de la mujer el enfoque de igualdad, como sustrato esencial de sus derechos humanos, siendo importante el respeto a su dignidad.

La transformación personal y colectiva que genere la investigación en esta materia, orientaría a erradicar los estereotipos, prejuicios y estigmas que sufre la mujer en su dinámica social derivado de una cultura machista que impera en la sociedad, por ello es pertinente que se deriven y articulen programas de sensibilización respecto de la desigualdad histórica que ha sufrido la mujer.

La investigación con perspectiva de género es el reconocimiento del impacto negativo que tiene en la sociedad los roles de género, buscando las condiciones de igualdad en la mujer en su desarrollo humano al ser excluida del acceso de oportunidades laborales, educativas, sociales y políticas estatales.

Es importante resaltar que de la investigación también se derivan aspectos de conciencia que buscan trasformar la sociedad en sus actitudes racistas respecto a la mujer, porque afecta su dignidad humana.

En la producción de categorías conceptuales, se acota que estos estudios permiten dimensionar los aportes antropológicos que ha incidido en la comprensión en la teoría de Género, porque han estudiado la realidad de la mujer en la sociedad, de lo que es necesario superar la visión machista que estructuralmente incide en la discriminación de lamujer.

Se busca coadyuvar en la construcción de una sociedad sin desigualdades de ninguna naturaleza, buscando entender que tanto el hombre y la mujer son personas con dignidad humana y con igualdad de derechos.

De la investigación con perspectiva de género, se espera lograr una nueva reestructuración de pensamiento, acciones y actitudes de las personas que integramos la sociedad, cuyo propósito es erradicar la desigualdad histórica en que se ha desarrollado la mujer sobre la base del reconocimiento de su dignidad humana, siendo éste el sustrato esencial para el logro de la transformación interna de cada persona, con el propósito de comprender y aplicar ese plano de igualdad.

Referencias Bibliográficas

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979). Convención Para la Eliminación De Todas las Formas De Discriminación Contra la Mujer. Guatemala: Organismo Judicial.
- Comisiónde la Mujerde el Corte Suprema De Justicia. (2015). Marco Normativo Nacional e Internacional en Materia de Derechos Humanos de las Mujeres. Guatemala: OrganismoJudicial.
- Comisión Nacional Para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento y Apoyo al Fortalecimiento De la Justicia. (2014). Convenios y Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos. Guatemala: Serviprensa.
- Corte Suprema De Justicia. (2017). Comisión De La Mujer DeLa Corte Suprema De JusticiaPolítica Institucional del Organismo Judicial sobre Igualdad de Género y Promoción de los Derechos Humanos de las Mujeres. Guatemala: Serviprensa.
- Departamento De Comunicación Social Del Organismo Judicial De Guatemala. (2012). Convención para la Eliminación Todas las formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Belem Do Para. Guatemala: Organismo Judicial.
- Godoy, D. (2012). Metodología de Género. Guatemala: OrganismoJudicial.
- Godoy, D. (2017). Metodología de Género. Guatemala: OrganismoJudicial.
- Hernández Sampieri,R., Fernández, C., y Baptista Lucio, P. (2010). Metodología de la Investigación. Perú: El Comercio S.A.
- Naciones Unidas Derechos Humanos. (2010). Insumo para la formación en derechos humanos y administración de justicia. Guatemala: Derechos Humanos.
- Naciones Unidas. (2010). Únete para poner fin a la violencia contra las mujeres.
- Guatemala: Naciones Unidas.
- Piloña, G. (2012). Practica Sobre Métodos y Técnicas de Investigación Documental y de Campo. Guatemala: GP Editores.
- Sanabria, R. (1994). El Conocimiento Cotidiano y El Conocimiento Científico Guatemala Departamento De Publicaciones Facultad de Ciencias Económicas. Guatemala: Departamento de Publicaciones Facultad de Ciencias Económicas.
- Thelma, A. (2013). Los retos de la esperanza Justicia especializada con enfoque de género. Guatemala: Armar.
- Trujillo, H. (2006). Género, Mujeres y Justicia. Guatemala: Serviprensa.
- Perspectiva de Género. (2018) Una Herramienta Para El Análisis Del Sistema Desde Una Perspectiva De Género. Recuperado de https://www.lamitadcuenta.com/?p=353
- Legislación:
- Naciones Unidas Derechos Humanos. (1979)Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer. (CEDAW).Recuperado de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx
- Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal De Los Derechos Humanos. Paris:
- Organización De Los Estados Americanos. (1994) Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia ContraLa Mujer “Belem Do Pará. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html

Magistrado
Jorge Rolando Sequen Monroy
Sala Tercera de Trabajo y Previsión Social de Guatemala

APLICACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHO DEL TRABAJO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO. EL CONVENIO 175 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO –OIT-

1. Jerarquia Constitucional de los Tratados en Materia de Derechos Humanos

Del régimen jurídico que se utilice en un Estado, la norma constitucional de recepción del derecho internacional de los derechos humanos otorgará a esta una jerarquía, presentándose las siguientes posturas:

PAUTA INTERPRETADORA: Que establece que los tratados se utilizan para interpretar los derechos contenidos en la Constitución Política;

FUENTE COLATERAL: que establece que los Tratados internacionales en materia de derechos humanos pueden crear otros derechos no reconocidos al amparo del régimen constitucional establecido.

JERARQUIA SUPRACONSTITUCIONAL: según la cual los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen una categoría superior a los establecidos en la Constitución y en caso que estos contengan derechos más favorables se aplicarán estos, por encontrarse el derecho interno al principio pro-homine.

JERARQUIA CONSTITUCIONAL: que otorga a los derechos contenidos en los Tratados internacionales una categoría similar a los establecidos en la Constitución Política.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: mediante los cuales los tratados internacionales, como en el caso de Guatemala, son recepcionados por vía de jurisprudencia, no por texto constitucional.

2. El Caso de Guatemala

A juicio del ponente se considera que el caso de Guatemala frente a la jerarquía que guardan los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos frente a la Constitución Política se haya dentro del régimen de jerarquía supraconstitucional, según el cual, como se ha indicado los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen una categoría superior a los establecidos en la Constitución y en caso que estos contengan derechos más favorables se aplicarán estos, por encontrarse el derecho interno al principio pro-homine.

Con respecto a la norma de recepción de Derecho Internacional de Derechos humanos, la Constitución Política de Guatemala establece:

"Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno".

Con respecto a la citada norma constitucional de recepción, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido (expediente 4-2006 26 de mayo de 2016) que la interpretación jurídica en un Estado Constitucional de derecho debe realizarse de forma sistemática, teniendo presente la necesaria sujeción del orden jurídico interno a los preceptos de la Constitución, lo que implica que tanto los órganos del Estado, como los particulares o gobernados, están obligados a interpretar las normas jurídicas en coherencia con los principios y postulados que emanan de la Ley Fundamental y del resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

Al referirse al bloque de constitucionalidad se hace referencia a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías y sirven, como medidas de control de constitucionalidad de los preceptos normativos y de los actos de autoridad. Su función esencial es la de servir como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. En el caso guatemalteco, el bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución Política de la República de Guatemala (artículos 44 y 46), lo que determina su contenido, alcances y eficacia, toda vez que en la primera norma se posibilita la incorporación de otros derechos que aunque no figuren expresamente contenidos en el texto constitucional son inherentes a la persona humana. Por su parte, el artículo 46 prevé la preeminencia del derecho internacional en el sentido que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del denominado 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, responden directamente al concepto de dignidad de la persona, tomando así el concepto de constitución material que otorga garantías más amplias para la protección de los Derechos Humanos.

En materia de derecho laboral, la Constitución Política de Guatemala, de manera específica regula como uno de los derechos mínimos la participación del Estado de Guatemala en la suscripción de convenios o tratados, siempre y cuando estos ofrezcan mejores condiciones a los trabajadores. La norma constitucional indica:

"Artículo 102.- Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo. Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades: … t) El Estado participará en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones…"

Por su parte el Código de Trabajo como norma ordinaria, establece que en los contratos de trabajo no debe observarse únicamente las normas laborales de derecho interno, sino también aquellas que hayan sido adoptadas por el Estado de Guatemala a través de los convenios internacionales, pero que según el mandato constitucional establecido en el artículo 102 literal t) brinden una mejor protección a los trabajadores. Dicha norma establece:

"Artículo 20. El contrato individual de trabajo obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino: a) a la observancia de las obligaciones y derechos que este Código o los convenios internacionales ratificados por Guatemala, determinen para las partes de la relación laboral, siempre, respecto a estos últimos, cuando consignen beneficios superiores para los trabajadores que los que este Código crea".

3. El Convenio Internacional 175 de la OIT, Relativo al Trabajo a Tiempo Parcial

Siendo entonces competencia del Estado de Guatemala el ser parte de convenios internacionales en materia de trabajo, ha suscrito el

Convenio internacional 175 relativo al trabajo a tiempo parcial, de 1994, ratificado por Guatemala el 28 de febrero de dos mil diecisiete, depositado en la Organización Internacional del Trabajo un mes después y en vigor desde el 28 de febrero de 2018, es decir doce meses después de la fecha en que ha sido registrada su ratificación.

Dicho convenio establece en su Preámbulo:

"Reconociendo la importancia que presenta para todos los trabajadores el contar con un empleo productivo y libremente elegido, la importancia que tiene para la economía el trabajo a tiempo parcial, la necesidad de que en las políticas de empleo se tenga en cuenta la función del trabajo a tiempo parcial como modo de abrir nuevas posibilidades de empleo y la necesidad de asegurar la protección de los trabajadores a tiempo parcial en los campos del acceso al empleo, de las condiciones de trabajo y de la seguridad social…"

Además establece a efectos del citado Convenio:

"(a) la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable;

(b) la duración normal de la actividad laboral a la que se hace referencia en el apartado a) puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado"

"Artículo 4. Deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable en lo relativo:

(a) al derecho de sindicación, al derecho de negociación colectiva y al derecho de actuar en calidad de representantes de los trabajadores;

(b) a la seguridad y la salud en el trabajo;

(c) a la discriminación en materia de empleo y ocupación.";

"Artículo 5. Deberán adoptarse medidas apropiadas a la legislación y la práctica nacionales para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial no perciban, por el solo hecho de trabajar a tiempo parcial, un salario básico que, calculado proporcionalmente sobre una base horaria, por rendimiento o por pieza, sea inferior al salario básico, calculado por el mismo método, de los trabajadores a tiempo completo que se hallen en una situación comparable."

4. El Denominado Trabajo a Tiempo Parcial:

De acuerdo al documento de investigación denominado "El Trabajo a Tiempo Parcial: Evolución y Resultados", conforme el Acuerdo Marco entre los interlocutores sociales de la Unión Europea celebrado en 1977, el trabajo a tiempo parcial se define así: "Se considera trabajador a tiempo parcial a aquel empleado cuyas horas normales de trabajo, calculadas sobre una base semanal o sobre un período medio de empleo de hasta un año, son inferiores a las horas normales que realiza un trabajador a tiempo completo comparable".

La importancia jurídica de establecer lo que se entiende o considera trabajo a tiempo parcial se torna relevante entonces, porque permite determinar y garantizar los derechos que le corresponden a los trabajadores que prestan sus servicios en esa modalidad.

Por contrato a tiempo parcial, deberá entenderse como el contrato de trabajo, a través del cual, un trabajador presta sus servicios personales a un patrono en una jornada de trabajo inferior o distinta a las jornadas existentes en la legislación legal vigente y diferentes a las que laboran los trabajadores a tiempo completo.

5. La Convencion Americana sobre Derechos Humanos

El denominado "Pacto de San José" suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 indica: *"Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano"*

6. El Problema de la Aplicación en Guatemala del Convenio 175 De OIT

Se ha indicado por quienes se oponen a la aplicación del citado convenio de trabajo, relativo a tiempo parcial, que dicho convenio contraviene la Constitución Política de Guatemala, pues el artículo 102 de la Constitución Política de la República de Guatemala, bajo el epígrafe de *"Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo", prescribe que son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades: … g) La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no puede exceder de ocho horas diarias de trabajo, ni de cuarenta y cuatro horas a la semana, equivalente a cuarenta y ocho horas para los efectos exclusivos del pago del salario. La jornada ordinaria de trabajo efectivo nocturno no puede exceder de seis horas diarias, no de treinta y seis a la semana. La jornada ordinaria de trabajo efectivo mixto no puede exceder de siete horas diarias, ni de cuarenta y dos horas a la semana. Todo trabajo efectivamente realizado fuera de las jornadas ordinarias, constituye jornada extraordinaria y debe ser remunerada como tal. La ley determinará las situaciones de excepción muy calificadas en las que no son aplicables las disposiciones relativas a las jornadas de trabajo. Quienes por disposición de la ley, por la costumbre o por acuerdo con los empleadores, laboren menos de cuarenta y cuatro horas semanales en jornada diurna, treinta y seis en jornada nocturna o cuarenta y dos en jornada mixta, tendrán derecho a percibir íntegro el salario semanal. Se entiende por trabajo efectivo todo el tiempo que el trabajador permanezca a las órdenes o a disposición del empleador."*

Además de lo anterior, en concordancia con la norma constitucional, el Código de Trabajo establece:

"Jornadas de trabajo: Artículo 116. La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no puede ser mayor de ocho horas diarias, ni exceder de un total de cuarenta y ocho horas a la semana. La jornada ordinaria de trabajo efectivo nocturno no puede ser mayor de seis horas diarias, ni exceder de un total de treinta y seis horas a la semana. Tiempo de trabajo efectivo es aquel en que el trabajador permanezca a las órdenes del patrono. Trabajo diurno es el que se ejecuta entre las seis y las dieciocho horas de un mismo día. Trabajo nocturno es el que se ejecuta entre las dieciocho horas de un día y las seis horas del día siguiente.

La labor diurna normal semanal será de cuarenta y cinco horas de trabajo efectivo, equivalente a cuarenta y ocho horas para los efectos exclusivos del pago de salario. Se exceptúan de esta disposición, los trabajadores agrícolas y ganaderos y los de las empresas donde labore un número menor de diez, cuya labor diurna normal semanal será de cuarenta y ocho horas de trabajo efectivo, salvo costumbre más favorable al trabajador. Pero esta excepción no debe extenderse a las empresas agrícolas donde trabajan quinientos o más trabajadores.

Artículo 117. La jornada ordinaria de trabajo efectivo mixto no puede ser mayor de siete horas diarias ni exceder de un total de cuarenta y dos horas a la semana. Jornada mixta es la que se ejecuta durante un tiempo que abarca parte del período diurno y parte del período nocturno. No obstante, se entiende por jornada nocturna la jornada mixta en que se laboren cuatro o más horas durante el período nocturno.

Artículo 118. La jornada ordinaria que se ejecute en trabajos que por su propia naturaleza no sean insalubres o peligrosos, puede aumentarse entre patronos y trabajadores, hasta en dos horas diarias, siempre que no exceda, a la semana, de los correspondientes límites de cuarenta y ocho horas, treinta y seis horas y cuarenta y dos horas que para la jornada diurna, nocturna o mixta determinen los dos artículos anteriores. Artículo 119. La jornada ordinaria de trabajo puede ser continua o dividirse en dos o más

períodos con intervalos de descanso que se adopten racionalmente a la naturaleza del trabajo de que se trate y a las necesidades del trabajador. Siempre que se pacte una jornada ordinaria continua, el trabajador tiene derecho a un descanso mínimo de media hora dentro de esa jornada, el que debe computarse como tiempo de trabajo efectivo.

Artículo 120. Los trabajadores permanentes que por disposición legal o por acuerdo con los patronos laboren menos de cuarenta y ocho horas a la semana, tienen derecho de percibir íntegro el salario correspondiente a la semana ordinaria diurna.

Artículo 121. El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites de tiempo que determinan los artículos anteriores para la jornada ordinaria, o que exceda del límite inferior que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y debe ser remunerada por lo menos con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos o de los salarios superiores a éstos que hayan estipulado las partes. No se consideran horas extraordinarias las que el trabajador ocupe en subsanar los errores imputables sólo a él, cometidos durante la jornada ordinaria, ni las que sean consecuencia de su falta de actividad durante tal jornada, siempre que esto último le sea imputable."

Supuestamente, en los textos citados anteriormente, se encuentra la imposibilidads o limitante para poder implementar en Guatemala el trabajo a tiempo parcial. Pues se ha interpretado que, aunque un empleado trabaje en esa categoría de empleo, tiene derecho a percibir íntegro el salario semanal, que como se sabe, en Guatemala está calculado con base en el salario mínimo establecido anualmente conforme la ley. Si se puede afirmar válidamente que el supuesto normativo aplica únicamente a la categoría de trabajo a tiempo completo, entonces, solamente aquellos trabajadores que laboran bajo esa categoría, aunque dediquen menos tiempo de los máximos establecidos en la Constitución, se harían acreedores a percibir íntegro el salario mensual, a pesar que no cumplan con las 44, 36 ó 42 horas a la semana, según trabajen en jornada ordinaria diurna, nocturna o mixta, respectivamente.

En todo caso, el ponente del presente trabajo considera que el Convenio de la OIT número 175, relativo al tiempo parcial, no contraviene ninguna norma de tipo constitucional u ordinaria del Estado de Guatemala, pues dicho convenio se refiere a la regulación de una nueva categoría de contratación laboral, por aparte de las reguladas en la ley (en jornada ordinaria diurna, mixta o nocturna) es decir, crea una categoría nueva. Por lo anterior al no afectar relaciones laborales ya establecidas según la legislación laboral anterior, solamente podrán ser afectas aquellas relaciones laborales que se establezcan posteriormente a dicho convenio.

Guatemala al ser parte de dicho Convenio internacional trata de encontrar una forma en cuanto a la contratación laboral que resulte con mayor beneficio a los trabajadores ya que ello creará una mejor forma de aprovechamiento del tiempo de los trabajadores que podrán optar por relaciones de trabajo que les absorban todo la jornada laboral o inclinarse por aquellas relaciones laborales que abarquen solo parte de ellas, dedicando su tiempo restante a la búsqueda de otros satisfactores.

