



Revista Jurídica Dr. Mariano Gálvez

CAPÍTULO 1

La jurisprudencia como fuente de derecho en Guatemala

Pablo Andrés Bonilla Hernández



Revista Jurídica **Dr. Mariano Gálvez**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Mariano Gálvez de Guatemala

Campus Central 3a. Avenida 9-00 zona 2,
Interior Finca El Zapote
Ciudad de Guatemala, Guatemala, C.A.
www.umg.edu.gt

Autoridades Universitarias

Rector: Dr. Alvaro Torres Moss
Decano: M.a. Luis Antonio Ruano Castillo
Directora Posgrados en Derecho: Dra. Mirna Valenzuela

Número 1
Enero-Junio 2020 -Edición de Lanzamiento-
Guatemala, julio de 2020
ISSN: 2709-0655

Los contenidos de la presente publicación buscan expandir el debate académico y, como tal, algunos artículos podrían ser polémicos y explorar temas desde perspectivas disruptoras. En todo caso la Universidad Mariano Gálvez y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales no son responsables por las opiniones emitidas por los autores de los artículos. Todo el material de la Revista puede ser usado gratuitamente siempre que se solicite permiso por escrito y se hagan las citas correspondientes.

Distribución sin fines de lucro.

Diseño e impresión:

Editorial

**Servi
prensa**

3a. avenida 14-62, zona 1
PBX: (502) 2245-8888
www.serviprensa.com

Portada y Diagramación: Maite Sánchez
Revisión de textos: Jaime Bran

Este documento fue impreso en agosto de 2020.
La publicación consta de 1000 ejemplares en papel couché 80 gramos.

Consejo Editorial

Decano y Presidente del Consejo	Ma. Luis Antonio Ruano Castillo
Directora de Maestrías en Derecho	Dra. Mirna Lubet Valenzuela
Director de la Revista y Editor Jefe	Dr. Mario René Mancilla Barillas
Profesor titular de la licenciatura/ Secretario del Consejo	Ma. Rodolfo Godoy

Consejo Científico

M.Sc. Pablo Bonilla
Dr. Saúl González
Dr. José Antonio Gracias González
Ma. Karla Troccoli
Ma. Verónica Galicia
Ma. Claudia Leticia Yol
Ma. Rodolfo Godoy
Ma. Elia Herrera
Ma. Lucrecia Ortíz
Dra. Ana Marina Pimentel

Autoría, intercambio y distribución

La Revista Jurídica Dr. Mariano Gálvez es la publicación académica oficial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mariano Gálvez, sin embargo solo los autores son responsables de las opiniones, doctrinas o afirmaciones que realicen en sus aportes a la Revista.

La Revista está abierta a los intercambios con otras publicaciones científicas. Si está interesado en intercambios por favor escriba a mmancillab@miumg.edu.gt

La Revista Jurídica Dr. Mariano Gálvez se distribuye en formato impreso y en formato digital disponible en derecho.umg.edu.gt

La jurisprudencia como fuente de derecho en Guatemala

Pablo Andrés Bonilla Hernández¹

Introducción

Hoy día parece bastante obvio asignarle valor a la jurisprudencia como fuente del derecho. Desde la perspectiva doctrinaria el tema dista de ser novedoso y ya desde hace varios siglos atrás, distintos tratadistas han abordado el tema, algunos considerando que el juez debe tener un papel principal en la construcción del derecho, y otros han preferido atribuir al juez un rol más modesto al concebirle como un mero encargado de pronunciar no más sino aquello que la ley establece.

La presente investigación surge dado que en Guatemala la temática ha sido escasamente abordada por la doctrina. Sin embargo, parece insostenible seguir guardando silencio al respecto, sobre todo porque en la coyuntura actual, en nuestro país cada día más se visibiliza, palpa y critica negativamente el rol o responsabilidad que merece la función asignada a los altos tribunales y cortes, sobre todo derivado de los efectos que irradia a todo el sistema de justicia (y aún sobre los propios poderes del Estado y sus ciudadanos) los diversos fallos que van generando precedentes que se convierten eventualmente en jurisprudencia obligatoria.

Frente a ello, el abogado no puede quedar indiferente. Por un lado, si bien para dicho profesional será fundamental identificar y comprender la principal jurisprudencia aplicable a un caso concreto según el área que le interese (ello sin duda le asegurará cierto nivel de éxito), conocer, manejar y anticipar la principal jurisprudencia obligatoria emitida por las altas cortes solo es lo más obvio. Empero, el problema no radica ahí, sino –siguiendo un orden lógico– pasa en primer lugar por la comprensión y cuestionamiento respecto a la forma en cómo se debe “fabricar” o “modular” la experiencia jurídica a través precisamente de la jurisprudencia, y desde luego, el entendimiento de su configuración a partir de su construcción legal.

En este sentido, partimos del supuesto que el derecho hoy día no es solo una simple norma jurídica positiva, sino también un hecho social o valor cuyo descubrimiento (y constante redescubrimiento)

¹ Abogado y Notario. Catedrático universitario. Universidad de San Carlos de Guatemala y Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Una primera versión de esta investigación fue publicada bajo el título de “El sistema jurisprudencial en Guatemala” en la obra colectiva denominada “Sistemas Jurisprudenciales en América y Europa” coordinada por el Instituto Tecnológico de Monterrey, México, 2017. Editorial Tirant Lo Branch.

compete en última instancia al juez, quien tiene la carga de captarlo, expresarlo y argumentarlo adecuadamente por conducto de sus resoluciones. Ello, nos lleva a una realidad evidente, la cual ya expresaba Philipp Heck en su tiempo, el derecho hoy día realmente importante para la vida será aquel que se expresa en la sentencia judicial ya que es este el que da al derecho su valor real y se alcanza por medio del juez (1961, pág. 35).

Esto último por supuesto, conduce a un camino bastante espinoso cuya discusión no parece aún estar del todo cerrada: ¿se le debe o no reconocer al juez (y la jurisprudencia que emita) una función en la creación (o construcción) del derecho?² Es una pregunta delicada, sobre todo bajo la comprensión republicana que, en principio al menos, el ejercicio de la función legislativa compete “exclusivamente” a un órgano específico.

Sin discurrir mucho sobre la cuestión, creemos acertado reconocer en primer lugar, como lo ha afirmado antes Nino (1993, pág. 149) la sentencia por concepto mismo está llamada a constituir un caso de creación deliberada de derecho ya que dentro del ámbito de las normas jurídicas, genera, al menos para las partes en controversia, derecho aplicable.

Naturalmente, el problema no radica en reconocer o no si una sentencia se convierte en norma jurídica forzosa y aplicable para las partes (norma jurídica de tipo individualizada) sino más bien, la disyuntiva radica en cuestionar si el juez para emitir dicha sentencia o resolución judicial, está o no compelido (como si fuese camisa de fuerza) a únicamente aplicar de forma casuística (a un caso concreto) la norma positiva dispuesta por el legislador, o bien si puede extenderse más allá de eso, o mejor aún, si puede incluso ir por fuera del propio sistema a generar dicha norma. De manera que la pregunta radica en cuestionar si la jurisprudencia no solo complementa o reproduce el derecho sino también si inclusive lo puede crear. En este sentido, si bien un importante segmento de la doctrina sigue sosteniendo la tesis que el juez no participa en la creación del derecho³, toda vez que –junto a otros argumentos– sus resoluciones no tienen todas las propiedades de una norma jurídica *stricto sensu* (sobre todo su generalidad), ya desde Kelsen⁴ ha sido fácil percatarse que dicha tesis es descartable, falaz y un tanto floja, porque desde la perspectiva de las cortes constitucionales (aún de aquellas que actúan así pero de forma difusa) el juez constitucional se erige, más allá de como un mero legislador *negativo*, en un auténtico legislador *positivo*.

