

# Revista Jurídica **Dr. Mariano Gálvez**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Mariano Gálvez de Guatemala



Enero-Junio 2020



# Revista Jurídica **Dr. Mariano Gálvez**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Mariano Gálvez de Guatemala





# 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:



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

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

#### **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

## Presentación

Me cabe el honor, como Decano de nuestra facultad, presentar este primer número de la Revista Jurídica Dr. Mariano Gálvez, órgano de divulgación científica de nuestra facultad.

La Revista que ve la luz con este primer número es el resultado de sueños e ilusiones de un grupo de profesionales y autoridades académicas que buscan ofrecer a la comunidad universitaria un medio que incentive la investigación científica, así como un espacio de calidad para los que deseen publicar artículos doctrinarios, académicos o científicos ya sean autores nacionales o extranjeros. También es un propósito de la Revista ser un vehículo para publicar estudios empíricos y artículos científicos originales producidos por los doctorandos y maestrandos de nuestra casa de estudios.

Deseo destacar el carácter versátil y multidisciplinar con que nace la Revista. La Revista está abierta a las ciencias jurídicas y sociales, pero también a las ciencias afines al derecho. Los estudiantes y los estudiosos del derecho podrán encontrar reseñas de literatura, artículos teóricos, artículos metodológicos, estudios de caso, materiales académicos, ensayos, monografías, documentos históricos e informes admitidos para publicación luego de un riguroso proceso de calificación por pares anónimos para garantizar desde el inicio una calidad científica de primer nivel.

Este primer número contiene los aportes de profesores nacionales y extranjeros que abordan los siguientes temas: a) El agua como derecho humano, que devela la importancia a nivel mundial y el poco desarrollo en la regulación nacional y de otros países, no obstante, es considerado como un derecho humano; b) La jurisprudencia como fuente de derecho en Guatemala, que supletoriamente es aplicable por los jueces y que ha cobrado gran relevancia en el ámbito jurisdiccional, ilustrando y emitiendo directrices doctrinarias que son de obligada aplicación; c) La decisión judicial con perspectiva de género como paradigma de igualdad, que aborda esta nueva forma de justicia especializada; d) AFEIDAL en la trilogía de la educación superior en América Latina, asociación que se encuentra comprometida con la calidad académica en las instituciones de educación superior, a través de los aportes de sus asociados en cada uno de los congresos internacionales que desarrolla; e) La justicia constitucional argentina; f) Antecedentes de la democracia de los modernos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia, haciendo un recorrido de los antecedentes históricos que hoy en día siguen vigentes como modelos sujetos a revisión para encontrar nuevos aportes a las democracias en los países en la era del constitucionalismo moderno. Este primer número también incorpora, como medio de recuperar la memoria histórica nacional, documentos relativos a la independencia de Guatemala y que abarcan el período de 1821 a 1823.

Debo reconocer el trabajo desinteresado del Consejo Científico de la Revista y del Consejo Editorial. Un grupo de profesionales acudió al llamado que se les hizo para incorporarse a estos órganos y han

trabajado arduamente. También han sido el filtro más importante para que la Revista, desde su primer número, esté alineada a los objetivos de calidad científica e interés académico. El Consejo Científico es la principal garantía de la calidad de la Revista y que los siguientes números solo mejorarán en cuanto a temática y calidad de sus materiales.

Agradezco al Honorable Consejo Directivo de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala por el apoyo y confianza para el desarrollo y consolidación de esta Revista Jurídica, al Señor Rector Doctor Álvaro Rolando Torres Moss, a quien ofrezco el compromiso con nuestra universidad y la lealtad de trabajo conjunto para fortalecer y mejorar la formación de nuestros estudiantes, y por el privilegio de poder trabajar bajo su dirección.

También nuestro profundo agradecimiento al Doctor Mario René Mancilla Barillas, editor y jefe de la Revista, por unirse y asumir el reto de emprender un compromiso pendiente de la facultad con la comunidad universitaria, imprimiendo la entrega a la labor académica que lo caracteriza, rigurosidad científica y calidad humana que se encuentra plasmada en cada uno los trabajos académicos que se publican y dan realce a una de las principales funciones universitarias como es la investigación.

A los autores de los artículos que contienen este primer volumen, por su contribución académica con la facultad; pero, especialmente con el foro universitario y profesional que tendrá una amalgama de conocimientos frescos, metodológicamente sustentados para el aprovechamiento cultural, estudiantil, docente y jurídico-profesional. El agradecimiento es extensivo a los miembros del consejo científico que hicieron posible la revisión por pares "doble ciego" para ajustar la política editorial de la Revista y a la Directora de Posgrados en Derecho, Doctora Mirna Lubet Valenzuela Rivera, por la colaboración en el consejo editorial y por su decidido apoyo en promover la investigación en posgrados.

Confiamos que la presente Revista alcance el prestigio y reconocimiento académico que con gran entusiasmo esperamos, y dejo plasmado nuestro compromiso social, esperando que este y los próximos números generen nuevos horizontes y puedan alcanzarse alianzas de colaboración académica con instituciones públicas o privadas, que compartan nuestra visión y deseen unir sus esfuerzos para la promoción de la investigación científica y la difusión del conocimiento.

#### M.A. Luis Antonio Ruano Castillo

Decano

Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales

## Contenido

Presentación	5
La jurisprudencia como fuente de derecho en Guatemala Pablo Andrés Bonilla Hernández	9
El agua como derecho humano Dr. Mario René Mancilla Barillas	27
La decisión judicial con perspectiva de género como paradigma de igualdad Karin Sorelly Gómez Girón	57
Justicia constitucional argentina Patricio Maraniello	69
AFEIDAL en la trilogía de la educación superior en América Latina Ma. Rodolfo Godoy Lemus	97
Antecedentes de la democracia de los modernos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia José Antonio Gracias González	113
Sección Documentos Históricos	
Plan de Iguala 21 de febrero de 1821	143
Plan Pacífico de Independencia agosto de 1821	147
Acta de Independencia de Centroamérica 15 de septiembre de 1821	151
Acta de la Unión de las Provincias de Centro América al Imperio Mexicano de 1822	155
Declaración de Independencia Absoluta de Centroamérica 1823	157

## La jurisprudencia como fuente de derecho en Guatemala

Pablo Andrés Bonilla Hernández<sup>1</sup>

#### 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)

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*.

<sup>2</sup> 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).

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 extralimitaría 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 justifica es una función sub-legal..." (1967, t. II, pág. 242).

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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 indisoluble, 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

<sup>5</sup> Y en efecto lo que sucede es que "...ni el juez es un autómata 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.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup> Como órgano jurisdiccional de conocimiento con potestad de impartir justicia, además de otras<sup>8</sup>, tiene fundamentalmente la atribución de conocer los recursos de casación en los casos que procede<sup>9</sup>, y excepcionalmente conoce en segunda instancia<sup>10</sup> 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

<sup>6</sup> 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.

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.

<sup>8</sup> Véase el artículo 79 de la Ley del Organismo Judicial.

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

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 ordinaria<sup>11</sup> 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 privativo<sup>12</sup>, actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado. Se integra con cinco magistrados titulares y cinco suplentes.<sup>13</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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).

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 derecho<sup>14</sup>, también la costumbre se contempla o divisa como tal<sup>15</sup>. 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.

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.

<sup>15</sup> 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*. <sup>17</sup> En el caso de la Corte de Constitucionalidad, contrario a lo que sucede en la práctica, atendiendo a lo dispuesto en el

<sup>16</sup> Artículos 621 y 627 del Código Procesal Civil y Mercantil.

<sup>17</sup> 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 interpretarse<sup>18</sup> 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).<sup>19</sup>

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

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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 mixto<sup>20</sup>, 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.<sup>21</sup>

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 Corte<sup>22</sup> 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.

<sup>20</sup> 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 guaternalteco, como un control judicial difuso con más control extrajudicial concentrado (tribunal constitucional extrapoder).

<sup>21</sup> Véanse los artículos 11 al 14 y el 120 de la Ley de Amparo.

<sup>22</sup> 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 anteriores<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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 desconocida<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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 aquéllas 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).

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

<sup>26</sup> 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 Humanos<sup>27</sup>.

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 legislativo<sup>28</sup>, 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.<sup>29</sup> 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

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

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).

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.<sup>30</sup>

Agrega que si bien en su jurisprudencia<sup>31</sup> 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

<sup>30</sup> 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).

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.<sup>32</sup> Raya en lo lamentable y contrasta fuertemente con el otrora activísimo judicial propio de esta Corte<sup>33</sup>; 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 Reglamento<sup>34</sup>) o bien incluso la propia Corte Suprema de Justicia (a quien fijó plazo para emitir un Reglamento en el ámbito de viáticos a testigos<sup>35</sup>).

#### 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.<sup>36</sup>

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 consultas<sup>37</sup>, 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Expediente 2715-2010.

<sup>35</sup> Expediente 2770-2004.

<sup>36</sup> Están escasamente desarrollados únicamente en los artículos 66 al 70 de la Constitución.

<sup>37</sup> 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 vinculante<sup>38</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

## El agua como derecho humano

Dr. Mario René Mancilla Barillas<sup>39</sup>

#### Introducción

Hasta 2010 los defensores y teóricos del derecho humano al agua se debatían entre su definición (teórica) y su reconocimiento legal. Por un lado, se discutía sobre el contenido y alcance de dicho derecho (sus elementos, actores y ámbitos de vigencia) y por el otro sobre cómo justificar su existencia mediante los diferentes instrumentos legales internacionales.

En cuanto al fundamento legal del derecho humano al agua un conocido informe (OACNUDH-HABITAT-OMS, s.d.) derivaba el derecho humano al agua, entre otros, de los siguientes instrumentos: a) Artículo 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>40</sup>, b) Del objetivo 8<sup>41</sup> de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, c) El artículo 5 del Convenio 161 de la OIT sobre servicios de salud en el trabajo, d) La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 en su artículo 28, e) las observaciones generales 6 y 15 del Comité de Derechos Humanos en donde interpretan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y f) La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. La circunstancia común de estos y otros instrumentos era lo difuso que resultaba el concepto de derecho humano al agua y lo complejo de su regulación. Por otro lado, de manera expresa, el concepto de derecho humano al agua solo se mencionaba en los siguientes instrumentos:

- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (1980),
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989),
- Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño (1990).

<sup>39</sup> Mario René Mancilla Barillas es profesor de posgrado en las escuelas de derecho de las Universidades de San Carlos, Mariano Gálvez, así como de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala. Ha sido profesor invitado en algunas universidades de Centroamérica y de Estados Unidos y de la Escuela Judicial de Honduras. Es Doctor en Derecho por la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, M.Sc. en Derecho Constitucional por la Universidad de San Carlos de Guatemala, tiene estudios de posgrado en Historia y Metodología de la Investigación Científica y es candidato al doctorado en Ciencia Política y Sociología por la Universidad Pontificia de Salamanca.

<sup>40 &</sup>quot;Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

<sup>41 &</sup>quot;Reducir a la mitad, para 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento."

• Y las Convenciones de Ginebra (1949, 1977) garantizan la protección de este derecho durante un conflicto armado.

Pasaron 30 años desde que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres incorporó el concepto de derecho humano al agua hasta que la Asamblea General de Naciones Unidas reconocería que: "[...] el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos." (AG-ONU, 2010) Lo importante de este reconocimiento estriba en que sitúa a este derecho como condición esencial de la vida y para el disfrute de los demás derechos humanos con lo cual lo posiciona un peldaño por encima de los demás derechos humanos: sin vida (la que depende esencialmente del agua) los derechos humanos no tienen sentido; adicionalmente cierra cualquier interpretación economicista con relación al agua lo que tiene especiales implicaciones en cuanto a la naturaleza de bien público que reviste el recurso hídrico. A partir de este reconocimiento la regulación jurídica del "Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento<sup>42</sup>" tiene una norma fundante y articuladora a la luz de la cual se deben interpretar las demás disposiciones.

En cuanto al contenido y alcance del Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento se debe acudir a la Opinión General No.15 (OG 15) en la cual se interpretan los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (CESCR, 2002) Dicha Opinión General, pese a ser anterior al reconocimiento de la Asamblea General de NU, es la interpretación estándar del Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento.

#### La OG 15 señala que:

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica. (CESCR, 2002)

Este instrumento, más otras Opiniones Generales, nos ofrece una descripción de los elementos esenciales de este derecho: 1) subtipos de este derecho, 2) contenidos del derecho al agua y el saneamiento, y 3) obligaciones a las cuales están sujetos los Estados.

Estos elementos son esenciales para poder analizar la realidad de cada país y su nivel de cumplimiento o facilitación del ejercicio del derecho al agua y el saneamiento a sus habitantes.

<sup>42</sup> Aún hay mucho debate sobre el concepto: Derecho al Agua, Derecho Humano al Agua, Derecho Humano al Agua Segura, etc. Soy de la opinión que por lo menos en el ámbito legal el concepto lo ha fijado la resolución de NU como "Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento" y es el que se usará a lo largo del documento conjuntamente con el concepto de Derecho al Agua por efectos de facilidad en la redacción y entendiéndose que son equivalentes.

### Subtipos del Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento

El Derecho al Agua comprende dos subtipos diferentes de derecho, un subtipo base: a) el derecho a gozar de agua para el consumo humano y domiciliar y b) un subtipo accesorio: el derecho de acceder a agua suficiente para la agricultura de subsistencia con la finalidad de garantizar el derecho a la alimentación, acceder al agua para efectos de higiene y para usos culturales.

La Opinión General 15 establece que:

El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto. (CESCR, 2002)

Como se puede deducir claramente, *a contrario sensu* y por exclusión, no existe el derecho humano al agua para usos industriales o agroindustriales por lo que, como se verá adelante al tratar las obligaciones de los Estados, la prioridad en términos de políticas, legislación e instrumentos económicos deben ser estos dos subtipos del derecho al agua.

#### Contenidos del derecho al agua y el saneamiento

El Derecho al Agua es altamente complejo en cuanto a sus contenidos y para comprender dichos contenidos se debe tener presente que dentro de tal derecho se incorporan una serie de derechos y libertades, ciertos factores invariables, la accesibilidad al agua y la no discriminación en cuanto al goce de este derecho.

#### Derechos y libertades

El derecho al agua comprende un conjunto de libertades entre ellas la de acceder a un suministro suficiente de agua para las necesidades humanas. Este suministro ha sido calculado, de acuerdo a estándares internacionales, es de entre 20-100 litros por día. Como complemento el derecho al agua también implica que el acceso al agua debe ejercerse libre de injerencias del Estado y de terceros, que se debe acceder a agua libre de contaminación y que las personas estén libres de cortes arbitrarios del suministro de agua.

Ejercer el derecho al agua también implica que las personas tienen derecho a sistemas de gestión y abastecimiento de agua equitativos, a pedir y obtener información completa y asimilable sobre el uso del agua<sup>43</sup> (planes, proyectos, estrategias, políticas, usos, etc.) y por último tienen derecho a participar en la gestión del agua y de los sistemas de manejo y abastecimiento, especialmente en lo comunitario y en las comunidades indígenas.

#### Derecho en función de la vida, salud y dignidad humanas

Para el correcto ejercicio del derecho al agua es preciso señalar que el agua debe ser considerada como un bien social y cultural, es decir, el agua tiene unas funciones más altas e importantes que tradicionalmente se le asignan en la economía o en la planificación urbana. El agua, dada su importancia vital para la vida, no puede interpretarse o comprenderse como un mero bien económico. El agua tampoco puede interpretarse exclusivamente desde ópticas técnicas o disponibilidad volumétrica y cualquier interpretación restrictiva de este derecho debe ser rechazada.

El acceso al agua, para que realmente sea un derecho de todos los humanos, debe atender a criterios de conservación y manejo en las fuentes (producción ecológica), suministro para las presentes y futuras generaciones (uso sostenible), y responsabilidad por reducción o eliminación de las descargas contaminantes a los cuerpos naturales de agua.

#### Factores invariables del derecho al agua

Muchos de los factores que condicionan el goce del derecho al agua son impredecibles dadas las condiciones naturales del ciclo del agua, la geografía del lugar habitado, el tamaño de la población, la disponibilidad de recursos por parte de población y de gobiernos, los desastres naturales, la vulnerabilidad ambiental, etc., sin embargo el Derecho al Agua parte de la base que hay una serie de factores que deben ser invariables independientemente de la variabilidad de los demás factores; estos factores son la disponibilidad y la calidad del agua.

La disponibilidad se refiere a una cantidad suficiente de agua (según estándares de la OMS<sup>44</sup>) que debe ser abastecida constantemente para usos personales y domésticos los cuales incluyen, aunque no se limitan, a agua para consumo personal, para saneamiento, para preparación de alimentos, para higiene personal y doméstica. La OMS considera que el suministro diario de agua para estos fines, por persona, es de entre 20-100 litros por día.

La calidad se refiere a que, de nuevo según las guías de la OMS, a que el agua suministrada debe estar libre de microorganismos, contaminantes (químicos o radioactivos), debe ser de un color, olor y sabor aceptable para el consumo humano.

<sup>43</sup> Esto, además, está estrechamente vinculado con el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

Toda la información puede ser consultada en: http://www.who.int/water\_sanitation\_health/dwq/es/

#### Accesibilidad al agua

El concepto de accesibilidad al agua se refiere a varios tipos de accesibilidad. El primer tipo de accesibilidad es la física (o agua disponible y accesible cercana en términos de distancia), también se refiere a accesibilidad económica (posibilidad de pago en condiciones de justicia económica), ambos tipos de acceso deben ser posibles en condiciones de no discriminación, y acceso a la información relativa a ese derecho.

Por <u>accesibilidad física</u> al agua debe entenderse que el agua, los sistemas de gestión/transporte e instalaciones deben estar al alcance físico de la población o máximo a una distancia razonable según la OMS. Esto implica que, aparte de los hogares, también los centros educativos, lugares de trabajo, prisiones y otros centros públicos y privados deben facilitar el acceso al agua de sus usuarios.

[Una persona tiene acceso físico al agua si] la fuente de la misma se encuentra a menos de 1 kilómetro de distancia del lugar de utilización y si uno puede obtener de manera fiable al menos 20 litros diarios para cada miembro de la familia... (OMS, 2015)

<u>Accesibilidad económica</u>. No basta con que se cumpla con la accesibilidad física para que las personas puedan ejercer libremente su derecho al agua. El derecho al agua también implica que los costos y tarifas por acceso al agua deben ser accesibles aún para los más pobres y en caso de pobreza absoluta el Estado deberá actuar subsidiariamente para garantizar este derecho.

No discriminación. El Estado debe garantizar el libre acceso al agua por parte de la población suprimiendo las discriminaciones de facto y evitando o corrigiendo las discriminaciones de iure que pervivan en la legislación de tal suerte que cualquier persona pueda ejercer su derecho en condiciones de igualdad. Las discriminaciones de facto se suprimen con inversión y estrategias equitativas mientras que las de iure se suprimen con legislación y con los procesos de control de convencionalidad, de amparo y de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

Acceso a la información y a la participación. El ejercicio libre y equitativo del derecho al agua implica poder acceder a información suficiente, pertinente, oportuna y comprensible sobre todo lo relativo al agua para que las personas puedan tomar decisiones informadas o defender su derecho si es el caso. La Opinión General 15 estipula que:

Al formular y ejecutar las estrategias y planes nacionales de acción con respecto al agua deberán respetarse, entre otros, los principios de no discriminación y de participación popular. El derecho de los particulares y grupos a participar en los procesos de decisión que puedan afectar a su ejercicio del derecho al agua debe ser parte integrante de toda política, programa o estrategia con respecto al agua. Deberá proporcionarse a los particulares y grupos un acceso pleno e igual a la información sobre el agua, los servicios de agua y el medio ambiente que esté en posesión de las autoridades públicas o de terceros. (CESCR, 2002)

Estas formas de acceso y participación son compatibles, además, con los esfuerzos de promover la transparencia gubernamental y reducir la corrupción en los países. Adicionalmente esta obligación puede ser interpretada en un contexto más amplio del Derecho Internacional Ambiental, especialmente a la luz del principio 10 de la Declaración de Río de 1992 el cual estipula que:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. (AG-ONU, 1992)

Como vemos lo relacionado al acceso a la información sobre el agua goza de una doble protección que debe ser desarrollada en cada país para asegurar el derecho humano al agua y el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

#### No discriminación e igualdad en el ejercicio del derecho

Nada de lo hasta aquí planteado podría admitirse como componentes de algún derecho humano si no se hiciera mención expresa a la no discriminación e igualdad en el ejercicio de tal derecho. Un derecho que excluye a otros o que permite desigualdades en su ejercicio no es un derecho sino un privilegio.

La no discriminación e igualdad en el ejercicio de este derecho implica que existe obligación de los Estados de asegurar que hombres y mujeres accedan en condiciones de igualdad al agua. También implica que los más vulnerables deben ser sujetos de una consideración especial para que la igualdad no sea meramente formal, especialmente en tiempos de desastres, crisis o grave escasez de agua (esto podría implicar, aunque no limitarse a la función/obligación subsidiaria del Estado para la provisión de agua). La no discriminación e igualdad también obliga a los Estados a garantizar que comunidades indígenas, niños, presos, refugiados, personas de la tercera edad, personas víctimas de desastres naturales, personas con capacidades especiales tengan acceso a agua suficiente y de calidad.

Una forma esencial de discriminación se puede evidenciar en la forma como los Estados asignan recursos para la construcción, manejo y distribución del agua priorizando algunas veces a las poblaciones de ingresos más altos o proveyéndoles a dichas poblaciones mejores servicios que los provistos a las comunidades vulnerables. La asignación de dinero público para la infraestructura de agua potable debe ser no discriminatoria para con los más vulnerables. Otro ejemplo de discriminación se da cuando el gobierno privilegia los usos industriales, agroindustriales o extractivos del agua por sobre los derechos de las personas.

Dado que la discriminación también se puede presentar en la toma de decisiones, en el acceso a la información, en el costo del servicio y que tales fenómenos pueden ser *de facto* y *de iure*, los Estados deben eliminarlos allá donde se presenten.

#### Elementos esenciales del Derecho al Agua

Hasta aquí se ha intentado sintetizar los elementos esenciales del Derecho al Agua, los cuales serán esenciales para comprender las obligaciones a cargo del Estado que conllevan, así como, más adelante, compararlas con las otras dimensiones abordadas en esta reflexión.

El Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento tiene las siguientes características y elementos esenciales:

- Tiene una evolución jurídica y conceptual en el derecho internacional público.
- Antes de su reconocimiento por parte de la Asamblea General de la ONU en 2010 se tenía que deducir de una serie de instrumentos internacionales dispersos y poco articulados.
- El reconocimiento en 2010 por parte de la Asamblea General de la ONU y la Opinión General número 15 constituyen la base jurídica esencial de este derecho, pero también debe tenerse en cuenta los instrumentos internacionales de derecho ambiental para comprender el alcance del derecho.
- El derecho al agua comprende:
  - **Subtipos**: 1) Agua para el consumo humano y domiciliar y 2) Agua para la agricultura de subsistencia como medio para garantizar el derecho humano a la alimentación.
  - ◆ Libertades y derechos: 1) Libertades de acceso al suministro suficiente y a ejercer dicho derecho sin injerencias arbitrarias. 2) Derechos a sistemas de gestión y abastecimiento equitativos, información suficiente y completa y a la participación en la gestión del agua.
  - Adecuación. El agua debe ser adecuada a la vida, salud y dignidad humana lo que implica que el agua es un bien social y cultural, su uso debe atender a criterios de sostenibilidad y nunca deben primar los criterios técnicos, económicos o volumétricos en el aseguramiento del derecho.
  - Factores invariables: 1) La disponibilidad de entre 20-100 litros de agua por persona por día para consumo personal, saneamiento, preparación de alimentos, higiene personal e higiene doméstica. 2) Dicho suministro debe tener una calidad mínima en términos de no contener microorganismos peligrosos para la salud, contaminantes y también poseer un olor, color y sabor aceptables para el uso humano.
  - Accesibilidad. 1) El agua deber ser físicamente accesible, es decir los sistemas y suministros deben estar en el radio de un kilómetro de la vivienda o la población y el tiempo para su acopio no debería exceder un total de 30 minutos según la OMS. 2) El agua debe ser económicamente accesible, lo que implica que los costos del servicio y los cargos por suministro deben ser accesibles a todos en función de sus especiales condiciones económicas; el costo del agua, según el Programa Conjunto de Seguimiento de la OMS y UNICEF, no debería exceder el 3% de los ingresos de la unidad familiar.
    3) El acceso a la información sobre el agua implica que las personas tienen libertad de

solicitar, recibir y difundir información referente al agua como sistema biológico y como derecho humano.

No discriminación. El acceso al agua debe ser garantizado por los Estados de tal manera que se eliminen las discriminaciones de facto y de iure que afecten a poblaciones vulnerables, mujeres, niños, personas de la tercera edad, comunidades indígenas y otros sectores en riesgo, de tal suerte que las inversiones que se hagan en sistemas de agua potable y la estructuración de costos y tarifas evite la exclusión, discriminación y promueva la equidad aún mediante la aplicación de medidas subsidiarias.

En términos generales se puede afirmar que esta síntesis puede ser considerada el baremo contra el cual se pueden comprender las obligaciones de los Estados y se puede medir el grado de cumplimiento del derecho humano al agua en un país determinado señalando, de paso, las deficiencias en su protección y las exclusiones que de hecho o de derecho se producen en un momento concreto.

# Obligaciones a las cuales están sujetos los Estados<sup>45</sup>

La naturaleza de derecho humano otorgado al acceso al agua para consumo humano y para saneamiento implica que los Estados deben asumir el papel de obligados a garantizar dicho derecho. Este papel conlleva una serie de obligaciones. Algunas de ellas han quedado expresadas en la sección previa y, adicionalmente, se encuentran otras que es preciso abordar a continuación.

En cuanto al tiempo y la complejidad del aseguramiento de este derecho para todas las personas se reconoce que hay retos y obstáculos de todo tipo que hacen imposible cumplir inmediatamente todas las obligaciones, es por ello que las obligaciones se dividen en: 1) Obligaciones de aplicación progresiva –aquellas que dada la naturaleza del problema demandan amplios períodos de tiempo y recursos para su implementación— y, 2) Obligaciones de cumplimiento inmediato, tales como la de asegurar el ejercicio de este derecho sin discriminación, la obligación de tomar, constantemente, medidas inmediatas, deliberadas, medibles y concretas para la plena realización del derecho al agua. Esto se reflejaría, principalmente, en las inversiones públicas en sistemas de agua para la población y en la reducción de las inequidades en el goce de este derecho.