Uno de los aspectos importantes regulados en dicho Convenio, consiste en que deberán adoptarse las medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo o jornada de trabajo completa. Esta protección se hace extensiva al derecho de prestaciones laborales, de sindicalización, negociación colectiva, a la seguridad y salud en el trabajo y a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Resulta entonces valedero que al realizar un análisis de control constitucional del Convenio 175 de la OIT, relativo a la contratación laboral a tiempo parcial este no resulte en contradicción con la misma pues crea condiciones más favorables a los trabajadores y ello se encuentra como condición para la participación de Guatemala en los citados convenios, de conformidad con el artículo44, 46 y 102 literal t) de la Constitución Política de Guatemala, normas de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Política de Guatemala.

Referencias Bibliograficas

- CONSTITUCION POLITICA DE GUATEMALA. Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos
- C-098-OIT. (1949). Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- C-154-OIT. (1981). Convenio sobre el fomento de la Negociación Colectiva. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- DCx. No. 1441. (1961). Código de Trabajo. Guatemala, Guatemala: Congreso de la República de Guatemala.
- Martínez Méndez, E. P. (2006). Análisis crítico jurídico sobre la vigencia de los Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo en nuestro ordenamiento jurídico. Biblioteca de la USAC. Guatemala, Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Obtenido de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5838.pdf
- OIT. (2016). NEGOCIACIÓN COLECTIVA: Guía de Políticas (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Organización Internacional del Trabajo (OIT). Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_528312.pdf

Magistrada
Gardenia Enedina Maza Castellanos
Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil de Guatemala

CONTROL CONSTITUCIONAL EN SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Actuación de la Corte de Constitucionalidad Guatemalteca

El 25 de mayo de 1993 el presidente Jorge Serrano Elías emitió las Normas Temporales de Gobierno, restringiendo las garantías constitucionales, disolvió el Congreso y la Corte Suprema de Justicia. Con ello, el presidente asumía los poderes totales del gobierno y pretendía suspender 46 artículos de la Constitución Política. El 1 de junio de 1993, la Corte de Constitucionalidad acuerpada por varios sectores declaró inconstitucionales las Medidas Temporales de Gobierno, Serrano renunció ese mismo día. El 4 de junio la Corte de Constitucionalidad decretó que el Congreso debía elegir nuevo presidente a pesar que la Constitución establece que el vicepresidente debía asumir la presidencia, y el 6 de junio el Congresoeligió a Ramiro de León Carpio. Lo importante de esta historia es resaltar la acción que de oficio tomo la Corte de Constitucionalidadcon base en el artículo 268 de la Constitución Política de la República que establece “La Corte de Constitucionalidad es un Tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como Tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley...”

Situaciones de Crisis Social

Como bien lo explica Boaventura de Sousa en su libro Sociología jurídica crítica, (2009, página 82),en la época actual, se presentan situaciones de crisis, acontecimientos políticos excepcionales, momentos de transformación social y política profunda y acelerada, que trae como resultadonotorias intervenciones del poder judicial, donde los jueces adquieren protagonismo social y político, al ser ellos quienes deciden en definitiva la forma de resolver los problemas sociales.

Y es que en las democracias actuales regularmente la actividad de los tribunales, las sentencias, las investigaciones, etc., ocupan los titulares de los medios de comunicación, y son el foco de atención de toda la ciudadanía. Ejemplo de ello es el protagonismo de la Corte de Constitucionalidaden 1993, el cual fue determinante para resolver la crisis institucional que generó el llamado autogolpe. Y a la fecha aún se habla de aquella resolución.

Estas situaciones, como el serranazo, sirven de ejemplo del control de legalidad que incluye el control de constitucionalidad, que los tribunales de justicia,en aras de garantizar los derechos de los ciudadanos, y más aún, el Estado de Derecho, ejercen, viéndose inmersos en decisiones frente a los actos de autoridad. Esto se traduce en un enfrentamiento con la clase política y con otros órganos del poder soberano. Lo que se ha denominado en la doctrina como la judicialización de los conflictos políticos o la politización del sistema judicial.

En estas ocasiones,son tres los grandes cuestionamientos que regularmente se realizan sobre los jueces, mismos que se relacionan con su independencia, su legitimidad y su capacidad.

Independencia

La independencia de los jueces en un Estado de Derecho, es requisito esencial para una buena administración de justicia, con ello se busca abrigo frente a presiones indebidas por parte de los otros órganos de poder. Es uno de los principios básicos del constitucionalismo moderno, mismo que tiende a ser reivindicado por el propio poder judicial siempre que se ve enfrentado a medidas del poder legislativo o ejecutivo que considera atentatorias contra su independencia.

La independencia se perfila desde la Constitución Política, y se desarrolla en el artículo 167 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, al indicar que los Magistrados deben ejercer sus funciones de manera independiente al órgano que los designó, conforme a los principios de imparcialidad y dignidad de la investidura.

La independencia de la Corte de Constitucionalidad esta íntimamente relacionada con la forma de integración, en donde cada uno de los Poderes del Estado designa un titular y un suplente para integrar la Corte de Constitucionalidad, pero para evitar el control del poder político sobre la Corte, se eligen otros dos magistrados, con sus respectivos suplentes; por parte del Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala,y por la Asamblea del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Con esto también se asegura que la academia y la práctica forense se hagan presentes. (Art.269 Constitucional). Sin embargo, los Magistrados, una vez electos, ejercerán sus funciones independientemente del órgano o entidad que los designó, de conformidad con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a su investidura.

Legitimidad

La pregunta sobre legitimidad solo se hace en regímenes democráticos, y se refiere a la formación de la voluntad de la mayoría por vía de la representación política obtenida electoralmente.

El poder ejecutivo y el poder legislativo se legitiman por medio de la elección popular, lo que no ocurre con el poder judicial o la Corte de Constitucionalidad, debido a que, en Guatemala como en la gran mayoría de los países, los magistrados no son electos popularmente, de allí que cuando sus resoluciones interfieran con el poder legislativo o ejecutivo, se cuestione el contenido democrático de la intervención judicial. Como lo plantean los teóricos del tema, la legitimación de los tribunales se obtiene de la aplicación de la ley, por medio de las resoluciones judiciales. Para ello la doctrina ha establecido diferentes principios que sirven de guíapara el actuar de quien interpreta la Constitución, sistemas de interpretación para adecuar la ley a los casos concretos que se someten a su conocimiento, asimismo, la lógica formal brinda los argumentos que el interprete puede utilizar para dictaminar. Con ello se fortalece la debida motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales.

Recordando siempre que como bien lo explica Vladimiro Naranjo Mesa en su libro Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, (2010, página 426), es la Corte de Constitucionalidad, el órgano estatal que tiene a su cargo la tarea de interpretar por vía de autoridad, la Constitución Política de la República de Guatemala, y por lo tanto, su decir tiene carácter de obligatorio y definitivo, lo que se traduce en fuerza vinculante para todos los demás órganos del Estado y en general para toda la población.

Capacidad

La pregunta sobre la capacidad se dirige a los recursos de los que dispone la justicia para llevar a cabo, de forma eficaz la política judicial. Así, la capacidad de los jueces se cuestiona por dos vías: por un lado,los recursos financieros, humanos y de infraestructura con los que cuenta para satisfacer la demanda de la intervención judicial, y claro, cualquier variación brusca en la cantidad de procesos, como la merma de dichos recursos, se traduce en el bloqueo de la oferta que repercuteindiscutiblemente en la tutela judicial efectiva que se le ha encomendado.

Y no solo el presupuesto es un elemento fundamental para determinar la capacidad de un órgano estatal, ligado a ello se cuestiona la posibilidad de hacer cumplir las resoluciones que se dictan, porque los jueces no disponen de medios propios para ejecutar sus decisiones, siempre que, para producir efectos útiles, presupongan una participación activa de cualquier sector de la administración pública. Señala Boaventura de Sousa, (2009, página 83), que, en

estos ámbitos ocurre con más frecuencia la politización de los litigios judiciales, pues la justicia esta a merced de la buena voluntad de servicios que no están bajo la jurisdicción de la Corte de Constitucionalidad y siempre que esa buena voluntad falla, repercute directa y negativamente en la propia eficacia de la protección judicial.

El artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y a los órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos.Es por ello que conforme pasa el tiempo,la Corte de Constitucionalidadva tomando fuerza, y esto se evidencia en las sentencias que emite. Al principio instaba a la autoridad estatal a realizar determinadas acciones que considera importantes para hacer efectivos los derechos de los particulares, como una invitación a cumplir la ley.Luego pasa a un plano más coercitivo, y conmina, ya exige que se realicen dichas acciones. Existen casos en los que, incluso, sus resoluciones son aún más dinámicas en la garantía de los derechosconstitucionales, emitiendo las denominadas sentencias estructurales, en las que se planifica y se desarrolla la actividad que ha sido encargada a la autoridad estatal.

No hay que olvidar que, por regla general, la actividad jurisdiccional deja inconformidad en quien no ha sido favorecido con la decisión. Y las resoluciones que emite la Corte de Constitucionalidad decidenlos conflictos de mayor importanciapara el país. Claro que deben ser analizadas, y han sido fuertemente criticadas en varios aspectos, entre los que se citan los siguientes:

- El cambio inmotivado de los criterios utilizados para argumentar las decisiones. Y es que en la actualidad hay jurisprudencia para lo que se necesite, sin orden sistemático ni cronológico que ayude al litigante y a la sociedad en general, a determinar las premisas con las que se interpreta el ordenamiento jurídico, lo que afecta la certeza jurídica deseada.
- Los conflictos de interés, porque a pesar de que la ley regula que el magistrado es independiente de quien lo designa, no existe régimen de recusaciones y la inhibitoria resulta facultativa; asimismo, la incompatibilidad con el ejercicio profesional no abarca a los suplentes. (Artículo 170de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).
- El tiempo para resolver, en varios casos, incluyendo algunos de alto impacto para el país la Corte de Constitucionalidad ha tardado más de un año en emitir sus resoluciones.
- Lo más criticado ha sido la variación en los procedimientos, con amparos provisionales definitivos, votos razonados en aclaraciones, etc.

En todo caso, al analizar el actuar de la Corte de Constitucionalidad, no puede dejarse de abordar temas como los factores sociales, económicos, políticos y culturales que condicionan de manera histórica el ámbito y la naturaleza de la judicialización del conflicto inter- individual y social que se decide.

Como hemos visto, a la Corte de Constitucionalidad se le ha asignado la función esencial de defender el orden constitucional, ser el ente encargado del control de constitucionalidad y de interpretación de la Constitución Política de la República por vía de autoridad. Y si bien, la intervención de los grupos de poder, y en si, los poderes fácticos de la sociedad son determinantes para formar la opinión social sobre el actuar de la Corte de Constitucionalidad, no puede argumentarse que las resoluciones emanadas del tribunal constitucional contienen ordenes manifiestamente ilegales, para justificar su incumplimiento, y con ello poner en riesgo la institucionalidad del país.

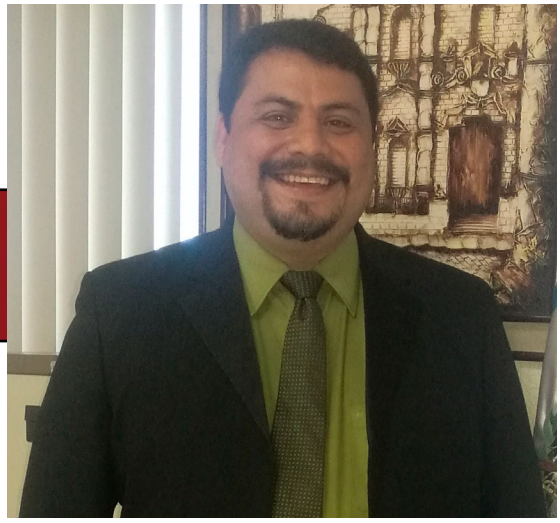
Conclusiones

- La legitimación de los tribunales se obtiene de la aplicación de la ley, por medio de las resoluciones judiciales, y en ese sentido, los jueces adquieren protagonismo social y político, al ser ellos quienes deciden en definitiva la forma de resolver los problemas sociales.
- Si bien los tribunales son los encargados de aplicar la ley, la justicia esta a merced de la buena voluntad de servicios que no están bajo su jurisdicción y siempre que esa buena voluntad falla, repercute directa y negativamente en la propia eficacia de la protección judicial.
- La intervención de los grupos de poder, y en si, los poderes fácticos de la sociedad son determinantes para formar la opinión social sobre el actuar de los tribunales y en especial de la Corte de Constitucionalidad.
- Justificar el incumplimiento de las órdenes emanadas del tribunal constitucional, argumentando su manifiesta ilegalidad, pone en riesgo la institucionalidad del país.

Referencias

- Boaventura de Sousa, Santos. Sociología jurídica crítica, Editorial Trotta / Ilsa, España, 2009
- Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Editorial Temis, 11ª. Edición, Colombia, 2010.
- https://twitter.com/prensa_libre/status/732646821508591616/photo/2, consultada el 25 de marzo 2019
- http://concriterio.gt/guatemala-necesita-trabajar-para-superar-la-coyuntura/, consultada el 25 de marzo 2019
- https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150903_renuncia_perez_molina_guatemala_corrupcion_aw, consultada el 25 de marzo 2019
- https://www.dw.com/es/guatemala-piden-c%C3%A1rcel-para-hermano-e-hijo-del-presidente/a-49496427, consultada el 6 de julio 2019
- https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/que-mensaje-transmite-jimmy-morales-al-rodearse-del-ejercito-y-la-pnc/, consultada el 25 de marzo 2019
- https://www.minfin.gob.gt/index.php/proyecto -de-presupuesto, consultada el 25 de marzo 2019
- Sentencias de la Corte de Constitucionalidad, dictadas dentro delos expedientes 225-93

Magistrado
Wilber Estuardo Castellanos Venegas
Sala Primera de la Corte de Apelaciones
del Ramo Civil y Mercantil de Guatemala



EL ACTA NOTARIAL EN LA QUE CONSTA UN SALDO DEUDOR, COMO TÍTULO EJECUTIVO

A) Introducción

El Código Procesal Civil y Mercantil establece en su artículo 327 los títulos ejecutivos con base a los que se puede promover un juicio ejecutivo. Todos los títulos allí contemplados poseen la característica de ser documentos a los cuales la ley les confiere la suficiencia necesaria para poder exigir el cumplimiento de una obligación en ellos contenida de forma forzosa y ejecutiva.

Dentro de los títulos que se contemplan en dicha norma jurídica, destaca el contenido en el numeral quinto, ya que en dicho inciso se dispone que el juicio ejecutivo puede promoverse en virtud de *«Acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal».*

Dicho título, posee una especial naturaleza, pues es elaborado por una de las partes sin la intervención de la otra, por lo que resulta imprescindible que el mismo refleje fielmente la contabilidad llevada de conformidad con la ley y en él cobra una especial relevancia el adecuado ejercicio de la función notarial, ya que el notario aún sin ser un especialista en asuntos contables, debe hacer constar hechos que presencie y circunstancias que le consten respecto de la contabilidad del acreedor, la forma en la que ha sido llevada, el libro y partida en la que consta el saldo, el origen de la deuda, el monto de la obligación (liquidez), así como el plazo de vencimiento de la misma o el cumplimiento de la condición a que estuviere sujeta (exigibilidad).

Por ello resulta sumamente interesante realizar el estudio de dicho título, según nuestra legislación y la doctrina aplicable, a efecto de determinar sus características, requisitos y contenido, con la finalidad de establecer el alcance de la actividad jurisdiccional en la calificación del mismo y en la determinación de la procedencia o improcedencia de las excepciones que contra su eficacia se promuevan.

B) Obligación del juzgador de calificar la demanda y el título ejecutivo

Un título ejecutivo es aquel documento al cual la ley le confiere la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de una obligación que consta en él, en el caso que nos ocupa, el numeral 5 del artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil dispone al *«acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal»* como uno de los títulos ejecutivos suficientes para la promoción del juicio ejecutivo.

Ahora bien, nuestro Código Procesal Civil y Mercantil establece que al momento de promoverse una demanda para iniciar un proceso de ejecución, el juez debe realizar una doble calificación. En primer término debe calificar la demanda, para verificar si la misma llena los requisitos legalmente establecidos ya que en caso contrario la misma debe ser rechazada. Posteriormente el juzgador deberá calificar el título en que dicho proceso se funda, para verificar si el mismo es suficiente y la cantidad que se reclama es liquida y exigible.

Los requisitos de la demanda son los dispuestos por el artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que, ante la omisión de cualquiera de ellos, debe emitirse una resolución judicial que la rechace según lo dispuesto por el artículo 27 de dicha ley.

La calificación del título abarca tres aspectos: (i) Determinar si el mismo es suficiente; (ii) Determinar si la cantidad que se reclama es liquida; y (iii) Determinar si la cantidad que se reclama es exigible.

C) Determinación de la suficiencia del título, liquidez y exigibilidad de la obligación

Para establecer si el título es suficiente, el juzgador debe analizar si el documento presentado es uno de los expresamente dispuestos por el artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil, si el mismo llena los requisitos legales correspondientes y si no existe ninguna circunstancia que lo haga ineficaz. Para calificar la liquidez de la cantidad reclamada, el juez debe establecer si la misma está constituida por una suma de dinero, determinada o determinable. Y para establecer la exigibilidad de la cantidad reclamada el juzgador debe determinar, que el plazo para el cumplimiento de la misma ya esté vencido, o bien si la obligación está sujeta a una condición, que la misma ya se hubiere cumplido. En cuando a este último aspecto, resulta imprescindible que en el propio título ejecutivo conste el origen de la obligación, puesto que solamente con tal indicación será posible determinar si la obligación ya es exigible o no.

D) Mandamiento de ejecución

Según lo analizado, para que el juez proceda a admitir la demanda promovida y despache mandamiento de ejecución, es necesario que: (i) La demanda llene todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil; (ii) El título ejecutivo en que se basa la solicitud, sea suficiente, lo cual implica que debe ser uno de los documentos expresamente establecidos en el artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil, cumplir con los requisitos específicos que establezca la ley para ser válido como documento y que no exista ninguna circunstancia que haga ineficaz el título (suficiencia del título); y (iii) Que en el título que se presenta se establezca una suma de dinero determinada o determinable (liquidez de la obligación) y que ya la misma ya sea exigible, por haberse vencido el plazo o cumplido la condición a que estuviere sujeta (exigibilidad de la obligación).