2 Para René Arturo Villegas Lara este problema se explica (y resuelve) apelando a las fuentes que reconozca el propio derecho. Así, la respuesta más simple, al menos desde la perspectiva formal, será reconocer a la jurisprudencia como fuente del derecho ya que tanto la ley, como la costumbre y la propia jurisprudencia, forman parte de dichas fuentes (2011, pág. 91).

3 En cuanto a dicha tesis, el argumento se sostiene en el hecho que “...el poder legislador no es colegislador. No establece reglas obligatorias erga omnes. Si así fuera, se exlmitaría en sus funciones, transformando el régimen republicano en una dictadura judicial...”. (Dromi, 1996, págs. 73-74). Asimismo para algunos autores la auténtica creación judicial del derecho debe interpretarse como “...la puesta en pie de un derecho nuevo, no a la mera transformación de un derecho preexistente mediante interpretación y la argumentación”. (Laporta: 2007, pág. 209). Para Bidart Campos, si bien pudiese decirse que el juez crea derecho “...ese derecho que crea, no es derecho <<nuevo>>, como sí lo es el que crea la ley, porque en su creación el juez extrae la norma individual creada por él, del ordenamiento jurídico vigente. O sea, que la administración de justicia es una función sub-legal...” (1967, t. II, pág. 242).

4 En el planteamiento iuspositivista expuesto por él, es sabido que dentro de la jerarquización de las normas jurídicas, en el último peldaño se ubican las de carácter individual, en las cuales subyacen las sentencias. Sin embargo, visto de manera más elaborada, dicho autor también advirtió que las altas cortes (tribunales constitucionales en el sistema de control constitucional de tipo concentrado que él crea) actúan como legisladores no positivos (emisores de legislación) sino negativos (destructores de leyes) en caso que existan colisiones entre las disposiciones constitucionales y aquellas infraconstitucionales (Kelsen, 2001, pág. 54). De hecho, se explica como una noción introductoria básica en los textos de argumentación jurídica hoy día, que algunos tribunales al decidir un caso concreto, crean jurisprudencia, lo que significa que la regla en que basan su decisión tiene un carácter general y abstracto y vale, en consecuencia, para los casos futuros. Atienza (2007, págs. 3-4).

Una prueba contundente del reconocimiento de dicha función positiva a cargo del juez constitucional resultan ser las sentencias atípicas. Desde luego que la cuestión es compleja. No se pierda de vista que aún en países de tradición de *Civil Law* o de tradición romano-germánica –como el nuestro– existe la denominada *textura abierta del derecho*, no solo por el problema ya reconocido desde Hart respecto a la dificultad que implica el significado del lenguaje en las normas jurídicas (las posibles ambigüedades o vaguedades) sino sobre todo porque la propia historia ha demostrado que no existe tal cosa como omnipotencia del legislador y siempre entonces existirán situaciones jurídicas indeterminadas en donde la plenitud o hermetismo del Derecho se alcanza a través del juez, quien finalmente decide respecto de lo ausente, lo contradictorio o indeterminado, o aún inclusive respecto a lo injusto, siendo esto último necesario en un sistema de legalidad y derecho, como mecanismo residual por excelencia para suplir cualquier anomalía que se presente en el mismo.

De ahí, pues, que inclusive tenga sentido que algunos autores como Eugenio Bulygin (2003, pág. 35) se atrevan a ir más allá e inclusive afirmen que no solo las altas cortes crean derecho, sino también los jueces ordinarios en casos de lagunas o contradicciones normativas. Carlos Cossio (1947, págs. 19-21) advirtió que la ley siempre resulta insuficiente, y al igual que en la vida existe una fuente inagotable de situaciones nuevas, la ley siempre contará con imprevisiones legislativas. Por ello –al menos para él– el juez sí participa en la construcción del derecho al momento de asegurar la completud e integrar el ordenamiento jurídico (1947, págs. 56-60).

A nuestro parecer, iniciado ya el siglo XXI resulta un tanto anacrónico continuar inquiriendo respecto a si debe o no atribuírsele al juez un rol o participación en la construcción del derecho, aunque no ocurre lo mismo respecto al debate que debiese generarse en cuanto a la fijación de límites a dicha labor creativa e interpretativa, sobre todo del juez miembro de las altas cortes con potestad jurisprudencial.⁵ Aun reconociendo dicha labor como una excepción a la regla, y por lo tanto una función que debe desempeñarse con modestia, mesura (o aún de manera complementaria), lo cierto es que como cualquier otro poder, aunque resulte obvio decirlo, dicha potestad no es omnímoda. En primer lugar, debiese aplicarse de manera justificada y excepcional, y en segundo, debe evitar a toda costa cualquier posible interferencia o extralimitación en detrimento del funcionamiento regular y adecuado de los propios órganos de Estado, y por supuesto, menos aún pudiese generar carta abierta a la discrecionalidad, arbitrariedad y falta de racionalidad en la función judicial, sobre todo en contra del propio ciudadano. Tal como indica Marcela Escobar Ramírez, esto hoy día constituye un resultado inevitable, necesario, y hasta indispensable en un genuino Estado de Derecho (2007, pág. 298).

En todo caso, al menos desde una perspectiva teórica, estamos conscientes que dar respuesta en cuanto al rol o función del juez en la creación y transformación del derecho pasa también, de forma casi insoluble, por un tamiz epistemológico, y en efecto, dependerá la respuesta que finalmente se brinde, del modelo, corriente o paradigma de pensamiento jurídico con que se conciba el derecho. Si, por el contrario, tal como indica René David (1973, págs. 100-107) el problema se resuelve a partir de la descripción legal que al respecto exista en el propio sistema

5 Y en efecto lo que sucede es que "...ni el juez es un autómatas o sabio capaz de tener la solución correcta para cada caso ni puede abandonarse a una discrecionalidad sin límites...". (Cárdenas, 2007, pág. 209).

jurídico en donde dicha valorización se esté realizando. En Guatemala, nos parece que no puede vedársele a la jurisprudencia –al menos la generada por las altas cortes– su papel –aún que fuese secundario– como auténtica fuente creadora del derecho, y de ahí que el rol del juez y su protagonismo siempre exista.

Esto último nos conduce a percatarnos que aún en países como el nuestro de *Civil Law*, la jurisprudencia, su importancia y la obligatoriedad de la misma a través de la regla del *stare decisis* (precedente judicial obligatorio) aplica. En Guatemala, tanto dentro de la esfera de la jurisdicción ordinaria, mayormente a través de la casación, como por fuera, en el ámbito constitucional, las altas cortes generan a través de la jurisprudencia reiterada que emiten, reglas obligatorias que deben ser acatadas. De ahí que resulte axiomático entender cómo y en qué casos se genera esta.