Desde otra perspectiva las obligaciones del Gobierno para asegurar el cumplimiento pleno de este derecho humano se clasifican en: 1) Obligaciones legales específicas de los Estados y los gobiernos, 2) Obligaciones internacionales de los Estados y 3) Obligaciones mínimas. Estas

<sup>45</sup> El uso del concepto "Estado" en cuanto a sujeto de obligaciones concretas de hacer es problemática en español. Lo anterior se debe a que hay una diferencia de entidad entre la persona "Estado" y la persona "Gobierno". Mientras que el Estado es la persona titular de obligaciones y derechos en lo internacional no se puede decir lo mismo a nivel interno de los países. Cuando nos referimos a obligaciones del Estado en el ámbito interno en realidad nos estamos refiriendo a obligaciones del "Gobierno" quien posee el poder público, los recursos financieros, los mandatos, las competencias, las funciones y el personal para llevar a cabo todas las obligaciones que aquí se describen. No obstante, esa clara diferencia es común usar el concepto Estado para referirse al gobierno.

obligaciones pueden constituirse en el baremo contra el cual se mide la efectividad de la actividad del Estado/gobierno en el aseguramiento del derecho humano al agua y al saneamiento.

Las obligaciones legales específicas de los Gobiernos se concentran en respetar, proteger y cumplir el derecho humano al agua. El Gobierno respeta el derecho cuando evita cualquier injerencia arbitraria del poder público en el libre ejercicio del derecho al agua; esto implica evitar la negación o restricción del acceso al agua, evitar la injerencia en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de gestión del agua. El Gobierno<sup>46</sup> también debe evitar contaminar directamente las aguas y debe evitar que otros las contaminen; y, por último, debe abstenerse de usar el agua como palanca política, como medio de coacción, castigo o extorsión contra las personas.

De lo anterior se deriva la obligación legal de proteger el libre acceso de las personas al agua para sus usos personales, domésticos y de saneamiento. Esta obligación implica que se debe impedir que personas, empresas, grupos y entidades que no sean del poder público interfieran en el acceso libre y racional al agua; entre las limitaciones que el Gobierno debe impedir se encuentran la denegatoria, por cualquier medio, a que las personas tengan acceso físico al agua. También se debe evitar la explotación irracional, no sustentable o inequitativa del agua de tal suerte que se desvíe, en detrimento del derecho humano al agua, a usos industriales, agrícolas o de cualquiera otra índole.

Las dos obligaciones previas cobran sentido sistémico a la luz de la obligación de cumplir con el derecho al agua. La obligación de cumplir se puede entender como una obligación de tutela mediante la cual el Gobierno debe: 1) Facilitar la adopción de medidas para que las personas y comunidades puedan ejercer su derecho al agua; 2) Promover y difundir información suficiente, oportuna y adecuada sobre los usos, manejo y conservación del agua, la protección de fuentes y los métodos para reducir los desperdicios de agua; y 3) El Gobierno también tiene la obligación de adecuar o producir legislación, políticas públicas, inversiones e instrumentos de gestión para que los actuales usos del agua se compatibilicen con el derecho humano al agua potable y el saneamiento.

Ahora bien, el agua es el elemento esencial de uno de los grandes sistemas ambientales planetarios: la hidrosfera. Es por ello que no tiene sentido hablar de "soberanía" sobre el agua, el agua depende y se comporta de acuerdo a las leyes naturales que regulan el ciclo del agua y, por lo tanto, no reconoce fronteras, jurisdicciones o nacionalidades. Ríos y lagos han dividido, a la vez que unido, a las naciones a lo largo de los siglos y el agua que llueve en las montañas de un país bien puede ser la que alimente los ríos de otro país. La conciencia de esta realidad nos ayuda a comprender que los Estados tienen obligaciones no solo para con las personas sino también para con los demás Estados, a estas llamaremos "obligaciones internacionales". Los Estados tienen, entre otras obligaciones para con los demás Estados, las de cooperar y proveerse asistencia internacional en temas hídricos, la de adoptar medidas conjuntas o individuales para asegurar que las personas de una región bi o multinacional gocen del derecho al aqua. Tienen obligaciones negativas también, por ejemplo, la de abstenerse de tomar cualquier

<sup>46</sup> A los Estados corresponde esta misma obligación con relación a los cursos internacionales de aguas y en general a las aguas compartidas con otros Estados.

medida que obstaculice o afecte el derecho de los ciudadanos de otros países de acceder al agua. Los Estados tienen prohibición de usar el agua como herramienta política, instrumentos de presión o negociación internacional. Los países no deben imponer embargos o medidas semejantes que restrinjan o impidan los suministros de agua y, por sobre todo, deben evitar que el Gobierno o los ciudadanos contaminen, represen o hagan usos insostenibles de las aguas de interés internacional.

Los gobiernos también tienen un conjunto de obligaciones básicas (mínimas) que la Observación General 15 ha establecido de la siguiente manera:

- a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
- d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciban la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
- g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;
- h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados. (CESCR, 2002)

Como vemos, pese a su complejidad medir el nivel en que los Gobiernos garantizan a sus habitantes el ejercicio del derecho humano al agua y el saneamiento es posible tener una evaluación rápida a través de algunos de los elementos que conforman dicho derecho, entre ellos:

- Los factores invariables:
  - ♦ Disponibilidad, y
  - ◆ Calidad.

#### Accesibilidad

- ♦ Física
- ♦ Económica
- No discriminatoria
- ♦ Y con pleno acceso a la información y a la participación en la toma de decisiones sobre el agua.

#### Protección

- Mediante normas jurídicas claras y equitativas
- Mediante políticas
- Mediante inversiones y proyectos orientados a garantizar el derecho al agua.
- Mediante normas, políticas, proyectos e inversiones para asegurar la sostenibilidad del recurso (dimensión ecológica)

La composición del derecho humano al agua y el saneamiento hasta aquí descrito puede ser usado como el baremo contra el cual se puede medir el grado de adecuación de la legislación, la tutela judicial y el acceso real que las personas tienen a este derecho y, por consiguiente, el grado de cumplimiento de cada país en este tema.

El grado de cumplimiento de este derecho también indica en qué medida se privilegia el bienestar de las personas por sobre los usos industriales o agrícolas del agua. Lo anterior se debe a que la falta de acceso al agua y al saneamiento es uno de los factores que contribuye a la reducción de los índices de salud, empeora la alimentación, reduce la capacidad productiva de las personas con lo que la pobreza se mantiene o se incrementa y, en última instancia, la falta de acceso al agua y el saneamiento también es una de las principales fuentes de mortalidad entre comunidades pobres a lo largo del mundo.

Dicho de otra manera, el índice de acceso al agua y el saneamiento es uno de los mejores indicadores del nivel de justicia de una sociedad en particular y la medida en que la falta de acceso a dicho derecho provoca conflictividad social también revela gobiernos que no han asumido como prioridad el cumplimiento de este derecho<sup>47</sup>. Entre más regulación específica del sector hídrico (desde la perspectiva de derechos humanos<sup>48</sup>), más tutela judicial y mayores índices de acceso más justa será una sociedad.

<sup>47</sup> Recientemente el profesor Antonio Embid Irujo afirmaba que el nivel de intensidad con que se debate el derecho al agua en América Latina, y la conflictividad asociada, es el resultado directo de que las personas no han accedido a ese derecho y que en países, como España, en donde el 90-95% de la población tiene acceso al agua y el saneamiento, básicamente no hay litigio constitucional al respecto de este derecho y, por consiguiente, las personas están más preocupadas por otros derechos que no se cumplen en su totalidad. (García & Embid Irujo, 2013)

<sup>48</sup> Históricamente la falta de regulación específica y disposiciones relativas a la explotación para fines comerciales o productivos altamente dispersas y laxas han contribuido a que sea mucho más fácil el acceso al agua para las empresas que para las personas.

# Legislación hídrica en Centroamérica

El derecho humano al agua y el saneamiento supone la existencia de legislación que regule los derechos relacionados con el recurso hídrico lo que, a su vez, supone regulaciones mucho más amplias del recurso hídrico en sí mismo.

Dicho de otra manera, un país puede tener regulado expresamente el derecho humano al agua y el saneamiento y no poseer legislación de aguas; también puede poseer una legislación de aguas que no reconoce expresamente el derecho humano al agua y al saneamiento y, finalmente, puede carecer de regulación tanto para las aguas como para el derecho humano al agua y el saneamiento. Con relación a estos escenarios ¿cuál es la situación de cada país de Centroamérica? Veamos el estado legislativo actual de este tema.

#### Guatemala

Guatemala tiene serios problemas legislativos con relación al agua y pero no necesariamente con relación a la protección legal del derecho al agua y a saneamiento.

Con relación al agua, hasta 1985 todo lo relativo a ella estaba regulado en el Código Civil, artículos 579 al 588, donde se establecían las formas de asignar derechos de uso y propiedad sobre las aguas privadas y, a decir de algunas personas, lo relativo a las aguas públicas seguía estando regulado por el Código Civil de 1932<sup>49</sup>. No obstante, la Constitución de 1985 opera un cambio fundamental en el régimen de aguas al decretar:

**ARTÍCULO 127. Régimen de aguas.** Todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Su aprovechamiento, uso y goce, se otorgan en la forma establecida por la ley, de acuerdo con el interés social. Una ley específica regulará esta materia.

**ARTÍCULO 128. Aprovechamiento de aguas, lagos y ríos.** El aprovechamiento de las aguas de los lagos y de los ríos, para fines agrícolas, agropecuarios, turísticos o de cualquier otra naturaleza, que contribuya al desarrollo de la economía nacional, está al servicio de la comunidad y no de persona particular alguna, pero los usuarios están obligados a reforestar las riberas y los cauces correspondientes, así como a facilitar las vías de acceso.

Con este tipo de disposiciones quedan virtualmente derogadas todas las demás disposiciones relacionadas con el agua contenidas en cualquier otra ley que no sea la Ley de aguas. No obstante, a la fecha del presente artículo se han presentado más de 27 iniciativas de ley sin que se haya pasado más allá de la etapa de dictamen. Ninguna de estas iniciativas llegó al pleno del Congreso para ningún tipo de discusión.

<sup>49</sup> El Código Civil vigente es del 14 de septiembre de 1963 y al momento de su promulgación derogó totalmente el Código Civil de 1932. Luego en 1964, mediante el Decreto Ley 218 decretó "ARTÍCULO 124. Mientras se promulga la nueva Ley de Aguas de Dominio Público, quedan en vigor los Capítulos II, III, IV y V del Título II, y II y III del Título VI del Código Civil, Decreto Legislativo 1932." (negrilla añadida) El acto normativo no podía dejar en vigor algo que ya había sido derogado pues "queda" algo que permanece en su estado y el estado de la norma era derogado.

Ante la ausencia de una ley general de aguas o de una ley relativa al subsector de agua y saneamiento la mayoría de legislación disponible reviste dos características: a) O es legislación específica de sectores extractivos en donde el agua es tratada solamente como un recurso para la producción<sup>50</sup>, o b) Son normativas reglamentarias del sector salud enfocadas en el control de enfermedades asociadas a la falta de desinfección o del sector ambiental enfocado en reducir la contaminación<sup>51</sup>. El Congreso ha fallado por 32 años en cumplir con el mandato constitucional, lo que ha generado, en relación con el agua, un "estado de cosas inconstitucional" que viola los derechos de las personas y abre la puerta para iniciar acciones legales contra el Congreso por su incumplimiento.

Por el lado del reconocimiento legal del derecho humano al agua y el saneamiento tampoco se posee una norma expresa en ese sentido. Sin embargo, se puede derivar de una serie de normas que implican y posibilitan a nivel normativo el derecho humano al agua y el saneamiento.

La Constitución señala que en Guatemala "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana." (Artículo 44) Por lo tanto no se necesita reconocimiento legal expreso de tales derechos en Guatemala. Para el caso del derecho al agua basta con la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas donde se reconoce dicho derecho. La Constitución guatemalteca deja sentado el principio que los tratados en materia de derechos humanos son superiores al orden jurídico interno (artículo 46) y la Corte de Constitucionalidad en varias sentencias ha sentado el precedente que los tratados no pueden ser objeto de control de constitucionalidad con lo cual se reafirma su superioridad en relación con el orden jurídico interno.

Por otro lado, el derecho al agua y el saneamiento es un desarrollo específico del más general derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual sí está regulado expresamente en el artículo 29 bis de la Ley del Organismo Ejecutivo de Guatemala.

Este marco legal general permite la defensa del derecho humano al agua y el saneamiento por vía de la justicia constitucional (acción de amparo y control judicial de constitucionalidad) y por vía del control convencional en los términos fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En conclusión, normativamente hablando, Guatemala es de los países en donde no se posee una ley general de aguas –en abierta violación a un mandato expreso de la Constitución– y no se posee una disposición expresa en relación al derecho humano al agua y el saneamiento; sin

Por ejemplo, la Ley de Minería estipula: "Artículo 71. Aguas de dominio nacional, y de uso común. El titular de derecho minero podrá usar y aprovechar racionalmente las aguas siempre y cuando no afecte el ejercicio permanente de otros derechos. El uso y aprovechamiento de las aguas que corran dentro de sus cauces naturales o se encuentren en lagunas, que no sean del dominio público ni de uso común, se regirán conforme las disposiciones del Código Civil y de las leyes de la materia. Quien haga uso del agua en sus operaciones mineras, al revertirla, deberá efectuar el tratamiento adecuado para evitar la contaminación del medio ambiente."

<sup>51</sup> Por ejemplo, el Acuerdo Gubernativo 236-2006 "Reglamento de las descargas y reúso de aguas residuales y de la disposición de lodos..." o el Acuerdo Gubernativo 113-2009 "reglamento de normas sanitarias para la administración, construcción, y mantenimiento de los servicios de abastecimiento de agua..."

<sup>52</sup> Un "estado de cosas inconstitucional" se produce, según la jurisprudencia colombiana, cuando entre otras circunstancias: a) Existe una afectación masiva y generalizada de derechos constitucionales –en este caso los asociados al agua–, b) Hay una omisión, por parte del poder público, a cumplir sus obligaciones para proteger tales derechos, y c) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestarias necesarias para resolver el problema. Cfr. Sentencia T-025 de 2004, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm

embargo, el marco constitucional claramente permite su manifestación y tutela en sede judicial a la vez que impone al Gobierno y al Estado de Guatemala las obligaciones que se derivan de dicho derecho humano.

#### El Salvador

El Salvador, al igual que Guatemala, carece de ley general de aguas, pero posee una serie de leyes sectoriales y de reglamentos enfocados en distintos factores relacionados con el agua.

Las aguas residuales son reguladas por el Decreto 39 del presidente de la república, "Reglamento especial de aguas residuales"; la calidad del agua y las aguas vertidas se regula por el Decreto 50 del presidente de la república "Reglamento sobre la calidad del agua, el control de vertidos y las zonas de protección"; el agua potable se rige por la norma salvadoreña obligatoria NSO 13.07.01:08 de 2009 y por el reglamento técnico salvadoreño RTS 13.02.01:14 "Agua. Agua de consumo humano. Requisitos de calidad e inocuidad."

Por otro lado, se regulan los usos productivos del agua como en la Ley de Riego y Avenamiento, Decreto Legislativo 153 y su reglamento el Decreto 17 del Presidente.

El Salvador presenta algunos avances en materia de agua y saneamiento al poseer una Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, Decreto Legislativo No. 341; pero más importante posee un avance limitado pero significativo en materia de acceso al agua con el Decreto Legislativo No.77 modificado en 2012 en el cual se fijan algunas obligaciones de provisión subsidiada de agua a comunidades vulnerables, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo desarrolle los proyectos de infraestructura en agua que luego serán propiedad municipal. También asigna al Poder Ejecutivo el poder de vigilancia en términos de calidad, sanidad y eficacia del funcionamiento de los sistemas de agua.

Por el lado del reconocimiento del derecho humano al agua y el saneamiento la Constitución salvadoreña guarda silencio y se refiere, de manera general, al deber del Estado de proteger, conservar, aprovechar racionalmente, restaurar, sustituir los recursos naturales y la integridad del medio ambiente como condición del desarrollo sostenible (Artículo 117). Por el lado de la justicia constitucional todo indica que la Constitución salvadoreña adopta una técnica restrictiva frente a los tratados internacionales sobre derechos humanos. La Constitución declara que los tratados pasan a formar leyes de la república pero que solo son superiores a la ley y no a la Constitución pues en caso de conflicto entre la ley y el tratado prevalecerá el tratado (artículo 144), en este contexto lo tradicional es considerar a la Constitución por encima de la ley ya que le ley encuentra su fuente principal en la Constitución; también establece la Constitución que se reserva el poder de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado por vía de control judicial de constitucionalidad (artículo 149).

En resumen, en El Salvador no se posee ley general de aguas, pero sí poseen leyes sectoriales y reglamentos que abordan algunos de los aspectos del derecho humano al agua y el saneamiento. En cuanto al reconocimiento expreso del derecho humano al agua está ausente de la

legislación salvadoreña y también parece inviable el uso de la justicia constitucional o el control de convencionalidad para la defensa de esos derechos.

#### Honduras

Honduras es el único país del Triángulo Norte que posee una Ley General de Aguas (Decreto Legislativo 181-2009) aprobada en el 2009.

De acuerdo con la ley el agua es un bien público cuya titularidad está asignada al Estado y la responsabilidad por su administración corresponde al gobierno central (artículo 2 LGA). Aunque la ley guarda silencio en su objeto con relación al derecho humano al agua se puede encontrar a lo largo de la ley muchos de los elementos esenciales de dicho derecho y una mención específica cuando asigna atribuciones a la autoridad del agua donde le ordena a dicha autoridad "Garantizar el derecho humano al agua..." (artículo 11.17 LGA)

Luego la ley es más específica al señalar como principios y fundamentos de la gestión hídrica los siguientes:

- a) El agua es un recurso esencial para la vida, el desarrollo social y económico. Su protección y conservación constituye una acción prioritaria del Estado;
- b) El consumo humano tiene relación preferencial y privilegiada sobre los demás usos;
- c) El agua es un recurso social, su acceso será equitativo;
- d) La participación ciudadana se hará efectiva en la planificación de la gestión, el aprovechamiento, protección y su conservación;
- e) La gestión integral del recurso vinculada al ciclo hídrico y el entorno natural se hará con la participación y responsabilidad de todas las instancias de Gobierno, sus organizaciones o del pueblo organizado; y,
- f) La retribución por servicios estará vinculada a los aprovechamientos y la protección y conservación del agua. (Artículo 3 LGA)

Por otro lado, el Código Civil (Decreto Nº 76 de 1906) declara en el artículo 623 que los ríos y cualquier otra agua que discurra por sus cauces naturales son bienes nacionales de uso público. Solamente considera aguas privadas las fuentes y ríos que inician y terminan dentro de una misma finca o propiedad.

Honduras también posee una serie de normas reglamentarias relativas a calidad del agua, descargas de aguas residuales en cuerpos de agua y otros instrumentos en donde el agua es considerada desde su función como elemento de producción.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Por ejemplo: Las "normas técnicas de las descargas de aguas residuales a cuerpos receptores y alcantarillado sanitario" (Acuerdo No. 58 del Presidente de la República); la "Norma Técnica para la calidad del Agua Potable" (Acuerdo No. 84 del Presidente de la República) y la Ley General de Minería, en su artículo 53, establece los derechos de uso del agua a favor de los concesionarios mineros.

En cuanto a la relación de los tratados y el derecho interno (Constitución y leyes) la Constitución hondureña es clara al estipular que los tratados entran a formar parte del derecho interno (artículo 16) y que cuando se presente un conflicto entre un tratado y la ley debe prevalecer el tratado (artículo 18), sin embargo, nada dice con relación a un potencial conflicto entre un tratado y la Constitución ni con respecto a un potencial control judicial de constitucionalidad de los tratados (artículos 184 a 186)

No obstante, la Constitución hondureña adopta la técnica de *numerus apertus* para los derechos humanos de las personas al señalar:

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre (artículo 63).

Con lo que bien puede interpretarse que con la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el derecho humano al agua y el saneamiento basta para asegurar que en Honduras ese derecho debe ser reconocido. Adicionalmente establece el mandato de proteger y conservar el medio ambiente como medio de garantizar la salud de las personas y de las comunidades (artículo 145). Adicionalmente reconoce que la Procuraduría General tendrá una subprocuraduría de ambiente y que el ejército tiene obligaciones de protección del ambiente (artículo 274).

En términos de justicia constitucional todo hondureño ante la violación de su derecho al agua y el saneamiento podría pedir su tutela judicial por vía del amparo para que "se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece;(...)" (artículo 183)

Honduras, en resumen, posee legislación específica para el agua y reconoce expresamente el derecho humano al agua y el saneamiento a la vez que deja expedito el camino para que las personas persigan la tutela judicial de este derecho por vía del amparo. Lo que no queda claro es el reconocimiento del derecho de las personas a acudir al control de convencionalidad cuando el Gobierno y el Estado fallan en tutelar el derecho humano al agua.

# Nicaragua

Nicaragua posee una Ley General de Aguas Nacionales (Ley No. 620) en donde fija el régimen de las aguas como público y le da al recurso hídrico la categoría de patrimonio de la Nación. Es la única ley en la cual expresamente se prohíbe la privatización del agua (artículo 4). Esta ley también fija varias de las características esenciales del derecho humano al agua y al saneamiento al señalar que es obligación y prioridad indeclinable del Estado gestionar el servicio de agua potable en calidad y cantidad adecuada a todo el pueblo nicaragüense y que para las personas en estado de pobreza no se podrá suspender el servicio de agua o se les tendrá que proveer de soluciones. "Tampoco podrán interrumpirse estos servicios a hospitales, centros de salud,

escuelas, orfelinatos, asilos para ancianos, centros penitenciarios, estaciones de bomberos y mercados populares" (artículo 5).

Los principios que rigen la gestión del agua, de acuerdo al artículo 13 de la ley, son: agua como recurso estratégico, conocimiento científico del estado del recurso hídrico como base para la toma de decisiones, preservación y defensa, administración responsable, manejo integral, participación ciudadana, responsabilidad, coordinación, precaución y rigor subsidiario. En cuanto a la prioridad de uso establece el artículo 66 que "las aguas utilizadas para consumo humano tienen la más elevada e indeclinable prioridad para el Estado nicaragüense, no pudiendo estar supeditada ni condicionada a cualquier otro uso." Por otro lado, la ley también regula los usos alternativos del agua (agropecuario, generación de energía eléctrica, conservación y otros usos).

Adicionalmente en Nicaragua se cuenta con la Ley Especial de Comités de Agua Potable y Saneamiento (Ley No. 722) que reconoce a los Comités como la herramienta de desarrollo económico y social, democracia participativa y justicia social en materia de aguas. (Artículo 2)

El marco legal propio del sector hídrico se completa con las siguientes normas:

- a) Ley No. 297 Ley General de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario y su Reforma
- b) Decreto No. 52-98 Reglamento de la Ley General de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario
- c) Decreto No. 45-98 Disposiciones para la Fijación de las Tarifas en el Sector de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario y su Reforma.

En cuanto al reconocimiento expreso del derecho humano al agua y el saneamiento señala la Ley Especial de Comités de Agua Potable y Saneamiento en su primer considerando que:

Que los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud y a habitar en un ambiente saludable, siendo el acceso al agua un derecho humano fundamental, indispensable para la vida y la salud de las personas y un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos.

La ley general de aguas nacionales, de una forma un tanto más ambigua señala que:

El agua es un recurso vital, limitado, vulnerable y finito cuya preservación y sustentabilidad es tarea fundamental e indeclinable del Estado y de la sociedad en su conjunto. Su acceso es un derecho irrenunciable de todo ser humano; (...) (Artículo 13.c)

En todo caso el derecho humano al agua y el saneamiento ha sido reconocido expresamente en la ley<sup>54</sup> y ello habilita a las personas, de acuerdo con el artículo 45, a pedir la tutela de ese derecho en caso de violación por medio de la acción de amparo. Parece ser que la Constitución nicaragüense permite el control judicial de constitucionalidad de los tratados y que no admite el control de convencionalidad (al menos expresamente) ya que establece que "No tendrán valor

La misma Constitución, en su artículo 60 reconoce el derecho humano más general a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y va más allá al reconocer constitucionalmente que la tierra y la humanidad conforman una unidad compleja configurada en un sistema autorregulado que permite la producción y reproducción de la vida mediante los grandes sistemas ambientales.

alguno las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones (de la Constitución)." (Artículo 182)

En conclusión, Nicaragua es el tipo de país en el cual tanto el recurso hídrico como el derecho humano al agua y el saneamiento están expresamente regulados en la ley o la Constitución. También se permite la tutela judicial de ese derecho por la vía del Amparo, pero aparentemente también se permite el control judicial de constitucionalidad de los tratados (en este caso conteniendo desarrollos del derecho al agua) por lo que no queda claro que se permita el control de convencionalidad.

#### Costa Rica

Costa Rica posee la ley de aguas más antigua de Centroamérica pues fue promulgada en agosto de 1942 por lo que es natural que no contemple los elementos esenciales del derecho humano al agua y el saneamiento. Esta ley fija el régimen de las aguas como propiedad nacional y de dominio público, el cual no se pierde por ningún tipo de alteración o aprovechamiento (artículos 2 y 70) y aunque el artículo 4 se refiere a cierto tipo de aguas de dominio privado el artículo 50 de la Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 y el artículo 4 del Código de Minería establecen que todas las aguas son de dominio público. Los artículos 11 al 15 de la ley garantizan el libre acceso y uso al agua para usos no comerciales.

Por otro lado, en 1953 emitieron la Ley General de Agua Potable (Ley No. 1634). Esta ley contiene disposiciones relativas al derecho humano al agua verdaderamente revolucionarias para su tiempo, por ejemplo, la prohibición de los propietarios de casas y locales de privar del servicio de agua a los inquilinos (artículo 9); pero también contiene disposiciones contrarias por ejemplo la multa mensual acumulativa del 2% por el retraso en el pago del agua (artículo 13) o la generación de hipoteca por causa de deudas por servicio de cañerías y que recae sobre los bienes que usan esas cañerías (artículo 12).

La tercera ley específica del sector de aguas es la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (Ley No. 2716 de 1961) que regula al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Esta ley es el marco para establecer, dirigir y aplicar las normas, inversiones y políticas relativas al suministro de agua potable, así como a la recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos (artículo 1). Esta ley ha sido modificada en el tiempo y se han incluido provisiones como la conservación de las cuencas hidrográficas y el control de la contaminación de las aguas (artículo 2).

También hay varios reglamentos y leyes relacionadas, sin embargo, ninguno de ellos hace una mención expresa del derecho humano al aqua y el saneamiento.

La Constitución costarricense no hace mención del derecho al agua y el saneamiento pero reconoce el derecho más general a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y asigna legitimación activa individual para hacer los reclamos pertinentes en caso de daño (artículo 50), una vía apropiada para la defensa de ese derecho es la acción de Amparo la cual, de

acuerdo a la Constitución, es la vía para "mantener el goce de los derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República" (artículo 48).

No queda claro el estatus de los tratados internacionales con relación a la Constitución, pero sí con relación a las leyes pues "los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes" (artículo 7). En estas circunstancias parece ser que el control de convencionalidad es una posibilidad, pero no queda claro si el control judicial de constitucionalidad podría reducir los efectos de los tratados internacionales en materia de agua.