E) Del acta notarial como título ejecutivo

Para el título ejecutivo que se analiza en el presente estudio (acta notarial de saldo deudor), el artículo 327 numeral 5 del Código Procesal Civil y Mercantil dispone que es necesario que en la misma conste «el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal», para el efecto el artículo 368 del Código de Comercio dispone que *«Los comerciantes están obligados a llevar su contabilidad en forma organizada, de acuerdo con el sistema de partida doble y usando principios de contabilidad generalmente aceptados. Para ese efecto deberán llevar, los siguientes libros o registros: 1.- Inventarios; 2.- De primera entrada o diario; 3.- Mayor o centralizador; 4.- De Estados Financieros. Además podrán utilizar los otros que estimen necesarios por exigencias contables o administrativas o en virtud de otras leyes especiales...»,* el artículo 372 de dicha ley dispone que *«Los libros de inventarios y de primera entrada o diario, el mayor o centralizador y el de estados financieros, deberán ser autorizados por el Registro Mercantil»* y el artículo 381 de dicha ley establece que *«Toda operación contable deberá estar debidamente comprobada con documentos fehacientes, que llenen los requisitos legales y sólo se admitirá la falta de comprobación en las partidas relativas a meros ajustes, traslado de saldos, pases de un libro a otro o rectificaciones».* Además, conforme lo dispuesto por el artículo 85 numeral 4 del Código Tributario, es necesario que los comerciantes hubieren *«autorizado y habilitado los libros contables establecidos en el Código de Comercio y habilitado los libros que establecen las leyes tributarias específicas».*

Con base a dichos requisitos legalmente establecidos y tomando en cuenta que el Notario como profesional del Derecho y al gozar de fe pública, debe constatar de forma personal lo descrito en los libros, para acreditar en el acta notarial la obligación dineraria a cargo del deudor, en virtud que el artículo 60 del Código de Notariado Decreto número 314: *«El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten»*; es decir que como fedatario este debe establecer si de forma cierta y manifiesta lo que indica en el acta se puede verificar, lo cual significa que los saldos que le son atribuidos al deudor, estén realmente reflejados en los registros de contabilidad del comerciante correspondientes y llevados de conformidad con la ley; además, si bien es cierto el notario no tiene la calidad de contador, este tiene la obligación de verificar por todos los medios posibles los hechos que haga constar en el acta notarial, caso contrario sería un acta descriptiva o narrativa de lo manifestado por terceras personas.

F) Calificación del acta notarial de saldo deudor como título ejecutivo

Respecto a la calificación del acta notarial de saldo deudor como título ejecutivo, deben tomarse en cuenta tres diferentes momentos en la tramitación del juicio ejecutivo.

En primer lugar, el juez realiza una calificación inicial del título ejecutivo en los términos del artículo 329 del Código Procesal Civil y Mercantil, pues dicha norma jurídica establece que, promovido el juicio, el juez calificará el título en que se funde y si lo considerase suficiente y la cantidad que se reclama fuese líquida y exigible, despachará mandamiento de ejecución. En esta primera calificación, el juez debe verificar si el título que se le presente reúne los requisitos de suficiencia y liquidez que se han analizado previamente, a efecto de admitir la demanda y despachar el mandamiento correspondiente para requerir de pago al deudor.

Ahora bien, tal calificación no es definitiva, pues el ejecutado posee la facultad de oponerse a la demanda promovida en su contra e interponer excepciones. Mediante dichas actitudes se puede atacar la eficacia del título y provocar un nuevo examen del juzgador, quien en todo caso al momento de dictar sentencia debe volver a realizar una calificación del título y determinar si la demanda es procedente y si declara ha lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados.

Además, durante el desarrollo del proceso el título puede ser impugnado de nulidad o falsedad (por tratarse de un documento que se ofrece como medio de prueba), en cuyo caso mediante el incidente respectivo se someterá a consideración del juzgador nuevamente la calificación del título con relación a la falsedad o nulidad alegadas.

En similar sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad en la sentencia que emitió en el expediente 3526-2012 en donde indicó: «*el amparista argumenta que al analizar en grado el asunto, la Sala impugnada no tomó en cuenta que el demandado planteó incidente de impugnación del título ejecutivo, el cual fue declarado sin lugar y que, apelada esa decisión, fue confirmada en grado, que contra esa desestimatoria aquél solicitó amparo, que le fue denegado en ambas instancias. Afirma que tales circunstancias demuestran que el mencionado sujeto procesal tuvo oportunidad de demostrar la ineficacia del título ejecutivo respectivo sin haberlo conseguido y que, como consecuencia, este debe ser considerado perfecto, legítimo y legal. Al respecto es necesario señalar que el resultado que el ejecutado obtuvo con cada una de las impugnaciones que realizó en su momento procesal oportuno, no condicionan la decisión que debe asumir el órgano jurisdiccional que conozca el asunto en alzada, pues, en primer lugar, se trata de impugnaciones distintas, ya que en el incidente se decide lo relativo a la nulidad del título, mientras que en el juicio ejecutivo lo relativo a la validez de ese título, es decir, su eficacia para ser reconocido como tal. Por esa razón es que, dentro del estudio que le correspondía realizar al Tribunal de apelación, este debía calificar la legitimidad e idoneidad del título ejecutivo presentado y emitir, posteriormente, pronunciamiento respecto de cada uno de los argumentos que motivaban la interposición de dicho medio impugnativo, sea para acogerlo o para desestimarlo, evaluando la razón de agravio del apelante frente a la decisión adoptada por el órgano inferior, así como el fundamento fáctico y legal en que dicha resolución descansa, sin que el resultado del incidente de impugnación anterior determinara la valoración que del mismo se hubiese efectuado en esa otra etapa procesal. En todo caso, lo que tendría en cuenta el Tribunal*

de apelación es lo que cada una de las partes haya alegado sobre el tema, las consideraciones realizadas por el a quo para, finalmente, aplicar sus propias convicciones fundado en ley. A ello atiende que no se acoja el argumento que en ese sentido señala la entidad solicitante, pues, se insiste, la valoración del título ejecutivo que se hizo al resolver una impugnación anterior y diferente a su conocimiento en alzada, no condicionaba la que se realizara en esa segunda instancia».

Por otro lado, debe indicarse que en este juicio ejecutivo el título que se presenta está constituido mediante un instrumento público, que por haber sido autorizado por notario quien goza de fe pública, debe tenerse por cierto lo que en el se expresa (dejando a salvo el derecho de las partes de impugnarlo de nulidad o falsedad), sin embargo, esto no puede impedir que el juzgador realice su labor de calificación correspondiente, pues no obstante producir plena prueba, para surtir efectos como título ejecutivo debe cumplir los requisitos legalmente necesarios.

Si bien es cierto el artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que *«Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad y falsedad…»*, ello no significa que ante la ausencia de impugnación de nulidad o falsedad de dicho instrumento público el juez deba tener como suficiente el título y por liquida y exigible la cantidad que se reclama.

Pues la propia ley le ordena calificar el mismo, por lo que dicha acta notarial debe redactarse conforme los requisitos exigidos por el artículo 61 del Código de Notariado, pero además debe faccionarse tomando en cuenta el contenido del artículo 368 del Código de Comercio (relativo a los libros que los comerciantes están obligados a llevar) y del artículo 381 de dicha ley (en cuanto a la necesidad de respaldo documental de cada operación contable realizada en tales libros). Véase al respecto la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el veinticuatro de julio de dos mil doce, dentro del expediente 4646-2011.

Además, la calificación de la suficiencia del título y de la liquidez y exigibilidad de la cantidad que se reclama, obliga al juzgador a determinar si en el mismo se hace constar plenamente la existencia de un saldo deudor, el acreedor y deudor del mismo, el origen de dicho saldo, el monto de la obligación y la fecha de vencimiento del mismo.

G) Requisitos del acta notarial de saldo deudor para ser calificado como un título ejecutivo suficiente

Conforme a todo lo anteriormente considerado, es necesario para que el acta notarial que se presente como título ejecutivo, sea calificada como un título suficiente para la ejecución, que la misma reúna los requisitos siguientes:

(i) Que sea un acta notarial que reúna todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 61 del Código de Notariado, habiendo actuado el notario por requerimiento de los interesados o por disposición de la ley;

(ii) Que no exista ninguna circunstancia que haga ineficaz el título (que el mismo no halla sido declarado nulo o falso, o que se demuestre que la obligación a que se refiere ya fue ejecutada mediante otro título o proceso, o que la obligación que se pretende cobrar ya se extinguió legalmente);

(iii) Que en el título que se presenta se establezca una suma de dinero determinada o determinable, es decir, que la suma que se reclama sea liquida;

(iv) Que la obligación que se ejecuta ya sea exigible, por haberse vencido el plazo o cumplido la condición a que estuviere sujeta;

(v) Que el notario constate que el requirente ha llevado los libros de contabilidad que establece el artículo 368 del Código de Comercio y que haga constar que los mismos han sido llevados de conformidad con la ley;

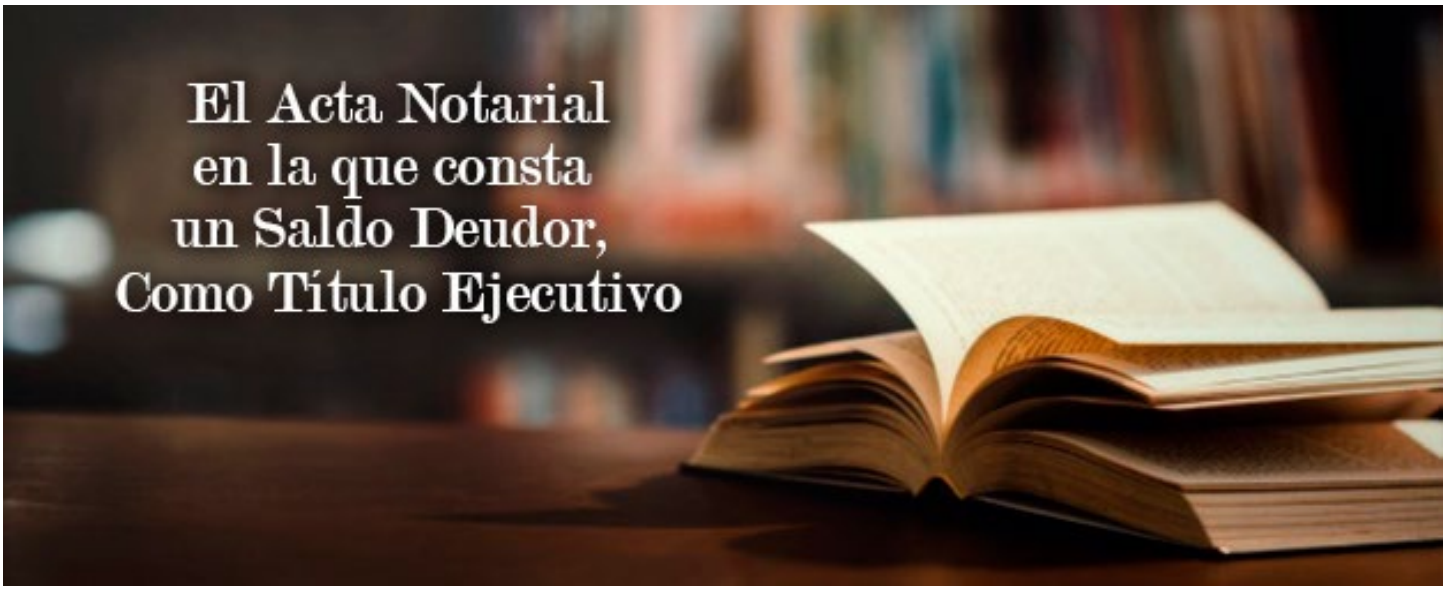
(vi) Que el notario indique expresamente el libro en el cual consta el saldo deudor, identificando los datos necesarios para identificar la o las partidas contables en las que consta tal saldo, siendo necesario además que el libro sea el adecuado, conforme la ley, o bien que se realice una integración de varios libros de contabilidad;

(vii) Que el notario constate y haga constar expresamente que los libros de contabilidad están autorizados y habilitados por la Superintendencia de Administración Tributaria y están autorizados además por el Registro Mercantil General de la República;

(viii) Que el notario haga constar expresamente, que las operaciones contables que originan el saldo deudor, tienen respaldo documental que las soporta, indicando expresamente el origen de la obligación que se pretende ejecutar, a efecto de que el juzgador pueda establecer que la misma ya es exigible y no hay circunstancias que la hagan ineficaz.

H) Otras consideraciones del título

Además, se debe considerar que los tribunales han sostenido que resulta inadmisible el acta notarial de saldo de deudor para tratar de documentar cierta clase de obligaciones. Así, por ejemplo, las Salas de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil han sostenido que *«No es procedente faccionar un título ejecutivo consistente en acta notarial en donde consta saldo deudor con base en títulos de crédito. Esto, en virtud de que los títulos de créditos tienen regulado un procedimiento específico en la ley para su cobro que es la acción cambiaria. Por la naturaleza especial de los títulos crédito, el Código de Comercio establece excepciones especiales que pueden ser planteadas en dicho proceso, que son distintas de las que contempla el Código Procesal Civil y Mercantil. Para llegar a tal conclusión se cita a Mario Aguirre Godoy, quien a su vez cita al licenciado Luis Arturo Archila, que establece que es justo un fallo en el que se declara la improcedencia de una ejecución basada en un acta notarial de saldo deudor que a su vez documentaba un título que de por sí ya tenía fuerza ejecutiva»* (Véase al respecto la sentencia emitida el once de julio del dos mil once, emitida en el expediente 01050-2009-01137 por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil).



Magistrado
Hugo Roberto Jáuregui
Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y
Conflictos de Jurisdicción de Guatemala

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, ORIGEN Y ALCANCES JURÍDICOS

(Su creación jurisprudencial en Guatemala)

1. El Bloque de Constitucionalidad una creación Jurisprudencial en Guatemala.

El término Bloque de Constitucionalidad, hoy de frecuente uso en el ámbito del Derecho Constitucional Comparado, siempre presenta la problemática, señalada por el Profesor Louis Favoreu, en que las palabras y las expresiones no forzosamente tienen el mismo sentido, aunque exista un trasplante y traducción de la misma expresión de un derecho a otro, como ocurre con la institución bloque de constitucionalidad, hablando de los casos francés y español, (El Bloque de la Constitucionalidad, 1990, pág. 45) y luego a América Latina.

En ese sentido se hace conveniente explicar brevemente el contexto en el que surge esta institución constitucional en Francia, su evolución y su importación a los países del Continente Americano.

Con Francia, se inicia en el derecho clásico constitucional, y el reconocimiento de los derechos del ser humanos, y puede afirmarse que:

> Con George Vedel se puede decir que a través del tiempo Francia se ha significado en materia política como un laboratorio constitucional, ya que del análisis de su historia se desprende que a través del tiempo ha ensayado toda las formas de Estado posibles: monarquía absoluta, monarquía limitada, monarquía dualista, monarquía constitucional, imperio, república democrática cesariana, república representativa y república democrática semidirecta; ha practicado todas las formas de organización de los poderes públicos: separación de poderes atemperada, rígida, flexible; ha experimentado todas las formas de gobierno: régimen convencional, directoral, consular, parlamentario, semi-presidencial, semi-parlamentario; ha probado todas las formas de organización del Poder Legislativo: unicameral, bicameral, poli cameral; ha configurado todas las formas posibles de sufragio: directo, indirecto, público, secreto, restringido, universal. (Patiño Camarena, 2014, pág. 23).

Pero en esta primera etapa del constitucionalismo, el principio de división de poderes fueron las formuladas por autores como, Locke para quien existían tres poderes el legislativo, el ejecutivo y el federativo. El poder supremo es el Legislativo, quien hace las leyes al haber sido electo por el pueblo a quien representa y por ello es la voz del pueblo. Los otros dos poderes son el ejecutivo y el federativo, por lo tanto, no concede al judicial el reconocimiento de poder pues solo aplica la ley al caso concreto. (Desdentado Daroca, 1999, pág. 71).

En este sentido la función legislativa, era la principal, el pueblo elegía a sus representantes y ellos, en su nombre dictaban las leyes, en conclusión, las leyes eran la voz y la voluntad del pueblo, o sea el poder esencial, y por ello el poder judicial era solo la voz de la ley, aplicaba al caso concreto lo que la ley decía. El juez, en el Estado democrático liberal primigenio, se convirtió en la boca de la ley. Ello dio pie, durante un buen tiempo, al gran desarrollo de la Corriente Positivista en el campo del Derecho y al método de interpretación exegético. (Morales Godo, 2009, pág. 130). Así en la Francia de la Revolución se desconfiaba

de los jueces vinculándoseles al Poder Monárquico, y el hecho de que no eran electos popularmente y por ello no procedían de una delegación directa de la soberanía, les restaba credibilidad y por eso bajo la perspectiva de Montesquieu, este era la boca de la ley.

Por ello bajo la idea de que la Constitución se defiende sola, y el predominio del parlamento desde la revolución francesa la idea de un control constitucional de las leyes fue relegado a un sistema de control político que ejerció el senado en ambos imperios. (Pardo Falcon, 1991, págs. 247-248) Durante la ocupación Nazi en la Segunda Guerra Mundial Francia, se mantuvo un gobierno pronazi cuya capital se situó en la ciudad de Vichy, precedido por el mariscal Pétain. Finaliza esta etapa y con la liberación de Francia, la Cuarta República emitió la Constitución aprobada el 27 de octubre de 1946, que promulgó un sistema sui generis, al convertir el control de constitucionalidad de las leyes en un incidente del procedimiento de reforma de la Constitución, dicha función estaba a cargo del Comité Constitucional, que estaba integrado por el Presidente de la República, que lo preside, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Consejo de la República, siete miembros elegidos por la Asamblea Nacional, con representación proporcional de los grupos y tres miembros elegidos en las mismas condiciones por el Consejo de la República. (Gil Barragán, pág. 83).