Funciones asignadas a la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad

Es evidente que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte de Constitucionalidad, a través de sus resoluciones, generan jurisprudencia. Antes de transitar a dicho tema, debe comprenderse las funciones asignadas a cada uno de dichos tribunales, sobre todo porque en Guatemala, la Corte de Constitucionalidad como tribunal concentrado de jurisdicción constitucional, funciona como órgano extrapoder, es decir, por fuera de los demás organismos del Estado. De ahí que a continuación convenga explicar cómo funciona y qué roles tiene asignado, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte de Constitucionalidad.

Siguiendo este orden, en primer lugar, según contempla el artículo 203 de la Constitución, la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia, tribunal de superior jerarquía, así como por los demás tribunales que la ley establezca.⁶

La Corte Suprema de Justicia se integra con trece magistrados, incluyendo a su Presidente, electos por el Congreso de la República para un período de cinco años y se organiza en las cámaras que la misma determina.⁷ Como órgano jurisdiccional de conocimiento con potestad de impartir justicia, además de otras⁸, tiene fundamentalmente la atribución de conocer los recursos de casación en los casos que procede⁹, y excepcionalmente conoce en segunda instancia¹⁰ únicamente en los casos que la ley así lo señale. Esto significa que la casación pasa a constituir el proceso típico que conoce con mayor frecuencia la Corte; dicho proceso, acusa la función de

6 En sentido estricto, estos los constituyen las Salas de la Corte de Apelaciones y tribunales colegiados con similar calidad o categoría, Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Paz. En un sentido amplio, esto incluiría a los tribunales arbitrales o los propios órganos del sistema de justicia maya, así como cualquier otro tribunal local reconocido con potestad jurisdiccional cuyas resoluciones tengan carácter y fuerza de res iudicata.

7 Véase el artículo 214 de la Constitución. Actualmente cuenta con una Cámara Civil, Penal y otra de Amparos y Antejuicios, cada una cuenta con su propio Presidente.

8 Véase el artículo 79 de la Ley del Organismo Judicial.

9 La casación constituye recurso extraordinario dable en las materias Civil, Mercantil, Familia, Penal, Contencioso-Administrativo (incluye el ámbito tributario) y de Cuentas.

10 Por ejemplo, en el caso de apelación interpuesta contra la resolución emitida por una Sala de la Corte de Apelaciones que resuelve la acumulación de procesos. Artículo 543 del Código Procesal Civil y Mercantil y 331 del Código de Trabajo.

unificar o aglutinar la jurisprudencia en el ámbito de justicia ordinaria (Chacón y Montero, 2010, págs. 326-327).

Ahora bien, ya en el campo de la jurisdicción constitucional, es la Corte de Constitucionalidad el máximo órgano o tribunal, aunque no el único con dicha potestad. Para explicar esto hay que entender primero que en Guatemala se han creado tres procesos o garantías constitucionales en esta materia: el Amparo, la Inconstitucionalidad de las Leyes (la cual puede plantearse vía abstracta o general y también en caso concreto) y la Exhibición Personal o *Habeas Corpus*.

En el caso de la Exhibición Personal, no obstante considerarse una garantía constitucional, en atención a su propia naturaleza jurídica, se posibilita que el conocimiento de la misma pueda darse de manera difusa por parte de cualquier tribunal, colegiado o no, y únicamente se exceptúa de su conocimiento a la Corte de Constitucionalidad.

En el caso del Proceso de Amparo (bi-instancial) y el de la Inconstitucionalidad de las Leyes planteada en caso concreto, si bien existe un órgano o tribunal concentrado de control constitucional –la Corte de Constitucionalidad– existe la posibilidad que se ejerza un control difuso a través de tribunales de jurisdicción ordinaria¹¹ constituidos de manera extraordinaria como tribunales constitucionales. Sin embargo, en alzada siempre será la Corte de Constitucionalidad la que finalmente decida.

En los Amparos interpuestos en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República, tal como lo preceptúa el artículo 11 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad [Ley de Amparo]. O bien en el caso de las inconstitucionalidades planteadas en contra de leyes, reglamentos o disposiciones generales (artículo 133 Ley de Amparo) será la Corte de Constitucionalidad, como tribunal constitucional con carácter permanente y cuya función fundamentalmente es la defensa del orden constitucional, quien conozca y resuelva los mismos.

Finalmente, cabe indicar que la Corte de Constitucionalidad es hasta en la Constitución Política de 1985 que se configura como tribunal permanente y privativo¹², actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado. Se integra con cinco magistrados titulares y cinco suplentes.¹³ Y más importante aún, según el artículo 185 de la Ley de Amparo, sus decisiones vinculan al poder público y los órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos.

11 Es el caso de la Corte Suprema de Justicia, las Salas de la Corte de Apelaciones y los Tribunales de Primera Instancia. Ver artículos 12 al 15 y 120 de la Ley de Amparo.

12 Su origen se remonta a la Constitución de 1965, en donde se contempló, pero no como un tribunal permanente. Indicaba José Arturo Sierra González que en dicha Constitución se "... reguló un tribunal constitucional de 12 miembros, formado cada vez que había un asunto planteado por resolver... la forma en que era integrado y su carácter circunstancial no garantizaba su independencia política, que lo hacían ineficaz; por ello, su actividad fue evidentemente nula". (2000, pág. 158).

13 Los magistrados duran en sus funciones cinco años y son designados, cada uno respectivamente, por la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y por la Asamblea del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Artículos 269 y 270 de la Constitución.

El reconocimiento de la jurisprudencia en Guatemala como fuente del ordenamiento jurídico: ¿un reconocimiento amplio o restringido?

Es interesante percatarse que la Constitución Política de la República, si bien hace una clara referencia a la ley como norma de producción del derecho¹⁴, también la costumbre se contempla o divisa como tal¹⁵. Inclusive –pero un tanto de forma más tibia– se reconoce a la jurisprudencia constitucional al momento que el constituyente mandata a la Corte de Constitucionalidad a “compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes” (artículo 272 literal g). Respecto a esto último nos ocupamos más adelante.

Ya en el ámbito *infra* constitucional, la Ley del Organismo Judicial –decreto 2-89 del Congreso de la República–, como cuerpo jurídico encargado de dirigir las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco, regula específicamente en cuanto a las fuentes del derecho guatemalteco lo siguiente:

La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

De manera que según lo dispuesto por este artículo, la fuente principal del ordenamiento jurídico es la ley, y de manera secundaria opera la jurisprudencia. Este orden es muy relevante, toda vez que ya de entrada supone que la jurisprudencia únicamente puede *complementar* “la ley”, lo que lógicamente significa que no puede crear o rebasar los propios límites y alcances de aquella, quedando limitada a reproducir o extender el marco jurídico sobre la base de lo ya dado, de lo que ontológica y jurídicamente está vigente o existe en el marco legal.