En resumen, Costa Rica posee la legislación más antigua sobre el recurso hídrico, pero por la misma razón su extensión es limitada y calcada en las prioridades y concepciones que sobre el agua dominaban en la primera mitad del siglo XX. Algunas reformas a esas leyes han introducido actualizaciones como el tema de la conservación de cuencas hídricas. Es decir que Costa Rica posee leyes específicas para el sector hídrico, pero no hay, al menos en el nivel normativo, reconocimiento expreso del derecho humano al agua y el saneamiento y se tiene que derivar del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que sí es reconocido en la Constitución.

# La tutela judicial del derecho al agua y el saneamiento en algunos países de Centroamérica

En la familia del derecho civil existen diferentes fuentes del derecho. Una de ellas que posee creciente importancia es la jurisprudencia. Se entiende en este contexto jurisprudencia como la serie de sentencias emitidas, general aunque no exclusivamente, por el órgano de control constitucional en un mismo sentido de tal manera que, una vez se han acumulado el número de sentencias que la ley de cada país requiere, las interpretaciones, soluciones y derechos allí reconocidos se vuelven obligatorios para todo el sistema de justicia y para la sociedad en general. Antes de llegar al número requerido las sentencias son muy importantes como precedente que los jueces pueden usar, aunque no estén legalmente obligados a ello.

Cuando hablamos de derecho humano al agua y el saneamiento en la sección previa se pudo constatar que pocos países poseen dicho derecho expresamente reconocido en alguna ley o en la Constitución, lo cual no quiere decir que no se haya reconocido del todo dicho derecho. Las sentencias, especialmente las de Amparo, son la siguiente fuente de reconocimiento de ese derecho y en ese campo analizaremos los avances en el reconocimiento del derecho al agua.

#### Guatemala

En Guatemala solo ha habido una recopilación de jurisprudencia ambiental y aunque se abordan varias sentencias relacionadas con el agua en ninguna de las mismas se menciona el derecho humano al agua y el saneamiento. (Addink, Battle Rio, & Platero Midence, 2011)

La mayoría de sentencias relacionadas con el agua giran en torno a dos temas: a) agua para producción, especialmente relacionadas con hidroeléctricas y reclamos comunitarios con relación a las caídas de agua y los ríos, y b) sentencias relacionadas con el acceso al servicio municipal de agua y el poder que tienen las municipalidades de cortar o no dicho servicio a los vecinos.

Como ejemplo de los primeros casos tenemos el Expediente 1408-2008. El problema jurídico de este caso era el siguiente: el Concejo Municipal de Río Hondo, Departamento de Zacapa, en el acta 20-2005 emitió el "Reglamento de Consultas Comunitarias" con la finalidad de conducir una consulta con relación a la construcción de hidroeléctricas en ese municipio. Frente a esta norma municipal se presentó una acción de Inconstitucionalidad general total. La queja contenida en la acción de inconstitucionalidad puede resumirse en los siguientes puntos: a) La municipalidad no tiene competencia para producir consultas sobre el tema hídrico, b) La convocatoria y el reglamento no fueron publicados en el Diario Oficial, c) La municipalidad no podía garantizar la secretividad del voto, d) Que dicha convocatoria violaba el artículo 223 pues la competencia pertenecía al Tribunal Supremo Electoral, e) Viola el artículo 121 pues el Concejo Municipal no tenía competencia sobre los recursos hídricos, f) El acuerdo presuntamente violaba la soberanía nacional, g) También señalaron la violación de los artículos 253, 154, 173 y 30 de la Constitución. En los alegatos la Procuraduría General de la Nación señaló que "La Municipalidad de Río Hondo quebranta la unidad Estatal al oponerse, mediante una consulta, al *jus imperium* del Estado de Guatemala."

El mismo criterio fue seguido por el Ministerio de Energía y Minas; por otro lado, el Tribunal Supremo Electoral intentó corregir la plana al interponente al señalar que en ningún momento las consultas municipales o cualquier otro tipo de consulta son actos electorales y, por lo tanto, solo es competencia del Concejo Municipal. Luego de una argumentación oscura, ambigua y bastante incompleta la Corte de Constitucionalidad desechó todos los argumentos de inconstitucionalidad, pero entra a resolver como inconstitucional el texto que declaraba que los resultados de la consulta serían vinculantes, aunque el interponente de la inconstitucionalidad nunca alegó contra esa disposición en específico.

En el otro tipo de casos, relativos al corte del servicio de agua o a las limitaciones impuestas en el acceso al agua se han identificado varios casos que discurren, salvo uno, en el mismo sentido. En el Expediente 5839-2014 (EMPAGUA) la Corte de Constitucionalidad falló que no se puede cortar el servicio de agua potable sin agotar todos los medios de defensa de la persona y garantizar el debido proceso. En el Expediente 5409-2014 (comité de agua) la Corte fue más allá al señalar que los medios de defensa y debido proceso deben aplicarse inclusive cuando hay evidencias que las personas usan el agua no solo para el uso típico contenido en el derecho humano sino para cualquier uso. En el Expediente 2229-2015 la Corte extendió alguno de los elementos del derecho al agua a una empresa ante lo cual una Magistrada de la misma emitió un voto disidente señalando la incongruencia y la inexistencia del derecho humano al agua para las empresas. Otro tanto pasó con el Expediente 3501-2012 en el cual aplicó los mismos criterios del acceso al agua en caso de suspensión servicio de alcantarillado y drenaje. Finalmente, en el Expediente 308-2017 se hace mención expresa del derecho humano al agua en un caso en donde el propietario de un inmueble cercó una fuente de agua (ojo de agua) e impidió el acceso de los vecinos a ese recurso; la Corte declaró que dicha medida era contraria a la Constitución y violaba el derecho humano al agua.

Como se puede apreciar fácilmente la tendencia tanto de las personas que plantean sus acciones constitucionales como la de la Corte de Constitucionalidad es relacionar el acceso al agua potable y al saneamiento con los derechos a la vida, la salud, la defensa y el debido proceso; solo recientemente se ha comenzado a presentar el derecho humano al agua y el saneamiento como un derecho justiciable por vía constitucional.

La conclusión preliminar en el caso de Guatemala es que judicialmente es más fácil utilizar los mecanismos institucionales para proteger los usos industriales del agua por parte de las industrias. No obstante, hay evidencia del potencial que presenta la justicia constitucional para incrementar el respeto y cumplimiento del derecho humano al agua y el saneamiento.

#### El Salvador

En El Salvador hay una serie de sentencias que abordan elementos del derecho al agua y el saneamiento desde las perspectivas de contaminación, deforestación y acceso. Un compendio de jurisprudencia ambiental compila una serie de sentencias en las cuales reiteradamente hacen referencia al derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, pero sin hacer mención específica al derecho al agua y el saneamiento. (Jovel, 2012)

Un buen ejemplo es la sentencia 242-2001 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador. En este caso se presentó un amparo ante la deforestación de una zona del área conocida como "El Espino" en la zona urbana de San Salvador, en el amparo el postulante afirmó que dicho proyecto produciría una "...afectación del acuífero de El Espino, (e) incidencia negativa en la escorrentía del agua a los barrios bajos de San Salvador." En este caso en particular, sin acudir al concepto de derecho humano al agua y el saneamiento, el postulante sí afirmó que dicho proyecto "también afecta su derecho a la vida, entendido como un proceso bio-sico-social, que comporta necesariamente oportunidades o elementos mínimos para desarrollarse dignamente, como ser humano y habitante de este país."

La revisión de las sentencias disponibles permite afirmar que en El Salvador es viable la defensa legal del derecho humano al agua y el saneamiento aunque no se utilice expresamente esa denominación.

#### Honduras

No fue posible identificar sentencias relevantes al derecho humano al agua y el saneamiento en Honduras, lo cual no implica que no existan decisiones vinculadas directa o indirectamente a este derecho. En todo caso hay varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las cuales se condena al Estado de Honduras por varias violaciones, entre ellas algunas relacionadas con el acceso al agua.

En el caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras se abordó el derecho de los reclusos de los centros penitenciarios a tener acceso al agua potable y estableció que "c) todo privado de

libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012) En el mismo sentido se manifestó la Corte en el caso López Álvarez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005).

La falta de información judicial disponible hace suponer que el grado de justiciabilidad del derecho humano al agua y el saneamiento es limitado o inexistente en Honduras.

#### Nicaragua

En las sentencias revisadas de Nicaragua no aparece mención al derecho humano al agua o al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El Compendio de Jurisprudencia Ambiental de Centroamérica solo reporta sentencias relacionadas con derechos reales sobre riberas de ríos navegables, lagos y mares.

Dado lo anterior fue imposible saber el nivel de justiciabilidad del derecho humano al agua y al saneamiento.

#### Costa Rica

En un reciente compendio regional de jurisprudencia ambiental se informó que en Costa Rica el tema del agua ha sido abundantemente tratado por diferentes tribunales, sin embargo en ninguno de los casos se ha litigado lo relativo al derecho al agua y el saneamiento. De un total de 124 sentencias en materia de agua, la mayoría de casos se han litigado con base en el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho a la vida o con base en el derecho humano a la salud. (González Montero, 2011)

En la sentencia 18597-07 se condenó a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, al pago de costas, daños y perjuicios por haber omitido dar audiencia previa a las comunidades indígenas para la aprobación del Convenio entre el A y A y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. Aquí el elemento clave del derecho humano al agua y el saneamiento es el acceso a la información pública ambiental y a la participación.

El tema de contaminación del agua con aguas servidas y la falta de acceso al alcantarillado y saneamiento fue abordado en la sentencia 01393-07.

En cuanto a violación de derechos humanos en la sentencia 00234-09 se indicó que el derecho al agua potable es esencial para las personas y que al ser un servicio público debe ser prestado de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente.

Lo relativo al saneamiento ha sido tratado en varias sentencias, entre ellas: 16880-08 y 15966-08.

Finalmente, el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que incluye el derecho humano al agua y el saneamiento, fue abordado en la sentencia 18471-08 aunque el problema de fondo se relacionaba más con la pérdida de inversión pública en alcantarillado el cual fue destruido por las corrientes de agua tan elevadas que conducía sin que la autoridad pública hiciera nada para evitar la filtración de aguas contaminadas al manto freático y a las cuencas de los ríos.

Se puede concluir, a partir del material revisado, que el derecho humano al agua y el saneamiento tiene tutela judicial parcial pues se abordan diferentes elementos de dicho derecho. Sin embargo, en ninguna de las sentencias revisadas se expresó de manera directa la justiciabilidad del derecho humano al agua y al saneamiento.

# El problema del acceso al agua

El mejor indicador con relación al cumplimiento del derecho humano al agua y el saneamiento es el porcentaje de personas con acceso al agua potable y si ese acceso es permanente o intermitente.

Más allá de si este derecho está regulado o si su nivel de justiciabilidad es alto en cada país estudiado, solo los porcentajes de población con acceso al agua, la estabilidad del servicio y la calidad del agua hablan del verdadero goce de tal derecho. Veamos qué pasa en cada país.

#### Guatemala

Según los datos para el 2011 del Instituto Nacional de Estadística, a nivel nacional solo el 60% de la población tenía acceso al agua por medio de sistemas de distribución. El departamento de Guatemala reportaba la cobertura más alta con un 85.7% y en el otro extremo el departamento de Alta Verapaz el más bajo con 22.6% de cobertura. (Instituto Nacional de Estadística, 2011) En cuanto a calidad se estima que cerca del 90% de las fuentes naturales de agua están contaminadas con patógenos, basuras o con residuos industriales y agroquímicos. El IARNA estimó que el 80% del agua de consumo doméstico, de las poblaciones urbanas de más de 2,000 habitantes, regresa contaminada a los cuerpos [naturales de agua] (IARNA, 2005)

En la mayoría de zonas pobres tanto de la capital como del interior de la república el suministro de agua es intermitente o simplemente nominal. Las inversiones en infraestructura de agua también responden a esta lógica con lo que las poblaciones pobres (urbanas y rurales) son las que menos acceso a servicios de agua tienen en el país.

<sup>55</sup> El departamento de Guatemala aglutina 12 municipios y cada uno es responsable de los sistemas de agua en su territorio.

#### Fl Salvador

El Fondo de Cooperación para el Agua y el Saneamiento ha reportado que:

El Salvador registra 500 muertes de niños por diarrea al año y 2 millones de casos tanto por contaminación del agua como por falta de higiene. Actualmente la situación del agua potable y saneamiento básico en el país es compleja y se caracteriza por un déficit importante en cuanto a cobertura, calidad, regularidad, seguridad jurídica, regulación y asistencia técnica. (2016)

En zonas urbanas el 74% de los hogares tienen acceso al agua. A nivel rural solo el 32% de la población rural tiene acceso a servicios de agua. En ambos casos los servicios pueden ser intermitentes o meramente nominales y, la mayoría de las veces, el agua no cumple con los requisitos sanitarios para ser considerada potable (al menos un 40% de los sistemas distribuyen agua contaminada).

Como es de esperarse la continuidad en el servicio de agua está directamente vinculada con el monto de las inversiones realizadas en infraestructura de agua y hay evidencia que sugiere que las mayores inversiones se realizan en zonas donde viven los estratos más acomodados de la sociedad. Pobreza y acceso tienen una relación clara cuando se compara el porcentaje de personas con acceso en lo urbano y el porcentaje de personas con acceso en las zonas rurales. Aun así, independientemente del nivel económico de las personas, la calidad del agua es poco confiable.

#### Honduras

En Honduras se ha reportado que el 95% de la población urbana tiene acceso al agua, aunque la media en lo rural es de solo 48% de la población. (Gentes, 2014) Cerca de un millón de personas no tienen acceso al agua. No obstante las asimetrías en cobertura son asombrosas según los diferentes departamentos. En el departamento de Gracias a Dios la cobertura de población excluida del acceso al agua alcanza el 72%, mientras que, en Cortés, en el otro extremo de cobertura, solo el 16% de la población está excluida del acceso al agua. (López, 2011)

En cuanto a calidad hay evidencia que el agua servida por medio de los sistemas de distribución no es potable pues los principales métodos de mejoramiento de la calidad es el hervido, filtración o el método SODIS (lo que implica una mala calidad del agua que llega por la tubería), por otro lado, la presencia de enfermedades gastrointestinales asociadas al agua es similar en comunidades excluidas del servicio y en comunidades con servicio de agua, lo que sugiere mala calidad del agua. (López, 2011, pág. 31)

Gentes también reportó que "Encuestas nacionales de la OMS-OPS reflejan a nivel urbano un 59% de hogares está tomando agua embotellada, mucho de ellos de dudosa calidad y origen." (2014, pág. 2)

Los servicios de agua tampoco garantizan un abastecimiento constante a los hogares con lo que queda demostrado el bajo nivel de cumplimiento del derecho humano al agua y el saneamiento que se presentan en Honduras.

#### Nicaragua

Nicaragua, pese a tener una de las poblaciones más pequeñas y uno de los países más grandes de Centroamérica presenta datos alarmantes con relación al acceso al agua potable. El Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento ha reportado que, en las zonas rurales, el 31,2% de la población no tiene acceso a un servicio de agua en las zonas urbanas y periurbanas, este porcentaje sube al 77%. (Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento, 2016)

La misma fuente reporta que el 44,1% de la población total del país ha sido tradicionalmente excluida de los planes y programas de inversión en infraestructura social. Cerca del 77% de los hogares con servicio de agua afrontan un servicio intermitente o nominal.

En cuanto a calidad las aguas entregadas por medio de los servicios de distribución no son potables y "estas precarias condiciones de higiene representan la principal causa de enfermedades diarreicas, sobre todo entre los grupos más vulnerables como los niños menores de cinco años." (Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento, 2016)

En resumen, el derecho humano al agua y el saneamiento no está garantizado.

#### Costa Rica

El décimo sexto informe del estado de la nación en desarrollo humano sostenible de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, con relación al agua potable reportó que para el 2010 el 87.3% de la población tenía acceso al agua de acueducto, pero de ese total solo el 76% de personas reciben agua que ha sido sometida a control de calidad y de 240 acueductos municipales solamente 136 son potables. (Arias Zúñiga, 2010)

En términos generales Costa Rica lleva la delantera en asegurar el goce efectivo del derecho humano al agua y el saneamiento en la región centroamericana, sin embargo la Universidad de Costa Rica ha advertido que en los últimos años "el desarrollo de megaproyectos hoteleros, el abastecimiento de agua a sectores turísticos, así como la falta de estudios y políticas para la adecuada administración de este recurso han causado una exploración desmedida de la mayoría de los acuíferos en la zona." (Monestel Herrera & al., 2009)

Lo anterior representa un retroceso en la protección del derecho humano al agua y el saneamiento y podría poner en ruta de colisión a la población costarricense con los dueños de iniciativas comerciales que presentan demandas masivas de agua para al giro de sus negocios.

# Conclusiones

Centroamérica ha avanzado en cuanto al reconocimiento del derecho humano al agua y el saneamiento ya sea de manera directa (en normas jurídicas o sentencias), ya sea en los hechos (asegurando el acceso a agua segura y saneamiento para sus habitantes), sin embargo, en la segunda década del siglo XXI parece increíble que ni siquiera en el país más avanzado de la región el 100% de la población tenga asegurado ese derecho.

Dado que mientras cada persona no goce de ese derecho habrá siempre un conjunto de obligaciones que se le pueden exigir legalmente y judicialmente al gobierno; cobra especial relevancia que, en casi todos los países, el derecho humano al agua y el saneamiento es justiciable por vía ordinaria o por vía de la justicia constitucional. Por ello usar cada día más esta vía puede ser una forma de consolidar el derecho humano al agua y el saneamiento; sin embargo, eso supone que se deberá apoyar a grupos de sociedad civil para mejorar sus habilidades de litigio estratégico. El derecho humano al agua y el saneamiento será tan fuerte como sea el uso de las garantías constitucionales que lo protegen.

El avance en el incremento de cobertura y en el mejoramiento de la calidad del agua, especialmente para sectores permanentemente excluidos, se encuentra en los últimos cinco años con un reto adicional: la demanda de agua para diferentes usos productivos de la industria tradicional en general y de la industria extractiva en particular. Pareciera ser, tal como advirtió la UCR, que es mucho más fácil el acceso al agua en cantidades industriales para estos sectores productivos que para el cumplimiento de la obligación del Estado de asegurar agua y saneamiento de calidad a sus habitantes.

De ser cierto lo anterior se puede prever un incremento en la conflictividad social en torno al acceso de las personas al agua y el saneamiento y crecientes presiones por aumentar las disponibilidades de agua para usos industriales. El análisis de los elementos del derecho al agua y el saneamiento realizados al inicio de este trabajo indican que los gobiernos no deberían tener dudas a la hora de tomar decisiones con relación a quién tiene preeminencia en el acceso al agua: las personas. Pero lo cierto es que las presiones políticas, económicas, sociales y mediáticas, aunadas a altos niveles de corrupción gubernamental, la falta de capacidad técnica en los gobiernos y lo endeble de la legislación de aguas hace previsible que en esta lucha, precisamente quienes tienen más posibilidades de perder su acceso al agua son las personas, y, dentro de ellas, las personas más pobres.

# Referencias

- Addink, H., Battle Rio, F. M., & Platero Midence, G. (2011). La jurisprudencia ambiental de Guatemala: Casos y comentarios. Guatemala: Universidad de Utrech y Universidad Mariano Gálvez de Guatemala.
- AG-ONU. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20). Río de Janeiro: ONU.
- AG-ONU. (28 de julio de 2010). Resolución 64/292: El derecho humano al agua y el saneamiento. Nueva York, Estados Unidos: ONU.
- Arias Zúñiga, A. L. (2010). Décimosexto Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible: Situación de potabilización y saneamiento en Costa Rica. San José: Defensoría de los Habitantes.

- CESCR. (2002). Observación general Nº 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 29º período de sesiones (2002). Ginebra.
- COGUANOR. (2010). Norma Técnica Guatemalteca NTG 29001 1ra Revisión. Específicaciones para el agua de consumo humano (Agua potable). Guatemala: Comisión Guatemalteca de Normas (COGUANOR).
- Colom, E. (2005). Estudio de los Cambios Legales en el Marco de la Privatización del Agua en Guatemala. Managua, Nicaragua: MenschenRecht Wasser.
- Congreso de la República. (1963). Exposición de Motivos del Código Civil. Decreto Ley 106. Guatemala: Tipografía Nacional de Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad. (21 de septiembre de 1995). Expediente 598-94: Asensio vs Municipalidad de Antigua Guatemala. Gaceta 37. Guatemala: CC.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de septiembre de 2005).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de febrero de 2012).
- De Noack, J., & Bocaletti, M. (2007). Marco jurídico de los servicios hidrológicos en Guatemala. Guatemala: WWF Centroamérica.
- EMPAGUA-MUNIGUATE. (2015). Informe sobre el estado del agua en el Municipio de Guatemala. Expediente 460-2015, Ley de Libre Acceso a la Información Pública. Guatemala: Municipalidad de Guatemala.
- Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento. (2016). El Salvador en breve. Obtenido de http://www.fondodelagua.aecid.es/es/fcas/donde-trabaja/paises/el-salvador.html
- Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento. (2016). Nicaragua en breve. Obtenido de http://www.fondodelagua.aecid.es/es/fcas/donde-trabaja/paises/nicaragua.html#
- García, P., & Embid Irujo, A. (12 de Junio de 2013). Derecho humano al agua. Obtenido de Derecho a la Carta. Universidad del Externado de Colombia: https://www.spreaker.com/user/externadoradio/046\_derecho\_humano\_al\_agua\_mp3
- Gentes, I. (2014). Agua potable, saneamiento y calidad en Honduras: Desde una visión consensuada hacia una acción concertada. Tegucigalpa: CONASA.
- González Montero, J. P. (2011). Compendio regional de jurisprudencia ambiental. Tegucigalpa: Programa de USAID de Excelencia Ambiental y Laboral para CAFTA-DR.
- Howard, G., & Bartram, J. (2003). Domestic Water Quantity, Service Level and Health. Ginebra: WHO Document Production Services.
- Howard, G., & Bartram, J. (2003). Domestic Water Quantity, Service Level and Health. Geneva, Switzerland: World Health Organization.

- IARNA. (2005). Perfil Ambiental de Guatemala. Guatemala: URL-IARNA.
- IARNA. (2015). Balance hidrológico de las subcuencas de la República de Guatemala. Bases fundamentales para la gestión del agua con visión a largo plazo. Guatemala: URL.
- IARNA-URL. (2009). Perfil Ambiental de Guatemala 2008-2009: las señales ambientales críticas y su relación con el desarrollo. Guatemala: Instituto de Agricultura, Recursos Naturales y Ambiente (IARNA).
- IARNA-URL. (2012). Perfil Ambiental de Guatemala 2010-2012. Vulnerabilidad local y creciente construcción de riesgo. Guatemala: Instituto de Agricultura, Recursos Naturales y Ambiente (IARNA).
- IARNA-URL. (2015). Balance hidrológico de las subcuencas de la República de Guatemala. Bases fundamentales para la gestión del agua con visión a largo plazo. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Instituto Nacional de Estadística. (2011). Bases de datos nacionales. Guatemala.
- Jovel, C. A. (2012). Jurisprudencia Relevante en materia de Derecho de Medio Ambiente. San Salvador: Escuela de Capacitación Judicial.
- López, M. A. (2011). Estudio sobre exclusión en el sector agua y saneamiento en Honduras. Tegucigalpa: Fondo de Población de Naciones Unidas para la Infancia.
- MARN-URL/IARNA-PNUMA. (2009). Informe Ambiental del Estado GEO Guatemala 2009. Guatemala: MARN.
- Monestel Herrera, H., & al., e. (2009). Informe de la Comisión Especial del Consejo Universitario sobre el Sardinal: EL agua es primero para uso de las comunidades. San José: Universidad de Costa Rica.
- OACNUDH-HABITAT-OMS. (s.d.). El derecho al agua. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- OMS. (30 de septiembre de 2015). Agua, saneamiento y salud (ASS). Obtenido de Agua potable salubre y saneamiento básico en pro de la salud: http://www.who.int/water\_sanitation\_health/mdg1/es/
- Pérez Morales, I. J. (2005). Estudio de factibilidad para el establecimiento de una planta embotelladora de agua purificada en el Municipio de San José Pinula. Guatemala: Tesis Facultad de Ingeniería, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- PNUD-Guatemala. (12 de septiembre de 2015). Cifras para el desarrollo humano: Guatemala. Obtenido de http://www.desarrollohumano.org.gt/fasciculos/cifras\_v4.html
- Sigüenza Sigüenza, G. A. (2010). Código Civil Decretro Ley 106. Concordado y Anotado. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

- Spillman, T. R., Waite, L., Webster, T. C., Buckalew, J., & Alas, H. (2000). Evaluación de recursos de agua de Guatemala. Mobile, Alabama: Cuerpo de Ingenieros de los Estados Unidos de América.
- URBANÍSTICA. (2009). Mapa de cobertura del servicio de agua potable. Guatemala: Municipalidad de Guatemala.
- URBANÍSTICA. (2009). Mapa de concentración de la población del Municipio de Guatemala. Municipalidad de Guatemala.
- URBANÍSTICA. (2009). Mapa de densidad poblacional relativa del Municipio de Guatemala. Guatemala: Municipalidad de Guatemala.
- URBANÍSTICA. (2009). Mapa de Escolaridad de la Ciudad de Guatemala. Guatemala: Municipalidad de Guatemala.
- URBANÍSTICA. (2009). Mapa de seguridad y criminalidad. Guatemala: Municipalidad de Guatemala.
- URBANÍSTICA. (2009). Mapa de valores del suelo. Guatemala: Municipalidad de Guatemala.

# La decisión judicial con perspectiva de género como paradigma de igualdad

Karin Sorelly Gómez Girón<sup>56</sup>

#### Introducción

Es de nuestro interés abordar de forma muy breve la lucha que han tenido las mujeres para buscar y lograr el reconocimiento de los derechos humanos y el respeto a los derechos de igualdad y equidad en la sociedad; lo anterior, con el fin de ir enfocándonos en el tema específico de las decisiones judiciales y el cumplimiento de los juzgadores y juzgadoras de motivar adecuadamente las resoluciones que emiten, como una forma de cumplimiento y garantía al Principio de la Tutela Judicial Efectiva<sup>57</sup>. Por tales motivos se abordan en el presente trabajo los temas de la argumentación jurídica en consonancia con este principio reconocido ya en los Instrumentos Internacionales como un Derecho Fundamental de todos los hombres y mujeres. Especialmente para el caso que nos ocupa, nos interesa describir de forma crítica las posibles falencias que existen en los fallos judiciales de carácter ordinario y constitucional al momento de conocer los litigios.