En palabras del Dr. Walter F. Carnota, fue la Quinta República y la Constitución promulgada en 1958 la que expresamente genera un control de constitucionalidad de las leyes, aunque, como él expresa: “en realidad, intentaba «reforzar el Ejecutivo en detrimento del Parlamento y más especialmente de la Asamblea Nacional». Más concretamente, el Consejo tenía como primera función la de «prevenir al Ejecutivo de las invasiones del Parlamento». Ello sintonizaba a la perfección con el diagrama ya mencionado del ensamble constitucional gaullista, desembozadamente orientado hacia la prevalencia del órgano Ejecutivo.” (La Segunda Revolución Francesa: la transformación del Consejo Constitucional, 2013, pág. 82).

La función asignada al consejo en el artículo 61, de la referida Constitución de 1958 era la de ejercer un control previo de constitucionalidad pues a ese órgano se debían someter las leyes orgánicas antes de su promulgación y los reglamentos de las cámaras parlamentarias antes de su aplicación, para que este opinara sobre su conformidad constitucional.

El inicio del uso del término bloque de constitucionalidad en el derecho francés, deriva del uso anterior del denominado bloque legal, en el Derecho Administrativo de ese país que “permitía designar, por encima de las leyes, a todas las reglas que se imponen a la administración en virtud del principio de legalidad y que no eran, a decir verdad, de la misma naturaleza que aquéllas, ya que un cierto número tenían un origen jurisprudencial (especialmente los principios generales de derecho)” (Favoreu, 1990, pág. 47), es por ello que al iniciar el Consejo de Constitucionalidad su actividad, y a partir de los años setenta con sus fallos, al analizarlos en la doctrina se empezó a utilizar el término bloque de constitucionalidad “para aludir a un conjunto normativo que sirve de parámetro de referencia y que engloba, al margen de la vigente Constitución de 1958, el Preámbulo de la misma Constitución, y con él, por el hecho de que se citaban en el mismo, la revolucionaria Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la anterior Constitución, la de 1946, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (a los que remite el Preámbulo de la Constitución de 1946)” (Carnota, 2013, pág. 84).

Finalmente, con la Ley Constitucional N.º 724 que modifica la Constitución Francesa en los términos del art. 89 de ese cuerpo normativo[1]. En su artículo 56, modificó la integración de dicho Consejo, y en su competencia

1 El artículo 89 que regula el procedimiento de reforma a la constitución, explica el constitucionalista argentino Pablo Luis Manili: “Existen dos caminos para reformar la constitución: a) La Revisión Normal, que consiste en la sanción de una ley, que puede ser iniciada por el Presidente o por cualquiera de las cámaras del Parlamento (la Asamblea Nacional y el Senado), debe ser aprobada por las dos y luego sometida a un referéndum popular ratificatorio; o b) La Revisión Abreviada, en la cual, la misma ley, en vez de ser sometida a referéndum, se somete a una asamblea parlamentaria (es decir, ambas cámaras en conjunto) que debe aprobarla por los tres quintos de los votos emitidos. La convocatoria o no al referéndum ratificatorio determina lo que la doctrina francesa destaca como una tensión entre legitimidad y eficacia. Incluso, muchos autores sostienen que este segundo método es demasiado favorable a las pretensiones del presidente. El método aplicado en esta oportunidad fue el segundo, es decir, el abreviado.” (La reciente reforma de la Constitución Francesa, 2013, pág. 198)

constitucional, además de la competencia preventiva ya otorgada, otorga también la posibilidad de un control posterior de constitucionalidad cuando el Consejo de Estado o la Corte de Casación, en un trámite judicial se cuestione la constitucionalidad de una norma. estos la remitan a al Consejo de Constitucionalidad para que resuelva al respecto. (Manili, 2013, pág. 203).

2. El Bloque de Constitucionalidad en América Latina

Como puede apreciarse el bloque de constitucionalidad es el uso que hace el órgano encargado de velar por el control de constitucionalidad, de ciertas normas que contienen principio y valores de tanta importancia para una sociedad determinada que, aunque no se encuentran contenidos en el texto constitucional se incorporan a éste para determinar los parámetros de compatibilidad constitucional en relación a otras normas. A decir del profesor argentino Bidart Campos, "el conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente Constitucionales, fuera de la Constitución documental" (Escobar Armas, 219).

En Europa, Francia usó esta institución como parámetro de control constitucional, en sus primeros años preventivamente y a partir de las reformas del 2008, también para casos de inconstitucionalidad de normas ya en vigor, España e Italia lo han usado preferentemente para resolver conflictos de competencias que se presenta por su composición federativa.

En Europa, el bloque de constitucionalidad lo conforman normas de derecho interno, en América Latina la característica es incluir dentro del bloque de constitucionalidad, normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manuel Eduardo Góngora Mera afirma que:

> "La inclusión de normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad tiene tres efectos jurídicos trascendentales: 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales." (Góngora Mera, 2016, pág. 301 y 302).

Es por la importancia de este tema que se procederá a analizar, cuál ha sido la posición de la Corte de Constitucionalidad como tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, y el control de la constitucionalidad de las normas, con respecto al bloque de constitucionalidad.

3. El Bloque de Constitucionalidad en Guatemala

La Constitución Política del Guatemala, promulgada en 1985 y que entrara en vigencia el 14 de enero de 1986 es producto del esfuerzo que permitió regresar al país a la senda de la democracia después de un conflicto armado interno de más de 30 años, que finalizó incluso formalmente diez años después en 1996, con la firma de los Acuerdos de Paz.

Guatemala optó por establecer un sistema mixto de control de constitucionalidad, manteniendo el control difuso al regular en su artículo 204 principio general de que "Los Tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado" y posteriormente en el 266 que "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." Estos órganos jurisdiccionales conocen en primera instancia.Los efectos de la resolución sonaplicables al caso concreto y pueden ser apelables ante la Corte de Constitucionalidad.

Al artículo 267 constitucional en cambio prescribe "Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad." Por lo que aquí se regula el control

concentrado pues conoce en única instancia el órgano especializado y cuya resolución si declara a inexequibilidad de la norma impugnada, ésta será expulsada del ordenamiento jurídico, quedando así sin vigencia, y los efectos de la decisión de acogimiento de la inconstitucionalidad son erga omnes, es decir, vinculantes tanto para los gobernantes como para los gobernados.

Ejerce un control preventivo al emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado y opinar sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo, alegando inconstitucionalidad.

Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de competencia o de jurisdicción en materia de constitucionalidad y compilar la doctrina y principios constitucionales que vaya sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencia.

Esto explica también el espíritu que inspiraba a los constituyentes al momento de redactar la misma, con un ideal marcada mente humanista y de respeto a los derechos humanos, que quedó plasmado en dos artículos esenciales, el 44 y el 46[2].

> Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán 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.
>
> Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

De los que se desprenden los principios de apertura y jerarquización de los derechos humanos. Pero la normativa constitucional no coincidía con la interpretación que del articulo 46 relacionado, aplicaba la Corte de Constitucionalidad, circunstancia que quedo registrada en el documento elaborado por el profesor Pablo Luis Manili, quien en su clasificación sobre el la recepción del derecho Internacional de los Derechos Humanos, en las constituciones del continente americano, define los siguientes grupos: a) Normas que no contemplan jerarquías; b) Normas que establecen jerarquía y jurisprudencia que la desconoce; c) Normas escuetas y jurisprudencia de avanzada; d) Normas que establecen jerarquías y jurisprudencia que la reconoce y e) Países del Caribe pertenecientes al Commonwealth. (La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano, 2002, pág. 386).

La constitución de Guatemala, se establece en el grupo de constituciones que establecen apertura y jerarquía, pero que la jurisprudencia la desconocía, un ejemplo emblemático de este tipo de interpretación, se daba en el contenido de la sentencia de fecha diecinueve de octubre de 1990, dentro del Expediente 280-90, que en su parte considerativa expresa:

> "el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino -en consonancia con el artículo 2. de la Convención-

2 Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán 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.
Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

por la del primer párrafo del 44 constitucional que dice: (…) El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el refrendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución. (Artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política)" (En igual sentido ver Expedientes 199-95 y 162-2004)

El tenor literal del artículo 46 es claro preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos sobre el derecho interno, y al hablar por un lado del derecho internacional de derechos humanos y por el otro derecho interno, se entiende que se refiere a toda la normativa interna incluyendo la misma Constitución. Pero la jurisprudencia ha preferido aplicar la teoría de que estos instrumentos internacionales de Derechos Humanos están a nivel constitucional por encima de las leyes ordinarias por el principio de Jerarquía Constitucional que dice: Artículo 175.- Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure. Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad." Y Que ha sido interpretada en varias sentencias de esta Corte entre estas en el Expediente 2906-2011, en la sentencia del ocho de agosto del 2011, que indica:

"[…] la Constitución: a) es la norma suprema que todos los llamados a aplicar el derecho deben observar como una premisa de su decisión; b) es directamente aplicable para solucionar un conflicto en el que se vean involucrados derechos, principios y valores que en ella se reconocen; c) su interpretación debe realizarse con vocación de operatividad; y d) es la norma conforme la cual debe ser interpretado todo el ordenamiento jurídico guatemalteco. La justicia constitucional da eficacia al principio de supremacía constitucional. La función esencial establecida para esta Corte en el artículo 268 de la Constitución, preconiza garantizar su vigencia y su prevalencia, entendiéndose que a través de ella se garantizan también la democracia, el control del ejercicio del poder y la vigencia de los derechos fundamentales. Tal función se realiza con absoluta objetividad, independencia, imparcialidad e imparcialidad, atributos que a este tribunal le confieren legitimidad para realizar y así mantener el principio contenido en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución [...]." En igual sentido en las sentencias de los expedientes 205-94, 515-96, 1200-2000, 1250-2004 y 3264-2016.

Posteriormente en una acción de inconstitucionalidad general promovida a favor de condenados a pena de muerte por el delito de Plagio o secuestro, la Corte de Constitucionalidad sostenía el criterio de que los tratados y convenciones en materia de Derecho Humanos tenían preeminencia sobre el derecho interno, pero no eran parámetro de constitucionalidad. Sentencia emitida el veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y seis, dentro del Expediente 334-95, que explica:

"El accionante pretende que mediante la inconstitucionalidad se deje sin vigencia la reforma del artículo 201 del Código Penal, decretada por el Congreso (…) al analizar la violación del artículo 46 que invoca el accionante, se concluye que dicha disposición tampoco se ha violado con la emisión del artículo impugnado, pues en aquel únicamente se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Es decir, que en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían éstos últimos, pero como ya se dijo **estos no son parámetros de constitucionalidad**." (Resaltado es Propio) [En igual sentido ver Expediente 131-95. Sentencia del 12 de marzo de 1997].

El criterio de la Corte fue variando en relación a aplicar los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y aceptó su uso como parámetro de constitucionalidad, entre estos fallos tenemos esté relacionado con la Convención sobre los derechos del Niño como se puede apreciar del siguiente extracto de dicho fallo:

> "La Sala de Familia confirmó la sentencia de primer grado con el argumento preferente de que, la sola voluntad de los niños no era suficiente para variar su guarda y custodia dispuesta en las bases del divorcio.(…) De conformidad con los artículos 9 incisos 1 y 2, y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad,(…) Tales normas referidas, como se aprecia, otorgan a la declaración de voluntad del niño, de acuerdo a su edad y a su interés y bienestar supremos, un valor preponderante para decidir judicialmente asuntos que le afecten y le conciernan. **Tal Convención fue aprobada y ratificada por Guatemala, por lo que en materia de derechos del niño es ley de la República y debe ser aplicada**. Sin embargo, en la sentencia emitida por la autoridad reclamada, no aparece en los razonamientos que los elementos de opinión de los niños e interés y bienestar supremo hayan sido valorados y tomados en cuenta, como se ordena en la citada Convención." (El Resaltado es propio). Sentencia del ocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho. Expediente No. 1042-97.

Este fallo demuestra como va operandonuestro máximo Tribunal Constitucional el principio de progresividad en la protección de los derechos fundamentales. La sentencia en la que se consagro el uso de la figura del bloque de constitucionalidad en nuestro país es la que resolvió la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por el abogado Najman Alexander Aizestatd Leistenschneider contra el artículo 201 Bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura, por la omisión legislativa, a causa de que en el tipo penal señalado faltaron supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Expediente 1822-2011, sentencia del diecisiete de julio de dos mil doce. Que en su parte conducente expresa:

> Las argumentaciones del interponente determinan que el problema que debe ser abordado por este Tribunal Constitucional, es el que se concierne a la posibilidad de que en el sistema guatemalteco se impugne de inconstitucional una norma ordinaria por haber sido emitida de forma no acorde ser incompatible con estándares mínimos contemplados en un tratado internacional en materia de derechos humanos, es decir, si tales instrumentos son o no parámetros de constitucionalidad, **para lo cual se hace necesario analizar cuál es la valencia recepción que, desde la Constitución, se da en el derecho interno a dichos tratados. En anteriores oportunidades, la Corte de Constitucionalidad ha negado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sean parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, (…) en otros fallos, este mismo Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, se ha apoyado en tratados internacionales en materia de derechos humanos para los efectos de afirmar la contravención a los preceptos constitucionales, reconociendo su fuerza normativa** (…)para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances.(…) El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. **El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia (...) se incorporala 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, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.(..) El alcance del bloque de constitucionalidad **es de carácter eminentemente procesal**, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. **El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél.**" (el resaltado es propio).

Este desarrollo progresivo de la protección de derechos humanos ha ido incrementando el bloque de constitucionalidad reconocido por la Corte de Constitucionalidad, pues se ha aceptado dentro de este las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contra nuestro país, o contra los otros Estados miembros del Pacto de San José. Opiniones Consultivas de esa Corte, entre otros.

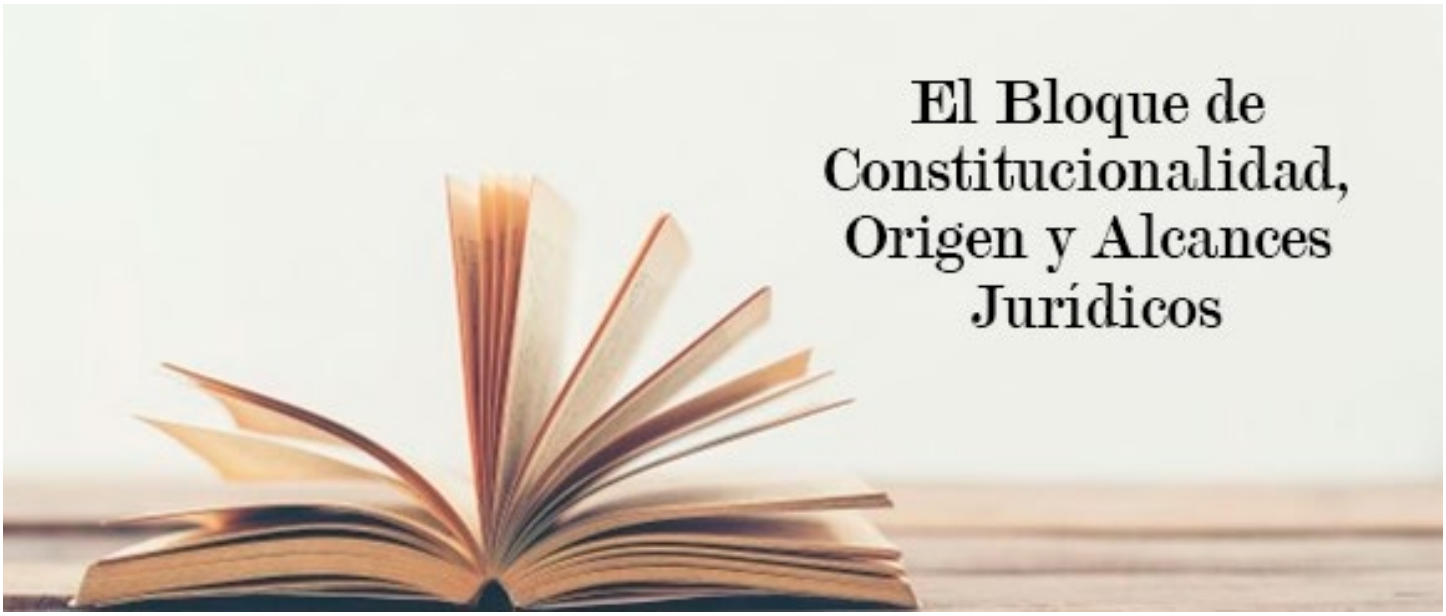
> "[…] con fundamento en las consideraciones expresadas en el fallo de mérito, y con base en los mandatos recogidos en los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado de Guatemala es parte, conforman el bloque de constitucionalidad, sirviendo de parámetros para ejercer el control constitucional pretendido." Corte de Constitucionalidad. Expediente 1732-2014. Fecha de sentencia: trece de agosto de dos mil quince.
>
> "Partiendo de la existencia del bloque de constitucionalidad, dentro del que figura la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tomando en cuenta que el Estado de Guatemala se encuentra sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, por ello, resulta obligatoria la observancia de sus sentencias, es preciso traer a colación el fallo emitido por ese tribunal regional de Derechos Humanos el catorce de marzo de dos mil uno, dentro del caso Barrios Altos vs. Perú, en el que consideró: "…son inadmisibles las disposiciones de amnistía, (…) "Corte de Constitucionalidad. Expediente 3438-2016. Fecha de sentencia: 08/11/2016. En igual sentido y con base a sentencias emitidas contra Guatemala ver Expedientes 5986-2016 sentencia del veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, y 1097-2015, sentencia del once de febrero de dos mil dieciséis.

Podemos concluir entonces que la Constitución Política de Guatemala en el contenido de sus artículos 44 y 46, contemplaba los principios de Apertura en materia de Derechos Humanos y de Jerarquía constitucional.Pese a elloLa interpretación jurisprudencial queesta máxima Corte hizo en sus primeros años era de carácter restrictiva al no reconocer el derecho Internacional de los Derechos Humanos, como parámetro de referencia para la aplicación de la Justicia Constitucional.

En aplicación de principio de progresividad de los Derechos Humanos se reconoció vía jurisprudencial la existencia del Bloque de Constitucionalidad, incluyendo en éste los instrumentos internacionales que el Tribunal Constitucional, considere convenientes en cada caso.Actualmente el bloque de constitucional se nutre cada vez mas de instrumentos no solo de carácter convencional para la protección de los Derecho Humanos sino también de doctrina de la Corte IDH, y de opiniones consultivas que la misma emite.