El artículo transcrito no indica quién puede crear la jurisprudencia a la que acá se está refiriendo la norma. En este contexto es razonable cuestionar si la jurisprudencia a la que alude dicho artículo debe ser interpretada desde una perspectiva amplia, o bien si lo debe de forma restringida. Villegas Lara (2011, págs. 107-108) considera que la única jurisprudencia válida y con fuerza de tal, es aquella emanada por parte de la Corte Suprema de Justicia o bien por parte de la Corte de Constitucionalidad, en aquellos casos que la ley les señala a ambas Cortes la posibilidad de sentar precedentes obligatorios, a lo que legalmente se le denomina “doctrina legal”. Se adhiere a dicha apreciación, Mauro Chacón Corado y Juan Montero Aroca (2010, pág. 336). De manera que para dichos autores, jurisprudencia y doctrina legal son términos equivalentes.

14 Los términos “ley” y “leyes” se mencionan en total 274 veces en la Constitución Política. Por otro lado, en los artículos 174 al 181 se ubica el proceso de formación y sanción de la ley. Además, según lo dispuesto en los artículos 152 al 154, el poder público tiene como limitación lo señalado en la Constitución y la ley, extendiéndose su imperio a todas las personas que se encuentren en la República, estando los funcionarios sujetos a la ley y jamás superiores a ella. De igual forma, el artículo 5 indica que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe.

15 Aplica explícitamente en los ámbitos de identidad cultural (artículo 58), comunidades indígenas (artículo 66), laboral (artículos 102 literal g, segundo párrafo, 108 segundo párrafo y 170 literal b), y también en cuanto al ámbito del derecho internacional (artículos 27, 142 literal c) y 149).

A nuestro juicio, la cuestión está más enredada de lo que parece: la jurisprudencia y doctrina legal no necesariamente son términos equivalentes.

Así, en la justicia ordinaria, al resolver la Corte Suprema de Justicia los recursos de casación¹⁶ y pronunciarse en cinco fallos contestes e ininterrumpidos por otro en contrario, el criterio judicial asentado se convierte en obligatorio para todos los demás tribunales inferiores. Acá, pues, existe jurisprudencia entendida en un sentido estricto, y por ello, en este supuesto –doctrina legal– el término es equivalente a lo que legalmente se le conoce por doctrina legal. Sin embargo, qué sucede en el supuesto que existan menos de cinco fallos judiciales que resuelvan recursos de casación y que no necesariamente sean contestes e ininterrumpidos.

A nuestro juicio, en este último escenario, desde una perspectiva amplia, podría afirmarse que existe jurisprudencia, pero la *ratio decidendi* que derive de la misma, no podrá considerarse obligatoria para los demás tribunales. Naturalmente, en este escenario, el criterio judicial tendrá únicamente una fuerza persuasiva importante y constituirá un precedente pero no un criterio obligatorio. El mismo razonamiento aplica cuando la jurisprudencia es gestada en la jurisdicción constitucional, siempre que aún no se haya sentado doctrina legal.

En este orden de ideas, la jurisprudencia podrá configurarse o materializarse entonces, tanto en sentido estricto o bien de manera amplia. Desde la óptica restringida o estricta, la jurisprudencia a la que alude el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, es únicamente aquella que vale o tiene fuerza obligatoria o vinculante para todos los tribunales y juzgados. Ahora bien, desde la perspectiva más amplia, la jurisprudencia estaría presente, aunque no posea el atributo obligatorio o vinculante, cuando es emitida por las altas cortes o tribunales del país (léase Corte Suprema de Justicia o Corte de Constitucionalidad) siempre que aún no constituya doctrina legal.

En suma, esto implica que la jurisprudencia en Guatemala solo puede tomar lugar por vía de dos cauces: en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, por medio de las resoluciones que resuelven la casación y son emitidas por la Corte Suprema de Justicia (máximo órgano judicial); y por otro, en cuanto a la jurisdicción constitucional, producto de las resoluciones que emite la Corte de Constitucionalidad (máximo tribunal constitucional).

Es interesante señalar que en todo caso, para que la jurisprudencia sea obligatoria o vinculante –doctrina legal– es decir, para que pueda ser interpretada como jurisprudencia en un sentido estricto, requiere el pronunciamiento conteste, ininterrumpido y reiterado por parte de cada uno de dichos tribunales. Por lo que mientras dicha condición no se cumpla, la jurisprudencia que se vaya generando, si bien puede ser contraria a la doctrina legal vigente del propio tribunal, esta no tendrá fuerza obligatoria (salvo para las partes que estén involucradas en el asunto en cuestión) y funcionará como un simple referente argumentativo para que el propio tribunal que la haya emitido cuestione la validez de las tesis o doctrinas vigentes, o bien si así lo desea, simplemente sea un criterio en contrario carente de carácter de *stare decisis*.¹⁷ En el caso de la Corte de Constitucionalidad, contrario a lo que sucede en la práctica, atendiendo a lo dispuesto en el

16 Artículos 621 y 627 del Código Procesal Civil y Mercantil.

17 Entendemos por *stare decisis* "... un principio que supone una imposición de la decisión del Tribunal Supremo sobre el resto de los órganos jurisdiccionales, produciendo así un efecto unificador y clarificador de la jurisprudencia" (Bonilla, 2008, págs. 108-109).

artículo 43 de la Ley de Amparo, si dicho tribunal decide separarse de su propia jurisprudencia *debe razonar la innovación*; obviamente, será hasta que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos en el mismo sentido que se convertiría en jurisprudencia de tipo vinculante u obligatoria.

Finalmente, dos últimas anotaciones de medular importancia. En primer lugar, sin lugar a dudas es únicamente la jurisprudencia en sentido estricto –doctrina legal– la que en efecto cumple con modificar, complementar o extender el ordenamiento jurídico. Mientras que la jurisprudencia *lato sensu*, si bien posee únicamente cierta fuerza persuasiva y no vinculante, puede en potencia indirectamente convertirse posteriormente en doctrina legal, es decir que puede mudar hasta tornarse jurisprudencia en un sentido estricto. En segundo lugar, aunque en Guatemala pueda afirmarse que existe reconocimiento a la jurisprudencia, tanto en una perspectiva restringida como bien de manera amplia, esto no involucra atribuírsele rol o participación en la producción jurisprudencial a cualquier juez o tribunal, ya que los únicos que potencialmente poseen la función de sentar precedentes obligatorios son los altos tribunales en los ámbitos jurisdiccionales ordinario y constitucional, respectivamente, sin que exista norma alguna que atribuya potestad jurisprudencial a otros tribunales fuera de los ya mencionados.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin el ánimo de complicar las cosas, aunque bien es cierto que solo las altas cortes poseen potestad de sentar jurisprudencia de carácter obligatoria, aunque no es lo mismo, tal como ha quedado anotado antes, todos los jueces poseen atributos limitados –pero reales– para participar a través de sus razonamientos en la creación del derecho por vía judicial. De conformidad con el artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial –junto a otros supuestos– los jueces deben siempre resolver, inclusive aún ante la falta (ausencia total) o insuficiencia (ausencia parcial) de la ley. Para el efecto deben utilizar o recurrir a las fuentes y reglas de interpretación que señala el artículo 10 de dicho cuerpo legal, dentro de ellas la finalidad o espíritu de la ley o disposición normativa, a la historia de la institución, la analogía, o inclusive, la equidad y los principios generales del derecho. Esto supone, un rol, aunque menor, palpable, en la construcción del derecho.