En palabras de Isabel Cristina Jaramillo, explica respecto a "La crítica feminista al derecho":

El derecho, entendido como el conjunto de instituciones formales que regulan la vida en sociedad, no podía dejar de ser uno de los principales focos de la crítica feminista, como tampoco podía dejar de ser una de las más importantes herramientas dentro de la lucha de las mujeres por alcanzar el lugar que desean tener dentro de la sociedad. La crítica y los usos del derecho

Juez Quinto de Primera Instancia del Ramo Civil de la República de Guatemala. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria. Magister Artium en Derecho Procesal Civil y Mercantil. Magister Artium en Género y Justicia. Pensum cerrado Doctorado en Derecho. Docente de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial de Guatemala. Docente titular de la Facultad de Derecho, Maestrías y Escuela de Pos Grados en las Universidades Rafael Landívar, Mariano Gálvez y Universidad de San Carlos, todas en Guatemala.

<sup>57</sup> La Tutela Judicial Efectiva ha sido ya reconocida como un Estándar Internacional, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San Jose–, de cumplimiento obligatorio de todos los jueces y juezas, magistrados y magistradas, que conlleva la obligación de motivar correcta y adecuadamente las resoluciones judiciales que se emitan de forma oral o por escrito.

por el feminismo, sin embargo, no solo son intensos sino que también son inmensamente variados, pues tanto en su cantidad como en su cualidad, dependen en último término de la manera en la que cada mujer o conjunto de mujeres entiende su opresión dentro de las sociedades contemporáneas, así como de su comprensión del derecho y de las relaciones de éste con las otras esferas de la vida social. (West, 2004)

Vemos pues, a lo largo de las últimas décadas con especial atención todos esos movimientos feministas, grupos de mujeres que poco a poco han surgido en las sociedades del mundo entero, por motivo de la dominación que ha tenido el hombre desde tiempos remotos<sup>58</sup>, han logrado con singular éxito el reconocimiento y respeto de algunos derechos de las mujeres, al extremo, en algunos países, de evidenciar manifestaciones, luchas, algunas revoluciones con el fin último de explicar el concepto de género como una categoría de análisis, para hacerse saber en el mundo tantas injusticias, desigualdades entre hombres y mujeres, para así garantizar el respeto a todos estos derechos humanos de las mujeres; para garantizar una vida en sociedad de forma integral, en paz y armonía entre seres humanos con igualdad de oportunidades.

El estudio del género y más aún los componentes del derecho en torno a los cuales puede explicarse y entenderse el género y su perspectiva ha sido de mayúscula utilidad para poder ir cambiando modelos de culturas, modelos de pensamientos y conductas aprendidas en la sociedad.

Se considera que uno de los problemas desde la historia más remota de la humanidad ha sido el predominio del patriarcado. Este, como un modelo de conducta social aprendido, donde el hombre es el que tiene y asume el poder en las relaciones, tanto en el ámbito privado como público, donde la mujer no tiene más opción que obedecer y estar subordinada al hombre, donde a las mujeres se les asignan etiquetas impuestas por la sociedad y donde se le limita al rol de mujer a mujer ama de casa, sumisa y obediente. Así es como se puede explicar, que a lo largo de los años, la tradición, la cultura y los comportamientos de los seres humanos en la interrelación con los demás, han impuesto esta clase de comportamiento social como permitido y válido, donde todo gira alrededor y en torno al hombre. En este orden, se van creando normas jurídicas que rigen el comportamiento de las personas en la sociedad con un enfoque directamente masculino. leyes hechas por el hombre, creadas para el hombre, invisibilizando completamente a las mujeres. Estos hechos evidentes, no causan sorpresa cuando se estudia la perspectiva de género conforme los componentes del derecho tanto estructural, normativo como cultural. Es por ello que se ha visto una evolución histórica en el cambio de paradigmas patriarcales en contraposición del reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, la creación de normas jurídicas que garanticen estos derechos y los mecanismos específicos para su protección.

Consideramos oportuno esbozar un poco la problemática que se ha venido suscitando a lo largo de los años, para entender que estas conductas aprendidas en la sociedad tienen una repercusión en el pensamiento y actitudes de las personas. Así, cuando trasladamos este problema al ámbito judicial, al ámbito eminentemente de los procesos y litigios: penales, civiles, laborales, de familia etc., no solo del modelo de patriarcado marcado que existe en el mundo –aun cuando

<sup>58</sup> Cuando nos referimos a tiempos remotos debemos recordar cómo fue que mediante la división social del trabajo entre hombres y mujeres, se empezaron a definir los roles equivocados. De tal cuenta que el hombre por tener mayor fuerza física era el que salía a cazar para llevar comida a su núcleo familiar, asignándole a la mujer como rol el cuidado de los hijos y del hogar. No existía una sociedad organizada.

ha disminuido—, sino también el machismo en ciertas culturas, el androcentrismo en las leyes, en fin, los comportamientos tan discriminatorios que hacen que existan desiguales entre hombres y mujeres, nos damos cuenta que tiene un eco significativo. Nos explicamos.

Cuando un caso es llevado a los tribunales de justicia, el problema no es si el litigio es complejo o sencillo, porque cada caso debe analizarse y estudiarse detenidamente; la cuestión acá es evaluar la forma en que se argumenta y se fundamenta la decisión judicial. La preparación académica en materia especializada de género, como las creencias, la forma de pensamiento o bien la falta de concientización respecto de los derechos humanos de las mujeres y de la normativa internacional existente para garantizar y minimizar la violencia contra la mujer, la discriminación, la desigualdad, son al final, algunas características que podrían pesar al momento de resolver estos casos concretos. Es por ello que en el presente ensayo se aborda desde un breve antecedente que justifica la problemática que se ha venido suscitando, para poder explicar la obligación que tienen los jueces, juezas, magistrados y magistradas, de garantizar mediante sus fallos y decisiones tomadas en los procesos que estén bajo su conocimiento, los derechos a todos los ciudadanos, específicamente, el hecho de motivar y argumentar de forma correcta las decisiones que emitan para ser garantes del respeto irrestricto a los derechos y garantías constitucionales. Especial atención nuestra merece el hecho que definitivamente existen en Guatemala falencias en la forma de argumentar las sentencias porque no utilizan el enfoque de género, porque todo lo relacionado a la perspectiva de género en muchas oportunidades no se toma en consideración.

# Derecho de igualdad e insuficiencia de la perspectiva de género en el ámbito jurisdiccional

Conforme la Constitución Política de la República de Guatemala, todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos –Artículo 4°.– El derecho de igualdad ha sido el fundamento en todos los Instrumentos Internacionales, Tratados, Convenciones, Convenios, Conferencias, Recomendaciones, etc., porque lleva consigo la garantía que tanto el hombre como la mujer son iguales en todos los ámbitos de la vida en el que se desenvuelvan. No obstante el derecho de igualdad está reconocido en normas locales como internacionales, la lucha para su reconocimiento real ha sido realmente difícil. La discriminación por la cual han tenido que pasar las mujeres frente a los hombres en el mundo entero ha sido un problema constante, de tal cuenta que se ha buscado su eliminación y el reconocimiento del respeto al derecho de igualdad y el respeto a la dignidad de la mujer.

Los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, entendemos que estos son valores supremos, en muchos casos se ven obstaculizados para su realización efectiva, por las particulares condiciones que enfrentan las mujeres en Guatemala. Los ámbitos en los cuales se obstaculiza son casi todos, en el trabajo, en la salud, en la educación, en la propiedad, como en ámbitos familiares, económicos, sociales, políticos y culturales. Por tales motivos consideramos que el Estado de Guatemala debe crear los mecanismos y procedimientos así como la legislación

específica para combatir esta lucha contra la desigualdad y falta de equidad de las mujeres frente a los hombres. Ahora bien, como sabemos este derecho de igualdad debe estudiarse y analizarse también en el ámbito donde se conocen las controversias que surgen entre las partes que discuten un derecho específico y la normativa que se utiliza para resolver estos procesos.

En Guatemala, existen desde hace varios años, juzgados especializados que conocen acerca de los delitos de violencia contra la mujer, existe normativa especial para el trámite y resolución de los mismos, así como se ha ido capacitando poco a poco tanto a los auxiliares judiciales como a las y los juzgadores en esta materia. Se ha visto también que se ha generado en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, como en Universidades, cursos y diplomados de especialización en materia de Género, también para colaborar con los profesionales del derecho que eventualmente necesiten dirigir un caso de esta índole. Las interrogantes a realizar son: ¿Se hace necesario aplicar el enfoque de género en otras materias del derecho o solamente en los juzgados especializados?, ¿Se hace necesario que las y los juzgadores al emitir los fallos utilicen los estándares internacionales para argumentar sus decisiones con enfoque de género?

Lo anterior implica dos cuestiones sumamente importantes. Por un lado, vemos el punto de la incorporación del enfoque de género y también de los derechos humanos en la elaboración de las sentencias, pero no solo en las sentencias donde se aborden delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, sino también en los demás ámbitos del derecho, como se ha dicho antes. La respuesta es sencilla: sí es necesario, es más, se vuelve imperativo en este mundo globalizado en el cual vivimos.

Definitivamente es obligatorio y necesario que en cada sentencia que se emita se garantice la aplicación de los Estándares Internacionales como una forma de reforzar la obligación de los Estados para combatir no solo las desigualdades, la discriminación hacia la mujer, sino también para combatir los estereotipos, para entender bien el fenómeno de la violencia contra la mujer, porque esta se pueda manifestar en cualquier ámbito y en cualquiera de sus modalidades, como lo es la física, la psicológica y la económica. Sin embargo, no solo en estos juzgados especializados debe aplicarse la perspectiva de género y la utilización de la normativa internacional. Porque sabido es por todos y todas, que en las altas cortes se hace necesario también estas dos circunstancias. Consideramos que las controversias y asuntos en los cuales se relaciona la materia de género, no solo se limita a que se deba utilizar únicamente en estos juzgados la perspectiva o enfoque de género como también la incorporación de los Derechos Humanos, pues en las demás ramas se hace indispensable también que se puedan utilizar.

La materia penal, laboral, civil, familiar, etc., como en la jurisdicción constitucional, tanto en primera instancia como en segunda, ante la Corte Suprema de Justicia incluso, al conocerse el recurso extraordinario de casación, debe exigirse no solo la aplicación de las normas especializadas en la materia, sino también el conocimiento específico, la hermenéutica y la interpretación de las normas a los casos concretos con perspectiva de género, haciendo un balance e integrando los Instrumentos Internacionales incorporando así el enfoque de los Derechos Humanos. La aplicación de la normativa internacional es obligatoria para las y los juzgadores. En esta época se considera ya de carácter imperativo que deba citarse, analizarse y fundarse las resoluciones con estos instrumentos internacionales.

En este orden, la Perspectiva de Género es una herramienta o mecanismo de análisis, que busca explicar el fenómeno de la desigualdad y de la inequidad entre hombres y mujeres, consiste en el enfoque de las cosas, situaciones o problemas, tomando en consideración la diversidad en los modos en que se presentan las relaciones de género en la sociedad, pero entendiendo a la vez la identidad de género, tanto de hombres como de mujeres. El concepto de la incorporación de la perspectiva de género (*mainstreaming*) ha sido definido como "la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y acciones." (Camargo, 2016)

Definitivamente la perspectiva de género constituye una herramienta útil para el análisis del fenómeno social de la violencia contra la mujer tanto en el ámbito privado como en el público. Servirá entonces, para que exista una igualdad real, una igualdad con equidad y que no solo exista la igualdad formal que en las leyes se establece. Puede ser catalogada como una teoría social, pues será a través de su aplicación por las y los jueces en el momento de emitir las resoluciones que podrán entender las relaciones y comportamientos sociales de mujeres y hombres, cómo se desarrollan, cómo han ido evolucionando en el grupo social. Nos parece correcta cuando todos estos estudios llevan a concluir que la perspectiva de género puede ser aplicada a todos los ámbitos de la vida, ayudará pues a redefinir las relaciones culturales y a des-construir. Al lograr comprender las relaciones que existen entre hombres y mujeres, sus diferencias como el acceso que cada cual tiene en una sociedad en los ámbitos culturales, políticos, económicos, laborales, familiares, etc.

Así pues, consideramos que la aplicación y conocimiento de la perspectiva de género en los casos que conocen y resoluciones que emitan los jueces y juezas colaboran a que se respete y garantice el derecho de igualdad de las partes, que se garanticen la aplicación de la normativa internacional y su incorporación respecto del enfoque de los Derechos Humanos de las Mujeres; pero más aún, que los casos sean tratados conforme la especialidad que conllevan. Este enfoque permite que cada caso concreto se vea de forma diferente y de su tratamiento se garantiza de forma más eficaz los derechos de las mujeres.

El problema aquí es que la forma de utilización de esta disciplina –perspectiva de género– ha sido insuficiente. Se ha visto en muchas de las decisiones tomadas en resoluciones a nivel de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional esta falencia. No se dictan estas resoluciones con enfoque de género, lo que viene a repercutir en que se vulneren derechos inherentes a las mujeres. En efecto se vulnera el Principio de la Tutela Judicial Efectiva al no emitirse resoluciones debidamente fundadas y motivadas. Aún en Guatemala, existen en el contexto estructural muchos funcionarios y empleados públicos con pensamiento y acciones machistas que generan, en el trato hacia la mujer, en una evidente discriminación y desigualdad. Por supuesto que no se trata aquí de evidenciar que únicamente es necesario traer a la vista el enfoque de género en la motivación de casos especializados, sino también abordar el hecho que en todas las ramas del derecho que son conocidas por las y los juzgadores se debe necesaria y obligadamente utilizar la normativa internacional, el enfoque de los Derechos Humanos, pero de forma atinente, argumentada, motivada, integral, explicando de forma adecuada, para que estos fallos sean completos y consecuentemente ejecutables.

El estudio detenido, el conocimiento de esta disciplina debe hacerse de forma integral en todos los ámbitos de la sociedad. Desde la creación de leyes, donde se enfoquen en la mujer también y no solo en el hombre, hasta la aplicación e interpretación de la normativa a los casos concretos. Esta última tarea corresponde a los jueces y juezas, ciertamente. La tarea de interpretar la ley y la forma en que se argumenta la decisión judicial es esencial e importante, porque de ahí se pueden evidenciar por su ausencia, violaciones a garantías constitucionales, violación al derecho de igualdad de las partes que se someten a un proceso para que su controversia sea resuelta. La ley, como es lógico, no puede dar respuesta expresa a todos los casos posibles, por tales motivos corresponde a quien juzga y conoce el caso, que al emitir el fallo lo haga interpretando las normas jurídicas, conforme los hechos y pruebas llevadas al proceso, utilizando el enfoque de género.

# Argumentación de las decisiones judiciales como una garantía de cumplimiento del Principio de la Tutela Judicial Efectiva

El Principio de la Tutela Judicial Efectiva ha sido ampliamente reconocido a nivel internacional como nacional. Ya hace algunas décadas atrás, fueron los alemanes quienes crearon y explicaron de manera muy sobresaliente este principio de la Tutela Judicial Efectiva, cuando idearon el nuevo proceso por audiencias ante tantas arbitrariedades y dictaduras de los máximos letrados. Así pues, abordamos a continuación, para analizar y explicar en qué consiste este principio.

La Tutela Judicial Efectiva es el derecho constitucional por el que toda persona puede ejercer libremente la defensa de sus derechos e intereses legítimos ante la jurisdicción... es una garantía jurisdiccional a la no indefensión y al libre acceso a los tribunales a fin de obtener una resolución fundada en Derecho, a su ejecución y a la utilización del sistema de recursos. Supone una garantía procedimental que impone la observancia de las reglas del proceso y el derecho a un proceso eficaz y sin dilaciones indebidas. (Jurídica, 2016)

En esta misma línea entonces, se puede explicar y comentar que la Tutela Judicial Efectiva se inicia cuando se respeta el derecho de acción de las personas; es decir, toda persona constitucionalmente tiene el derecho de instar justicia y de acudir a los tribunales de justicia a realizar peticiones conforme a la ley. A su vez, de estas peticiones y demandas que se plantean a los tribunales de justicia, deben los órganos jurisdiccionales por medio de los jueces y juezas, magistrados o magistradas emitir resoluciones fundadas, bien motivadas y argumentadas. Se debe dar respuesta a dichas peticiones de forma rápida, en un tiempo prudencial, que conforme a la ley existe para cada caso concreto sometido a su conocimiento, por certeza y seguridad jurídica los procesos no pueden ser indefinidos. En tercer lugar, para que se cumpla con este principio, las resoluciones deben emitirse fundadas en ley, debidamente razonadas, argumentadas, utilizando todas las normas jurídicas aplicables a cada caso concreto, aquí incluyen tanto el derecho interno como el derecho internacional, es decir, todos los instrumentos internacionales, procurando ahora el enfoque de los derechos humanos. Para que después puedan ser

ejecutadas y se haga uso de los medios de impugnación o recursivos que existen para lograr la revocación, modificación o confirmación de la decisión judicial.

Existe un requisito esencial al momento de emitir las resoluciones, sean estos decretos, autos o sentencias, como lo es, que en cada decisión adoptada por los y las juzgadoras se utilice la hermenéutica jurídica, se interprete de forma correcta la ley para cada caso concreto. Aquí es donde nos detenemos analizando un poco más el fenómeno de la indebida argumentación que se evidencia en muchas de las resoluciones judiciales. Y es que, como sabemos, existen resoluciones que no se comprenden, resoluciones donde no se evidencia una valoración de prueba adecuada, para el caso que lo realicen, porque en otras resoluciones se omite valorar prueba; también existen casos de sentencias donde no se fundamentan en las normas correctas o bien se omite citar e integrar con los Instrumentos Internacionales con enfoque de género y enfoque de los Derechos Humanos. Desde la utilización de lenguaje no sexista, hasta el hecho que se evidencia en las mismas prejuicios y estereotipos de género. Claro está, que esta situación debe también trasladarse en los demás ámbitos de la competencia del derecho.

La motivación de la sentencia, como núcleo fundamental de la decisión judicial, debe cumplir con ser expresa, clara, completa, legítima, así como exhaustiva. La motivación es pues, la capacidad de síntesis argumentativa y conocimiento del derecho que tienen los jueces y juezas al momento de emitir el fallo. Es, en esta fase del proceso, donde la jueza y el juez logran convencer de la simple lectura de la sentencia, a las partes del juicio, que lo decidido por él o ella es correcto, legal y justo, donde las partes del litigio entienden por qué se les otorga la razón o por qué no la tienen. Por tal razón, parece adecuado abordar un poco acerca de lo que significa la acepción argumento y el argumento jurídico.

Se explica con absoluta sencillez y propiedad por la doctora Milagros Otero Parga, cuando manifiesta que: "Los argumentos son los razonamientos de los que se vale la argumentación para probar sus asertos. Son en realidad el contenido material de la argumentación y por lo mismo el punto de conexión entre la lógica, la retórica, la tópica, la hermenéutica, la analítica y la dialéctica. El argumento se configura como la razón que permite que la probabilidad se convierta en creencia respecto de algo que está en duda, mediante la prueba de la verosimilitud de una determinada proposición...

Entendemos por argumentos jurídicos aquellos razonamientos cuyo contenido se relaciona con un problema jurídico. Entendemos por jurídico todo lo que se refiere a Derecho, y por Derecho todo lo que afecta al justo dominio de las cosas. De manera tal que constituye un argumento jurídico aquel razonamiento cuya finalidad es proponer elementos de juicio que mueven a los oyentes a adoptar una solución determinada a un conflicto de dominio que implique un justo reparto de cosas. Para conseguir esta finalidad los juristas utilizan muchos tipos distintos de argumentos o razonamientos.

En realidad la pertinencia de cada uno de ellos vienes dada en gran medida por el tipo de discurso en el que se quiera incluir. De forma tal que algunos argumentos son más propios de unos operadores jurídicos que de otros; y aun refiriéndose al mismo operador jurídico, no se utilizan idénticos argumentos para describir, para valorar o para proponer un tipo de acción, decisión o mandato, esto es para normar". (Parga Otero, 2010)

Siguiendo este orden, nos parece importante citar a Atienza cuando ha manifestado que:

La argumentación jurídica considera que todas las instituciones sociales, el sistema jurídico es el que proporciona el foro más intenso para la práctica y el análisis del razonamiento. En principio el derecho proporciona un foro para argumentar acerca de hechos implicados en un conflicto que no ha de solucionarse mediante mediación, ni conciliación. En un primer plano por los abogados, los tribunales proporcionan un segundo foro de argumentación, en cuestiones de derecho que garanticen una norma general o un principio jurídico, que implica una línea compleja del razonamiento, como un proceso continuo de decidir disputas sociales en el foro del derecho y que esas decisiones puedan servir para el futuro...

En la búsqueda de la argumentación jurídica han surgido teorías como la de MacCormick, que plantea la necesidad de persuasión de los argumentos justificados, utilizando premisas normativas, no producto de una cadena de razonamiento sino reuniendo los requisitos de consistencia y coherencia, en el primer sentido; de basarse en premisas normativas que entran en contradicción con normas válidamente establecidas, y la segunda, como una obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente y ajustarse a la realidad en materia de la prueba, la coherencia por su parte puede ser normativa o narrativa. Una norma o serie de normas es coherente cuando puede subsumirse en principios generales y valores a su vez tomando forma satisfactoria, considerándolos deseables, legítimos y valiosos haciendo uso de la ponderación... (Atienza, 2005)

Habiendo quedado claro qué significa argumentación y argumento, en el caso específico que tratamos, por la materia de género, se ha visto la necesidad cada día que en la argumentación al momento de dictar la resolución y decidir, se haga con enfoque de género, con perspectiva de género así como con enfoque de los Derechos Humanos para que no falte en dichas resoluciones la aplicación de esta normativa internacional.

Conforme la competencia, cada materia sometida a los jueces y juezas, al momento de conocer las peticiones, sea en materia penal, civil, laboral, familiar, administrativa, o incluso en la jurisdicción constitucional, debe llevar consigo un estudio minucioso del género como una categoría de análisis para que se pueda incluir este enfoque, y se vaya disminuyendo el androcentrismo en las resoluciones judiciales. El pensamiento patriarcal que se observa en el componente estructural es alarmante, porque se evidencia en las decisiones sin argumento claro que garantice no solo el derecho de igualdad, sino esta garantía de dictar resoluciones claras y argumentadas. Esta situación puede coadyuvar también el enfoque de los Derechos Humanos para que las resoluciones sean realmente integrales y completas.

Así pues, "Argumentar es hacer algo más que conceptuar algo. Argumentar es convencer a alguien mediante la palabra para que vea un hecho que no quiere ver que está ahí, para que estime bueno algo que quiere estimar malo, y para que haga u omita algo que no quiere hacer u omitir. Argumentar consiste en saber hacer algo, no en pensar la forma ideal de hacerlo. Esta realidad que es evidente para cualquier operador jurídico se hace especialmente patente en los operadores judiciales porque las decisiones que toman y alcanzan estatus de cosa juzgada engendran obligación de cumplimiento". (Parga Otero, 2010)

Lo importante en la argumentación de los juzgadores, es que se busca convencer a las partes dentro de ese proceso conocido, del por qué tenían o no la razón, el por qué se accede a la pretensión o no. En cualquier materia, podría suceder que al momento de resolverse los casos concretos, no se utilice la perspectiva de género, podrían existir fallos insuficientes o bien fallos en los cuales de la narrativa encasillan a la mujer en los roles que la sociedad ha impuesto a lo largo de décadas. En las sentencias emitidas por los juzgados especializados en los delitos de violencia contra la mujer, no obstante son especializados en la materia, podrían existir también sentencias, donde no se cumple, al momento de elaborarla, con una adecuada comprensión del fenómeno de la violencia contra las mujeres, en algunos casos no se asume en el contexto generalizado de la violencia contra la mujer y no se hace mención como tampoco se identifica las relaciones de poder y desiguales entre los géneros.

En materia constitucional se ha visto también que muchas resoluciones, como en las decisiones adoptadas en las sentencias de amparo o de inconstitucionalidades, que las mismas son carentes del análisis de los instrumentos internacionales con enfoque de derechos humanos, así como del enfoque de género. Al extremo que en algunos casos se ha tenido que acudir a la queja y denuncia ante los organismos internaciones que conocen estas situaciones de violaciones de derechos humanos y de derechos humanos de las mujeres.

#### Conclusión

La decisión del juez, es al final lo que más importa al momento de definirse y resolverse el caso concreto. La decisión con perspectiva o enfoque de género que se evidencia en las resoluciones que se emiten en cualquiera de los casos que se someten a conocimiento, en tanto sean fundadas en ley, donde también debe integrarse el enfoque de los Derechos Humanos, argumentadas, debidamente razonadas, es la garantía plena del respeto al derecho de igualdad entre los hombres y las mujeres, es, a través de resoluciones fundadas que se garantiza el Estado de Derecho y se cumple a cabalidad con la eficacia del Principio de la Tutela Judicial Efectiva.

Las partes tienen la obligación de probar en juicio, claro está, sin embargo para poder cambiar el modelo de resoluciones y contribuir a mejorar las decisiones judiciales, evitando caer en la arbitrariedad, y de alguna forma, eliminar aquellas resoluciones con énfasis y pensamientos patriarcales, con enfoque machista, resoluciones androcéntricas, con omisión de la perspectiva de género, se hace necesario e imperativo: el conocimiento adecuado de estas teorías y corrientes de pensamiento, de la historia de las mujeres, de la normativa local como internacional, el conocimiento del derecho como la interpretación de las normas jurídicas, así como hacer conciencia en las y los juzgadores, como en el rol que realizan en la sociedad al momento de resolver y tomar decisiones.

Los juzgadores deben colaborar para que se elimine ese paradigma respecto de la aplicación de la ley conforme su texto exclusivo, se hace necesario innovar, interpretar e integrar la normativa legal. Consideramos que los juzgadores son creadores de derecho día con día, constantemente se crea derecho, porque como tal el derecho no es estático, evoluciona y cambia, al igual que evoluciona el hombre y la mujer por el transcurso del tiempo. Debemos recordar que

una de las más grandes cualidades del hombre y la mujer desde su creación, es su inventiva, la forma de idear la resolución de los conflictos. Como bien lo explica Juan Antonio García Amado, al analizar a Ernest Fuchs y la doctrina del derecho, al citar un ejemplo respecto de la decisión jurídica y la interpretación:

"Hay un cuestionamiento rotundo del modelo de juez y de decisión judicial que sostenía la doctrina anterior y se subraya el componente ineludiblemente creativo de la actividad judicial. El juez y jurista que propugna el estricto apego a la letra de la ley sería, para Fuchs, como el criado al que en invierno se le ordena que encienda diariamente la calefacción y en verano sigue encendiéndola cada día porque el mandato no ha sido revocado." (Fuchs, 2004).