Trabajos citados

- Desdentado Daroca, E. (1999). Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Cizur, Navarra, España: Editorial Aranzadi S.A.
- Carnota, W. F. (2013). La Segunda Revolución Francesa: la transformación del Consejo Constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional(17), 79-94.
- Escobar Armas, C. A. (219). El Bloque de Constitucionalidad. Una tendencia del fenómeno jurídico en los movimientos de cultura política contemporanea. Asociación de Investigación y Estudios Sociales ASIES(No. 1-2019), 1-72.
- Favoreu, L. (1990). El Bloque de la Constitucionalidad. Revista del Centro de Estudios Constitucionales(5), 45-68. Recuperado el 15 de abril de 2021
- Gil Barragán, R. (s. f.). Portal de la Universidad San Franciaco de Quito. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_2/el_control_de_constitucionalidad.pdf
- Góngora Mera, M. E. (2016). La difusión del Bloque de Constitucionalidad en La Jurisprudencia Latinoamericana y su potencial en la construcción del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano. En A. v. Bogdandy, Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos (págs. 301-327). Mexico: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,.
- Manili, P. L. (2002). La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano. En R. C. Méndez Silva, Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso (págs. 371-410). México: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM.
- Manili, P. L. (2013). La reciente reforma de la Constitución Francesa. Revista Lex(12), 193-205. Recuperado el 10 de abril de 2021, de file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaRecienteReformaDeLaConstitucionFrancesa-5157892%20(4).pdf
- Morales Godo, J. (2009). Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma de justicia en el Perú. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica del Peru(62), 129-142.
- Pardo Falcon, J. (1991). Notas sobre la historia del Control de Constitucionalidad en Francia hasta la Aparición del Consejo de Constitucionalidad. Revista de Estudios Políticos(72), 243-258.
- Patiño Camarena, J. (2014). Constitucionalismo y Reforma Constitucional. exico: Editorial Flores.



Magistrada
Reina Isabel Teo Salguero
Sala Cuarta del Tribunal
de lo Contencioso Administrativo de Guatemala

LIMITACIÓN DEL JUZGADOR DE DECLARAR LA ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVO EN LA FASE ADMINISTRATIVA TRIBUTARIA

1. Anulabilidad de actos administrativos

En el procedimiento administrativo tributario se establecen una serie de formalidades y trámites –procedimientos- que deben cumplir la administración y los administrados, el primero en ejercicio de su actividad pública y los segundos cuando gestionan la tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de función administrativa.

El incumplimiento de esas formalidades y trámites en el procedimiento administrativo que provoque violación a garantías y derechos consagrados en la Suprema Ley tiene que ser corregido, por cuanto el administrado tiene derecho a un juicio celebrado en atención a las formas propias que tiene establecido, es decir, conforme las normas promulgadas para impulsar la actuación administrativa, lógicamente, siempre y cuando la irregularidad de los actos administrativos sea grave, no haya sido saneada en la fase administrativa y contravenga derechos consagrados en la Constitución Política de la República, pues el actuar de la administración está sujeto a lo que la ley determina, en atención al principio de legalidad, consagrado en el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Código Tributario, en el artículo 160, prevé la enmienda y la nulidad como correctivos; dispone que se enmienda el trámite cuando se incurre en defectos u omisiones de procedimiento y la nulidad de actuaciones cuando se cometa vicio sustancial.

2. Juricidad en el Proceso Contencioso Administrativo

Además de los dos correctivos citados, el otro mecanismo o forma de corrección de las vulneraciones cometidas en el proceso administrativo lo constituye el proceso contencioso administrativo tributario, cuya competencia está otorgada a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, conforme la Ley de lo Contencioso Administrativo, artículo 19. Se afirma esto, en virtud que el proceso contencioso administrativo es una garantía más que tiene todo ciudadano para alcanzar, en la sede judicial, la tutela efectiva de sus derechos consagrados en la Constitución Política de la República y otras leyes.

Entiéndase que las controversias o contiendas que surgen entre el fisco y los particulares son demasiadas y de diversas índoles, algunas están relacionadas a la

> *"…existencia misma de la obligación tributaria sustancial, a la forma (arbitraria o no) en que el fisco desea efectivizarla, a la validez constitucional de los preceptos normativos que rigen tal obligación, a los pasos que debe seguir el fisco para ejecutar forzadamente su crédito, a las infracciones que atribuye a las sanciones que en su consecuencia aplica, e incluso con relación a los procedimientos administrativos*

y jurisdiccionales) que el sujeto pasivo debe emplear para reclamar la restitución de las cantidades indebidamente pagadas al fisco." (VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 9ª. Edición. 2007, Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, página 450.)

Por ello, los contribuyentes en sede judicial pueden hacer la denuncia de defectos u omisiones de procedimiento o de vicios sustanciales cometidos en la fase administrativa tributaria, esto se desprende de lo que estipula el artículo 221 de la Constitución Política de la República, el cual dispone que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene facultades para determinar la juridicidad del acto para lo cual debe necesaria y obligadamente tomar en cuenta y valorar todo lo que tenga a la vista y que formal y legalmente forme parte del proceso, incluyendo lo actuado en el expediente formado en sede administrativa.

El doctrinario Domingo Sesín, en las Jornadas organizadas por la carrera de especialización en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, citó que por juricidad debe entenderse como el *"…actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, que no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido".* Función que se inspira en el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus derechos fundamentales y legales. En ese mismo orden de ideas, el jurista Bartolomé A. Fiorini, citado por Julio Rodolfo Comadira, en el libro "La anulación de oficio del acto administrativo", (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Páginas 31 y 32), se refiere a juridicidad así: *"…juridicidad como principio inherente a todo desenvolvimiento de acción estatal (…) queremos significar con él el fenómeno de la sumisión de todo el accionar del Estado a la previa autorización normativa –constitucional, legal o reglamentaria-…".*

La Ley Suprema le otorga la competencia y facultad al Tribunal Contencioso Administrativo de conocer las denuncias de transgresiones de derechos o garantías constitucionales, en sede judicial, por medio del proceso contencioso administrativo, al ser la Constitución la que le otorga esa facultad, estimándose que la normativa ordinaria que le limita ese derecho es inaplicable, en atención al principio de supremacía constitucional.

3. Limitación de juzgar defectos u omisiones de procedimientoy vicios sustanciales en la fase administrativa a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo

Con los criterios emitidos por las Cortes Suprema y de Constitucionalidad, en cuanto o a que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Tributario no puede decretar ni la enmienda ni nulidad de los actos celebrados en la fase administrativa, se positiviza expresamentela presunción de legitimidad del proceso administrativo, la cual no está positivada ni por la Constitución ni por nuestra leyes, agregado a que es irracional e inconstitucional, en virtud que: "…*no solo ampara a los actos de la Administración dictados en supuesto apego a Derecho, sino que también les atribuye de configuración formal y sustancial, y de veracidad a las circunstancias de hecho que constituyen la causa de la voluntad administrativa*."**ABACHECARVAJAL**, Serviliano, La Atipicidad de la presunción de legalidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 2012, Prólogo.

Esta es una teoría clásica, concebida en la concepción de la satisfacción imperativa de la voluntad estatal, sin tener en cuenta *"…el natural y fundamental derecho del ciudadano de contradecirla y manifestar libremente su opinión de desacuerdo…"*, pues se afirma que: *"Las consecuencias prácticas de admitir la presunción de legitimidad de forma amplia e ilimitada son graves. Ello significa proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso de poder y dificultar la efectiva vigencia de los derechos individuales*…"Obra citada, Abache Carvajal, Serviliano, pagina 29.

Teoría por demás obsoleta y anacrónica, contradicha por la teoríamoderna sostenida por Miguel Marienhoff,quien expresa que: "…*la presunción de legitimidadqueacompaña al acto administrado no es una presunción absoluta, sino unamera presunción simple: puede ser destruida por el interesado, demostrando que el acto contraviene el orden jurídico*…".Citado por Abache Carvajal, Serviliano, obra citada, página 107

Agustín Gordillo, citado por Morales Tobar, afirma que en el derecho administrativo "…*no todos los vicios están recogidos explícitamente en la ley, debiendo efectuarse una valoración de cada vicio en función del caso concreto; reconociendo que, preponderamente los vicios de los actos administrativos devienen de las actuaciones arbitrarias de la Administración…*". **MORALES TOBAR**, Marco. Manual de Derecho Procesal Administrativo. 1ª. Edición 2011. Quito. Talleres de Corporación de Estudios y Publicaciones, pagina 224.

Por lo tanto, aunque se presume que la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema y Corte de Constitucionalidad se inclinaron en defender, a la luz del principio de economía procesal, que la eficacia anulatoria de los vicios de forma debe ser restringida y subordinada siempre a la posibilidad de enjuiciamiento de fondo del asunto, en aras de conservar la estabilidad de los actos administrativos y no enervar la normal marcha de procedimiento, pues la ley confiere a la Administración y al administrado, los correctivos necesarios para corregir o subsanar el acto administrativo irregular, no se puede anteponer la economía procesal ante los derechos fundamentales del contribuyente, tampoco se puede otorgar legitimidad a los actos administrativos sin que exista una norma que así lo prevea, menos limitar al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la facultad de revisar la juricidad de lo actuado en sede administrativa por la administración tributaria, la cual está otorgada constitucionalmente.

Indubitablemente, la anulación de los actos administrativos dependerá de que los vicios de los cuales se encuentren afectados angustien de manera patente el derecho de los administrados y sobre todo que, en el derecho administrativo, la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado, de su violación objetiva de principios jurídicos, antes que de un elemento suyo viciado o faltante.

Por lo que, no se puede revestir de presunción de legitimidad a un acto administrativo cuyo contenido formal y material no cumple con todos y cada uno de los extremos legales establecidos en las leyes tributarias correspondientes, hecho que acepta tácitamente la jurisprudencia y doctrina de las Cortes mencionadas, toda vez que en ninguna de sus resoluciones aseveró que si cumple con la ley, simplemente se limitaron a realizar una interpretación literal de lo que dispone el Código Tributario en cuanto a las facultades que tiene el Tribunal de lo Contencioso Tributario, según el ibídem Código, pero no dilucida la controversia de cómo resolver la denuncia de vicios sustanciales u omisiones o defectos de procedimiento de actos administrativos distintos a la resolución recurrida, provocando así violación al derecho de petición garantizado en el artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala y tampoco tiene en cuenta de que si solo se puede anular la resolución recurrida, el Tribunal está limitado a examinar los actos que se denunciaron de irregularidad, que no constituye la resolución recurrida, dejando así de ejercer la función que le otorga el artículo 221 de la Constitución.

Se arriba a la conclusión de que, es el proceso contencioso administrativo el que permite al Tribunal de lo Contencioso ingresar a la sustancia de los actos en el expediente administrativo, careciendo así de fundamentación jurídica el afirmar que el juez no puede hacerlo, ya que ello"…*configura una restricción de las facultades del juez en violación a la tutela judicial"*, así lo señaló la autora Addy Mazz, en su obra Código Tributario de la República Oriental de Uruguay, primera edición, 2012, sin editorial, Uruguay, página276.

El derecho a la tutela judicial efectiva exige, como instrumento que garantiza decisiones exentas de arbitrariedad e irrazonabilidad, que la resolución que se emita esté fundada en Derecho, lo que requiere una motivación fáctica y jurídica clara, completa y congruente con el asunto en discusión. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida en el expediente 5656-2014.

Conclusiones

Ningún Tribunal Superior puede limitar al Tribunal de lo Contencioso Tributaria su actuar a lo que literalmente preceptúa el artículo 165 A del Código Tributario, en lo que respecta a que solo puede anular la resolución recurrida, no declarar la nulidad de otros actos que vulneran garantías constitucionales y presumir la legitimidad de los actos administrativos, la cual es la que prohíbe al juez decretar de oficio la invalidez de

estos actos, porque esa disposición vulnera el artículo constitucional antes mencionado dada la facultad de establecer la juricidad de los actos administrativos; igualmente, contraviene la Ley del Organismo Judicial norma que sí es aplicable a la actuación del juzgador, la facultad de declarar, en la parte resolutiva, decisiones que impone emitir fallos congruentes acorde a los señalamientos sometidos a su conocimiento, en forma expresa y precisa.

La exposición de motivos de Ley de lo Contencioso Administrativo otorga al Tribunal administrativo la facultad de que, entre otras cosas, examine la totalidad del caso y la decisión debe pronunciarse de entero acuerdo con el derecho, sin sujetarse a las pretensiones de los sujetos procesales.

El legislador cometió el error de otorgar las mismas facultades al superior jerárquico de la Administración Tributario y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es decir, señalar que ambos podían confirmar, modificar, revocar o anular la resolución recurrida, cuando ambos ejercen facultades totalmente distintas; y, no es el Código Tributario el que debe regular el actuar de un Tribunal, ya que su actuar solo lo puede establecer la Ley del Organismo Judicial.

A parte de eso, de la lectura del artículo 165 A del Código Tributario, se desprende que el legislador también erró al prever que el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria –actualmente Tributa- y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Tributario, solo podían confirmar, modificar, revocar o anular la resolución recurrida, porque con ello está considerando al Tribunal mencionado un juez administrativo.

Entiéndase que el Poder Judicial es la última garantía del principio de la tutela jurisdiccional, por lo que ejerciendo ese principio con la juricidad es como puede ingresar a analizar la legalidad de los actos administrativos, pudiendo con base a esa facultad anular aquellos que la violen, no se le puede limitar esa facultad constitucional por medio de una normativa ordinaria.

La antítesis doctrinaria de que el Poder Judicial no tiene facultad de pronunciarse sobre la legitimidad de los actos de los otros poderes es arcaica y fue superada, así lo afirma Valdés, citado por Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, página 555, al señalar que: "…la jurisprudencia a partir de 1994 (…) en el sentido de que el TCA [Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene competencia exclusiva para la anulación de los actos administrativos…", porque lo que es nulo no produce ningún efecto -quod nullum est, nullum producit effectum-.

Por consiguiente, debe concretarse que los órganos judiciales tienen obligación de juzgar la legitimidad de los actos administrativos para establecer que no violen derechos fundamentales establecidos en la Constitución, leyes ordinarias y pactos internacionales, pues su incumplimiento es como irrespetar el derecho de recurrir que tiene el contribuyente, aceptando la violación de sus derechos fundamentales, da lugar a que todo su actuar sea arbitrario y por ende, su resolución final tenga la misma calidad –sea arbitraria-.

Es indiscutible que el juez no puede aplicar actos ilegítimos o inválidos tiene in totum,la posibilidad de apreciar su legitimidad y el no hacerlo trasgrediría el principio de tutela jurisdiccional, pues ejecutaría actos contrarios a aquella, para el efecto debe aplicar al proceso tributario los principios procesales básicos generales previstos en las leyes ordinarias, no pudiendo conformarse ni limitarse a dar por cierto todo lo actuado por la administración tributaria en sede administrativa, pues es el proceso contencioso tributario el que le otorga atribuciones amplias para establecer la realidad jurídica sustantiva.

El Derecho Tributario formal debe respetar los derechos humanos y la Constitución Política de la República, al tener el Código Tributario su fuente en la Constitución, por ende sus principios deben ser ratificados por el Código ibídem.Correspondiéndole al Poder Judicial, a través de los Tribunales, velar por mantener a la supremacía de la Constitución, es así como al declarar la nulidad de actos administrativos irregulares distintos a la resolución que se recurrió, lo hace en pleno uso de las facultades legales que le otorga la Ley suprema, la Ley de lo Contencioso Administrativo y la Ley del Organismo Judicial.

Referencias Bibliograficas

- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, La Atipicidad de la presunción de legalidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 2012.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Código Tributario. Guatemala.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.Ley de lo Contencioso Administrativo, edición de estudio, concordada y Anotada. Exposición de Motivos. 14ª. Edición1996, Guatemala. Lex Artis, vii.
- COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. 1993. 5ª. Reimpresión. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- NÁJERA FARFÁN, Mario Efraín. Derecho Procesal Civil. 2ª. Edición. 2006, Guatemala. Ius Ediciones.
- MAZZ, Addy, Código Tributario de la República Oriental del Uruguay. Primera edición. 2012. Montevideo Uruguay, s/e.
- MORALES TOBAR, Marco. Manual de Derecho Procesal Administrativo. 1ª. Edición 2011. Quito. Talleres de Corporación de Estudios y Publicaciones.
- VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 9ª. Edición. 2007, Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea.

Magistrado
Luis Alberto Hernández Arrivillaga
Sala Cuarta del Tribunal de los
Contencioso Administrativo de Guatemala

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

I. El Planteamiento de Günter Jacobs.

El maestro sostiene la afirmación que las personas se relacionan entre sí, a través del derecho, es una ilusión, ya que carece de una realidad social. Surge un individuo interpretado cognitivamente que transforma al individuo en peligro y por lo tanto enemigo.

Para hablar del Derecho Penal del enemigo, empieza hablando de la pena y para el efecto indica, que pena es coacción de diversas clases. Primero la pena es un medio de coacción de interacción simbólica. La pena produce algo físico, es una prevención especial durante el lapso que se encuentra la pena privativa de libertad.

Por lo que la pena no se impone en contra del infractor, en cuanto a persona de derecho, sino en cuanto al individuo peligroso.

Por lo que Jacobs distingue una doble perspectiva, en los cuales ve los hechos sometidos a juicio y en cuanto a la pena simbólica y otra en cuanto a las medidas de seguridad, la cual se aplica como lucha en contra del peligro. Por primera vez Jacobs introduce la noción Derecho Penal del enemigo por oposición al derecho penal del ciudadano, donde la palabra Derecho significa algo distinto en cada caso.

Así Jacobs denomina Derecho al vínculo de personas que son titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con los enemigos no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear la coacción, y la coacción más intensa es la del derecho penal.

Es por ella que Jacobs desprende que cualquier pena se dirige en contra del enemigo, utilizando antecedentes iusfilosoficos. De hecho, algunos autores han utilizado la noción de contrato para fundamentar al Estado, representando a delito como una infracción al contrato.