La doctrina legal (jurisprudencia obligatoria) en el ámbito ordinario y en el constitucional

En jurisdicción constitucional el marco legal vigente toma por “doctrina legal” a lo que nosotros hemos referido por jurisprudencia en sentido estricto –*stare decisis*–. Precisamente el artículo 43 de la Ley de Amparo –imbuido en el apartado normativo que desarrolla lo relacionado con la garantía del Amparo– indica que la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas *en las sentencias* de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Juan Pablo Gramajo (2007) ha señalado que, el hecho que se haya incluido esta regla en el apartado que regula el proceso de Amparo ha dado origen a que se discuta si dicha doctrina legal puede generarse haciendo acopio de las resoluciones dictadas en otros procesos constitucionales distintos al Amparo (págs. 55-56).

A nuestro juicio, no deben perderse de vista dos situaciones de superlativo interés para resolver el interrogante: en primer lugar, el legislador en la norma en mención no hace distinción alguna en cuanto a si la doctrina legal de la cual ahí habla se genera únicamente a partir de la resolución de sentencias derivadas de procesos de Amparo, o bien si puede derivar producto del conocimiento y resolución de otro tipo de procesos constitucionales. Esto, de entrada, a nuestro juicio, debe interpretarse¹⁸ como una apertura para que los fallos que generen dicha doctrina legal también surjan de la resolución de otro tipo de procesos constitucionales. Además, soporta el argumento anterior, el hecho que el propio artículo 190 segundo párrafo de este mismo cuerpo legal admita la producción jurisprudencial producto de la resolución de los procesos de inconstitucionalidad de leyes en casos concretos.

Finalmente, por si lo anterior fuera poco, la misma Constitución Política de la República, al indicar las funciones de la Corte de Constitucionalidad, obliga a compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 272 literal g). Es decir, el constituyente contempla la posibilidad de compilar doctrina legal, no únicamente producto de la resolución de procesos de amparos, sino también de inconstitucionalidades de leyes, y en cuanto a esta última garantía, ni siquiera discrimina la modalidad de planteamiento que la generaría (vía caso concreto, o vía abstracta o general).¹⁹

Al margen de lo anterior, llama poderosamente la atención que el artículo 43 de la Ley de Amparo, únicamente reconozca doctrina legal a partir de la interpretación “contenida en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad”. ¿Pudiera interpretarse entonces que es únicamente extraíble e invocable (al menos para efectos jurisprudenciales) la *ratio decidendi* contenida en las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad?

En principio parece ser una posición razonable –desde la perspectiva procesal–, toda vez que los autos no deciden el fondo de un asunto. Hoy día, dadas las reformas reglamentarias que involucró el Acuerdo 1-2013 emitido por la Corte de Constitucionalidad, calificados como incumplidos los presupuestos procesales de admisión o viabilidad de un proceso de Amparo, precisamente lo que se emite es un auto que suspende la tramitación de la garantía, sin entrar lógicamente a conocer el fondo del asunto. Sin embargo, esto no necesariamente significa que todos los autos que se emitan como resoluciones interlocutorias, necesariamente no juzguen aspectos de fondo. Inclusive, en el caso de inconstitucionalidad en caso concreto, el fondo del asunto (el control de la constitucionalidad de la norma) puede resolverse vía auto, es decir no necesaria y únicamente por vía de una sentencia.

La propia Corte de Constitucionalidad, nos parece que con tino, al conocer y resolver los expedientes 2229-2010 y 1135-2013, precisamente cita como acopio jurisprudencial, no solamente

18 Más aun considerando que el artículo 2o. de la Ley de Amparo establece que debe interpretarse la ley de manera extensiva a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.

19 En la práctica, en efecto esto es lo que ha sucedido. La Corte de Constitucionalidad ha configurado doctrina legal a partir de la *ratio decidendi* generada al resolver, no solo procesos de Amparo, sino también de inconstitucionalidades generales o en vía abstracta, y también en aquellas en que conoce esta garantía en alzada al ser planteada en caso concreto; inclusive, la ha extraído de los dictámenes que ha emitido con motivo de las opiniones consultivas que ha evacuado. Ejemplo de ello se puede extraer de lo indicado por la propia Corte en los expedientes 1135-2013, 2229-2010, 882-95, 30-2000, 1555-2002 y 1808-2002.

sentencias sino también autos cuyo contenido alimenta la *ratio decidendi* que para efectos jurisprudenciales y de doctrina legal invoca en dichos expedientes.

Además, tal como se ha indicado antes, el propio constituyente no discrimina al respecto en virtud de lo indicado en el artículo 272 literal g) y el contenido del artículo 190 segundo párrafo de la Ley de Amparo.

En todo caso, lo cierto e incuestionable es que para efectos de generar jurisprudencia, serán únicamente los fallos o resoluciones que emite la Corte de Constitucionalidad los que pueden tomarse por válidos. La ley, de manera sensata y atinada, no permite que la jurisprudencia pueda originarse por parte de otro tribunal constitucional que difusamente actúe con dicha calidad, y esto es sensato, toda vez que caso contrario esto originaría una dispersión innecesaria de criterios que provocarían choque y conflicto, a costas de la seguridad jurídica del justiciable.

Es relevante hacer la anotación anterior, considerando que en Guatemala el sistema de control constitucional es mixto²⁰, y en consecuencia, tal como lo hemos indicado antes, no solo la Corte de Constitucionalidad conoce de cierto tipo de procesos constitucionales, sino también de manera difusa lo hacen tribunales ordinarios, aunque sea finalmente en alzada siempre la Corte de Constitucionalidad la que resuelva en definitiva.²¹

Finalmente en cuanto a la jurisprudencia en la jurisdicción ordinaria, a diferencia de lo que ocurre en la esfera constitucional en donde es evidente que cualquier conflicto siempre se le puede atribuir un asidero o raigambre constitucional (por lo que fácilmente puede escalar el conocimiento de la causa al máximo tribunal constitucional) dado que la jurisprudencia únicamente se genera producto de las sentencias que emite la Corte Suprema de Justicia al resolver los recursos de casación, esto repercute y merma su producción. Agrava la situación, no solo el hecho que se exija un número mínimo de fallos contestes e ininterrumpidos para sentar doctrina legal, el cual puede resultar elevado (como se ha dicho, se requieren cinco fallos), sino principalmente porque los motivos o causales que pueden invocarse para incoar este tipo de proceso son bastante restringidos o limitados, y ello aunado al formalismo propio de este tipo de recurso, filtra en buena medida los conflictos que finalmente llegan a ser conocidos y resueltos en el fondo.

Al igual que la Corte de Constitucionalidad, la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia podrá modificarse por dicha Corte²² al existir cinco fallos contestes e ininterrumpidos por otro en contrario, mientras no los haya, la *ratio decidendi* contenida en el fallo lógicamente solo será obligatoria para las partes en conflicto.