Al proceder de tal manera se desconoce que el Derecho no se puede desvincular de las circunstancias y necesidades sociales, ni de las peculiaridades de cada caso. Se pierde de vista así que los jueces no son como cocineros que tengan que cocinar siguiendo recetas acabadas, sino que son ellos los que dan su orientación determinante a los casos difíciles. Frente al modelo de juez máquina, la verdadera justicia judicial tendría en su núcleo más íntimo algo de artístico. Fuchs compara continuamente la labor jurídica, especialmente la judicial, con la práctica de la medicina o con el trabajo artístico. Veamos un nuevo ejemplo de esto último: Una buena sentencia –dice–, se diferencia de la labor de una máquina en dos cosas. Por un lado, no es mera obra de una técnica de disección de conceptos, sino que es como una obra arquitectónica que se adapta bien a las peculiares condiciones espaciales y, al mismo tiempo, es sobre todo una obra de arte inspirada por un sentimiento jurídico. Y, simultáneamente, en todos los casos límite –que son los más– es una obra guiada por convicciones". (García Amado, 2004)

Definitivamente, después de leer estas explicaciones de los juristas, queda claro que para aquellos que ha sido encomendada la tarea de resolver los conflictos y decidir –para lograr una justa y equilibrada decisión– deben tomar la responsabilidad de cambiar estos modelos de resoluciones judiciales, la aplicación de la normativa especial de la materia de género, así como la aplicación y conocimiento de la perspectiva de género es indispensable para lograr este cometido. No podemos continuar aceptando esas líneas de pensamientos androcéntricos y patriarcales. Las mujeres y los derechos humanos de las mujeres deben respetarse, deben garantizarse en todas las esferas de la vida de las mujeres, en cada ámbito en el cual se desenvuelvan, para lograr con ello que el desarrollo de la mujer sea digno e integral, libre de violencia en todas sus manifestaciones y ámbitos. Necesitamos generar resoluciones y decisiones más equilibradas, con perspectiva de género, para abordar con propiedad esta problemática, con enfoque de los Derechos Humanos en todos los ámbitos y materias del Derechos, con el fin de garantizar realmente el respeto y garantía a los mismos.

### Referencias

Fuchs, E. (2004). Die Gemeinschadlichkeit der konstrucktiven Jurisprudenz, Karlsruhe, G. Braunschen. En J. A. Amado, Interpretación y Argumentación Jurídica (págs. 6 - 8). El Salvador: Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación CNJ - ECJ.

- García Amado, J. A. (2004). Interpretación y Argumentación Jurídica. El Salvador: Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ ECJ.
- Jurídica, E. (21 de 04 de 2016). www.enciclopedia-juridica.biz14.com/.../tutela-juridica-efectiva/. Obtenido de www.enciclopedia-juridica.biz14.com/.../tutela-juridica-efectiva/
- Parga Otero, M. e. (2010). Argumentos de la Argumentación Jurídica. Panorama Práctico. Mexico: Porrúa y Universidad Panamericana.
- West, R. (2004). Género y Teoría del Derecho. Colombia: Panamericana Formas e Impresos S.A.

# Justicia constitucional argentina

Patricio Maraniello59

#### Introducción

El concepto de "justicia constitucional" necesita de una moderna interpretacion en este siglo XXI, quizás más en América que en Europa, puesto que el viejo continente ya tuvo una reinterpretación a mitad del siglo XX; de hecho en las Facultades de Derecho europeas existe la justicia constitucional como una materia de enseñanza autónoma.

Sin perjuicio de esta distinción, necesitamos que en ambos continentes exista una moderna dotación de elementos e instrumentos que nos acerquen a una mejor y más cercana justicia constitucional.

La justicia debe tomarse como un valor, incluyendo en él: la ética, la transparencia, la igualdad, la equidad, la razonabilidad y la tolerancia. Es decir, en la justicia debe haber una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral.

Pero estos valores de justicia no solo se encuentran depositados en el Poder Judicial, sino en todos nosotros. Es por ello, que lograr una mejor y más fuerte justicia en un Estado, nos corresponde a todos y no solo al Poder Judicial, pues debemos considerar que acudir a la justicia sea realmente de *ultima ratio*.

Por lo tanto, si tomamos a la justicia como un valor de todos, la debemos incluir desde pequeños lugares, como la familia, las organizaciones no gubernamentales, las entidades privadas, etc.. Si podemos lograr ello estaríamos evitando muchos conflictos y problemas, que a menudo vivimos en el mundo por la falta de valores y de tolerancia al diferente.

Juez Federal Civil y Comercial de la ciudad de Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Director y Posgrado en Derecho Constitucional Judicial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la Maestría en Justicia Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Bolonia (Italia).

La falta de valores hace que la justicia se altere y se llegue a consecuencias inusitadas e impensadas, como ser la violencia extrema con fundamentos inexistentes o vacíos de contenido. Ante ello, se han tomado varios caminos, pero quizás el más actual e interesante lo sea la justicia transicional, que está llevando a Colombia a una paz quizás impensada hace unos años.

En ese contexto debemos pensar que para proteger ciertos derechos debemos limitar o reducir otros, poniendo un derecho por encima del resto, con ciertas limitaciones, sin destruir otros derechos sino limitarlos, como ser el derecho a la paz.

Ahora bien, nos queda enfrentarnos a un nuevo problema, los valores de la justicia varían segun cada persona, grupo, sector o agrupación. Y para que tengan una unión o puntos básicos de coincidencia debemos recurrir a un elemento de base objetiva, y esta es la Constitución Nacional, de ahí la unión de justicia constitucional.

En ello encontraremos los elementos adecuados que completan los fines, los objetivos y los elementos de nuestra justicia constitucional. Pero para que no nos quedemos en una foto lejana de su creación (1853-60) y sus sucesivas reformas (1994), necesitamos poner nuevos elementos para su avance y proyección en las actuales necesidades.

En ese aspecto las constituciones han sufrido varias alteraciones, pero una de las más significativas fue sin duda la inclusión de los Derechos Humanos de la mano de los Tratados Internacionales y Regionales, que hizo una justicia constitucional más extensiva e inclusiva.

# Justicia constitucional y jurisdicción constitucional

Si bien el control de constitucionalidad difuso tiene un claro nacimiento a partir del célebre caso de 1803 "Marbury vs. Madison", no podemos decir lo mismo sobre la denominación de justicia constitucional.

En la ponencia de Kelsen presentada en Viena en abril de 1928 se cita la jurisdicción constitucional, mientras la versión francesa escrita por su discípulo Charles Eisenmann, utiliza indistintamente "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional". Por eso se sostiene que el término de justicia constitucional es hechura ajena y no pertenece a Kelsen, pues para su pensamiento positivo la justicia es básicamente un término valorativo, axiológico y sin vinculación alguna con la aplicación de las leyes o de la Constitución. La idea de Kelsen es que estamos ante una jurisdicción constitucional, esto es, un decir el derecho en sentido de vigilancia o control constitucional y referido básicamente a las leyes.

Siguiendo a un gran sector de la doctrina, podemos definir, a la justicia constitucional como el conjunto de mecanismos procesales que garantizan la tutela del texto constitucional y de sus principios y valores (Brewer-Carías, 2007, pág. 35). Se distingue del concepto de jurisdicción constitucional, en que esta tan solo se encuentra en aquellos sistemas de justicia constitucional que poseen una jurisdicción especializada en materia constitucional (esencialmente, un Tribunal Constitucional o Sala Constitucional en la Suprema Corte). El término justicia constitucional,

desde esta perspectiva sería un término más amplio que el de jurisdicción constitucional. Este órgano específico puede formar parte o no del Poder Judicial, pero lo importante es que disponga de procesos jurisdiccionales específicos para garantizar la Norma Fundamental. (Díaz Revorio, 2009, pág. 28)

Por mecanismos de garantía de la Constitución podríamos entender, garantías de carácter jurídico, que la Constitución se da a sí misma para asegurar su primacía respecto de las demás normas del ordenamiento y sus valores.

Mientras que la jurisdicción se ocupa del modo y las formas en que un poder del Estado se desempeña sobre la base de la decisión judicial teniendo en cuenta los límites de su actuar, aplicando la Constitución. La justicia constitucional además de estudiar estos poderes se ocupa principalmente de su contenido, y en este aspecto resulta muy importante la introducción de elementos morales al derecho.

Tanto Kelsen, como Hart, con algunas distinciones entre ambos, negaban que el concepto de derecho requiera para determinar su objeto establecer una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Estos autores se enrolan en el positivismo jurídico en su análisis del concepto de derecho, es decir, el derecho se crearía y estaría legitimado mediante actos procedimentales y derivaciones lógicas.

En este sentido legalidad y justicia se encuentran claramante separados, y la justificación moral del derecho no integra el concepto de derecho. Es posible indentificar el derecho sin la necesidad de recurrir a argumentos morales o de justicia.

Por otro lado tenemos un positivismo jurídico conceptual o metodológico que se ha dividido en dos, el excluyente y el incluyente. En el primero mantiene la firmeza de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Mientras que el incluyente relaciona el derecho y la moral en la decisión judicial de los casos difíciles, apuntando a un cognitivismo moral.

A esta corriente doctrinaria se le ha opuesto Alexy y Dworkin, donde este último considera que el derecho no sería más que una rama en una estructura arbórea de la moralidad política. Este autor en sus últimas obras se mostró más extremista mostrándose partidario de establecer un imperio de la moral sobre el derecho, cuestión esta que quizás llegue a un punto de anarquía normativa, que no sería muy recomendable para Estados donde no tienen una madurez republicana y democrática.

## El rol del juez y los valores democráticos

Hoy, más que en otras épocas, que los jueces sean los intérpretes finales de la Constitución no implica únicamente tener la última palabra en una disputa entre particulares. El rol del Poder Judicial, además de crear las normas que deban regular las instituciones públicas, también deben hacer que se respeten los derechos que, frente a ellas, tienen los individuos.

Este juicio sobre el rol de la Corte puede disparar ideas preocupantes. Algunos podrían objetar que se trata de una forma de "gobierno de los jueces". Otros podrían retomar la senda de la conocida "objeción contramayoritaria" al control de constitucionalidad.<sup>60</sup>

En este punto Juan Vicente Sola considera que se podrá recurrir,

- En primer lugar, a las enseñanzas de la escuela del 'proceso legal' de Harvard, cuyo principal referente es Henry M. Hart, Jr.<sup>61</sup> Uno de los puntos centrales de esa corriente teórica es afirmar que las decisiones deben ser adoptadas por aquellas instituciones que estén en condiciones de producir la mejor decisión.
- En segundo lugar, el autor descansa, como ya lo había hecho en obras anteriores, en la ética del discurso de Jürgen Habermas.<sup>62</sup> A partir de ambas tradiciones teóricas, Sola propone interpretar la jurisprudencia reciente de la Corte como un ejemplo claro de una concepción procedimental del derecho constitucional.

De ese modo, el control de constitucionalidad no sería una mera imposición, por parte de la Corte, de su propia visión sobre ciertos valores sustantivos o materiales. Por el contrario, el proceso judicial permitiría que aquellas personas afectadas por decisiones que surgen del proceso político puedan participar en un nuevo procedimiento decisorio en el que estarán en igualdad de condiciones (dada la propia estructura del proceso judicial) y podrán obtener una sentencia que deje sin efecto la decisión adoptada en el proceso político si esta no estuvo precedida de adecuadas oportunidades de deliberación que hubieran permitido tener en cuenta los intereses de los afectados. De ese modo, se responde a la objeción contramayoritaria. Entendido de esa manera procedimental, el control de constitucionalidad no socava sino que, como diría John Hart Ely, refuerza a la democracia, al permitir mantener abiertos los canales de participación política. (Hart Ely, 1980)

Como es sabido, la ley es por excelencia la decisión mayoritaria del sistema democrático, si bien su creación se realiza a través de los representantes del pueblo (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo). Sin embargo, con ello no finaliza la cuestión en debate, pues para poder ingresar

<sup>60</sup> Como se sabe, la expresión "dificultad contramayoritaria" proviene de Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986), 16-23.

Además de Henry Hart, también se consideran integrantes de la corriente del "proceso legal" a, entre otros, Albert Sacks, Herbert Wechsler y Lon Fuller. Alexander Bickel y John Hart Ely suelen ser considerados como miembros de la segunda generación de la escuela. Entre las obras representativas que utilizan este enfoque pueden citarse: Henry M. Hart, Jr., y Albert Sacks, The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law, eds. William N. Eskridge, Jr., y Philip P. Frickey (Nueva York: Foundation Press, 2006); Henry M. Hart, Jr., y Herbert Wechsler, The Federal Courts and The Federal System, eds. Richard H. Fallon, Jr., John F. Manning y Daniel J. Meltzer (6a ed., Nueva York: Foundation Press, 2009); Lon L. Fuller, The Morality of Law (ed. rev., New Haven: Yale University Press, 1969); John Hart Ely, Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980); Bickel, The Least Dangerous Branch, cit.; Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", Harvard Law Review 73 (1) (1959): 1-35. En la actualidad, varios autores siguen algunos de los lineamientos de la escuela del "proceso legal", aunque quizás no siempre sus visiones puedan considerarse como respetuosas de la "ortodoxia" de la escuela. Compárese, por ejemplo, Richard H. Fallon, Jr., Implementing the Constitution (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001), que usa un enfoque más cercano a la tradición del "proceso legal"; con Adrian Vermeule, Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006), que es un trabajo más original, y por ello más alejado, con respecto a la tradición.

La obra del autor alemán es vastísima. Sobre la cuestión de la ética del discurso, pueden consultarse Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, vol. I "Reason and the Rationalization of Society" (1981), trad. Thomas McCarthy (Boston: Beacon Press, 1984), 273-337; íd., "Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification" (1983), en *Moral Consciousness and Communicative Action*, trad. Christian Lenhardt y Shierry Weber Nicholsen (Londres: Polity Press, 1990), 43-115; íd., "Remarks on Discourse Ethics" (1991), en *Justification and Application. Remarks on Discourse Ethics*, trad. Ciaran Cronin (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1993), 19-111; íd., *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (1992), trad. William Rehg (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1996), *passim*; ver también Juan Vicente Sola, *Control Judicial de Constitucionalidad* (2ª ed., Buenos Aires: LexisNexis, 2006), 33-42.

al sistema jurídico requiere su compatibilidad con la Constitución; esto se llama "control de constitucionalidad".

Por dicho motivo consideramos que la creación de una ley reviste cierto carácter especial que consta de cinco etapas bien diferenciadas: la propuesta, la discusión, la aprobación, la ejecución y su compatibilidad constitucional (al caso concreto)<sup>63</sup>:

- 1. La propuesta. Puede ser del Poder Ejecutivo, del propio Poder Legislativo o del pueblo directamente; a esto se lo llama "iniciativa popular".
- La discusión. No puede haber reglas generales sin la opinión de los integrantes de las Cámaras legislativas y las consultas a los distintos sectores sociales involucrados (empresas, sindicatos, técnicos especializados, ONG, entre muchos otros).
- 3. La aprobación. Una vez realizado el debate y escuchadas todas las partes involucradas, la ley se aprueba por medio de una votación, de un quórum determinado. Tanto este punto como el anterior son desarrollados en el Poder Legislativo, constituyéndose una de las dos Cámaras en iniciadora del proyecto y otra en revisora.
- 4. La ejecución general. Es realizada por el Poder Ejecutivo, que se encarga de promulgarla, publicarla y reglamentarla para poder mejorar su puesta en práctica.
- 5. La compatibilidad constitucional. Esta tarea es entera y exclusivamente del Poder Judicial; analiza en el caso concreto si la ley ha respetado los principios, derechos y garantías constitucionales.

Una situación especial ocurre con la Constitución Nacional y los tratados internacionales, donde participan, además de los ya señalados, otros poderes, como por ejemplo, la Convención Constituyente, en el primer caso, y organismos internacionales (OEA, ONU, etc.), en el segundo. Aunque no debemos olvidar que el Poder Legislativo también interviene en ambos casos, sea en la ley de necesidad de reforma (Constitución) o en la ley que aprueba los instrumentos internacionales (tratados internacionales)<sup>64</sup>.

Nuestra posición parte de la base de que toda norma pasa por varios ciclos transformadores, como discusión, votación, aprobación (por mayoría), ejecución, vigencia, interpretación, aplicación y compatibilidad. Por su parte, todos los poderes del Estado participan en estos ciclos, cada uno dentro de su facultad exclusiva (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial).

El concepto conocido en español como democracia tiene sus bases en el antiguo griego, y se forma al combinar los vocablos *demos* (que se traduce como "pueblo") y *kratós* (que puede entenderse como "poder" y "gobierno"). La democracia es el gobierno *de la multitud* (Platón) o *de la mayoría* (Aristóteles).

Si tenemos en cuenta que la democracia es el gobierno de todos, en ninguna democracia participan todos, sino que lo hacen a través de sus representantes (democracia representativa), pero

<sup>63</sup> MARANIELO, Patricio, "Conferencia dictada en el Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional" celebrado en la ciudad de Bogotá, el 28 de mayo de 2010.

<sup>64</sup> MARANIELLO, Patricio, "Proyectos legislativos de hábeas normas", Revista La Ley, Ciudad de Buenos Aires, abril de 2012.

en la actualidad muchas veces esta realidad se ve quebrantada, por la falta o crisis de representatividad que existe. Esta situación se produce tanto con la mayoría como con las minorías abandonadas y no escuchadas.

Es por ello que, justamente, las mayorías desoídas y especialmente las minorías ausentes y olvidadas ven en el Poder Judicial, a través de la presentación de sendas demandas, que sus derechos pueden ser respetados.

De este modo, las sentencias, que protegen a esa minoría desprotegida o a esas mayorías que no ven representadas, completan el ciclo democrático que se dicta para cada caso concreto por el Poder Judicial a través de sus resoluciones correctoras de las falencias enunciadas.

Esas sentencias correctoras emitidas por un juez, cualquiera fuera su instancia (primera, segunda o Corte Suprema de Justicia), lo que realmente hacen, quizás sin saberlo, es reparar las imperfecciones del sistema democrático, pues con los poderes políticos no podemos decir que la democracia se encuentra cumplida en su totalidad, sino por el contrario, se va perfeccionando cuando es examinada la protección de sus derechos en una situación particular en un caso concreto.

Porque ver al sistema democrático como se veía en el siglo VI a. C. en Atenas, donde fue utilizado por primera vez, es no ver los sistemas de gobierno en una realidad incontrastable. También debemos decir que las formas de gobierno deben *aggiornarse*, porque no se puede pensar un modelo de gobierno eterno, sino por el contrario, requiere que se actualice a las nuevas necesidades. De eso se trata la democracia, del gobierno de todos, pero no solo en la participación representativa, sino en la solución absoluta para la totalidad de los ciudadanos, donde nadie se encuentre desprotegido ante normas inconstitucionales que dañen, desprotejan o desamparen principios, derechos y garantías constitucionales.

Es por dichas cuestiones que también se entiende como democracia al conjunto de reglas que determinan la conducta para una convivencia ordenada política y socialmente. Se podría decir que se trata de un estilo de vida cuyas bases se encuentran en el respeto a la dignidad humana, a la libertad y a los derechos de todos y cada uno de los miembros. La democracia constituye una opción de alcance social donde para la ley todos los ciudadanos gozan de libertad y poseen los mismos derechos.

#### La justicia constitucional y los conflictos constitucionales<sup>65</sup>

La característica más importante que tiene un sistema difuso de control de constitucionalidad, es que todos los jueces, sin importar su instancia o su materia tienen la obligación de proteger la supremacía constitucional. Este sistema es seguido en América, en forma exclusiva y completa por EEUU, Canadá y Argentina.

<sup>65</sup> MARANIELLO, Patricio: "La lid constitucional", publicado en La Ley Suplemento Actualidad, del 18/09/2012. Y también en la Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato. México. Año 3 Nro. 5 de enero/junio de 2014.

Luego de la reforma constitucional de 1994, en Argentina, esto se ha ampliado pues al darle jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales, los jueces no solo deben proteger a la supremacía constitucional, sino también la supremacía de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Y en forma separada a ellos se encuentran los tratados de integración. Todos los jueces tienen unas nuevas obligaciones, donde los transforman en jueces ordinarios, constitucionales, internacionales y de integración. Estas potestades las tiene asignada el Poder Judicial por conducto de los artículos 116, 75 inc. 22 y 24 de nuestra Constitución Nacional.

- Juez ordinario: Ya que debe resolver casos, conflictos, o causas peticionadas por las partes en un proceso (art. 116).
- Juez constitucional: Porque debe proteger la supremacía constitucional (arts. 27, 31 y 116)
- Juez internacional: Al incorporarse Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, los jueces deben proteger esta jerarquía a través del control de convencionalidad (art. 75 inc. 22)
- Juez de integración: La Constitución Nacional ha regulado en forma separada los Tratados de Integración describiendo su rol constitucional en el artículo 75 inc. 24. Aquí los jueces deben proteger la integración y crecimiento regional de nuestras regiones, utilizando el control de integracionalidad contra cualquier normativa que se le oponga al desarrollo regional (art. 75 inc. 24)

Existe una vía transversal que puede resultar una interesante alternativa, cuando no queremos inclinarnos per se por un control de constitucionalidad, ni por un control de convencionalidad, ni por un un control de integracionalidad, podemos acudir al denominado "Lid Constitucional" 66. Lid significa conflicto, así pues todo lo debemos resolver desde la Constitución, sobre la base de un conflicto dentro de la Constitución Nacional.

Los conflictos son varios, puede ser entre la Constitución Nacional (en adelante CN) y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (en adelante TIJC) forman parte de un todo, denominado "bloque constitucional", como una cadena sucesiva de elementos interconectados. De ahí que en materia de derechos humanos no exista más una pirámide constitucional en cuya cúspide esté la Constitución Nacional, sino un trapecio en cuyo punto más elevado se encuentran aquella y los doce (12) TIJC.

Sin perjuicio de ello, existen distinciones constitucionales enunciadas en el art. 75, inc. 22 (condiciones de su vigencia, complementariedad y no derogación de la primera parte de la CN), que nos llevan a separar la lid entre la CN y los TIJC de la lid entre la CN y los Tratados Internacionales Superior a las Leyes (en adelante TSL).

<sup>66</sup> La palabra lid proviene del latín *lis* o *litis*, que significa combate, pelea, disputa, contienda de razones y argumentos. Y precisamente en derecho la lid es un choque normativo donde existen argumentos y razones de ambas partes, donde el juez deberá resolver por algunas de ellas dentro de un todo. En el ámbito constitucional, denominamos lid a todo *conflicto intraconstitucional*, es decir, a aquellos que surgen dentro de la propia Constitución. Dichos conflictos pueden ocurrir entre diversos artículos de la Constitución Nacional (en adelante CN) o entre alguno de sus artículos y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. En este último caso, debemos tener en cuenta la responsabilidad internacional que tal extremo podría acarrear para nuestro país.

Es decir, cuando estamos frente a una lid constitucional entre la CN y los TIJC debemos tener en cuenta las condiciones de la vigencia del tratado y que los tratados no derogan la Constitución, sino que son un complemento para mejor los derechos humanos enunciados en ambos instrumentos.

Muy recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso del "aborto no punible" del 13/03/2012, en el considerando 7º ha dicho que "...considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional)...".

La herramienta más adecuada para desarrollar un actuar armonizante entre la CN, los TIJC y TSL, es sin duda la lid constitucional. Pues no se resolverá por medio de la aplicación de la supremacía o jerarquía constitucional ni se efectuará un control de constitucionalidad, sino un "examen o test de armonización constitucional". En dicho examen resulta también aplicable el control de convencionalidad, tomado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Mazzeo" que sigue a su vez los lineamientos del caso "Almonacid" de la CorteIDH. Al respecto se debe tener en cuenta que dicho control no suplanta el examen o test de armonización constitucional, sino por el contrario, lo complementa y lo ayuda para una mejor utilización del derecho.

Para Sagüés<sup>68</sup> al haber colisión entre el articulado constitucional y el de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, el intérprete debe agotar todas las posibilidades en torno a una interpretación armoniosa entre unas y otras reglas. Eso es una norma de sentido común, universalmente aceptada y acorde con lo que se denomina interpretación orgánica o sistemática de la Constitución (en este caso, entre normas constitucionales propiamente dichas y normas con jerarquía constitucional). Ello obliga a compensar valores y derechos, a balancearlos –aun haciendo esfuerzos hercúleos– a compatibilizarlos y a lograr que convivan.

La consecuencia ante dichas divergencias ya no es la declaración de inconstitucionalidad, como habitualmente se realiza cuando un instrumento está en contra de la Constitución (pues los TIJC son parte de ella), sino la inaplicabilidad, sea, en su caso, de la Constitución o de los TIJC.

La inaplicabilidad de los TIJC puede darse por dos motivos diferentes: cuando el Estado no prevé que al incorporar el tratado produce una contradicción con la Constitución o cuando aquella surge posteriormente por una situación sumamente particular y específica que aparece en una causa determinada de muy difícil previsión.

En ambos casos el accionante tiene la carga de probar la falta de previsión o inconsecuencia de la ley, donde ello no se presume, sino que hay que demostrarlo fáctica y jurídicamente.

<sup>67</sup> Fallos 330: 3248 (2007).

<sup>68</sup> SAGÜÉS, Néstor, "Constitucionalidad y extensión del 'derecho de réplica'", JA 1998-IV-316.

## La justicia constitucional multinivel

Otro modo de considerar los conflictos entre la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales es desde una visión diferente que se conoce con el nombre de justicia constitucional multinivel. El profesor Ingolf Pernice<sup>69</sup> considera que la justicia multinivel se ha desarrollado en el seno de la Unión europea al entender el constitucionalismo multinivel como una relación armónica entre el derecho europeo y el derecho nacional de cada uno de los países que componen dicha unión. La comunidad europea y los Estados miembros son ante todo comunidades constitucionales, en las que el entresijo de los ordenamientos estatal y comunitario ha alcanzado una dimensión profunda que el único concepto que puede responder adecuadamente a los problemas derivados de la falta de unidad, es el ordenamiento múltiple o constitución compuesta.

En los sistemas federales también se da este multivel interno entre el derecho federal y provincial y en un segundo grado entre este último y el derecho municipal. En estos casos no estaríamos hablando de una concepción jerárquica sino funcional, pues todos los niveles competenciales tienen la necesidad de contribuir al fortalecimiento de un sistema democrático, al fortalecimiento del Estado convencional y constitucional de derecho.

De este modo lo considera Ingolf Pernice, pues aunque la normativa interna es parte de un sistema que en última instancia debe producir una respuesta jurídica a cada caso. Este sistema es necesariamente no-jerárquico, desde su origen y construcción<sup>70</sup>.

La justicia multinivel es una justicia armónica incluyente que deja atrás el monopolio del Estado como único punto constitucional, desdibuja los clásicos conceptos de lo nacional y soberano, basado en un modelo de protección e interpretación de los derechos fundamentales.

La justicia constitucional multinivel implica un diálogo entre los diferentes jueces locales, regionales e internacionales, sin que las constituciones y los tratados internacionales se conflictúen entre ellos, sin centrarse en una posición jerárquica entre uno u otro órgano jurisdiccional, sino conformando un todo, incluso actuando como un especie de juez interamericano al aplicar normas internacionales, desde sus propios principios y valores.