Por lo que haciendo una crítica de los señalamientos de jacobs al separar radicalmente al ciudadano y su derecho, por un lado y al injusto del enemigo en otro, los conceptos de Rousseau y Fichte son demasiado abstractos. Jacobs sostiene que se ha de mantener al criminal dentro del Derecho por una doble razón: le delincuente tiene el derecho de arreglarse con la sociedad, ante lo cual deberá mantener su status de persona; y tiene el deber que emana de su condición de persona, por lo que no puede desvincularse de la sociedad a través de su hecho.

Jacobs expone el planteamiento de Kant indicando que éste, al hacer uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. Por lo que todo aquél que se resista a entrar en dicha Constitución debe ser expelido, pudiéndosele tratar como un enemigo. De esta forma tanto Hobbes como Kant despersonalizan a quien amenaza, lo que implica que ambos reconocen una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho Penal del enemigo,

reconociendo el status de persona en el ciudadano y desconociéndosela al enemigo. Sosteniendo que el derecho Penal del enemigo es de aquellos que forman contra el enemigo, frente al enemigo sólo es coacción física.

El derecho Penal del enemigo combate peligros. En consecuencia, el Estado moderno no ve al delincuente como un enemigo, sino como a un ciudadano que ha dañado la vigencia de la norma, lo que debe equilibrarse mediante la pena que restablezca dicha vigencia.

Jacobs sostiene que es apreciable que en muchas reglas de derecho se Disminuye la tendencia a tratar como persona a quien defrauda de manera duradera la expectativa sobre su comportamiento personal. Ve una diferenciación kantiana entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, porque en estos casos no se trata de compensación de un daño a la vigencia de una norma, sino de la eliminación de un peligro. De tal cuenta quien no quiera privar al Derecho Penal del ciudadano de su vinculación a la noción de Estado de Derecho, debiera reconocer como diverso aquello que hay que hacer contra los terroristas, es decir Derecho Penal del enemigo, guerra refrenada. En síntesis, para Jacobs el derecho penal reconoce dos polos; el trato con el ciudadano y el trato con el enemigo, en el primero se espera hasta que el ciudadano exteriorice su hecho para reaccionar; en el segundo, se intercepta al enemigo en un estadio previo.

La coacción coherentemente con lo planteado, no es hacia una persona, que no oculta pruebas ni huye, sino hacia el individuo, quien puede poner en peligro el resultado del proceso, actuando a ese respecto como un enemigo.

Jacobs supone la existencia de un orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben de tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a esas vulneraciones mediante una intervención y una pena.

1- Reacciones del planteamiento de Jacobs.

Como era de esperarse un punto de vista como el de Jacobs genera controversia y para el efecto se expondrán algunos trabajos que objetan dicha doctrina, entre ellos a Manuel Canció Meliá quien ha sido uno de los más críticos de Jacobs, en cuanto a su modelo del Derecho Penal del Enemigo, así como las argumentaciones del profesor alemán Bernd Schünemann quien deslegitimo dicha adopción para entender el derecho penal en la actualidad.

A- Manuel Canció Meliá.

Se ha referido a la expansión del Derecho Penal Moderno, esta evolución representa dos vertientes, que caracteriza bajo las denominaciones de derecho penal simbólico, y resurgir el punitivismo, considera nucleares del Derecho Penal del enemigo.

Denomina derecho penal simbólico, indica que los elementos de interacción simbólica son inherentes al derecho penal, cuyo objetivo es dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.

Al referirse a resurgir el punitivismo, busca la introducción de nuevas normas penales, que, si sean aplicadas, como la intensificación de la aplicación de las normas ya vigentes. Lo novedoso de este resurgimiento es que por primera vez parece ser transversal en el sentido de no corresponder al viejo eje de izquierda política política/demandas de descriminalización, derecha política/demandas de criminalización. Ambos no pueden ser operativamente distinguidos con nitidez, ya que toda introducción de legislación punitivista tiene inmediata incidencia en las estadísticas de la persecución criminal, sin perjuicio de lo esencial de la motivación simbólica del legislador. Las normas simbólicas pueden dar lugar a procesos penales reales. A la norma que persigue esa definición de “otro”, excluido de la identidad social, se asocia a un punitivismo incrementado. Con ambos rasgos unidos permiten entender el surgimiento del derecho penal del enemigo.

Entre los posibles enfoques críticos, en primer lugar, cabe recurrir a fundamentos externos a lo jurídico penal, en razón en la constitucionalidad; en segundo lugar, a las consideraciones fácticas en cuanto a su efectividad preventivo-policial.Canció Meliá crea una tercera esfera de cuestionamiento, en cuanto a sí el derecho

Penal del enemigo, forma parte conceptual del derecho penal moderno. Para el efecto se refiere a dos diferencias estructurales; La primera critica sostiene que el Derecho Penal del enemigo, supone una reacción internamente disfuncional, en cuanto a la función de la pena. Por lo que los comportamientos delictivos, que afectan ciertamente a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión, pero precisamente no por un riesgo fáctico, sino en un plano simbólico, en el que resulta crucial la relación entre norma y su quebrantamiento. En tal sentido sostiene que los supuestos de conducta de "enemigos", se refieren al quebrantamiento de normas que versan sobre configuraciones sociales esenciales, pero especialmente vulnerables.

Cancio Meliá hace una crítica al derecho penal del enemigo, en cuanto a que si las conductas frente a las que responde el derecho penal, afectan a elementos especialmente vulnerables de la configuración social, la respuesta jurídico penal funcional no puede estar en un cambio de paradigma, sino precisamente en una normalidad, por lo que se le debe de negar al infractor la capacidad de cuestionar los fundamentos en cuanto a amenaza, dejando fuera de su alcance dejando la posibilidad de autoexclusión en cuanto a enemigo, por ser su cualidad de persona una atribución del Estado.

B- BERND SCHÜNEMANN

Ha desarrollado una importante critica a los planteamientos de Jacobs desde el funcionalismo sistemático, en relación a la teoría del derecho penal del enemigo.

Señala que Jacobs realiza una diferenciación entre las categorías de DPE y al correspondiente a ciudadano, mostrando a ambos como modelos ideales, que en la práctica no se presentan de una manera pura, sino que están combinadas, dependiendo de las decisiones que tome el Estado.Realza los rasgos del DPE de Jacobs siendo el primero el que representa una anulación de la posición del sujeto de derecho de todos aquellos ciudadanos que hayan sido caracterizados como enemigos por algún representante estatal, dando como ejemplo a los Estados Unidos e Israel, en relación a como se han desenvuelto en Guantánamo y Palestinarespectivamente. Y señala que Jacobs sostiene que los enemigos deben ser tratados como "no personas-actuales", lo cual implica en consecuencia un trato que no diferiría con el tratamiento que debe dárseles a los animales salvajes. El Estado al hacer uso de la fuerza en esas condiciones, el reproche del análisis debe caer en él, y no en el presunto terrorista, por adoptar una decisión en este sentido para combatir este tipo de peligros, por lo que sería el propio Estado quien caería en el nivel de animal salvaje, por lo que su actuar carecería de legitimidad.

Schúnemann insta a una lucha contra enemigos basada en amenazas de penas previamente formuladas, junto con un alto rigor en la aplicación de medidas a nivel procesal penal, todo basado en la condición de enemigo que ostenta aquel que realiza este tipo de conductas (crimen organizado, narcotráfico, terroristas, entre otros), por lo que el énfasis no debe estar basado en el sujeto (enemigo según Jacobs), sino en el peligro que requiere de determinadas acciones por parte del Estado para combatirla, entre los cuales podría justificarse algunas restricciones de derechos procesales penales, o bien que el legislador eleve las penas, pero todo en un contexto de respeto por las garantías y derechos que cimientan el derecho penal.

Otro rasgo que caracteriza Schünemann es el dado por la extensión de los medios estatales de poder en el procedimiento penal, ya que dichos parámetros deben basarse en un estado de derecho, por lo que la evolución de la criminalidad organizada, no debe ser una involución en el camino recorrido y avanzado en

torno al reconocimiento de derechos y garantías en el contexto del proceso penal, por lo que el problema de modernización de la justicia penal como respuesta a una modernización del delito, por lo que la obtención de estas finalidades debe hacerse siempre desde el Estado de Derecho, del derecho penal.

Enfatiza en que en el desacierto de Jacobs entre la diferenciación entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigose establece que en el primer término si se mantiene la vigencia de la norma, en cambio en aquel enfocado en los enemigos. Se combatirían derechamente peligros, dejando de lado lo que en esencia es la tarea del derecho penal, como lo es la manera preventiva, de proteger bienes jurídicos y en consecuencia evitar peligros. Por lo que indica que la sospecha de un delito más grave justifica medidas más intensas de investigación, del mismo modo que su prueba legítima una pena más grave. Pero con un delito más grave queda siempre dotado el inculpado de derechos y recursos jurídicos propios, siempre queda como ciudadano aun cuando haya sospecha en su contra que se ha comportado como enemigo, ya que en un Estado de derecho no puede haber diferenciación entre ciudadano y enemigo como no persona.

2- Posturas a favor del Derecho Penal del enemigo.

A- Juan Ignacio Piña Rochefort

Desde una perspectiva funcional-estructuralista, elabora una defensa de la concepción del DPE de Jacobs, tomando como principales herramientas conceptuales de la teoría de sistemas de Niklas Luhman. Se enfoca en torno a la legitimidad del derecho penal del enemigo y para el efecto se centra en dos temas a) cómo se construye el DPE. Y b) Si su construcción surte efectos en el resto de las estructuras del derecho penal.

Señala que, desde la perspectiva del sistema jurídico-penal actualmente practicado, el concepto de DPE solo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-derecho penal presente en las legislaciones positivas, por ahora parte del derecho penal.

La reconfiguración opera como tal, a pesar que se busque restringir la figura de Hostis a “malhechores archimalvados”, siendo este Hostis la excepción del concepto persona, es decir, al definir persona hay que tener presente la exclusión de aquellos que identifiquen como Hostis, es decir con exclusión de la estructura del enemigo.

Pronostica lo siguiente: Si el DPE es un derecho penal de autor y no del hecho, quiere decir que nuestro derecho penal está configurando sus estructuras de imputación al autor (aunque recién asistamos al comienzo de dicho proceso). Este proceso en génesis tiene claro el lugar y rol que le corresponde al enemigo, quienes generan riesgo, ya que no ofrecen las garantías mínimas de relación cognitiva en cuanto a su comportamiento.

Concluyendo que el DPE no es un derecho penal que sea excepcional y en segundo término no es un derecho penal dirigido a no-personas. Por cuanto el aspecto principal no debe estar basado en el DPE, ya que este si ve en la práctica, ya que se ve su aplicación, por lo que es bueno plantearse que el derecho penal ordinario ha cambiado, y dentro de esto el concepto de persona ya no puede entenderse en la forma como se entendía anteriormente ya que no es de orden jurídico, sino que político.

B- Mario Schilling Fuenzalida.

El crea su obra el nuevo Derecho penal del enemigo, e indica que la expresión DPE no es una expresión diabólica del Estado autoritario como se ha querido dar a entender, ya que respeto el ordenamiento jurídico y es acorde a los derechos Humanos y al Estado de Derecho. Sintetiza el DPE en ocho premisas; El Derecho penal del ciudadano y el DPE se yuxtaponen como dos tendencias en el mismo derecho penal. El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes, puede ver en ellos personas que han cometido un error, o a individuos que hay que impedir mediante

coacción que destruyan el ordenamiento jurídico.

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. No todo delincuente es un enemigo; Los enemigos no son personas.

Schilling plasma en un derecho a la seguridad de la humanidad y sus generaciones venideras, por lo que su preocupación consiste en la construcción ética legitimadora, por el futuro de la humanidad ya que estaría circunscrita a su seguridad, entendiendo la misma como el derecho humano universal e inalienable. Por lo que los enemigos serían aquellos que logran situarse en una posición tal que mediante sus conductas puedan llevar a socavar las estructuras mismas sobre las que descansa el Estado de Derecho.

Por lo que la respuesta para los criminales, peligrosos e incorregibles, que perturben y/o impidan el ejercicio de tales derechos, puede plantearse en dos momentos: uno inmediato y otro remoto, en un tiempo inmediato no habría una respuesta satisfactoria, para repelar dichas conductas, ni el mismo DPE sería la respuesta para dichas acciones, por lo que la respuesta está en tiempo remoto ya que el Estado puede actuar ante las conductas provenientes de los enemigos, por lo que se espera que con instrumentos jurídicos eficientes, las futuras generaciones gocen de lo que se sembró con el principio de responsabilidad (del estado punitivo).

Así como utilizó el principio de responsabilidad Schilling, también utiliza la heurística del temor, esta toma de conciencia va acompañado del temor asociado a la no consecución de dicho objetivo, el temor de la destrucción del entorno y de la vida humana de manera consecuencial, resultado que se presenta del todo irreversible. El temor no debe representar inmovilidad de parte de quien la experimente, sino que, por el contrario,en base a la responsabilidad que la labor conlleva, debe constituir un acicate a la hora de intentar tal finalidad.

Schilling toma la teoría de Jonás y la lleva al mundo de la criminalidad e indica; no querremos que el crimen adquiera mayor poder incluso a límites de penetrar el Estado democrático corrompiendo a sus agentes, que las futuras generaciones se encuentren con una sociedad aún más insegura que la actual y con un Estado incapaz de protegerlos. Por lo que precisamente el temor a que la acción destructiva y acumulativa de la delincuencia siga progresando, es lo que nos sugiere a valorar más la seguridad no sólo como bien jurídico, sino también como bien moral altamente apreciado.

Schilling sostiene que el Estado para combatir aquella delincuencia asociada a delincuentes no posibles de rehabilitar, debe utilizar como medio al DPE en términos Jacobs, por cuanto constituye la principal herramienta jurídica para evitar un mal supremo.

II. Toma de Postura en Torno a la Legitimidad del DPE.

Estamos hoy en día, con mayor frecuencia, siendo testigos de la creación de leyes en sede penal que se alejan cada día más de los principios clásicos del derecho penal, los cuales se han tornado en la excepción dentro de esta técnica legislativa que lucha contra enemigos.

El planteamiento de Jacobs ha contribuido a una crítica y revisión general todavía incipientes del derecho penal actual, sus tendencias y tópicos argumentativos, los cual no debería permitir responder a la interrogante en cuanto a que si nuestra legislación penal especial, están acordes a los estándares del derecho penal o si bien las nuevas leyes penales, responden a las necesidades de combatir con rigor punitivo a los enemigos sociales.

Desde la perspectiva funcionalista de Jacobs y sus seguidores, se intenta justificar la incorporación del

concepto de enemigo como integrante del derecho penal, señalando que estaría operando en la práctica una reconfiguración del concepto de persona, y en consecuencia una reestructuración de lo que debemos entender por derecho penal. Más allá de discutir o no la lógica sistemática de reconfiguración de la estructura "persona" a partir de la estructura "enemigo", debemos de partir de la premisa que el Derecho Penal está dirigido a seres humanos.

Se requerirá algo más que la mera descripción de la existencia de tales legislaciones de lucha como para como para sostener que ellas puedan ser consideradas parte de un derecho penal en el Marco de un Estado de Derecho. Más que un derecho penal de orden liberal, estamos ante manifestaciones que son más a un derecho de policía, un Derecho en el cual se parte de la base de lo que se pretende combatir son peligros, más que hechos que afecten determinados bienes jurídicos.

La cuestión crucial radica en la demarcación irrestricta de que el derecho penal debe estar dirigido únicamente a personas/ciudadanos, titulares de derechos y garantías, y que se encuentren en una posición tal que puedan ejercer los mismos tanto a nivel procesal, ya sea a nivel netamente penal, incluso en estadios de cumplimiento de penas, esto es en sede penitenciaria.

Debemos aceptar y legitimar un DPE, implica a contrario sensu, asumir que en la otra cara de la moneda existe un derecho penal dirigido a "amigos", que queremos reflejar con esto, que la antinomia entre ciudadano/persona versus enemigos es impropia.

Si se asume que el enemigo no pierde todas las aptitudes inherentes a la estructura de persona, entonces resulta altamente caprichoso el hecho de entender que su rol es sin más de enemigo, olvidando este núcleo de persona que no se pierde incluso bajo el desenvolvimiento en el rol de enemigo, es decir perfectamente se puede sostener que aquel enemigo sigue siendo persona, de lo contrario habría que aceptar que la condición de persona, estaría sujeta a la catalogación de las conductas delictivas.

En que momento surge el enemigo y desaparece la persona, se construye la categoría de no persona, a partir de la violación del derecho penal de los ciudadanos y para infringirlos se debe ser ciudadano y persona. El derecho penal del enemigo no tiene destinatarios reales, empíricos, sino que son creados por medio de la aplicación este derecho penal, no antes.

Por lo que se rechaza la tesis de Schilling en cuanto a que su esencia responde a parámetros netamente antiliberales, por cuanto se presenta como una tesis que aboga por una cesión de garantías individuales en pos de una mayor seguridad de la sociedad, dando por hecho que el resultado de esta disminución de garantías y derechos por parte del Estado, redunda automáticamente en una mayor seguridad y paz social.

En la tesis de Schilling, el fin de la paz social y la anhelada seguridad son suficientes para legitimar un actuar estatal diferenciado entre ciudadanos y enemigos.

Por lo que la aseveración de Schilling es errónea, por cuanto asume que la seguridad es inalcanzable como tal, bastando para ello que el Estado, actúe de manera intensa reprimiendo y castigando a aquellos que no pueden ser "rehabilitados" es decir a los enemigos.

Una práctica legislativa que adelante barreras de punibilidad, que como consecuencia de ello, no rebaje de manera proporcionada las penas asociadas a esos delitos, por lo que debe crear penas más severas, por lo que posteriormente se puede darle la supresión de garantías procesales a los que realicen dichas conductas, por lo que la técnica legislativa no está garantizando el derecho penal de orden liberal, respetuoso de las garantías y derechos esenciales, en los parámetros de un Estado de Derecho.

Que se hace imposible legitimar las consecuencias del reproche sobre la base de una actitud reactiva por una falta de lealtad comunicativa, cuando este reproche se dirige a no personas, enemigos o no ciudadanos.

Por lo que se debe deslegitimar toda manifestación legislativa que vaya en disminución de derechos y garantías, ya que el principio del derecho no solamente exige el derecho a libertades subjetivas en general, sino a iguales libertades subjetivas, sólo entonces entra en juego la pretensión de legitimación del derecho positivo, aptitud que sólo será posible en medida que el modelo de coerción estatal, no destruya los motivos racionales de obediencia al derecho.