20 Al respecto véanse Borrayo, De León Molina et al., (s.a. pág. 102) y Mejicanos (2005, págs. 15-16). Sagües (2004, pág. 39) cataloga el sistema de control constitucional guatemalteco, como un control judicial difuso con más control extrajudicial concentrado (tribunal constitucional extrapoder).

21 Véanse los artículos 11 al 14 y el 120 de la Ley de Amparo.

22 Artículo 627 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Jurisprudencia emblemática y de sensible relevancia

Es un intento muy complejo, quizás hasta cierto punto soberbio, pretender con categoría señalar la jurisprudencia más emblemática o de impacto para Guatemala. Sin embargo, a continuación nos disponemos dicho propósito afanados en el intento de traer a la vista la jurisprudencia más relevante de los últimos años, sobre todo en el contexto de protección y defensa de los derechos fundamentales. Previo a realizarlo conviene aclarar, que como bien se ha explicado antes, debido a que en Guatemala pareciese existir cierta equivalencia entre los términos “jurisprudencia” –al menos desde su perspectiva estricta– y “doctrina legal”, la jurisprudencia a la que en este apartado nos referimos, es aquella en donde ya se ha sentado doctrina legal, y en consecuencia, resulta obligatoria para todos los tribunales y aún para todos los órganos de Estado.

Los casos que a continuación se citan derivan de resoluciones emitidas únicamente por la Corte de Constitucionalidad, toda vez que ponderamos con mayor grado de importancia la jurisprudencia producida en la jurisdicción constitucional, ya que los conflictos, aún aquellos que son resueltos por la Corte Suprema de Justicia a través de los recursos de casación, eventualmente pueden escalar –y en la práctica es usual que así lo hagan– hasta llegar al tribunal constitucional. Esto, por supuesto, sin que ello suponga restar mérito a la doctrina legal que sienta la Corte Suprema de Justicia al aplicar justicia ordinaria.

1. *Recepción del denominado bloque de constitucionalidad*

La Corte de Constitucionalidad como máximo tribunal constitucional en Guatemala, si bien había tenido pronunciamientos anteriores²³ en cuanto al denominado “bloque de constitucionalidad”, no fue sino hasta el 2012 cuando finalmente cobija y admite la recepción de dicho instituto con fuerza materialmente obligatoria.²⁴ Aunque la discusión en torno a la recepción del derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos también había existido antes y no era cuestión desconocida²⁵ fue hasta entonces cuando se les reconoce a los tratados en materia de derechos humanos como normas materialmente constitucionales, integrantes y parte de ella, y como consecuencia, procesalmente invocables para efectos de control constitucional. Esto puso fin a un zanjado debate en cuanto a si la recepción de dichos tratados en el orden interno suponía atribuirles la posibilidad de constituir parámetro de control constitucional, ya que hasta entonces la jurisprudencia era dispersa y estaba inclinada en sentido contrario.²⁶

23 A guisa de ejemplo se pueden citar los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, 3635-2009, 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010.

24 La Corte de Constitucionalidad expresó que el bloque de constitucionalidad constituye “...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... normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona... El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal...” (expediente 1822-2011).

25 Véanse los expedientes 280-90, 131-95, 872-2000 y 3396-2008.

26 Véase los expedientes 131-95, 1554-2001, 1555-2001 y 541-2006.

El razonamiento vertido en dicha resolución fue nuevo, refrescante, unificador y actualizó finalmente el criterio que permanece vigente y constituye doctrina legal –jurisprudencia en sentido estricto– al cual se ha adherido la Corte y reiterado en los expedientes 1497-2013, 1552-2013, 1006-2014, 885-2015, 3438-2016 y 3733-2017. Cabe indicar que hoy día, inclusive, integraría dicho bloque de constitucionalidad la propia jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁷.

Dicho precedente es importante y muy sensible, porque permite extender el catálogo de derechos de la persona y su dignidad, refuerza en esta materia las obligaciones del Estado en el marco del *ius cogens*, estrecha y pone en relieve otro tema como el del control de convencionalidad por parte de las altas cortes o tribunales constitucionales, sin dejar de lado que permite un desarrollo más expedito, progresivo y extendido en el ámbito del reconocimiento de los derechos humanos y su evaluación, lo que abona eventualmente en la consolidación del Estado de Derecho en el país.

2. *El cuasi reconocimiento al control constitucional sobre las omisiones legislativas*

Para el profesor Víctor Bazán, el vicio de la inconstitucionalidad por omisión consiste en "...la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso..." (Bazán, 2014, pág. 103).

Del concepto anterior se desprenden dos distintos tipos o modalidades de inconstitucionalidad por omisión: la total (absoluta) y la parcial (relativa). Mientras que la omisión parcial o relativa toma lugar en los casos que el órgano legislativo²⁸, si bien cumple con su responsabilidad de emitir la disposición legal correspondiente, lo hace de manera parcial, deficiente o insuficiente, de forma que sus contenidos son imprecisos o bien se discrimina y omite a parte de la totalidad de destinatarios a quienes debió dirigirse, quienes resultan así excluidos de la aplicación de la norma.²⁹ La omisión total, en cambio, se configura cuando no se actúa pese a existir un mandato constitucional (explícito o implícito) que obliga a emitir determinada norma jurídica.

En la jurisprudencia constitucional guatemalteca, y en cuanto a las omisiones totales, en el 2009 se buscó conminar al Congreso de la República a dictar la legislación específica a que obliga la reserva de ley contenida en el artículo 70 de la Constitución (una ley específica que desarrolle el derecho de las comunidades o pueblos indígenas). Sin embargo, nunca llegó a emitirse

27 Esta doctrina legal queda sostenida por la Corte de Constitucionalidad según lo indicado en los expedientes 5866-2015, 3438-2016 y 3528-2016.

28 Utilizamos el término "órgano legislativo" ya que nos parece el más apropiado, toda vez que la omisión legislativa no necesariamente puede provenir únicamente del poder legislativo, sino inclusive del poder ejecutivo. La doctrina no ha sido uniforme al admitir la posibilidad de actuar y reprochar la actividad de este último. Al respecto se sugiere ver a Bazán (2014, págs. 98-101).

29 Es así como la ha interpretado la propia Corte de Constitucionalidad. Al respecto ver los expedientes 1822-2011, 2229-2010, 266-2012 y 1135-2013. La inconstitucionalidad relativa aún seguiría tomando lugar si se efectiviza "...el mandato constitucional, por ejemplo sancionando la ley que debe dictar, pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la constitución otorga." (Sagües, 2003, t. IV, pág. 3128).

sentencia por descartar la Corte, a través de un auto judicial, que el planteamiento por parte del accionante (una petición constitucional individual) pudiese constituir una vía procesal válida propia del ámbito de su competencia. Esta decisión, sin embargo, contradice y es incongruente con el precedente constitucional contenido en el expediente seguido ante la Corte bajo el número 2395-2006, en donde se estimó apropiada dicha vía, aunque en un asunto distinto. En todo caso, el expediente 63-2009 finalmente constituyó un importante precedente y se toma como acopio para sentar la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad que ella misma reconoce en los expedientes 2229-2010 y 1135-2013, en donde queda definido el criterio de dicho tribunal en el que no obstante se esgrime la imposibilidad que pueda declararse una inconstitucionalidad por omisión de tipo total o absoluta, sí admite la posibilidad de la figura bajo la modalidad parcial o relativa.