## La justicia transicional y el Acuerdo de Paz de Colombia<sup>71</sup>

El 23 de junio de 2016 se suscribió el Acuerdo de Paz Colombiano entre el Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos y las FARC. El presente acuerdo resulta uno de los hechos más importantes para Colombia y el mundo, pues por medio de lo que se conoce como la justicia transicional se pone fin a 52 años de conflicto armado.

<sup>69</sup> PERNICE, Ingolf, La dimensión global del constitucionalismo multinivel una respuesta a los desafíos de la globalización, consultado en http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%20doc%20%2061%20UE.pdf. del 29/12/2014.

<sup>70</sup> PERNICE, Ingolf ob. cit.

<sup>71</sup> Publicado en el Diario DPI Suplemento Derecho Público Comparado Nro 03 – 30.06.2016

La ONU y cinco presidentes fueron testigos de excepción dando un apoyo y aprobación internacional a dicho proceso de paz.

Estos diálogos tuvieron su inicio en el 2013 en Oslo, Noruega, y finalmente en La Habana, Cuba, país donde tuvo lugar la firma de la citada agenda de negociación que entrará en vigor a partir de la próxima firma del pacto final de paz, cuya fecha no ha sido precisada aún. Sin embargo, se estima que podría ser para el 20 de julio, según lo ha confirmado la delegación del Gobierno de Colombia.

Cabe destacar que tras la firma de ese pacto final, los cerca de 7.000 combatientes de las FARC serán concentrados en 23 zonas de Colombia para su progresiva reintegración a la sociedad, a la cual se incorporarán "sin armas y de civil", logrando de este modo el regreso de Colombia a un Estado de Derecho total de todo su territorio y de su población.

El "Acuerdo General" lo podemos centralizar en 4 puntos principales:

- 1) POLÍTICA DE DESARROLLO AGRARIO INTEGRAL, donde se desarrollarán territorios campesinos, que serían territorios de propiedad de la colectividad y manejados por los personajes que la comunidad eligiese para tal fin.
- 2) PARTICIPACIÓN POLÍTICA, a través de unos mecanismos para la creación de nuevos partidos políticos. El Gobierno Colombiano se compromete a crear Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la elección de Representantes a la Cámara de Representantes, de manera temporal y por períodos electorales. Sin embargo, la discusión de este punto podría verse dificultada por causa del Estatuto de Roma (suscrito por Colombia) que prohíbe que condenados por delitos de lesa humanidad tengan vida jurídica.
- 3) SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS DROGAS ILÍCITAS. En este punto, consensuaron que se desarrolle la sustitución y erradicación de los cultivos ilícitos y se acordó que los cultivos de las plantas que correspondan a usos ancestrales no se erradicarán, habiéndose sostenido que se considerará al drogadicto como a un enfermo.
- 4) LA JUSTICIA TRANSICIONAL que a su vez se basa en:
  - a. **Determinar quiénes son víctimas del conflicto armado.** Las FARC-EP, han señalado que el reconocimiento de las víctimas será por colectivos y "habrá un reconocimiento de la calidad de víctimas colectivas<sup>72</sup>. A su vez se considerarán víctimas campesinas, indígenas y sindicales. El acuerdo parcial de este punto fue signado en La Habana el 15 de diciembre de 2015 y contempla la puesta en marcha –tras la firma del Acuerdo Final– de una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, una Jurisdicción Especial para la Paz y de medidas concretas de reparación, no repetición.
  - b. **Mecanismos de refrendación de los acuerdos.** El gobierno y las FARC acordaron la refrendación o refrendo a través del plebiscito, en espera del fallo de la Corte

<sup>72</sup> Movimiento Gaitanista, Unión Nacional de Oposición, Frente Democrático, Partido Comunista Colombiano, Unión Patriótica, Movimiento A Luchar, al Frente Popular, entre otras organizaciones políticas y la Unión Patriótica, este último por haber sido objeto de un genocidio político, se le hará un reconocimiento especial.

Constitucional que favorezca este mecanismo de participación ciudadana, cuya fecha de realización sería en septiembre de 2016.

c. **Desarme y suspensión de procesos judiciales a los subversivos.** El abandono de las armas por parte de las FARC para su reintegro o ingreso a la vida civil por efectos del marco legal para la paz, viene acompañado con la suspensión de proceso judicial a subversivos.

Si bien existe una variedad de consideraciones que podemos, tan solo me detendré en el último punto que denominamos "justicia transicional". La justicia transicional es el conjunto de medidas judiciales y políticas que son utilizadas como medio de reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Debemos aclarar que la justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición, entre serios conflictos armados y la ansiada paz de un Estado. En la justicia transicional se realiza un abordaje distinto de los derechos, las penas y el órgano aplicador.

Decimos esto pues los derechos, obligaciones, las penas y la justicia no son medidos del modo en que habitualmente lo conocemos, pues existen objetivos diferentes de la sociedad, que es justamente la paz. En este entendimiento existe una valorización diferente de los derechos, donde el derecho a la paz prima sobre el resto, pues los delitos y las penas serán tomados en forma transicional. La justicia transicional establece que los combatientes que se desmovilicen dentro de los 60 días siguientes a la firma de los tratados de paz y confiesen sus delitos, podrían enfrentar penas de hasta ocho años, en condiciones especiales de restricción a la libertad. En cambio, los que no confiesen sus delitos y sean encontrados culpables pueden enfrentar penas de hasta 20 años.

El gobierno y las FARC acordaron la creación de una jurisdicción especial para la paz, que será integrada por magistrados colombianos y de otros países, quienes examinarán los delitos cometidos por los actores del conflicto. El gobierno ofrecerá una amnistía para los delitos excepto las violaciones graves a los derechos humanos.

Finalmente, en este contexto vemos cómo la justicia transicional fomenta la confianza ciudadana y fortalecer el Estado de derecho, tomando un camino diferente y especial, que la conjunción con la paz, forma la "Justicia Transicional a la Paz", donde los valores de los derechos se alteran y prima ante todo la paz. Sin hacer un juicio de valor sobre ello, podemos decir que el derecho a la paz debe considerarse un derecho humano inalienable e imprescriptible, capaz de articular una esfera pública democrática desarrollada y en paz, no anémico en lo social y burocrático en lo político. Es por ello que se debe trabajar desde el ámbito nacional y regional, para fortalecer el ámbito internacional de amenazas globales. Como todo pacifismo radical, necesita de la conciencia de las instituciones para extender a todos el derecho a la paz.<sup>73</sup>

Como decía Shakespeare<sup>74</sup> en boca de Shylock: "Me arrebatáis la vida cuando me arrebatáis los medios que me permiten vivir en paz".

<sup>73</sup> MARANIELLO, Patricio y VILLAR, Analia: "Derechos humanos a la paz. La paz en el nuevo paradigma", Revista de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Nro. 1. año 2016.

<sup>74</sup> Shakespeare, William, *The merchant of Venice*. Escrito entre 1596 y 1598.

# La justicia constitucional control de integracionalidad

Como se ha señalado, al Poder Judicial, atento al artículo 116 de la Constitución Nacional, le corresponde el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos en la Constitución Nacional, las leyes y los tratados con naciones extranjeras.

A la primera función judicial se la conoce con el nombre de control de constitucionalidad, a la segunda, control de legalidad, y la última es la que más dificultad suscitó en el derecho público.

Esta última función debemos interpretarla conjuntamente con el artículo 75, inciso 22, pues ahí tenemos varios tipos de jerarquías, tales como:

- jerarquía superior a la ley (todos los tratados concluidos con naciones u organizaciones internacionales),
- jerarquía constitucional (todos los tratados ahí enumerados y los incorporados con posterioridad, sobre derechos humanos).

Con respecto a los tratados enunciados taxativamente en el artículo 75, inciso 22, para que se respete su jerarquía constitucional se utiliza el control de convencionalidad.

Sin embargo, ello no concluye ahí, pues el artículo 75, inciso 24 les abre la puerta a los tratados de integración con requisitos, características y objetivos diferentes, y al solo efecto de diferenciarlos de los restantes, utilizamos la expresión "control de integracionalidad". Debemos aclarar que dicha distinción no solo surge de este trabajo, sino que implícitamente los constituyentes del año 1994 los han separado del resto y han diseñado ciertos elementos diferenciados.

#### 1. ¿Supraestatalidad o interestatalidad?

La primera cuestión que debemos esclarecer en el control de integracionalidad es si dicho actuar se basa en la supraestatalidad o en la interestatalidad, es decir, si los tratados de integración en nuestro país tienen aplicación y efectos directos, y son obligatorios para todos los Estados partes sin necesidad de una aprobación interna de los Estados.

Si bien el artículo 75, inciso 24 establece que le corresponde al Poder Legislativo aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales, lo cierto es que la Argentina no forma parte de ningún proceso de integración que tenga características supraestatales.

La supraestatalidad o supranacionalidad fue una característica del derecho comunitario, término incorporado en el artículo 9º del Tratado de París de 1951, que dio origen a la Comunidad Económica del Carbón y del Acero.

Álvarez aclara que ningún tratado posterior, del proceso de integración europeo, reiteró el término "supranacionalidad", y este dejó de integrar el orden normativo comunitario, en 1965, como consecuencia del Tratado de Fusión<sup>75</sup>.

No obstante la ausencia del término, en los tratados posteriores, las instituciones fueron dotadas de mayor autonomía que la otorgada a la alta autoridad, y se fue gestando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la opinión de que el derecho comunitario se estructuraba a partir del concepto de supranacionalidad.

El derecho comunitario fue definido como un sistema intermedio en el cual los Estados partes, por un acto de su voluntad soberana y en ejercicio pleno de su soberanía, acuerdan en el marco del derecho internacional público crear órganos comunitarios diferentes de los órganos intergubernamentales.

La característica de los órganos intergubernamentales es que se integran con representantes de los Gobiernos de los Estados miembros; de esos representantes emana la voluntad orgánica del órgano o de la organización, respondiendo al mandato de sus respectivos Gobiernos, cumpliendo sus instrucciones y atendiendo a sus intereses. El acuerdo que finalmente se concluya en muchos casos deberá ser sometido a los procedimientos comunes de entrada en vigor de los tratados.

En cambio, conforme a Álvarez, Arbuet Vignali señala que cuando por medio de un acto soberano los Estados crean un órgano comunitario, designan a las personas que lo integrarán; esas personas van a actuar según sus conocimientos técnicos, decidiendo según su leal saber y entender, sin recibir instrucciones de Gobierno alguno y atendiendo fundamentalmente a los intereses de la comunidad<sup>76</sup>.

Esas decisiones obligan a los Estados y se integran al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, entrando en vigor de inmediato, sin ningún otro trámite, en todo su ámbito geográfico. Además, las normas creadas por estos órganos supranacionales prevalecen sobre las leyes de los Estados miembros. Esto permite una mayor fluidez y eficacia en la toma de decisiones.

Es precisamente ese orden jurídico propio, distinto del internacional y del interno de cada Estado miembro, lo que se denomina "ordenamiento jurídico comunitario".

En similar sentido, Ekmekdjian manifiesta que, desde hace algunas décadas, se fue gestando en la comunidad internacional un nuevo derecho que puede considerarse como una disciplina distinta del derecho internacional, y por lo tanto no forma parte de él, sino que tiene por objeto la creación de entidades –denominadas supranacionales– distintas de los clásicos organismos internacionales. Este nuevo derecho es también distinto del derecho interno de cada Estado. Surge, en primer lugar, de los tratados que dieron origen a estas entidades supranacionales, y en segundo término, de los órganos propios de estas<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Álvarez, Elsa, "Derecho a la integración...", ob. cit.

<sup>76</sup> Ibid

<sup>77</sup> Ekmekdjian, Miguel, *Hacia la República Latinoamericana...*, ob. cit.

Por su parte, Álvarez indica que la integración no exige, por parte de los Estados miembros, renuncia a su soberanía, sino que necesita que estos, en virtud de dicha soberanía, cedan voluntariamente su ejercicio a la organización.

En lo que respecta a la Unión Europea, existe un proceso de integración sustentado en la primacía del derecho comunitario y en la eficacia directa de sus normas.

Aunque algunos autores no descartan que una vez agotada la técnica integradora sea necesario pasar a otra fase nueva, porque el tiempo transcurrido desde la implementación de esa técnica integradora estaría demostrando que ella ya no es suficiente para hacer avanzar el proceso de construcción europeo.

Finalmente, el derecho comunitario constituye un factor importante de integración, y está claramente diferenciado respecto de otros modelos de organizaciones, como las organizaciones de cooperación, e incluso de otras, que inmersas también en procesos de integración, se encuentran aún en fases menos adelantadas, como el caso del Mercosur, donde la característica es interestatalidad, es decir, entre los Estados partes y los organismo regionales no hay superioridad ni aplicación directa.

#### 2. Tipos o clases del control de integracionalidad

Con respecto a los tratados de integración, al no ser instrumentos realizados en la Argentina, sino órganos regionales, resulta lógico que el control sobre su cumplimiento lo hagan los órganos con facultades interpretativas y no los países en forma particular; si bien estos no tienen dicha potestad vedada, lo deberán realizar teniendo en cuenta lo ya establecido por los órganos regionales.

Es una regla que cada tratado o instrumento internacional, comunitario o de integración, establezca su órgano controlador, que haga las veces de interpretador y guardia de sus normativas.

Pues entonces debemos decir que el control de integracionalidad tiene dos tipos o clases: el interno y el externo. El primero lo realizan los órganos regionales, y el segundo, los países partes, con la única diferencia o reserva que deben respetar lo dicho o establecido por los primeros, que son órganos más especializados, cercanos y asépticos para resolver dichas cuestiones.

Esta distinción nos sirve para no perder de vista quién es el encargado de resolver las cuestiones regionales y dar cumplimiento a los objetivos trazados por los Estados partes en aras de un mejoramiento económico, social y cultural de los países. Con ello esclarecemos dónde está el centro y dónde la periferia.

Tampoco debemos confundir el control de integracionalidad con la solución de conflictos, pues esta última tiene su inicio interno, un acercamiento amistoso y una exteriorización de la solución a través de órganos supraestatales o interestatales. Esto resulta diferente al control de integracionalidad, cuyo objetivo no es solucionar conflictos, sino el respeto y cumplimiento de los tratados de integración.

El control interno y directo de los tratados de integración lo hacen sus propios órganos; no debemos olvidar que "control" deriva del francés *control*è, que significa comprobación, inspección, fiscalización, intervención, bajo ciertas características de dominio, de mando y de preponderancia. Estas características las ostenta el Tribunal Permanente de Revisión, mientras que el control externo e indirecto lo hacen los órganos jurisdiccionales de los Estados partes.

El control interno y externo hace referencia al inicio del proceso de control, donde el interno da comienzo a los órganos regionales y el externo continúa con los órganos jurisdiccionales nacionales. El control directo tiene una cercanía con el tratado de integración, pues es el que actúa directamente sin influencia ni mediación de ningún órgano, mientras que el indirecto previamente tiene una obligación de seguimiento y de respeto de lo dicho por los órganos de integración.

## A. Control de integracionalidad interno y directo

En cuanto al derecho de integración, nuestro país forma parte del Mercosur, como hemos analizado en diversos apartados del presente. Luego de varias reformas estructurales, el Mercosur logró conformar un órgano con facultades jurisdiccionales, denominado "Tribunal Permanente de Revisión", que entre sus funciones se prevé la de dictar laudos en cuestiones conflictivas, además de expedir opiniones consultivas para los países miembros.

Al respecto resulta importante traer a colación la opinión consultiva 1/07 del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, del 04/07/2007, donde se les dio prevalencia a las normas del derecho del Mercosur sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de estos Estados, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados, de conformidad a los deslindes realizados con relación al concepto de orden público y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone el sistema de integración.

Además, es dable destacar que en el dictamen del relator de esta opinión consultiva se afirmó lo siguiente: "El derecho de la integración prevalece sobre la ley nacional, sobre el derecho internacional público y privado, y sobre el orden público nacional e internacional, en razón de la naturaleza y la finalidad del derecho de la integración".

A su vez, sobre la cuestión de la operatividad de las normas del Tratado de Asunción referidas, en este caso, a la libre circulación de mercaderías intrazona, particularmente las contenidas en su anexo I, fue discutida en el marco del 1.er laudo del Tribunal *ad hoc* del Mercosur (en adelante TAHM) sobre restricciones arancelarias y no arancelarias. En dicha sentencia, el tribunal del Mercosur consideró que "...la arquitectura del Tratado de Asunción (en adelante TA) y de sus anexos muestra claramente una combinación de normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo.

Como señala Sergio Abreu, el TA va más allá de un tratado marco, y constituye un esquema normativo que fluctúa entre un "derecho directivo" con bases jurídicas generales y "un derecho

operativo" constituido por compromisos concretos. Hay, por lo tanto, normas que fijan objetivos y principios con vocación de permanencia, que encuadran y guían la actividad de las partes hacia y en el Mercosur. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las partes podrán ir modelando el proceso de integración<sup>78</sup>.

Hay otras normas que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados. Estas, principalmente contenidas en los anexos, juegan el papel de instrumentos dinamizadores del proyecto integracionista, el impulso operativo que sin necesidad de ningún acto adicional de las partes da de entrada un gran salto adelante. Asimismo, el Tribunal resaltó que "congruentes con esta interpretación, los cinco anexos al TA contienen obligaciones concretas y autoejecutables" 79.

#### Fuentes del derecho del Mercosur

En el control de integracionalidad debemos tener en cuenta las fuentes del derecho escrito del Mercosur, que son dos: el "derecho primario" y el "derecho derivado".

Además de sus dos órdenes jurisdiccionales distintos, las decisiones dictadas por los "tribunales comunitarios" (tribunal *ad hoc* y TPR) y las sentencias dictadas por los "jueces nacionales" en asuntos que aplican el derecho del Mercosur.

El "derecho primario" es el que procede de tratados y protocolos ratificados por los Estados miembros, y es de aplicación directa en el territorio de dichos Estados; prevalece sobre las leyes internas y se impone a los jueces nacionales. Dentro de estos existen los principios generales que trascienden las disposiciones expresas de la ley y tienen un valor normativo implícito, como por ejemplo, los principios de buena fe, de libertad de comercio, de *estoppel*, etcétera.

El "derecho derivado" proviene de los órganos del Mercosur: grupo, consejo, comisiones, y está compuesto de decisiones, reglamentos y directivas, etc. La mayor diferencia con el anterior es que no todas son de aplicación directa. Algunas están sometidas a un procedimiento de integración en los Estados miembros, y otras son dispensadas. Existen alrededor de mil quinientas normas, de las cuales menos del cincuenta por ciento fueron internacionalizadas por los Estados.

#### Opiniones Consultivas (OC)

Una cuestión muy particular que existe en este control de integracionalidad son las opiniones consultivas. Para gran parte de la doctrina, al emitir opiniones consultivas, el Tribunal Permanente

<sup>78</sup> El Mercosur y la integración, Facultad de Derecho, Montevideo, 1991, p. 47.

Tres de ellos se refieren a aspectos medulares del comercio (I liberación comercial, II origen y IV salvaguardias), y definen concretamente el régimen de cada una uno de ellos y las obligaciones específicas de las partes al respecto. Los otros dos anexos (III Solución de controversias y V Grupos de Trabajo) apuntan también a facilitar el comercio. Se demuestra así la voluntad de despejar desde el comienzo posibles obstáculos, dictando al efecto reglas precisas y obligatorias. El flujo comercial libre es el pilar elegido en el sistema del TA para adelantar y desarrollar el Mercosur. (TAHM, laudo de 28 de abril de 1999, Comunicado 37/98 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM 9, junio, 1999, p. 227).

de Revisión asume una función voluntaria y no jurisdiccional. En este sentido, Couture establece que en principio existe una sinonimia entre función judicial y función jurisdiccional, pero que, sin embargo, no todas las funciones que desempeñan los jueces son jurisdiccionales. No es jurisdiccional la jurisdicción voluntaria, y existen competencias jurisdiccionales en funcionarios que no son jueces. El contenido de la jurisdicción es la existencia de un conflicto que debe ser dirimido por resoluciones que pueden revestir la calidad de "cosa juzgada", y afirma que no hay jurisdicción sin cosa juzgada. En los procedimientos judiciales sin oposición de partes (jurisdicción voluntaria), la decisión del juez no causa perjuicio a una de ellas, no hay parte perdidosa<sup>80</sup>.

Las opiniones consultivas serían entonces una especie en el género de las competencias voluntarias, y con ellas no hay adjudicación de derecho ni cosa juzgada. Por lo que resultaría conveniente utilizar la expresión "competencia consultiva" en vez de "jurisdicción consultiva".

En la primera opinión consultiva emitida por el Tribunal Permanente de Revisión, unánimemente se la califica como una interpretación prejudicial o consulta prejudicial<sup>81</sup>.

Las opiniones consultivas son interpretaciones que hace el Tribunal Permanente de Revisión sobre el alcance y la inteligencia de las normas del Mercosur; no son obligatorias ni vinculantes, y deben ser tomadas como guías<sup>82</sup>.

El Protocolo de Olivos, con respecto a las opiniones consultivas, alude a la necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración: dicho Protocolo, en su artículo 3º, establece: "...El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos...".

Las opiniones consultivas deberán contener<sup>83</sup>: una relación de las cuestiones sometidas a consulta; un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el tribunal las hubiese pedido; el dictamen del TPR con la opinión de la mayoría y las opiniones en disidencia, si las hubiera.

Las opiniones consultivas serán fundadas y suscriptas por todos los árbitros intervinientes.

Establece así un mecanismo de opinión consultiva que le permite al Tribunal analizar y resolver dudas sobre el alcance del derecho del Mercosur, cuyo dictamen no tiene carácter vinculante ni es obligatorio. Dicho mecanismo se encuentra desarrollado en el Reglamento del Protocolo de Olivos, aprobado por la decisión CMC 37/03.

El 18 de junio de 2008, la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dictó esta acordada, en la que se establecen "las reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR)".

<sup>80</sup> Couture, Eduardo Juan, "Las opiniones consultivas en el Mercosur: el debut del mecanismo jurídico", citado por Adriana Dreyzin de Klor, Adriana y Harrington, Carolina, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 2, 2007, ps. 551/607.

<sup>81</sup> Disponible en www.mercosur.int.

<sup>82</sup> Art. 11 del Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de Controversias en el Mercosur (decisión 37/03).

<sup>83</sup> Art. 9° del Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de Controversias en el Mercosur (decisión 37/03).

En el Mercosur regula el procedimiento de las opiniones consultivas, pero solo en su etapa de recepción del TPR, reservando para cada Estado miembro del bloque la responsabilidad de reglamentar internamente la fase anterior en el proceso de consulta, y es ese justamente el objetivo con que intenta cumplir la Corte Suprema con el pronunciamiento en cuestión, siguiendo los pasos de Uruguay, que era el único de los países miembros que hasta el momento había cumplido con su responsabilidad reglamentadora.

La acordada 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina establece que todos los jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur –de carácter no vinculante ni obligatorio–, sobre la interpretación jurídica de las normas del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común y de las directivas de la Comisión de Comercio (art. 1º).

Las solicitudes serán elevadas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por intermedio del superior tribunal de la causa, y podrán acompañarse las consideraciones relativas a la cuestión objeto de consulta que hubiesen formulado en el litigio las partes y el Ministerio Público, como también cualquier otra constancia que pueda resultar de utilidad.

La Corte Suprema, previa verificación del cumplimiento de los recaudos antes indicados, remitirá las solicitudes de opiniones consultivas al TPR, y enviará copia a la Secretaría del Mercosur y a los demás tribunales superiores de los Estados partes<sup>84</sup>.

En el caso en que sea solicitada por los tribunales superiores de justicia, se referirá exclusivamente a la "interpretación jurídica" de la normativa del Mercosur, mientras que a los Estados partes u órganos del Mercosur se les reconoce la facultad de solicitar una OC con relación a "cualquier cuestión jurídica".

Para Dreyzin de Klor, tres fundamentos sostienen esta lectura. En primer lugar, la interpretación literal: decir que "podrán solicitar OC sobre cualquier cuestión jurídica", no es lo mismo que decir que "las OC se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica", por lo que no cabe concluir que la intención fue otorgar igual marco de acción al Tribunal Permanente de Revisión. En segundo lugar se diferencian claramente las condiciones según se trate de solicitudes de los Estados partes y órganos del Mercosur por un lado, y tribunales superiores de justicia por el otro; y por último, esa lectura se condice con el esquema institucional del Mercosur, que hace que no parezca irrazonable la limitación a la actuación del Tribunal Permanente de Revisión en

<sup>84</sup> En el Mercosur se dictaron, hasta la fecha, tres opiniones consultivas: La primera en el 2007, opinión consultiva 01/2007: "Norte S. A. Imp. Exp. vs. Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/Indemnización de Daños y Perjuicios y lucro cesante", solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. La segunda, en el 2008, opinión consultiva 01/2008: "Sucesión Carlos Schnek y otros vs. Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos", solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Y tercera y última, en el 2009, opinión consultiva 01/09: "Frigorífico Centenario S. A. vs. Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto". solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay.

orden a la interpretación de la normativa, en los supuestos en los que los propios Estados tienen un margen de maniobra menor en lo político<sup>85</sup>.

Diferencias entre el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR)

En cuanto a la diferencias podemos citar:

- 1) Los Tribunales del Mercosur no tienen el monopolio de la justicia comunitaria, ya que los Estados pueden recurrir a otros tribunales internacionales.
- 2) En el TJCE se juzgan los recursos de nulidad planteados contra las decisiones y las directivas tomadas por las instituciones de la comunidad, circunstancia que no se da en el TPR.
- El incumplimiento del fallo en el TPR se sanciona con la suspensión de obligaciones y concesiones recíprocas, mientras que en el TJCE se imponen multas o penas, a veces muy elevadas.
- 4) Los reclamos de los particulares tienen tres niveles de obstáculos para acceder a los TPR:
  - a) Sección nacional del GMC.
  - b) El GMC en sí mismo.
  - c) El grupo de expertos.

## B. Control de integracionalidad externo e indirecto

Tanto los jueces argentinos de la justicia nacional como la justicia provincial tienen como función esencial el análisis de la supremacía de las normas, así como también un control exhaustivo para que dichas normativas no resulten contrarias al ordenamiento jurídico, violando principios y derechos fundamentales.

Todo ello no resulta ajeno a las normativas del Mercosur, atento a que la atribución de los jueces en realizar un control de integracionalidad resulta de vital importancia en todo ordenamiento jurídico regional en donde se pretenda un crecimiento económico en equilibrio con los recursos naturales actuales y de futuras generaciones.

Nuestra Constitución establece requisitos esenciales para dar prevalencia al tratado de integración y las condiciones indispensables para que prevalezca la Constitución Nacional; la conjunción entre ambas cuestiones será desarrollada a través del control de integracionalidad.