Magistrado
Nicolás Cuxil Güitz
Sala Mixta de Apelaciones, del departamento de Izabal

.

APUNTES Y ANÁLISIS SOBRELA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

I) El Análisis sobre Interpretación de la Constitución

De conformidad con los autores sobre la problemática que represente la interpretación de la constitución, sustentan el criterio de existir dos diferentes modos de pensar en la labor de interpretar la Constitución: **UNO,** indica que la labor interpretativa de la Constitución dotado de un único fin, es la averiguación del sentido de un precepto constitución VERDADERA O MEJOR, cuando no es fácil detectaro cuando una misma regla constitucional permite varias interpretaciones. En este caso, la interpretación tiende a ser más técnico y aséptico (estilizado), en la interpretación meramente académico existe la tentación de interpretar por la interpretación misma, conforme a pautas hipotéticamente neutrales y objetivos, aislados de requerimientos sectoriales, apartados de casos o situaciones concretas. **DOS**, tiene un fin suplementario,que según esa forma de interpretar la Constitución, es determinar el sentido de una cláusula de la Constitución, pero para alcanzar después otra meta, en este caso, la interpretación constitucional es neutral o comprometida. Algunos delimitan el concepto de Constitución como paso previo a la interpretación Constitucional, como en qué caso se dice que una Constitución es ESTATUA, que lo visualiza la Constitución como un cuerpo rígido, inmutable e incorrupto, compuesto por reglas ya diseñadas que cabe lealmente cumplir que esa lealtad significa la letra y el espíritu del constituyente histórico; el intérprete de la Constitución pasa a ser el ALBACEA y el apartamiento de los deseos del constituyente significa un acto de traición a la Constitución. La Constitución es un documento escrito, por tal razón, su sentido no cambia;la otra corriente se dice que la Constitución es VIVIENTE, que se califica como ficción legal o idea mística a la tesis ESTATUA, desde esta perspectiva, la Constitución es lo que el gobierno y el pueblo, que gravita en los asuntos políticos, reconocen y respetan como tal; lo que piensan que es, más no lo que ha sido, ni lo que es hoy, siempre convertido en algo diferente, que tanto las críticas como los que lo elogian y los actos realizados bajo su imperio, ayudan a convertirla como será después. La Constitución se transforma y se recrea constantemente, se nutre de conductas y creencias comunitarias en valores e ideologías que modifican continuamente su contenido;el concepto de lealtad constitucional asume en esta postura otra connotación, ser leal con la Constitución no implica ejecutar el mensaje del constituyente histórico, sino cumplir con la versión actualizada de la misma.

Luego esgrimen sobre pautas para una interpretación FUNCIONAL de la Constitución, que apunta hacia el desarrollo y desenvolvimiento de la Constitución, presupone que es UN INSTRUMENTO CONSTANTE DE GOBIERNO, que pueden desprenderse unas pautas, como: **A) LA INTERPRETACIÓN PRÁCTICA**. Se entiende que es a través de una interpretación académica o doctrinaria que pueden realizar profesores e investigadores de Derecho Constitucional; asimismo, es la interpretación que hace el juez constitucional, que es una interpretación para la aplicación de la norma constitucional y por ser una interpretación para la aplicación, la interpretación funcional debe resultar intrínsecamente práctica. La interpretación práctica quiere decir, además de ser una interpretación esencialmente profesional, ya que para el oficio del juez constitucional es una interpretación hábil para dar respuestas sensatas y provechosos

para la sociedad y para el sistema político donde se integra el juez constitucional, debe optimizar las posibilidades de la Constitución para resolver adecuadamente los problemas, más no para agudizarlos o dejarlos inconcluso. En primer momento le corresponde al legislador decidir sobre la extensión de los derechos, que se hace a través de la emisión de leyes que detallan y concretizan los mandatos constitucionales en materia de derechos fundamentales; luego será el juez constitucional el que determina;esto no significa que el juez constitucional si la interpretación están o no apegadas a lo que ordena la Constitución. Significa que el juez constitucional se convierte en el dueño de la última palabra, aunque sus sentencias raramente puedan ser controvertidos, lo que si puede cambiar es el criterio interpretativo en un órgano judicial, puede acontecer por el cambio en su integración, como consecuencia del nombramiento de nuevos miembros; también se puede dar que se presente un cambio interpretativo a través del cual se dejan atrás viejos procedimientos, dando lugar a los que en el ámbito anglosajón se conoce como OVERRULING, igualmente puede suceder que una sentencia sea duramente criticada por la opinión pública y el órgano correspondiente a la luz de tales críticas, evita reiterar un determinado criterio o apele a argumentos diferentes para ratificarlo. Al margen de los alcances que pueda tener una judicatura decidallevar hasta sus últimas consecuencias la interpretación constitucional, lo cierto es que los jueces no deberían ser los únicos y ni siquiera los más destacados intérpretes de las Constituciones; la interpretación constitucional debe correr a cargo, según Peter Haberle, de una SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES. **B) LA INTERPRETACIÓN CREATIVA**. Aunque algunos devotos de la doctrina de la Constitución ESTATUA o de la Constitución TESTAMENTARIA, insisten en el rol REPETIDOR OEFECTIVIZADOR del mensaje del constituyente histórico por parte del juez constitucional, conviene destacar que inevitablemente éste tendrá que ejercer un papen innovador o creativo, porque de modo inexorable tocará esclarecer, desenvolver, compatibilizar, integrar y hasta adaptar a la Constitución. 1**) EN PRIMER LUGAR**, si una norma Constitucional presente dudas, cada una de esas variables interpretativas, es una norma distinta; cuando el juez constitucional escoge de entre esas posibles interpretaciones a la que entiende mejor, lo que hace es un acto creativode opinión constituyente para lo que decide cuál es la interpretación válida y deshecha a las demás. **2) EN SEGUNDO LUGAR**, si la disposición constitucional es clara o relativamente clara, el juez constitucional tendrá de todos modos que desplegarla en los casos a decidir captando situaciones fácticas no imaginadas por el constituyente histórico, que implica una labor de desarrollo constitucional, no siempre fácil de cumplir exitosamente, en donde el juez fija la extensión, los límites y la profundidad del precepto de la Constitución. Ese papel de desenvolvimiento constitucionales significativo con motivos de las CLÁUSULAS PROGRESIVAS O ABIERTAS que tiene la Constitución; el juez constitucional tendrá que actualizar permanentemente el concepto de PENA CRUEL, recurriendo a datos extra constitucionales, con el fin de cumplir con la Constitución. Dentro de las cláusulas abiertas de una Constitución, la más productiva es la de los derechos no enumerados o implícitos, al estilo de la enmienda IX de la Constitución Norte Americana o del artículo 33 de la Argentina, ésta da rango constitucional a los derechos no enumerados pero nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, en la Convención Constituyente se declaró que eran entre otros, los derechos naturales del hombre y de las sociedades, previos y superiores a cualquier constitución positiva. **3) EN TERCER LUGAR**, cuando la Constitución adolece de redundancias o de contradicciones normativas o ideológicas, el juez constitucional tendrá primero que intentar compatibilizar tales incoherencias y de no poder hacerlo honestamente, deberá optar por la primacía de un tramo de la Constitución sobre el otro, es una opción de naturaleza materialmente constituyente.**4) EN CUARTO LUGAR**, en el caso de las lagunas constitucionales, en el mercado jurídico, el rol creativo del juez constitucional se acentúan, dado que al no poder de fallar, tendrá que elaborar la norma faltante mediante el procedimiento de INTEGRACIÓN, hipótesis en la que actúa como una especia de constituyente suplente. **5) EN QUINTO LUGAR**,el juez constitucional tendrá que concretar continuos ejercicios de adaptación de la Constitución, tanto respecto a los nuevos contextos de vida como a la variación de las creencias sociales. Esa misión adaptativa de la constitución a las nuevas realidades fue anunciada ya en 1823 al señalar que la Constitución está destinada a perdurar en las eras futuras y por consiguiente, se

tiene que adaptar a las diferentes crisis de los asuntos humanos. **C) LA INTERPRETACIÓN PREVISORA**. Esta variable exegética propone DOS MOMENTOS en la interpretación, en EL PRIMERO el intérprete operador detecta la norma constitucional con la que decide el caso; en EL SEGUNDO, confronta su PRODUCTO INTERPRETATIVO con la dimensión existencial o fáctica del derecho, a fin de VERIFICAR LAS CONSECUENCIAS O MEDIR LOS RESULTADOS, si el test sale exitoso, continúa el procesode funcionamiento de la norma constitucional y aplica el producto interpretativo descubierto o elaborado; pero si el test es negativo por la desvaliosidad del producto, el juez del caso deberá recomendar su tarea exegética hasta encontrar un producto interpretativo adecuado. **D) LA INTERPRETACIÓN POLÍTICA**. Esta expresión se presta para malos entendidos, por cuanto se puede entender como interpretación PARTIDISTA, que en particular, prescribe al partido político en el poder; la interpretación funcional de la Constitución es y debe ser POLÍTICA, PRIMERO en el sentido de POLÍTICA ARQUITECTÓNICA al definir a la Constitución-instrumento de gobierno, al efectivizarla al graduar y delimitarla competencia del Estado y armonizar con las de los particulares y además, al tener el juez constitucional que dirimir los conflictos entre los poderes del Estado. Pero aparte de lo anterior, la interpretación constitucional tiene el encargo de proteger la supremacía de la Constitución, oficio que encarna un doble cometido, tutelar la SUPREMACÍA NORMATIVA y la SUPREMACÍA IDEOLÓGICA, ya que las sentencias del juez constitucional debe afirmar los principios, los valores y la doctrina política de aquélla, así como reprimir y los contrabandos ideólogos que puedan perpetrar los poderes constituidos; en definitiva, la custodia de la supremacía ideológica de la Constitución es tal vez más trascendente que la defensa de la supremacía normativa, ya que cada cláusula o precepto de la Constitución puede ser entendido de modo diferente según la clave ideológica que se maneja. Hay otros dos aspectos de los roles políticos del juez constitucional; uno, su acción como operador de la Constitución al tener que definir de modo permanente los conflictos entre los valores y los derechos constitucionales como ejemplo entre la Libertad y el Poder o entre Derecho y Derechos; la función demanda una prudencia muy particular, de alta política, en aras de hacer funcionar un difícil balance de bienes constitucionales. El otro aspecto hace a la necesidad que el juez constitucional brinde en sus fallos respuestas jurídicas SISTÉMICOS que flexibilizan al régimen programado por la Constitución y lo tornenexitoso. La sustentación del sistema político por el juez constitucional es decisiva para la persistencia útil de aquéle incide en el contenido de los pronunciamientos de la magistratura constitucional; la que debe pensar al resolver un conflicto, tanto en los intereses globales del sistema en el que se halla insertado.

II) Las Fronteras de la Interpretación Constitucional.

Se ha dicho qué puede hacer la interpretación constitucional como herramienta en manos del juez constitucional, pero sería bueno pensar en los límites a esa tarea, como regla se puedepensar que el juez constitucional operador del sistema constitucional, es independiente porque está bajo el poder constituyente; también sobre él pasa el principio de supremacía constitucional, ensu doble vertiente de SUPREMACÍA NORMATIVA y de SUPREMACÍA IDEOLÓGICA, se trata de un poder constituido. El problema de los topes del juez constitucional es que a él le toca definir cuál es la supremacía normativa y cuál es la supremacía ideológica de la Constitución, es el custodio de la Constitución y quien dice en última instancia qué es lo que dice la Constitución, en este contexto, la tentación del desborde puede ser muy seductor y algunas veces casi irreprimible; no obstante, es de interés constatar que los órganos de la magistratura constitucional han sido por lo común cautos en esta cuestión y si han pecado de algo, ha sido más de timidez que de excusa en el trabajo de desplegar la Constitución, aunque incidentalmente existen algunos casos de excentricidad o travesuras constitucionales, DE LOS PASOS FRONTERIZOS. En este caso, el jurista puede detectar que las fronteras de la interpretación de la constitución no siempre están bien amojonados, incluso hay pasos fronterizos hacia territorio extraconstitucional, lo que no siempre quiere significar zonas inconstitucionales; algunos de esos pasos son: **A) EL PASAJE CONSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN**. A veces es el constituyente quien da al juez constitucional un grado de autonomía tal que pareceemanciparlo de los topes habituales de la supremacía constitucional, uncaso particular, es el de las lagunas constitucionales, que de vez en cuando

son enormes, en ese supuesto, la omisión del constituyente es una invitación para que el juez constitucionalelabore la norma faltante; en esa tarea, el juez tiene también ciertas limitaciones pero es evidente que hay un vacío constitucional, en esa misma medida existe una brecha en los límites a la acción del juez constitucional, la brecha se presenta cuando la Constitución enuncia CLÁUSULA ABIERTA a determinar y precisar por el juez constitucional o cuando la Constitución tiene dos preceptos contradictorios, hipótesis en la que el juez podrá preferir uno u otro o estimar que ambos se neutralizan y hay laguna, ambos casos son ejemplo de una emancipación del juez constitucional respecto del poder constituyente, en el sentido que será él quien actuará como poder constituyente, ya por encargo, ya por omisión, ya por incoherencia del poder constituyente formal. **B) EL PASAJE DE LA LEGITIMIDAD**. Esta brecha se presenta cuando la Constitución tiene una cláusula tan ilegítima que no se debe cumplir, produciendo lo que se llama LAGUNA JURÍDICA DIKELÓGICA o se prefiere axiológica; estas lagunas dikelógicas son raras, porque generalmente el constituyente se cuida de enunciar reglas que aparezcan como ilegítimas en la vitrina del derecho comparado; pero ocasionalmente sí las hay y desobligan al juez constitucional cumplir con la regla ilegítima del caso. **C) EL PASAJE DE LA TRANSFORMACIÓN**. Es un paso fronterizo frecuente en constituciones de tiempo antiguo, pero tampoco falta en las nuevas, se abre cuando las circunstancias fácticas cambian de tal modo o las creencias sociales sufren un vuelco tan significativo que la norma constitucional no se puede cumplir del modo programado por el constituyente, lo que puede llevar al juez constitucional a adicionar o restar algo al precepto constitucional o a sustituirlo por otro de contenido diferente, aunque el texto permanezca literalmente incólume. **D) EL PASAJE SUPRANACIONAL.** En este caso, si la Constitución local está simultáneamente normado por documento internacional, el juez constitucional podrá interpretarlo no solamente en el contexto del derecho nacional sino también bajo las pautas del derecho internacional, que en última instancia tienden a ser las definitivas, atento la imposibilidad del Estado de cumplir compromisos internacionales alegando reglas del derecho local. Es particularmente en cuanto a derechos humanos, generalmente enunciados en la Constitución, pero repetidos o ampliados en documentos internacionales que ocasionalmente generan asimismo una autoridad judicial supranacional, como es el caso del **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA** y la **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. La Corte Suprema de jueces argentina ha concluido que la jurisprudencia de la CORTE INTERAMERICANA debe servir de guía para la interpretación de los derechos descriptos en el Pacto, de tal modo que si hubiere en cuenta un derecho humano un conflicto entre el constituyente nacional y la CORTE INTERAMERICANA, la sumisión del juez constitucional argentino al poder constituyente local podría hallarse en entredicho, idéntico problema surgiría si la constitución nacional regula un derecho humano de modo diferente al del instrumento supranacional. **LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD** patrocinada por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, conduce a pesar de todoa la supremacía de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y a la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre ella, por encima del derecho local, aún el constitucional. **E) EL PASAJE DE LA NECESIDAD**. En este caso, el juez Constitucional ante hipótesis terminales de imposibilidad material o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, es factible que sal da de los márgenes de ésta y acepta reglas de derecho de necesidad no siempre acordes con la diagramación constitucional; algunas veces el texto constitucional contiene reglas suficientes para enfrentar idóneamente un estado de necesidad, también es cierto que en otras, esas reglas ya están construidas por el derecho consuetudinario constitucional. En los dos supuestos, no hay evasión de la constitución porque no hay oposición entre la regla requerida por la necesidad y la Constitución; es de recordar que en ciertos momentos, el poder arguye falsa situación de estado de necesidad para adoptar medidasanticonstitucionales en cuyo caso le toca al juez constitucional evaluar ese estado de necesidad espurio, excepcionalmente puede ocurrir queel estado de necesidad sea genuino al entrar en juego la supervivencia del Estado o el caos social y en tal momento la Constitución no brinda una respuesta suficiente para la

Constitución o que tenga respuesta, pero sea contraproducente a tal fin. En conclusión, el problema de la sumisión del juez constitucional al poder constituyente nunca tendrá una respuesta clara, dejando de lado los supuestos, desde luego negativos aunque felizmente no tan habituales, de que el juez quiera transgredir a la Constitución, existen muchas hipótesis en las que no estará estrictamente ceñido en su trabajo, por el principio de supremacía constitucional.

La tesis sobre la especialidad de la interpretación de la constitución, puede tener dos formas distintas; puede asumir la forma de una tesis descriptiva o de una tesis prescriptiva. **LA TESIS DESCRIPTIVA**, mediante la cual se puede hacer hipótesis que el hecho de la interpretación constitucional se diferencia de la interpretación de la Ley bajo tres distintos perfiles: **A)** LOS INTÉRPRETES; **B)** LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS Y **C)** LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN. Es decir, puede que la constitución, a diferencia de las demás leyes, se encuentre sujeto no a la interpretación judicial sino a la interpretación de otro agente. Se puede dar que en la interpretación de la constitución sea comúnmente adoptados técnicas de interpretación específicas, diferentes de la que se utilizan para la interpretación de las Leyes. Dos técnicas son característicos de la interpretación constitucional: LA CONCRETIZACIÓN Y LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS. **LA TESIS PRESCRIPTIVA,** todos los discursos sobre la especialidad de la interpretación constitucional son discursos prescriptivos. Suelen ser oscuros e inconclusivos, los textos constitucionales, algunos consideran que son diferentes de cualquier otro texto jurídico, porque no se limitan a formular reglas, sino que se proclaman valores, establecen principios, designan programas políticos a los Legisladores y a los gobernantes. La expresión de valores, principios y programas políticos no exclusivos de los textos constitucionales. Los Principios y valores, pueden también ser formulados por las leyes ordinarias, como usualmente sucede. En la mayor parte de los países europeos, muchos principios generales y valores fundamentales del ordenamiento jurídico se encuentran depositados en los códigos civiles, como la autonomía de la voluntad o contractual o también en los Códigos Penales, con el principio de legalidad. Los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto normativo por su objetivo: Las normas constitucionales regulan en última instancia, Relaciones Políticas entre órganos del Estado, entre Estado y Ciudadanos, indirectamente entre los partidos. La tesis prescriptiva se presta para un fácil contraargumento esencialmente político, aun admitiendo que las relaciones políticas cambian y por ende, exigen una regulación siempre nueva, los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por la vía interpretativa, la adaptación de la Constitución a la realidad es el trabajo de la enmienda constitucional, no de la interpretación, otros aun sostienen que los textos constitucionales, a diferencia de las leyes, se promulgan para durar un largo tiempo, se dirigen para dotar de una organización estable para los poderes públicos así como a las relaciones entre Estado y ciudadano, además, son difíciles de enmendar o sustituirlos. Por lo tanto, deben ser interpretados de modo que se puedan adaptar a los cambios de la sociedad, incluso en ausencia de enmiendas constitucionales.