Denunciada la misma omisión legislativa, solo que ahora planteada a través del proceso de inconstitucionalidad de la ley de carácter general o en vía abstracta, en el expediente 2229-2010 la Corte a pesar que admite que es necesaria la creación de una ley en la materia, considera que la inconstitucionalidad por omisión de carácter total o absoluta es improcedente, toda vez que aunque ciertamente existe el mandato constitucional y concurre la ausencia de labor legislativa por parte del Congreso de la República:

El planteamiento formulado no puede prosperar dado que se ha incumplido una (sic) de los requisitos esenciales de viabilidad de la inconstitucionalidad directa: la cita puntual de la norma jurídica de la que se acusa contravención constitucional, la cual debe gozar de generalidad y de vigencia; ello es así, ya que si no se formula tal señalamiento no se posibilitaría la confrontación de la norma constitucional y la Infraconstitucional.³⁰

Agrega que si bien en su jurisprudencia³¹ reconoce y permite la adopción de la inconstitucionalidad por omisión parcial (ante omisiones insuficientes o discriminatorias) en el ordenamiento jurídico guatemalteco no está contemplada la posibilidad de plantear inconstitucionalidad ante la actitud omisiva total por parte del órgano legislador.

El control sobre las omisiones legislativas totales o absolutas, también ha sido objeto de rechazo como materia de control constitucional en el expediente 1135-2013. De manera que la Corte de Constitucionalidad ha impedido esta modalidad de control sobre las omisiones legislativas ya en más de tres ocasiones y con ello ha sentado doctrina legal a este respecto.

El criterio antes expuesto, por un lado, permite reconocer un control sobre las omisiones legislativas parciales, aunque por otro, hoy día impide un control en cuanto a las omisiones absolutas. Esto último, no solo es controvertido, sino supone mancillar la función fundamental de la Corte de Constitucionalidad –defender el orden constitucional– ya que se solapa e impide convertir realmente en normas materiales, efectivas y vivas a los mandatos constitucionales cuyo

30 No obstante el razonamiento acá referido, la Corte de Constitucionalidad, tampoco en el expediente 266-2012, permitió un control sobre las omisiones legislativas totales. En dicho expediente el ciudadano Alexander Aizenstadt procuró "relativizar" la inconstitucionalidad por omisión absoluta, dicho planteamiento es interesante, creativo y ha sido desarrollado teóricamente por dicho autor (Aizenstadt, 2013, págs. 159-163).

31 La Corte de Constitucionalidad no solo ha reconocido la figura sino declaró con lugar la inconstitucionalidad por omisión, en su modalidad parcial, en una única ocasión, al resolver el expediente 1822-2011. No obstante, ha reconocido su competencia para controlar las omisiones legislativas también en los expedientes 2242-2010, 2229-2010 y 1135-2013.

cumplimiento ha sido omitido.³² Raya en lo lamentable y contrasta fuertemente con el otrora activísimo judicial propio de esta Corte³³; y lo que es peor, la Corte de Constitucionalidad no solo no marca un camino de solución al problema sino que rechaza –sin aportar mayor argumentación jurídica al respecto– aquellas acciones que se han ido planteando e “improvisando” afanosamente para procurar darle solución de manera creativa a su negativa insistente.

Para cerrar estas líneas, al margen de lo dicho, es curioso apreciar que la Corte de Constitucionalidad en otro tipo de omisiones absolutas, ya no surgidas acá producto de mandatos constitucionales sino legales, ha reconocido el derecho a que se emitan las normas omitidas, ordenando sin titubear se legislen las normas ausentes a entes como el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (a quien fijó plazo para emitir un Reglamento³⁴) o bien incluso la propia Corte Suprema de Justicia (a quien fijó plazo para emitir un Reglamento en el ámbito de viáticos a testigos³⁵).

3. *Las consultas a los pueblos indígenas*

En la Constitución Política de la República vigente al día de hoy, misma que data de 1985, por vez primera se generó un reconocimiento a las comunidades indígenas de manera que se promueve y respeta sus formas de organización social, costumbres y tradiciones, sin embargo, las disposiciones constitucionales quedaron aún un tanto escuetas, generales y poco desarrolladas.³⁶

Sin embargo, Guatemala en 1999 ratifica el Convenio 169 de la OIT, cuerpo normativo que al integrar hoy el denominado bloque de constitucionalidad amplía y mejora el catálogo de derechos para los pueblos o comunidades indígenas. Con base en dicho Convenio (artículos 6.1 y 15.2) la consulta a los pueblos indígenas debe generarse en todos aquellos asuntos en los que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, y de esta cuenta, en el 2009 con motivo del expediente 3878-2007, la Corte de Constitucionalidad en una sentencia bastante extensa y de denso desarrollo –para entonces poco habitual– además de señalar, a falta de legislación positiva adecuada, el procedimiento que pudiese orientar la realización de dichas consultas³⁷, toma el criterio que las consultas a los pueblos indígenas deben ser obligatorias pero en caso de existir desacuerdo, ello no vincula a los entes responsables.

32 El asunto es grave, las reservas de ley contenidas en la Constitución, cuyo desarrollo ha sido omitido, llevan ya más de 30 años sin efectivo cumplimiento.

33 En expediente 225-93, actuando de oficio (contra lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Amparo que establece que en todo proceso de justicia constitucional solo la iniciación del trámite es rogada) declaró que no poseía validez ni vigencia el Decreto denominado “Normas Temporales de Gobierno”. Suceso, por cierto, paradigmático, plausible y digno de la ilustración de un correcto activismo judicial, por ello no es de extrañar que para algunos tratadistas sea insignia y valga la pena destacar (Sagües, 2004, pág. 51). También en el expediente 2395-2006 permitió acceder al ciudadano a institutos procesales que no estaban dentro del sistema de garantías constitucionales establecidas, al declarar que carecía de forma absoluta de efecto jurisprudencial vinculante, la *ratio decidendi* contenida en la sentencia dictada en el expediente 1089-2003, y de esta forma impedir la interrupción del criterio plasmado en sentencias emitidas anteriormente por el propio tribunal constitucional. Inclusive, recientemente también en los expedientes acumulados 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630-2010, se atrevió a dejar sin efecto el nombramiento de Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, emitido producto de un procedimiento de postulación y selección hecha por el Presidente de la República, no obstante que al momento que se dicta el fallo ya estaba en funciones dicha autoridad.

34 Expediente 2715-2010.

35 Expediente 2770-2004.

36 Están escasamente desarrollados únicamente en los artículos 66 al 70 de la Constitución.

37 En el 2011 en el expediente 1072-2011 la Corte de Constitucionalidad accedía –nada reparó al respecto– a la posibilidad que el propio ejecutivo reglamentase dicho Tratado, específicamente en cuanto a lo relacionado con el derecho de consulta. A nuestro juicio, es muy discutible la idoneidad de la vía procesal utilizada (proceso de Amparo) para que la Corte conociese este asunto y la legitimación activa de quienes postularon dicho proceso.