En lo que respecta a nuestra Constitución, tenemos los siguientes principios:

B5 Dreyzin de Klor, A., "La primera opinión consultiva del Mercosur: ¿germen de cuestión prejudicial?", Revista Española de Derecho Europeo, nro 23, 2007, ps. 437/461.

#### 1) Principios de derecho público (art. 27, CN)86

La característica más importante de los principios de derecho público es que se trata de mandatos que no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes, lo que significa que no pueden ser modificados por las partes en uso legítimo de su autonomía de la voluntad, como sí ocurre con los principios del derecho privado.

Y como consecuencia de ello, son principios "renunciables y obligatorios", y además regulan cuestiones que hacen al orden público, y deben ser acatados por toda la población.

Si bien las clases o los tipos de derecho público varían de un Estado a otro, la doctrina judicial moderna estableció dos prácticamente unánimes: el "principio de legalidad" y el "principio de razonabilidad", es decir, someter al Estado al cumplimiento del ordenamiento jurídico y a todos los demás principios, a los efectos de permitir una mayor realización espiritual y material posible, con signos axiológicos de justicia.

El principio de legalidad es un principio fundamental del derecho público, conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determine un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la "seguridad jurídica".

Es por ello que tradicionalmente los principios de derecho público se suelen contraponer con los principios de autonomía de la voluntad y de igualdad de partes del derecho privado.

## 2) Principios de reciprocidad (art. 75, inc. 24, CN)87

Se encuentran explicados en el artículo I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en el cual se establece que "cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinados". Este artículo tiene su *raison d'être* en una interesante combinación entre la "nación más favorecida" (en adelante NMF) y el principio de reciprocidad. Bagwell y Staiger establecen que la combinación del principio de NMF con el principio de reciprocidad, que estipula que toda concesión arancelaria otorgada por un país debe ser compensada por una concesión de sus socios comerciales de manera de igualar el cambio en las exportaciones e importaciones, permite alcanzar acuerdos comerciales que son, no solamente más armoniosos, sino también más eficientes (en un sentido paretiano).

<sup>86</sup> Art. 27. "El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

<sup>87</sup> Art. 75, inc. 24. "Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado".

Si no se respetara la cláusula de la NMF, existirían diferentes precios internacionales para el mismo producto en diferentes mercados, y esto crearía externalidades de un país al otro. En esta situación, el principio de reciprocidad entonces no permitiría anular los términos del intercambio en todos los mercados. La combinación de los principios de reciprocidad y la NMF permite internalizar esta externalidad obteniéndose concesiones arancelarias que son balanceadas y eficientes.

#### 3) Principios de igualdad (art. 75, inc. 24, CN)

Uno de los derechos básicos y más eminentes consagrados por el movimiento del constitucionalismo clásico a fines del siglo xviii fue el de igualdad. Se trata de un concepto polémico complejo, mucho más de lo que aparenta superficialmente, dado que a veces se lo contrapuso con otros derechos, fundamentalmente con la libertad. (Carnota y Maraniello, 2008, pág 133)

En el principio de igualdad se parte de la idea de la paridad de todos los Estados miembros; todos tienen los mismos derechos y obligaciones dentro del bloque regional, y deberán cumplir lo que allí se apruebe. Este principio nos indica que cuando la Argentina suscriba tratados de integración no puede estar en un plano de desigualdad o desventaja con el resto de los Estados partes.

Otras de las característica de este principio y que se deberá tener en cuenta cuando se incorpora un tratado o protocolo de integración o cuando un instrumento del derecho de integración sea interpretado frente a una norma interna, es que los demás Estados hayan adoptado en su derecho interno las mismas exigencias convenidas por los Estados partes.

No debemos olvidar que todo lo que se resuelva dentro del marco de la integracionalidad es dispuesto por unanimidad y no por mayoría, es decir, todos los Estados partes deben estar de acuerdo, caso contrario, no podrá ser aprobado.

El principio de igualdad no podría aplicarse en el derecho comunitario. En este último caso, los Estados no son iguales, pues sus diferencias radican en la cantidad de población, lo que se va a reflejar en los tratados; esto no quiere decir que vayan a tener más derechos los países más poblados, sino que las instituciones se van a realizar en función de la población.

Ahora bien, este principio debe ser respetado en dos etapas, cuando se negocia, se discute y se aprueba un tratado internacional por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, es decir, es un principio de aplicación previa a su ingreso en el derecho interno. Pero también es un principio que deberán tener en cuenta los jueces cuando deban interpretar y aplicar un tratado o protocolo de integración, dentro del marco de un control de constitucionalidad.

## 4) Principios de orden democrático (art. 75, inc. 24, CN)

La protección del sistema democrático ya no es un compromiso nacido entre el poder político y los ciudadanos, sino que en la actualidad reviste una obligación internacional y regional, atento a que la democracia es considerada uno de los sistemas más inclusivos y participativos dentro de un Estado y en toda organización internacional, comunitaria y de integración.

Por ello, Gross Espiel entiende que es evidente que la defensa de la democracia en los Estados miembros del Mercosur es hoy un elemento característico de este sistema de integración subregional. Entre 1991 y 2000 pasó mucho tiempo, con la aceleración actual del tiempo histórico. Lo que no se quiso encarar cuando se redactó el Tratado de Asunción, actualmente es una realidad ineludible. El sistema de la OEA, basado en el Protocolo de Washington, debe completarse con el del Mercosur, fundado en el Protocolo de Ushuaia. (Gross Spiel, 2000)

No basta, para los países partes en el Mercosur, con el sistema genérico de la OEA. Con todo lo necesario y positivo que este puede ser, requiere un complemento subregional entre países que tienen problemas comunes, determinantes políticos análogos, trágicas experiencias históricas compartidas y afinidades y paralelismos, sin perjuicio del reconocimiento de diferencias y diversidades.

#### 5) Principios pro homine (art. 75, inc. 24, CN)

Refiriéndose al principio *pro homine*, la Corte expresó que es "un principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones". Queda claro que en los casos en los que se deben establecer derechos de los hombres corresponde aplicar un criterio amplio, o sea, a favor del hombre, y cuando se deben determinar las limitaciones de dichos derechos, un criterio restrictivo.

El principio *pro homine* debe aplicarse en aquellas cuestiones en las que concurren o existe un conflicto entre normas internacionales o entre las de orden interno con las de la Convención Americana, en el caso de análisis, debiendo aplicarse al caso en concreto la que sea más favorable a los derechos del hombre y que menos los restrinja. Por lo tanto, y haciendo propias las palabras de Luis M. García, "...el principio *pro homine* neutraliza la regla *lex specialis derogat legem general*e, pues tratándose de normas concurrentes sobre derechos humanos, la ley especial solo deberá prevalecer sobre la general cuando la supere en el alcance de protección del derecho de que se trate". (De Martini y Pont Vergés, 2008)

#### A modo de conclusión

En el siglo XXI, el funcionamiento de la justicia debe estudiarse a través de elementos constitucionales e internacionales, como se realiza en Europa a través de la materia justicia constitucional muy abarcativa, sin considerarla con criterios netamente subjetivos variables e inestables, sino por criterios objetivos emanados de una Constitución.

Pero pensar en una justicia a través de parámetros constitucionales desde su nacimiento con la Constitución de EEUU de 1787, es tener un reloj que nos atrasa 300 años.

Finalmente, la solución ante una lid constitucional que resulta más adecuada se inicia con un test de armonización, y de esta manera se deberá resolver la inaplicabilidad de la norma constitucional o de los TIJC que corresponda al caso concreto, teniendo en consideración el control de convencionalidad a tales efectos.

No debemos olvidar que frente a una lid constitucional debemos seguir, en primer término, la letra de la Constitución; luego, el fin y, por último, la dinámica. No cabe la interpretación en la que se considera que el conflicto haya sido por una falta de previsión o de conocimiento de las consecuencias que podría acarrearle a nuestro país la inaplicabilidad al caso concreto de una cláusula de los TIJC, pues la voluntad del constituyente no se presume, sino que se debe respetar.

Nuestro maestro Bidart Campos<sup>88</sup> ha establecido que "...todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto —constitucional— tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro..." [...]" A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este 'algo' de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el 'algo' que se le atribuye a otro o a otros".

La Unión Europea (UE) se presenta como un proceso unitario de integración política, cuya instrumentación se lleva a cabo mediante mecanismos prioritariamente económicos.

En la UE, el mercado común es un medio, mientras que en el Mercosur es el fin.

La construcción política europea se basa en la participación de actores distintos de los Estados miembros (los pueblos europeos), y la integración tiene un claro significado político (asegurar la paz, la libertad y el bienestar, entre otros), tanto en sus orígenes, como en sus objetivos, que son generales de toda la comunidad y no de un país determinado.

En el Mercosur, solo los Estados partes participan en el proceso. Si bien se persigue el bienestar de sus miembros, no existen objetivos políticos. Por el contrario, las instituciones de la Unión Europea se nutren de poderes soberanos nacionales, cuyo ejercicio fue cedido por los Estados miembros a los órganos del proceso de integración. Los intereses nacionales de los países miembros se transformaron en un solo interés común que los sustituye, y que es el que se trata de llevar a cabo con el proceso de integración. (Granillo Ocampo, 2007)

En la Unión Europea, las instituciones emiten normas jurídicas que, una vez aprobadas, son obligatorias para todos (las propias instituciones, los Estados miembros y los habitantes de cada uno de ellos), debiendo aplicarse de inmediato, y tienen primacía sobre el derecho interno nacional. En el Mercosur, sus instituciones emiten normas jurídicas obligatorias para los Estados, que para entrar en vigor deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no adquiriendo primacía sobre el derecho interno de los países partes y cuya aplicación solo puede ser solicitada por los Estados, no por los particulares<sup>89</sup>.

En relación con la actividad jurisdiccional de la Unión Europea, estamos muy atrasados. Si bien los primeros veinte años, entre 1954 y 1977, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) dictó ochocientas cuarenta sentencias (cuarenta y dos por año), debido a la extensión de su competencia, a la complejidad de las normas y a la incorporación de nuevos integrantes.

 <sup>88</sup> BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, T. VI, ps. 560-561. Citado por Pizzolo, ob. cit.
 89 El artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto establece que "las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstas en el artículo 2º del Protocolo tendrán carácter obligatorio, y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

En 1988 se creó un Tribunal de Primera Instancia (TPI), que tiene un flujo actual de quinientos recursos por año por cada jurisdicción, y un período de veinte a veinticuatro meses para obtener la sentencia.

Con el agregado de que su jurisprudencia comunitaria se impone a los Estados miembros y a sus jurisdicciones nacionales. La inejecución de la jurisprudencia comunitaria está fuertemente sancionada por multas o penas impuestas a los Estados recalcitrantes. (Catala, 2007)

La producción jurisdiccional del Mercosur parece muy débil. Se compone de decena de sentencias emitidas por los tribunales *ad hoc* y contadas sentencias del Tribunal Permanente de Revisión (TPR). En las primeras las decisiones están fundadas sobre circunstancias más que sobre principios; por el contrario, las segundas van formando una verdadera jurisprudencia que aparece como fuente del derecho del Mercosur derivada de la interpretación de las normas escritas.

Del derecho de integración se desprenden numerosos principios y consecuencias legales que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta al momento de establecer el rol del juez interno y del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

A diferencia de lo que sucede en la Comunidad Europea, las decisiones en el Consejo, en el Grupo Mercado Común y en la Comisión de Comercio del Mercosur se toman por consenso, con la presencia de todas las partes. Así lo establece el artículo 16 del Tratado de Asunción, por cuanto "durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes", y el artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto, al sostener que "las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes".

Ciertamente, esta forma de legislar produce demoras, retrasos, lentitud y hace al sistema relativamente poco flexible y posibilita la crisis de "asientos vacíos", pero también aporta una dosis de realismo para estas primeras etapas de transición, donde se adquiere mayor claridad, y se precisa del igual derecho de veto que tienen todos los representantes de los Estados partes.

Luego de la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de los nuevos incisos 22 y 24 del artículo 75, el juez no solo efectúa, en forma obligada el control de constitucionalidad y de legalidad, sino también el control de convencionalidad y de integracionalidad.

En este último aspecto, debemos establecer dos clases: el control de integracionalidad interno (realizado por el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) y el control de integracionalidad externo (realizado por los países miembros internamente).

La República Argentina, en clara diferenciación, especialmente con Brasil y Uruguay, establece en el inciso 24 citado, cuatro requisitos para que un instrumento de integración no sea declarado antiintegracional.

Entre ellos tenemos dos principios (igualdad y reciprocidad); un derecho (derechos humanos) y un requisito político (el respeto del orden democrático).

Si bien los tratados de integración tienen en nuestro país un proceso complejo de aprobación, ello no es óbice para que el Poder Judicial realice un control de integracionalidad de dichos instrumentos, en cuanto a sus requisitos formales, que deben ser aprobados por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional, para los Estados latinoamericanos, y el sistema de doble vuelta, para los restantes países, es decir, en esta última situación para ser aprobado un tratado de integración extra-Mercosur se requiere una ley que declare la conveniencia del tratado con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, y luego de ciento veinte días del acto declarativo se necesita otra ley que tenga la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Ambos pueden ser denunciados por el Congreso Nacional con la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara.

Es por eso que actualmente debe sostenerse la existencia de un control de integracionalidad, donde el derecho interno queda subsumido a lo que los Estados partes hayan convenido regionalmente.

Y ese derecho de la organización interestatal que se crea, sea originario o derivado, es el marco que el tribunal tomará en consideración con prevalencia sobre las normas internas de cada Estado.

Este sistema, al igual, que el control de convencionalidad, tiene como apoyatura esencial, además de las normas regionales (protocolos, disposiciones, resoluciones, etc.), la interpretación que sus órganos realizan de ellos en conjunción con los principios rectores enunciados en el artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional (principio de reciprocidad, igualdad y cláusula democrática).

Los tipos de efectos en el control de integracionalidad pueden ser *interpartes* –al caso concretoo *erga omnes* –con efectos derogatorios–. Cuando dicho control de integracionalidad es ejercido por el propio Tribunal Permanente de Revisión como consecuencia de los casos llegados a él, no forma parte de su misión la posibilidad de modificar de manera "directa" las normas locales que se oponen al "derecho de integración", ya que sería errado entender que la declaración de no integracionalidad de una norma local supone su derogación; al Tribunal del Mercosur le basta la inaplicabilidad de aquella en el caso concreto.

En conclusión, es necesario para el progreso del Mercosur que se superen las diferencias constitucionales que afectan en gran medida la seguridad y el desarrollo buscados. El principal objetivo previsto por el TA es la ampliación del mercado nacional mediante la integración para acelerar el desarrollo económico con justicia social. Tal objetivo deberá ser alcanzado por medio de un aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles, de la preservación del medio ambiente, de las mejoras de interconexiones físicas, de la coordinación de las políticas macros y de la complementariedad de los distintos sectores de la economía.

#### Referencias

- Alonso Casellas, Cristina y otros, Solución de controversias en los sistemas de integración. El caso del Mercosur", Instituto Nacional de la Administración Pública.
- Alterini, Atilio Aníbal, "La supremacía jurídica en el Mercosur", LL 1995.
- Álvarez, Elsa; "Derecho de la integración y Derecho comunitario" en: http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/integracion-comunitario.htm.
- Aristóteles, Política, Porrúa, México, 1977.
- Arbuet Vignali, H. Jiménez de Aréchaga, E. Puceiro Ripoll, R., Derecho internacional público, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991.
- Baptista, L. O., "Insercâo dos tratados no direitto brasileiro", Revista de Informacâo Legislativa, (Brasil), 1996.
- Barbosa, Julio, Derecho internacional público, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2004.
- Barra, Rodolfo Carlos, Fuentes del ordenamiento de la Integración, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Colautti, Carlos E., "Los tratados internacionales y la Reforma Constitucional", LL 1994-D 1149.
- Carnota, Walter Maraniello, Patricio, Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Couture, Eduardo Juan, "Las opiniones consultivas en el Mercosur: el debut del mecanismo jurídico", citado por Adriana Dreyzin de Klor, Adriana y Harrington, Carolina, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, vol. 2, 2007.
- De Martini, Siro (h.) Pont Vergés, Francisco, "Principios generales de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia", ED nro. 12.022, 05/06/2008.
- Dreyzin de Klor, A., "La primera opinión consultiva del Mercosur: ¿germen de cuestión prejudicial?", Revista Española de Derecho Europeo, nro 23, 2007.
- Gross Espiel, Héctor, "La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur", nro. 37, El Litoral, Paraná, 2000.
- Granillo Ocampo, Raúl, Derecho público de la Integración", Editorial Abaco, 2007.
- Laredo, Iris M., "Reflexiones en torno al proceso Mercosur de integración", Anuario argentino de derecho internacional. Córdoba. nº 9 (1999).
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, Introducción al derecho comunitario latinoamericano con especial referencia al Mercosur, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Ekmekdjian, Miguel, Hacia la República latinoamericana, Mercosur ("Tratado de Asunción"), Tratado de Montevideo 1980 (ALADI), Tratado argentino-brasileño, Depalma, 1991, Buenos Aires.

- Jiménez de Aréchaga, E., Curso de derecho internacional público, t. I.
- Kapteyn Pjg y Verloren Themaat, P., citados por González-Oldekop, Florencia, en La integración y sus instituciones, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- Maraniello, Patricio y Cohn, Silvia, Tratado de derecho de integración, Cathedra Jurídica, 2014.
- Maraniello, Patricio, "Derecho de Integracion", Ed. Ad hoc, año 2014.
- Midón, M., "El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur", LL 1997-B 1049-1050;
- Moya Domínguez, María Teresa, Derecho de integración, Ediar, 2006.
- Olivar Jiménez, M. L., "La comprensión del concepto de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur", en Basso, M., (org.), Mercosul. Seus efeitos jurídico, econômicos e politicos nos Estados-membros, Porto Alegre, Editora do Advogado, 1995.
- Pellet, A., Les Fondements juridiques internationaux du droit communautaire, AEL, 1994.
- Pérez Otermin, Jorge, El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos jurídico-institucionales, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1995.
- Pizzolo, Calogero (h), Pensar el Mercosur, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.
- Rippe, S., "La aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial en el Uruguay", Anuario de Derecho Comercial, t. I, 1985.
- Sagüés, Néstor Pedro, "Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994", LL 1994-E 1036.
- Schermes, Henry, "International Institutional Law". Leyden, 1972, citado por Dreyzin de Klor, Adriana, en "Hacia el ordenamiento jurídico del Mercosur". LL 1996C 1191/1192, nota 6, DNEYD AAG

# AFEIDAL en la trilogía de la educación superior en América Latina

Ma. Rodolfo Godoy Lemus<sup>90</sup>

#### Introducción

El presente estudio visualiza que la AFEIDAL es una organización internacional con una plataforma apta para generar una nueva era en la educación superior en el hemisferio occidental, en ese sentido, se pretende demostrar que es la organización idónea para implementar un nuevo sistema educativo, innovador y transformador de la educación superior en América Latina.

El presente estudio es el análisis de idoneidad sugerida a la AFEIDAL, para influir en innovar y transformar la educación superior en el continente americano, proponiendo utilizar su plataforma actual de asociación internacional, e implementarla con una estrategia sustentada en el fundamentalismo de la educación superior, representada en el estudio como la Trilogía de la Educación Superior, la que incluye los principios elementales de los procesos de enseñanza-aprendizaje de la aludida educación: Conocimiento, Investigación y Proyección, –CIP–.

El estudio pretende demostrar que en la trilogía un fundamento subsume a los otros, en consecuencia deberá resolverse respondiendo la interrogante, ¿Cuál de los tres componentes es el fundamento rector o dominante en la Trilogía de la Educación Superior en América Latina?; el propósito es demostrar que al fortalecer al fundamento rector también se favorecen a los otros, el contraste de lo anterior es una segunda pregunta ¿Cuál de los tres componentes es el fundamento endeble en la Trilogía de la Educación Superior en América Latina?, al responderlas se determinará si existe coincidencia con el fundamento rector, de coincidir las posiciones dominante y débil, sería la fusión que justificaría sugerir cualquier esfuerzo por AFEIDAL, para fortalecer este fundamento, que implicaría concentrarse en uno solo, favoreciendo a los otros y por ende a todo el sistema de la educación superior en América Latina;

<sup>90</sup> Administrador de Empresas, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Baccalaureus Artium en Ciencias de la Computación, Magíster Scientias en Tecnología y Administración de Recursos, "Magister Artium en Altos Estudios Estratégicos con especialidad en Seguridad y Defensa", Abogado y Notario, Docente y Coordinador de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus Villa Nueva, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala.

en consecuencia, en ese contexto el estudio cuestiona, ¿Es la AFEIDAL, la plataforma idónea para influir en innovar y transformar la educación superior en América Latina?

La anterior pregunta de investigación planteada en el estudio impele formular el respectivo objetivo de análisis, el cual se observa en los términos siguientes: "...Determinar la idoneidad de la AFEIDAL, de influir en innovar y transformar la educación superior en América Latina...".

El objetivo planteado será observado aplicando razonamientos inductivos y deductivos –analítico y sintético– cuyos resultados serán expuestos en las conclusiones del estudio, así mismo, la pregunta de investigación exige una respuesta anticipada o solución tentativa al cuestionamiento, en ese sentido, se formula la hipótesis argumentativa siguiente: "La AFEIDAL, es la plataforma idónea para innovar y transformar la educación superior en américa Latina", esta responde teóricamente la pregunta de investigación, el estudio es argumentativo y se propone defenderlo sin probar su hipótesis, en tal sentido no hay validación, ni refutación de hipótesis, toda vez que en el presente análisis las variables no son observadas ni medidas (probadas), por los procedimientos del método científico, no obstante, la hipótesis y sus variables quedan disponibles para continuar un nuevo estudio que modifique el alcance exploratorio de este, y que se profundice hasta el punto de apoyar o refutar la hipótesis.

El estudio concluye con la hipótesis de investigación, con el valor agregado de sugerir el diseño y la estrategia, como una aproximación a validarla.

## Génesis y objetivo del estudio

El estudio surge como un ejercicio académico evaluado por el "Curso-Taller de Actualización para Acreditadores", recientemente realizado en la ciudad de Antigua Guatemala, actividad que marca la génesis del presente estudio y para su desarrollo es pertinente explicar la intención y expectativa que del mismo se pretende, en ese sentido, se formula el objetivo de estudio que consiste en: "...Determinar la idoneidad de la AFEIDAL, de influir en innovar y transformar la educación superior en América Latina..." considerando este objetivo como el centro de gravedad y guía del estudio.

El estudio es intitulado: "AFEIDAL: En la Trilogía de la Educación Superior de América Latina", el cual se explica con las ideas y argumentos siguientes: El título del estudio hace referencia al fundamentalismo de la educación, tres principios fundamentales en las Funciones/Misiones básicas de la educación superior, y de las Instituciones de Educación Superior –IES– (Universidades), los fundamentos, componentes o factores de la denominada Trilogía de la Educación Superior incluyen: Conocimiento, Investigación y Proyección; los tres componentes se correlacionan sin existir un orden diferenciado, sin embargo para los fines del presente estudio se determinará, cuál de los tres fundamentos es el Rector (dominante), y cuál es el endeble, (débil), en consecuencia la primera interrogante a formular, analizar y resolver es:

¿Cuál de los tres componentes es el fundamento dominante en la trilogía de la educación superior en América Latina?

## Función y propósito de la AFEIDAL:

La Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina, Asociación Civil – AFEIDAL –, Es una asociación internacional, que conjuntamente con el Instituto Internacional de Acreditación del Derecho (IDEA), pretenden en términos generales, evaluar y acreditar la calidad de los programas académicos en derecho de las Instituciones de Educación Superior – IES—sean estas públicas o privadas, en niveles de pre o posgrado. La referida asociación evalúa los programas institucionales, aplicando criterios estándares y parámetros validados con indicadores de calidad internacional; en resumen, es acreditar la calidad educativa de sus asociados, entre ellos Facultades, Escuelas e Institutos dedicados a la docencia en la educación superior en la Ciencia del Derecho, tanto en el ámbito de las instituciones públicas como privadas; en ese sentido, el desafío de la AFEIDAL de promover la excelencia educativa, se ha convertido en su principal propósito; indiscutiblemente es una labor loable que realiza la AFEIDAL, y una oportunidad para sus asociados de buscar la excelencia educativa, en beneficio de la comunidad académica latinoamericana, y en ese orden proveer profesionales del derecho con vocación en la consecución de la administración de justicia en sus respectivas sociedades.

## Expectativa del estudio

Identificado el propósito principal de la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho en América Latina –AFEIDAL–, el ensayista visualiza que esta organización es la plataforma apta para generar una nueva era en la educación superior en América Latina, en este sentido, se considera que la AFEIDAL, es el medio idóneo para implementar un nuevo sistema educativo, innovador y transformador para la educación superior en América Latina.

# Fundamento rector de la trilogía de la educación superior

El análisis para el presente estudio lo genera esta interrogante: ¿Cuál de los tres fundamentos de la Trilogía de la Educación Superior en América Latina es el dominante o rector? Para interpretar y dilucidar la interrogante antes formulada, es imprescindible acudir a la experiencia de expertos en la docencia y pedagogía de la educación superior (academia), confrontarla para su análisis, síntesis y conclusión.

## Primer fundamento educación superior: conocimiento

Es irrefutable que una de las Funciones/Misiones torales de toda institución educativa (Academia), es el conocimiento, actividad relativa a la docencia, administrada por el proceso enseñanza-aprendizaje, por cualquier método que un sistema educativo en particular aplique a

este propósito. Según César Bernal Torres, para muchos estudiosos de la educación superior, la verdadera universidad debe estar inmersa en la producción de conocimiento que, desde un enfoque integral e interdisciplinario, permita analizar y resolver los problemas actuales de la sociedad. (Bernal, 2010)

#### Segundo fundamento educación superior: investigación

El segundo fundamento de la educación superior es la investigación. Al respecto Roberto Hernández Sampieri, la concibe como un conjunto de procesos sistemáticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno; es dinámica, cambiante y evolutiva; el mismo autor puntualiza que la investigación, cumple dos propósitos fundamentales: a) Producir conocimiento y teorías (investigación básica) y b) Resolver problemas (investigación aplicada). Gracias a estos dos tipos de investigación la humanidad ha evolucionado. (Hernández, Roberto S.; Collado; Carlos F.; Baptista, Pilar L., 2014)

Enfatizando lo citado, la investigación tiene dos propósitos generales, producir conocimiento y resolver problemas; se observa un paralelismo entre los propósitos de la investigación académica científica y los fundamentos de la Trilogía de la Educación Superior: conocimiento y proyección, esta correspondencia entre unos y otros, genera la idea de establecer primacías y dominios entre ellos, y para comprobar esa pretensión es imperativo responder a la interrogante ¿Cuál de ellos es el dominante?, la respuesta sin lugar a dudas produciría un debate permanente y complejo que terminaría con criterios discrepantes, no obstante el lector puede inferir por sí mismo y al finalizar este estudio responder para sí; no obstante, la posición del ensayista en cuanto a la interrogante no puede esperar, es preciso responder a priori para iniciar el ejercicio académico de este ensayo, en tal sentido, el razonamiento del silogismo aristotélico que se expone, nos sugiere el fundamento dominante y rector de la Trilogía de la Educación Superior, que es la investigación.