Los intérpretes de la Constitución, es entendible que cualquiera puede interpretar la Constitución, que lo puede hacer un Juez, un Abogado, un Ciudadano común y cualquier persona entendible. No obstante, cuando se pregunta por los intérpretes de la Constitución, se busca identificar a sus intérpretes privilegiados, los sujetos cuya interpretación es auténtica en el sentido que cuenta o produce efectos jurídicos. Los intérpretes auténticos de todo texto normativo son los órganos competentes para aplicarlos, como lo son aquellos competentes para aplicarlos en última instancias, es decir, aquellos cuyas decisiones interpretativas no pueden ser contradichas o no revocables por nadie. Las leyes y los reglamentos son aplicados por la administración pública y en último análisis, por los jueces; por otra parte, del contenido de la Constitución, hay Constitución que se limita a diseñar la forma del Estado, a regular la organización de los poderes estatales y la Constitución que también contiene disposiciones sustanciales, una declaración de los derechos o de las disposiciones teleológicas que formulan principios y programas políticos. En cuanto a las garantías jurisdiccionales de la constitución, se debe distinguir entre las Constituciones flexibles o rígidas, que no prevén control jurisdiccional

sobre la legitimidad constitucional las leyes. Las Constituciones rígidas que prevén tal control como del resto de las constituciones contemporáneas, la rigidez constitucional y garantía jurisdiccional de la Constitución, no necesariamente forman dicotomía; la rigidez es condición necesaria de garantías, pero no suficiente;en algunas Constituciones, el tribunal constitucional es competente para juzgar, además de las leyes de la legitimidad constitucional de las leyes, también los conflictos jurisdiccionales, en tales condiciones, también las normas de organización son susceptibles de aplicación jurisdiccional, no por parte de cualquier juez, sino sólo por parte del juez constitucional. Si el control sobre leyes es concentrado, entonces sólo el tribunal constitucional es intérprete auténtico en última instancia de las normas constitucionales;las normas son interpretadas también por el legislador en el momento en que aprueba una ley, pero el tribunal constitucional tiene el poder de contradecir y de derogar la interpretación del legislador, declarando la ilegitimidad constitucional de aquella ley. La interpretación del tribunal constitucional no puede ser anulada por nadie. Además hay que advertir que la misma enmienda constitucional no siempre logra anular la decisión del tribunal constitucional; sucede en algunos ordenamientos, que el tribunal constitucional se considera competente para juzgar, paradójicamente, la legitimidad constitucional bajo las mismas leyes de enmienda constitucional. Por el contrario si el control sobre leyes es difuso, en principio, todo juez es competente para aplicar las normas constitucionales en cuestión; sin embargo, el control difuso se combina con el principio del precedente vinculante vertical del commonlaw, como sucede en los Estados Unidos, la Corte suprema dispone prácticamente del mismo poder que el de un tribunal constitucional, aun así, en principio una decisión suya de ilegitimidad constitucional produce sólo efectos inter partes, validos sólo para la controversia específica sobre la cual se pronuncia interpretación de la Constitución, es al mismo tiempo vinculante para los jueces inferiores, que también estan obligados a considerar inconstitucional la ley declarada asi, por parte de la Corte Suprema.

La concepción de la Corte, la concepción clásica de la Constitución como límite del poder político, con el propósito de proteger las libertades de los ciudadanos y la concepción moderna, de la función de la Constitución es organizar a la sociedad civil y no solamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, la concepción clásica de la Constitución como límite del poder político implica la idea de que las normas constitucionales se dirigen sólo a los órganos del Estado, que ejercen las funciones políticas, que implica, además, la idea de que las normas constitucionales sustanciales regulan solo las relaciones verticales entre Estado y ciudadano y nunca las relaciones horizontales entre ciudadanos, en otras palabras, excluye en línea de principio que las normas constitucionales pueden ser aplicadas por los jueces para resolver las controversias inter privadas, es decir, aquellas entre individuos particulares, contrariamente, la llamada moderna de la constitución, contiene un proyecto de sociedad justa, favorece evidentemente la aplicación directa por parte de cualquier juez en cualquier controversia, como por ejemplo, la Constitución proclamada en derecho inviolable a la salud, el juez civil acepta una demanda de resarcimiento por un daño biológico o incluso, en cuando a lesiones de un derecho constitucional, si se encuentra expresamente previsto, incluido expresamente en el código civil. Este concepto se difunde en el pensamiento jurídico occidental, tiene su argumento en el contenido de muchas constituciones contemporáneas, sobre todo en las posteriores a la segunda guerra mundial, que junto a las normas de la organización política del Estado, incluye principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples concretizaciones. La constitucionalización del ordenamiento jurídico puede ser utilizado por tres significados; primer sentido, posiblemente el significado intuitivo más común, se puede hablar de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento anteriormente no lo tenía; en segundo sentido, se habla de Constitución para referirse a aquel proceso histórico cultural que ha transformado en relación jurídica la relación existente entre los detentadores del poder político y las personas sujetas a tal poder, este fenómeno es diferente del precedente, dado que no siempre el proceso en cuestión se ha resuelto en una codificación constitucional, en la adopción de una Constitución escrita; en tercer sentido, se habla de constitucionalización para dar a entender ese proceso de trasformación de un ordenamiento jurídico, al final del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales, un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente

penetrante, invasiva, desbordante. La práctica interpretativa de la Constitucionalista y de los tribunales constitucionales, resulta evidente que la tesis de la especialidad metodológica de la interpretación constitucional, en cuanto a la tesis descriptiva, es absolutamente infundada, falsa. En la interpretación de la Constitución comúnmente se utiliza exactamente los mismos métodos que se usan en la interpretación de la ley, con la única excepción de la interpretación llamada adecuadora o conforme, la cual consiste en atribuir a un texto normativo un significado compatible con el de una norma material o axiológicamente superior; la interpretación adecuadora no es practicable sobre el texto constitucional por la razón que no se presenten normas material o axiológicamente superiores a las normas constitucionales. Sin embargo, es innegable que la concretización y la ponderación de principios, de la que se habla son técnicas características aunque no excluyentes de la interpretación constitucional, altamente entendida; sin embargo, ni un ni otra de estas dos operaciones son propiamente actividades interpretativas en sentido estricto, dado que una cosa es decir el significado de una disposición que manifiesta un principio, la interpretación propiamente, otra cosa es concretizar el principio mismo, construir normas inexpresas, otra cosa aún es balancearlo con otros principios para elegir el principio aplicable en presencia de un conflicto entre diferentes principios.

EL VOCABLO INTERPRETACIÓN se suele hacer referencia a la atribución del significado a un texto normativo o bien a la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto, debemos por tanto distinguir entre **A) LA INTERPRETACIÓN EN ABSTRACTO**, que consiste en identificar el contenido de significado, el contenido normativo expresado por un texto normativo sin referencia a algún supuesto de hecho concreto; **B) LA INTERPRETACIÓN EN CONCRETO**, consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto, los dos tipos de interpretaciones responden a dos tipos de indeterminación del derecho, el derecho es doblemente indeterminado. No obstante existe lo EQUÍVOCO DE LOS TEXTOS NORMATIVOS, en primer lugar es indeterminado el sistema jurídico en el sentido que no se sabe cuáles normas están en vigor, a veces un texto normativo es ambiguo, es necesario subrayar que lo equívoco de los textos normativos no depende solamente de ciertos defectos objetivos en su formulación, sino también de otras cuestiones, en particular, la multiplicidad de métodos interpretativos y la dogmática jurídica, en la mayor parte de los casos un enunciado normativo expresa significados diversos según sea examinado por uno u otro método interpretativo, así todo intérprete se acerca a los textos normativos provisto de una serie de presuposiciones teóricas, que fatalmente condiciona su interpretación, tales presuposiciones no son más que las construcciones dogmáticas elaboradas por los juristas antes de la interpretación de cualquier enunciado normativo específico. Luego de la SEGUNDA AMBIGÜEDAD DE INTERPRETACIÓN, con ese vocablo se hace referencia en algunas ocasiones a un acto de conocimiento, en otras a un acto de decisión y en otras más a un acto de creación normativa, por lo tanto, se debe distinguir entre: LA INTERPRETACIÓN COGNITIVA, que consiste en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo sin escoger alguno de ellos; LA INTERPRETACIÓN DECISORIA, que consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados por medio de la interpretación cognitiva, descartando los demás; LA INTERPRETACIÓN CREATIVA, consiste en atribuir a un texto un significado nuevo o en recabardel texto de las normas llamadas IMPLÍCITAS, a través de medios pseudo lógicos; la interpretación cognitiva es una operación puramente científica, que carece de cualquier efecto práctico, mientras que la interpretación decisoria y la interpretación creativa son operaciones POLÍTICAS que pueden ser realizados tanto por un jurista, como por un órgano de aplicación; la única diferencia importante es que sólo la interpretación realizada por un órgano aplicador es AUTÉNTICA, es decir, está provisto de consecuencias jurídicas.

III) De las Técnicas de Interpretación Constitucional.

Una técnica de interpretación consiste en un procedimiento que parte de un enunciado normativo para llegar a un significado o sea a una norma, el procedimiento puede ser considerado ya sea como procedimiento intelectual, que tiene lugar en la mente del intérprete, ya sea como discurso, el discurso PÚBLICO mediante el cual el intérprete ofrece unos argumentos para sostener la interpretación elegida, este discurso es la única cosa susceptible

de análisis tanto empírico como lógico. LA ARGUMENTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN, la conclusión de la interpretación es una tesis interpretativa, el argumento exige a su vez otros argumentos, no se podría argumentar la tesis según el cual era intención del legislador expresar la norma, en relación con el principio metodológico hay que hacer una observación que todos los principios metodológicos de la interpretación son directivas derrotables; es decir, todos admiten excepción que no se pueden enumerar de forma anticipada, además para cada principio metodológico siempre es posible encontrar un principio opuesto que conduciría hacia una conclusión interpretativo diferente; por otra parte, la elección entre principio metodológico alternativos no admite un argumento estrictamente JURÍDICO, la elección sólo puede sostenerse con argumentos LATO SENSU políticos, por ejemplo la certeza del derecho, la deferencia hacia el legislador democrático. Un análisis completo y detallado de las técnicas de la interpretación constitucional, en este contexto, estaría fuera de lugar; sin embargo, no es inútil ofrecer al menos alguna indicación en general: **1) LA INTERPRETACIÓN LITERAL.** Se interpreta el texto constitucional a la letra, la interpretación literal consiste en atribuirle a un enunciado normativo su significado PRIMA FACIE o sea, el más inmediato o intuitivo, el que corresponde a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. **2) EL ARGUMENTO A CONTRARIO**. Para justificar una interpretación literal se utiliza con frecuencia el argumento A CONTRARIO, UBILEXVOULUIT DIXIT, UBITACUITMOLUIT,este argumento se presenta en dos variantes muy diversas, la primera variante el argumento A CONTRARIO, la constitución sólo habla de ciudadanos, no menciona ni siquiera a los extranjeros, permite concluir que la constitución se limita a otorgar el derecho en cuestión a los ciudadanos, sin decir nada a propósito de los extranjeros inmigrantes, en este caso, la constitución tiene una laguna. La segunda variante e argumento A CONTRARIO, EXPRESSIOUNIUSESTEXCLUSIOALTERIUS,permite concluirque la constitución otorgando derechos a los ciudadanos, niega los derechos a los extranjeros. **3) LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONSTITUYENTES**. Es de los padres fundadores, algunas veces hacer referencia a la intención de los constituyentes es otra forma de interpretación ORIGINALISTA, la intención subjetiva de los constituyentes se identifica utilizando los trabajos preparatorios, por otro lado, el argumento de la intención de la autoridad normativa puede usarse en muchos modos distintos. **4) LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA Y EL ARGUMENTO DE LA DISOCIACIÓN**. Se interpreta el texto de modo RESTRICTIVO, eso es, se excluye de su campo de aplicación ciertos supuestos concretos que según la interpretación literal, deberían formar parte del mismo. Para justificar una interpretación restrictiva se usa el argumento de la DISOCIACIÓN, que consiste en distinguir con referencia a la clase de supuesto previsto por el texto normativo. **5) LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA**. Se interpreta el texto constitucional de manera EXTENSIVA, que es incluir en su campo de aplicación algunos supuestos concretos que, interpretando a la letra, no entrarían dentro del mismo; se justifica la interpretación extensiva esencialmente mediante la analogía o sea, la semejanza, se reúnen en la misma clasetanto os supuestos expresamente previstos, como los supuestos no previstos por el texto en su tenor literal. **6)LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA**.Se interpreta el texto constitucional en modo SISTEMÁTICO, lo que significa, simplemente, que se defiende la interpretación elegida aduciendo el supuesto carácter SISTEMÁTICO, del derecho en general o de la constitución en particular, se llama así a cualquier interpretación que consiste en decidir el significado de una disposición a la luz de otras disposiciones sobre la base de la presunción de que el derecho es una totalidad consistente y coherente.

Actividades

El 11 de noviembre del año en curso se suscribió en la Sala de Vistas de la Corte Suprema de Justicia un Convenio de colaboración académica entre el Instituto de Magistrados del Organismo Judicial, con el Colegio de Abogados de la República de Guatemala, para el efecto se tuvo el honor de contar con la presencia del magistrado de la Corte Suprema de Justicia Reginaldo Manuel Duarte Barrera quien fungió como testigo de honor en dicho convenio. 2021-2022.

La Junta Directiva del Instituto de Magistrados, mensualmente realiza sesiones con el objeto de organizar las asambleas ordinarias, discutir y resolver los asuntos legales de su competencia, así como para resolver las necesidades de sus agremiados, para el efecto cada uno de sus integrantes sufraga sus propios gastos, con el propósito de respetar los fondos propios del Instituto.

El Instituto de Magistrados entre su atribuciones tiene la de proyección social, a través de el apoyo que brinda a las comunidades, instituciones no gubernamentales, asociaciones no lucrativas y fundaciones, mediante las cuales sus agremiados colaboran económicamente en la medida de sus posibilidades, con el objeto de retribuirle a la sociedad su apoyo a fin de crear y mantener la conciencia social de los magistrados, como en el presente caso se está apoyando a los niños discapacitados de Santiago Atitlán para comprarles juguetes para navidad.

El 18 de agosto del presente año, se presentó la Junta Directiva del Instituto de Magistrados, ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de intercambiar opiniones y hacer la presentación oficial de la nueva Junta Directiva.

El 20 de septiembre del 2021, en un restaurante de la zona 9, se llevó a cabo la Asamblea General Ordinaria, en forma Hibrida, para el efecto se contó con la presencia del Dr. Jorge Luis Torres Henríquez, Médico Psiquiatra del Hospital Nacional de Salud Mental “Dr. Federico Mora”, impartió la conferencia “Las secuelas emocionales post Covid-19”.

Desarrollo de la Asamblea General Ordinaria de magistrados, se contó con la presencia de invitados especiales, de la unidad de Comunicación Social, quienes gustosamente compartieron una charla sobre la importancia de la página web para el Instituto de Magistrados.

Durante las Asambleas Generales Ordinarias se ha contado con la participación de distintas personalidades, profesionales, funcionarios e Instituciones que han impartido sus conocimientos y experiencias en cada oportunidad, en el presente caso, tuvimos la participación del licenciado Fredi Nohé Calderón Albizurez de la Secretaria de Comunicación Social y Protocolo del Organismo Judicial

El 25 de junio del presente año fue electa en Asamblea General Extraordinaria, en la Sala de Vistas del Palacio de Justicia, la Junta Directiva del Instituto de Magistrados para el período 2021-2022.

El 9 de julio del presente año, en un hotel capitalino se llevó a cabo la toma de posesión de la Junta Directiva del Instituto de Magistrados, para el efecto se contó con la participación de los honorables magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo Electoral.

Mensualmente se realizan Asambleas Ordinarias, para poner en conocimiento de los agremiados temas referentes y de importancia para el Instituto de magistrados y para el efecto tomando en consideración la pandemia del Covid 19, se toman en cuenta las medidas de protocolo y aforo estipuladas por el Ministerio de Salud Pública, razón por la cual las mismas se llevan en forma semipresencial, toda vez que también se cuenta para la misma con medios informáticos de comunicación, para que la misma sea hibrida.

“Pasaste por nuestras vidas como un estrella fugaz,
pero tu brillo vivirá siempre en nuestros corazones”.

En memoria de nuestros amigos y compañeros:

Magistrado Carlos Antonio Aguilar Revolorio
Sala Mixta de la Corte de Apelaciones de Escuintla

Magistrado Marwin Eduardo Herrera Solares
Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil de Guatemala

Magistrada Rosa Herlinda Acevedo Nolasco
Sala Segunda Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil de Guatemala

Magistrado Victor Armando De León Morente
Sala Regional Mixta de la Apelaciones de Zacapa

IONES DE ZACAPA

Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones

6ª. avenida 4-83
Edificio Torre Marfil, Zona 10

(502) 2290 5572

imagistrados@oj.gob.gt
https://imagistrados.com.gt