Este criterio se convierte en doctrina legal y en genuina jurisprudencia –en sentido estricto– al haber sido reiterada su *ratio decidendi* dentro de los expedientes 1031-2009, 1072-2011, 1925-2014 y 5888-2013, por citar algunos.

Las consultas a los pueblos indígenas es un tema de mucha trascendencia en países como Guatemala, en donde por contextos históricos, sociales, políticos y culturales existe aún una marcada indiferencia y escasa participación de este sector mayoritario de la población. La consulta a la población indígena posibilita cierto nivel de participación e involucramiento a este sector social, lo que a su vez genera condiciones adecuadas de democracia y representatividad. Lamentablemente, aún al día de hoy, existen serios rezagos que imposibilitan la efectiva y plena realización de dichas consultas, empezando por la complicación que supone el despojar a dichas consultas de carácter vinculante³⁸ y la inadecuada regulación en el orden interno que permita un mecanismo de fuga, tanto para reglamentar adecuadamente, de forma integral y precisa, el procedimiento para dichas consultas, como bien para distender las tensiones entre el derecho oficial y el indígena.

Si bien es cierto, es discutible en parte el razonamiento de la Corte de Constitucionalidad, es importante su alcance y la protección –siquiera parcial– a favor de los pueblos indígenas en Guatemala. Ello en todo caso, no impide que dicha jurisprudencia pueda mejorar y eventualmente mutar a una tutela más amplia y adecuada en esta materia.

Balance final

En Guatemala la jurisprudencia tiene un valor fundamental en su sistema de fuentes y parece indudable que permite a lo menos una reconstrucción y readaptación, por vía judicial, del derecho. Los casos objeto de mención permiten apreciar cómo la jurisprudencia puede impregnar, vía interpretación, una mejora sensible que maximiza u optimiza los mandatos y normas constitucionales.

Si bien en el ámbito jurisprudencial, esta se gesta a partir de las resoluciones judiciales emitidas en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia al resolver casación, y en la jurisdicción constitucional, por vía de los fallos o resoluciones pronunciados por la Corte de Constitucionalidad, no importando si se entiende en sentido amplio o bien restringido, siempre será únicamente a estos órganos a quienes se les atribuirá la posibilidad de gestarla, no pudiéndosele arrogar ningún otro tribunal, al menos en el orden nacional.

38 En la sentencia dictada en el expediente 3878-2007, si bien se cita y reconoce partes conducentes de la propia jurisprudencia internacional en el ámbito de la protección regional de derechos humanos (nos referimos al caso *Saramaka vs. Surinam*), a reglón seguido el fallo niega la posibilidad que dicha consulta sea vinculante; o lo que es lo mismo, que sea obligatorio contar con el consentimiento de los pueblos o comunidades indígenas afectadas por proyectos de desarrollo o inversión a gran escala. Esto pone en contradicho los propios precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se califican como obligatorios, no solo para el Estado en cuestión enjuiciado, sino para todos los miembros del sistema ya que forman parte de las fuentes del propio ordenamiento jurídico interno, al respecto véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (*res interpretata*)", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2013, págs. 607-638.

La labor interpretativa realizada por la Corte de Constitucionalidad, si bien puede ser criticable –tal cual ha sucedido en los casos citados en esta investigación– sigue siendo hoy la vía por excelencia para transformar y aún “suplir” los necesarios contenidos que el justiciable requiere a manera de procurar la efectivización genuina y palpable de sus derechos, sobre todo en un ordenamiento jurídico cada vez más denso y complejo, pero no por ello menos conflictivo y lagunoso. Estamos conscientes que atendiendo al diseño de la legislación vigente, cualquier conflicto potencialmente y con facilidad escala a la esfera constitucional y de ahí también que sea importante destacar, estudiar y meditar respecto a dicha jurisprudencia y respecto a la jurisprudencia misma.

En todo caso, lejos de simplemente plantear un enfoque crítico, hemos –aunque sea superficialmente– tratado de esbozar los dilemas de obligada reflexión en cuanto al cuestionamiento del rol y asignación atribuible al juez y sus resoluciones en la creación o construcción del Derecho. Si todo lo anterior, a su vez, ha generado más dudas o inquietudes de las que poseía el lector al inicio, entonces nuestra misión la tendremos por cumplida.

Referencias

- Aizenstadt, L. Alexander, “El derecho a la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, Año 19, 2013.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, Serie Doctrina Jurídica, núm. 134.
- Bazán, Víctor, *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- Bonilla Hernández, Pablo Andrés, *Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado*, 2a. ed., s.e., Ciudad de Guatemala, 2008.
- Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Jorge Malen, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (compág.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, S.A., 2003.
- Campos, Bidart, *El derecho constitucional del poder*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1967, t. II.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, Serie Doctrina Jurídica, núm. 210.
- Chacón Corado, Mauro y Montero Aroca, Juan, *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco*, 5a. ed., Guatemala, Magna Terra Editores, 2010, vol. II.
- Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2a. ed., Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1947.

- David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, trad. de Pedro Bravo Gala, Aguilar S.A. Ediciones, España, 1973.
- Dromi, Roberto, *El poder judicial*, 2a. ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- Escobar-Martínez, Lina Marcela, “La actividad judicial: el texto frente a la realidad”, *Revista Universitas*, Bogotá, 2007, núm. 114, julio-diciembre de 2007.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (*res interpretata*)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Gramajo, Juan Pablo, “La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico guatemalteco”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín*, Guatemala, Editorial Serviprensa. 2007, Año XV, núm. 25, enero-junio de 2007.
- Heck, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1961.
- Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, colección serie Ensayos Jurídicos, núm. cinco.
- Laporta, Francisco J. *El imperio de la ley, una visión actual*. Editorial Trotta, Madrid, 2007, colección Estructuras y Procesos.
- Larios Hernández, Sara María Fernanda y Jorge Gabriel JIMÉNEZ BARILLAS, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa: análisis teórico y práctico*, Guatemala, Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín Guatemala, 2015.
- Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, *La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta)*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2005.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 2a. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Patzán Sánchez, Juan Francisco, *Control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en Guatemala*, Guatemala, Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2015.
- Sagües, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- _____, “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. IV.

Sierra González, José Arturo, *Derecho constitucional guatemalteco*, Guatemala, Editorial Piedra Santa, 2000.

Villegas Lara, René Arturo, *Temas de Introducción al estudio del derecho y teoría general del Derecho*, 5a. ed., Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2011.

Resoluciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad identificadas conforme el número de expedientes: 90-90, 280-90, 225-93, 131-95, 882-95, 159-97, 90-98, 30-2000, 872-2000, 1554-2001, 1555-2001, 1555-2002, 1808-2002, 1089-2003, 2770-2004, 2395-2006, 541-2006, 3004-2007, 3878-2007, 3396-2008, 63-2009, 1031-2009, 3635-2009, 3690-2009, 1940-2010, 2229-2010, 2242-2010, 3086-2010, expedientes acumulados 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630-2010, 2715-2010, 1072-2011, 1822-2011, 266-2012, 1497-2013, 1552-2013, 1135-2013, 5888-2013, 1006-2014, 1925-2014, 885-2015, 5866-2015, 3438-2016, 3528-2016, 3733-2017.