- El conocimiento es función ineludible de la docencia:
- La investigación genera conocimiento para la docencia;
- No hay conocimiento sin investigación para la docencia.

No es el propósito de este estudio profundizar en el debate de este tema, suficiente es acentuar que la investigación, es fundamento indispensable en la docencia para adquirir conocimiento, esta última afirmación es sustentada en la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior convocada por la UNESCO, realizada en la sede de la referida organización (París), el 9 de octubre de 1998, en la que los participantes se pronunciaron y consensuaron temas en relación a la Educación Superior en el siglo XXI. Algunos de esos términos declarados se citan a continuación:

En uno de los párrafos del preámbulo declaran:

La educación superior ha dado sobradas pruebas de su viabilidad a lo largo de los siglos y de su capacidad para transformarse y propiciar el cambio y el progreso de la sociedad. Dado el alcance y el ritmo de las transformaciones, la sociedad cada vez tiende más a fundarse en el

conocimiento, razón de que la educación superior y la investigación formen hoy en día parte fundamental del desarrollo cultural, socioeconómico y ecológicamente sostenible de los individuos, las comunidades y las naciones. (UNESCO, DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE LA EDUCACIÓN SUPERIOR, 1998)

Así mismo, en la aludida conferencia en su artículo primero literal "c" se declara:

Artículo: 1 La misión de educar, formar y realizar investigaciones es:

c) Promover, generar y difundir conocimientos por medio de la investigación y, como parte de los servicios que ha de prestar a la comunidad, proporcionar las competencias técnicas adecuadas para contribuir al desarrollo cultural, social y económico de las sociedades, fomentando y desarrollando la investigación científica y tecnológica a la par que la investigación en el campo de las ciencias sociales, las humanidades y las artes creativas. (UNESCO, DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE LA EDUCACIÓN SUPERIOR, 1998)

El artículo 5, de la conferencia mundial sobre educación superior intitulado: Promoción del saber mediante la investigación en los ámbitos de la ciencia, el arte y las humanidades y la difusión de sus resultados; declaran lo siguiente:

- a) El progreso del conocimiento mediante la investigación es una función esencial de todos los sistemas de educación superior que tienen el deber de promover los estudios de posgrado. Deberían fomentarse y reforzarse la innovación, la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad en los programas, fundando las orientaciones a largo plazo en los objetivos y necesidades sociales y culturales. Se debería establecer un equilibrio adecuado entre la investigación fundamental y la orientada hacia objetivos específicos.
- c) Se debería incrementar la investigación en todas las disciplinas, comprendidas las ciencias sociales y humanas, las ciencias de la educación (incluida la investigación sobre la educación superior), la ingeniería, las ciencias naturales, las matemáticas, la informática y las artes, en el marco de políticas nacionales, regionales e internacionales de investigación y desarrollo. Reviste especial importancia el fomento de las capacidades de investigación en los establecimientos de enseñanza superior con funciones de investigación puesto que cuando la educación superior y la investigación se llevan a cabo en un alto nivel dentro de la misma institución se logra una potenciación mutua de la calidad. Estas instituciones deberían obtener el apoyo material y financiero necesario de fuentes públicas y privadas.

De vital importancia es enfatizar lo declarado en la Conferencia Mundial de la Educación Superior en el tema de la investigación, compromiso que debería de ser honrado por los entes responsables de la educación superior, sean estos públicos o privados y para la AFEIDAL, debería ser un parámetro determinante incluir en los criterios de evaluación de la calidad educativa de sus asociados.

#### Tercer fundamento de la educación superior: proyección

El tercer fundamento de la educación superior es la proyección a las agrupaciones humanas, comunidades, naciones y sociedad mundial, al respecto de este fundamento, la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI, declara:

Que la educación superior a largo plazo se debe orientar fundada en la pertinencia y en ese sentido, la educación superior debe evaluarse en función de la adecuación entre lo que la sociedad espera de las instituciones educativas y lo que estas hacen, priorizando esta orientación de largo plazo en objetivos y necesidades societales, comprendidos el respeto de las culturas y la protección del medio ambiente, en ese orden de ideas la educación superior debe reforzar sus funciones de servicio a la sociedad, y más concretamente sus actividades encaminadas a erradicar la pobreza, la intolerancia, la violencia, el analfabetismo, el hambre, el deterioro del medio ambiente y las enfermedades, principalmente mediante un planteamiento interdisciplinario y transdisciplinario para analizar los problemas y las cuestiones planteados; y en última instancia, la educación superior debería apuntar a crear una nueva sociedad no violenta y de la que esté excluida la explotación, sociedad formada por personas muy cultas, motivadas e integradas, movidas por el amor hacia la humanidad y guiadas por la sabiduría. (UNESCO, DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE LA EDUCACIÓN SUPERIOR, 1998)

En conclusión, los tres fundamentos: Conocimiento, Investigación y Proyección, constituyen la Trilogía de la Educación Superior, fusionados para alcanzar el telos de la educación superior, no obstante, para responder la interrogante:

¿Cuál de los tres componentes es el fundamento rector de la Trilogía de la Educación Superior en América Latina?

Es irrefutable que la investigación genera conocimiento, (conocimiento), como también lo es que la investigación genera solución a problemas de la humanidad, (proyección), la investigación es el centro de gravedad para adquirir conocimiento y ese conocimiento proyectarlo a la sociedad en la solución de sus necesidades; en síntesis, con base en estos argumentos la INVESTIGACIÓN, es el fundamento rector de la Trilogía de la Educación Superior.

Resuelto conceptualmente el orden del fundamento dominante de la trilogía de la Educación Superior en América Latina, se abordará el tema en orden inverso, en ese orden se plantea una segunda pregunta de investigación:

¿Cuál de los tres componentes es el fundamento endeble en la Trilogía de la Educación Superior en América Latina?

Para responder esta interrogante existen dos opciones, la primera es analizar el tema desde el ámbito internacional y determinar cuál es la prioridad de la educación superior internacionalmente en relación a los tres componentes fundamentales: conocimiento, investigación y proyección.

La segunda opción es iniciar con el análisis de la conclusión anterior, en el sentido que, si el componente investigación está presente en los otros dos componentes, al analizar el primero se analizarían el resto simultáneamente.

Considerando la primera opción, es pertinente analizar las estadísticas de César Bernal, que para tal fin, el autor citado invita a investigar las siguientes en el llamado tercer mundo que en la actualidad vive el 77% de la población mundial, tan solo posee el 6% del total de los científicos del planeta y de estos solo el 1% son latinoamericanos (Bernal, 2010)..."

El mismo autor también refiere que en América Latina existen aproximadamente 240 científicos por cada millón de habitantes, en tanto que Japón cuenta con 4,200 científicos y Estados Unidos con 3,600 por cada millón de habitantes. (Bernal, 2010)

Conociendo la información anterior no es difícil inferir porqué el desarrollo de estos dos países se ubica en el primer orden mundial, en contraste con el subdesarrollo en la mayoría de los países, entre ellos los latinoamericanos.

El Informe de la UNESCO sobre la Ciencia: hacia 2030, refleja que los países con economías de ingresos altos son los que siguen generando la mayor parte del gasto mundial en Investigación. El país del mundo que más invierte en Investigación son los Estados Unidos (28.1% del Gasto Bruto en Investigación y Desarrollo mundial). El gasto de China, en porcentaje del Gasto Bruto en Investigación mundial, pasó del 10.2% en 2007 al 19.6% en 2013, en ese año el 84.6% del gasto en Investigación de China se destinó a desarrollo experimental, mientras que en Estados Unidos el porcentaje del gasto por este concepto se cifró en un 64.3%.

El porcentaje representado por un conjunto de 135 países con economías de ingresos bajos y medios analizados experimentó una variación poco importante, ya que pasó del 10.1% en 2007 al 11.1% en 2013.

Los cinco países que más gastaron en Investigación y Desarrollo en el período de referencia fueron los siguientes:

Estados Unidos (454,000 millones de dólares),
 China (337,000 millones de dólares),
 Japón (160,000 millones de dólares),
 Alemania (101,000 millones de dólares),
 República de Corea (69,000 millones de dólares).

El Gasto Bruto en investigación y desarrollo (GBID), per cápita más elevados fueron:

Suiza (1,657 dólares PPP),
Suecia (1,479 dólares PPP),
Estados Unidos (1,429 dólares PPP),
Israel (1,427 dólares PPP).

Suiza está considerada como líder mundial en innovación y dedica un 30% de su GBID a la investigación básica asegurando así la continua generación de conocimiento y de una educación universitaria de calidad. Suiza alberga también los mayores contingentes de estudiantes de doctorado provenientes del extranjero: un 51% en 2012. (UNESCO, WWW.UNESCO.ORG, 2013)

Este análisis se complementa con el gráfico (Anexo a este estudio), que consiste en la distribución porcentual del Producto Interno Bruto (PIB), y el Gasto Bruto de Investigación (GBI), y las publicaciones de los países del G20 en el mundo, –2009 y 2013–; en el cual se puede observar que la inversión en América Latina es exigua y representada únicamente por tres países: Brasil, México y Argentina.

Esta realidad sustenta las estadísticas del autor citado, y transfiere la respuesta a la interrogante ¿Cuál de los tres componentes es el fundamento endeble en la trilogía de la educación superior en América Latina?; razonablemente después de observar la inversión financiera en el tema, resulta obvio afirmar que en América Latina la INVESTIGACIÓN es el fundamento endeble de la educación superior en la región.

# Paradoja del fundamento investigación en la trilogía de la educación superior en América Latina

Concatenando las respuestas a las interrogantes formuladas con anterioridad, obtendríamos el siguiente contexto, la respuesta a la interrogante ¿Cuál de los tres componentes es el fundamento rector en la trilogía de la educación superior en América Latina? El fundamento rector es la INVESTIGACIÓN, componente rector de la docencia (conocimiento), en la educación superior, y es fundamental en la solución de problemas de la humanidad (proyección social).

En relación con la interrogante ¿Cuál de los tres componentes es el fundamento endeble en la Trilogía de la Educación Superior en América Latina? Después de los informes estadísticos de inversión en el tema, resulta obvio afirmar que en América Latina el componente endeble de la Trilogía de la Educación Superior en América Latina: es la INVESTIGACIÓN.

## Escenario de la educación superior en América Latina

El escenario nos presenta una paradoja con el tema de la investigación, se concluye que es el fundamento rector, pero es también el más endeble de la Trilogía en la Educación Superior en América Latina, esta inferencia tiene implicaciones trascendentales para la educación superior en América Latina el hecho que la investigación en especial la académica-científica, sean endebles en la región nos impide el desarrollo humano y social en la región.

Ante este contexto mil y más preguntas podrían formularse en torno a la situación; ¿Cuáles son las causas?, ¿Cuáles son las causas?, ¿Cuáles son las consecuencias?, ¿Se podría revertir la realidad?, ¿Se podría mejorar la situación?, ¿Quién o qué podría cambiar esta realidad?, ¿Cómo se podría cambiar o mejorar? ¿Qué estrategia podría cambiar o mejorar?, ¿Qué método podría cambiar la situación? Para responder las preguntas el estudio las resume a dos interrogantes que se tornan en el centro de gravedad del análisis.

1. ¿Cuál es la relación de la AFFIDAL con esta realidad o situación?

2. ¿Es viable para la AFEIDAL, influir para innovar y transformar la educación superior en América Latina?

Respondiendo la primera, la relación del tema de la investigación con la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho en América Latina –AFEIDAL–, es que esta última es una organización internacional cuyo propósito es acreditar la calidad y excelencia educativa superior de sus asociados; y por ende teóricamente incluiría a la INVESTIGACIÓN como elemento fundamental de la educación superior.

Responder la segunda pregunta es anticiparse a la conclusión del estudio, derivado que la respuesta es la hipótesis formulada con anterioridad en los términos siguientes: "...La AFEIDAL, es la plataforma idónea para innovar y transformar la educación superior en américa Latina..."

Para fundamentarla es imperativo mesurar el siguiente objetivo: "Determinar la viabilidad de la AFEIDAL, de influir en innovar y trasformar la educación superior en América Latina"; y en especial para innovar y transformar la investigación, en particular la investigación académica científica, inherente a la educación superior.

#### La sociedad del conocimiento

A la generación contemporánea se le conoce como la sociedad del conocimiento, por el desarrollo tecnológico de la época que ha superado el ordenador personal y la globalización del siglo anterior, entre las que resaltan formas y medios diversos de transmitir información, la internet, el teléfono móvil, la tablet, el reloj inteligente, el uso masivo de las redes sociales, que cada vez es más gráfico, más veloz, asequible y sin limitaciones de acceso a infinitas fuentes de información; estas peculiaridades han cambiado a esta generación en la forma de adquirir información, paso preliminar al conocimiento, consecuentemente se tendrá que admitir que adquirir conocimiento habrá evolucionado. Para Rocío Alfonso (2009), esta nueva sociedad conlleva una nueva cultura, que viene sustentada como se ha dicho anteriormente por los procesos de globalización. Y que implica la adquisición y asimilación de nuevos conocimientos, nuevas maneras de ver el mundo, nuevas técnicas y pautas de comportamiento, el uso de nuevos instrumentos y lenguajes..., exigiendo de todos nosotros grandes esfuerzos de adaptación. (Alfonso, 2009).

La referida autora también sostiene que: "...Los cambios llevados a cabo en y desde las tecnologías conllevan también una diversidad de cambios radicales en la organización del conocimiento, en los procesos cognitivos del ser humano y en la organización y prácticas sociales. (Alfonso, 2009)

Finalmente deja la autora citada una reflexión dedicada a todos los docentes en los términos siguientes: Como educadores, hemos de entender que al igual que lo han hecho otros sectores sociales, hemos de transformar y adaptar nuestras estructuras para adaptarnos a las nuevas exigencias sociales,... hemos de rediseñar objetivos, contenidos, métodos didácticos y procedimientos de gestión, planificación, orientación y organización escolar. Como expertos en educación y educadores debemos ser críticos, no debemos posicionarnos radicalmente en una u otra postura, hemos de analizar los porqués, las posibilidades y las limitaciones. (Alfonso, 2009)

De los puntos de vista citados se percibe que las instituciones educativas y los docentes están obligados a innovar y transformar la educación superior con estrategias, diseños y métodos didácticos, de tal manera que la cantidad de información absorbida por las nuevas generaciones, se convierta en calidad de información, que esa información sustente el conocimiento por medio de la investigación, y perfilar profesionales con criterio reflexivo, crítico y creativo, es decir, que la tecnología sea la herramienta y el medio para adquirir conocimiento entendido este como fin último de la evolución y del desarrollo humano y social.

Esta última idea es una propuesta para la plataforma de AFEIDAL, organización que podría innovar y trasformar medios y métodos, fomentar y evaluar los procesos de investigación académica científica en sus asociados.

## Fomentar la investigación latinoamericana

En el contexto mundial y latinoamericano de la investigación, puede resumirse que en el contexto mundial, la investigación latinoamericana es residual, ya que además de las publicaciones, las patentes representan un elemento importante y los países latinoamericanos no se destacan en esta área; sin embargo, sobresalen Brasil, México y Argentina como los máximos representantes de la región, estos mismos tres países se perfilan como los más importantes con una participación sobre el 80% de la productividad latinoamericana. (Wendolin Suárez Amaya y Jazmín Díaz Barrios, 2012).

Esta realidad es preocupante para el resto de los países latinoamericanos, únicamente tres países de la región representan el 80% de producción en investigación académica científica y 32 comparten el 20% de producción restante de los 35 países latinoamericanos; los países que no desarrollen investigación, estarán condenados a ser países dependientes de los que generen investigación.

En la conferencia internacional denominada Declaración del acta Andina en relación a la investigación básica en América Latina, realizada en el año 2001 declaran:

Sin investigación básica no hay desarrollo tecnológico y si Latinoamérica no la considera primordial, continuaremos siendo países dependientes. El apoyo a la investigación científica básica y aplicada es una decisión política y una conducta universitaria. En tanto no exista la decisión política de apoyarla, las universidades serán indiferentes a la formación de jóvenes científicos. La decisión de un profesional de dedicarse a la investigación básica es vocacional, pero la vocación debe ser nutrida en las universidades. (Deis, 2001).

Este contexto que es una debilidad para la región puede tornarse como una oportunidad para las instituciones con posibilidad de influir, innovar y trasformar la educación superior en la región, caracteriza un desafío para organizaciones como la AFEIDAL y sus asociados, buscar la forma de revertir el estado actual de la situación de Latinoamérica, como hacerlo es la fórmula para el éxito de esta finalidad, el estudio visualiza y sugiere una estrategia para buscar las causas primarias y revertirlas, estas son de enfoque multicausal; en consecuencia la solución debe ser

integral, en la Declaración del Acta Andina se determinan dos causas, el apoyo político que debe interpretarse desde la perspectiva del apoyo financiero del Estado y/o gobierno, que aplicaría exclusivamente a las entidades de educación superior públicas, y la conducta universitaria como una segunda causa.

En relación a la primera el ensayista discrepa y adversa este argumento declarado en la Convención Andina, es indiscutible que instituciones de educación superior particularmente universidades privadas, generan conocimiento por medio de la investigación académica científica sin presupuesto estatal, esto no implica que se prescinda de un apoyo por parte del gobierno o Estado, de la iniciativa privada o del grupo empresarial, etc. Venga de donde venga, y en los casos que sean factibles y posibles, es el escenario ideal; en cuanto a la conducta universitaria la respuesta es de consumo interno, es precisamente la gran oportunidad de realizar el rol del ente o entidades –IES– que fomenten un sistema educativo innovador y transformador, arquitectos de la nueva educación superior en el hemisferio occidental.

Además de las dificultades aludidas se presentan algunas deficiencias internas en las Instituciones de Educación Superior –IES–, producto de un añejo legado generacional, además de una evidente resistencia al cambio, (innovación y transformación), principalmente al sistema educativo tradicional; óbices que deben ser superados por una radical estrategia en la educación superior, por instituciones con capacidad para generar este cambio, es preciso crear cultura de investigación y revertir la resistencia a encausarse en esta actividad académica, en ese orden se coincide con Gacel Ávila citado por Bernal (2010), quien señala que la universidad debe favorecer la formación de los recursos humanos e incentivar la investigación, orientando la preparación de expertos que puedan hacerles frente a las necesidades de sus sociedades, con miras a resolver sus problemas desde una perspectiva integral de la persona como de la sociedad, el mismo César Augusto Bernal (2010), refiere que para muchos estudiosos de la educación superior, la verdadera universidad debe estar inmersa en la producción de conocimiento que, desde un enfoque integral e interdisciplinario, permita realizar y resolver los problemas actuales de la sociedad.

De acuerdo con el autor citado la universidad debe estar inmersa en producir conocimiento, esto implica INVESTIGAR, desde la perspectiva académica y científica, o desde su modalidad de investigación básica o aplicada, la primera para generar conocimiento (principios y teorías), la segunda como medio o herramienta en la solución de los problemas elementales de la humanidad, este argumento legitima la afirmación que la INVESTIGACIÓN es la misión/función fundamental de la universidad, también se colige que la investigación es una actividad de vital importancia para la docencia (conocimiento), y para la proyección social.

En consecuencia de lo planteado no se puede esquivar ni excluir el rol histórico de la responsabilidad que tienen las Instituciones de Educación Superior –IES–, en el diseño de un sistema educativo que supere los óbices que detienen el impulso de la investigación académica científica, modelo que debe transformar la mentalidad de la comunidad académica y demás organizaciones educativas latinoamericanas, a tal punto de tener la convicción de que la investigación es una dimensión básica para todos los niveles de educación, porque investigar es también educar.

## Investigar es educar

Este eslogan: "Investigar es Educar" debería de interpretarse como la filosofía de un sistema educativo que inspire a docentes, pedagogos y estudiantes, a comprometerse con el proceso de investigación académica-científica, fomentarla para incrementar la participación de Latinoamérica en la Investigación, es evidente esa deuda académica de la investigación en la región, que ha contribuido al subdesarrollo de sus pueblos, la INVESTIGACIÓN es una Función/Misión, inherente de la educación superior y en concreto de las universidades, realizarla para saldar la deuda es la meta, este desafío también es pertinente para organizaciones como la AFEIDAL y sus asociados, que buscan la calidad y excelencia educativa superior de sus organizaciones educativas (públicas y privadas), sería inaudito acreditar excelencia educativa, y excluir los procesos investigación académica científica en el proceso de acreditación.

El desafío no es fácil, los obstáculos son complejos y añejos, pero no imposibles de superar, en tal sentido, es ineludible revertir la carencia de una cultura de investigación en la región, y la animadversión del estudiante hacia la investigación, ambas dificultades representan un desafío y compromiso académico en el eventual diseño de un nuevo sistema educativo.

# La AFEIDAL: en la trilogía de la educación superior en América Latina

La referida organización es de relativa reciente creación, tiene la misión siguiente:

Que la enseñanza del derecho en las Instituciones de Educación Superior –IES– cumpla con estándares de excelencia para que los egresados se enfrenten con éxito a los cambios y problemas sociojurídicos presentes y futuros.

Evaluar y acreditar programas académicos de derecho que cumplan con los objetivos, características, etapas, metodologías, categorías, factores, criterios, indicadores, parámetros y estándares de calidad establecidos por el Instituto Internacional de Acreditación del Derecho –IIDEA–, así como mantener el cumplimiento de los mismos a través de la reacreditación continua. (Manual de acreditación AFEIDAL)

En resumen, es acreditar instituciones de educación superior en relación, a la calidad y excelencia educativa de sus asociados, por ser una organización internacional evaluadora y acreditadora de instituciones de educación superior, la AFEIDAL está comprometida con la Trilogía de la Educación Superior (Conocimiento, Investigación y Proyección), en consecuencia, esta trilogía se torna en el centro de gravedad y la razón de ser para los fines de la AFEIDAL.

Resueltas las incógnitas generadas por las interrogantes antes formuladas en este estudio, en relación a los componentes fundamentales de la Trilogía de la Educación Superior en Latinoamérica, se determinó que el fundamento rector o dominante es la INVESTIGACIÓN, así mismo, se deduce que además de ser el rector es también el más endeble, condición que lo

caracteriza como el fundamento atenuado, en otras palabras, la INVESTIGACIÓN en América Latina, no tiene prioridad para la educación superior, contrario sensu, a lo que en otras latitudes representa, es decir, en Latinoamérica la INVESTIGACIÓN como actividad académica científica, no tiene el presupuesto financiero, no tiene el espacio de importancia académica, cultural y social, otorgado en otras regiones del mundo.

## El fundamento de investigación subsume al conocimiento y a la proyección social

En conclusión, uno de los tres componentes o fundamentos de la Trilogía de la Educación Superior subsume a los dos restantes, lo anterior se respalda con el análisis de las premisas y la conclusión del silogismo que se expone: El conocimiento es función ineludible de la docencia; La investigación genera conocimiento para la docencia, por lo tanto, no hay conocimiento sin investigación para la docencia. Se colige que el componente de la Trilogía de la Educación, INVESTIGACIÓN subsume al CONOCIMIENTO.

El argumento anterior es respaldado con análisis a los propósitos de la investigación académica científica, examinada esta como un proceso sistemático y empírico para estudiar fenómenos (No como fundamento de la trilogía de la educación), que consisten en a) Producir conocimientos (leyes, teorías). b) Resolver problemas a humanidad.

Este segundo argumento reivindica la posición rectora y dominante del componente de la Trilogía de la Educación, INVESTIGACIÓN, así también, este elemento subsume a los dos restantes, (conocimiento y proyección social)

## AFEIDAL: innovar para transformar

La AFEIDAL, puede innovar para transformar, la gran incertidumbre es ¿Cómo hacerlo?, el estudio sugiere lo siguiente: siguiendo el patrón del análisis de los tres últimos argumentos se concluiría que el fundamento INVESTIGACIÓN, subsume a los otros dos, —Conocimiento y proyección—, esta particularidad de la Trilogía de la Educación Superior, debe motivar a la AFEIDAL, a revisar los procesos, métodos, prioridades y parámetros, utilizados para evaluar y acreditar a las instituciones de educación superior, luego de la revisión, el paso siguientes es INNOVAR, en congruencia con la Trilogía de la Educación Superior, es decir, priorizar o robustecer algunos temas de la evaluación y acreditación de las instituciones de educación superior, acto seguido es TRANSFORMAR, esta actividad es decisiva y representa el punto determinante para el cambio que se pretende en la educación superior, en consecuencia, involucraría realizar una reingeniería a los procesos de AFEIDAL, que en términos generales sería crear un sistema de acreditación paralelo al tradicional, con exclusividad a evaluar los procesos de INVESTIGACIÓN ACADÉMICA CIENTÍFICA, en las instituciones educativas y que en esta caso sería transversal, es decir a todos las carreras profesionales de las universidades.

Esta reingeniería al sistema actual, de AFEIDAL, es un proceso transformador a sus actividades actuales, pretende incluir un proceso paralelo y transversal exclusivo para la INVESTIGACIÓN ACADÉMICA CIENTÍFICA, el cual es factible y viable, organizar, diseñar, planificar y ejecutar; desde la plataforma de la AFEIDAL, que diversificaría su Visión/Misión, con un nuevo proceso de acreditación paralelo o independiente al existente, aplicado a los procesos de investigación académica científica en todas las carreras, estandarizados por la naturaleza de las profesiones y las ciencias.

## Validación o refutación de la hipótesis planteada

En el estudio se formuló una hipótesis especulativa para defender su tesis con pensamiento lógico, léxico preciso, preguntas retoricas y citas de fuentes acreditadas, que respaldan la opinión del ensayista, con esa finalidad es expuesta la hipótesis siguiente: La AFEIDAL, es la plataforma idónea para innovar y transformar la educación superior en América Latina; sin embargo, este estudio es argumentativo y aunque se propone defender una tesis, no prueba la hipótesis únicamente se concluye con ella, en tal sentido no hay validación, ni refutación de hipótesis, toda vez que sus variables, no fueron observadas, ni medidas (probadas), por los procedimientos del método científico, no obstante, el haber formulado una hipótesis, es con la intención de que el estudio quede disponible para continuarse, modificar su alcance exploratorio y que se profundice hasta el punto de apoyar o refutar la hipótesis.

## Objetivo de estudio mesurado y superado

El objetivo es ambicioso, pero no por eso irrealizable, pretende incluir a las Instituciones de Educación Superior –IES– como un todo, y no únicamente evaluar los procesos de la investigación en las ciencias jurídicas, contrario sensu, el desafío es incluir a todos los programas o facultades que incluyan las Instituciones de Educación Superior en América Latina, en tal sentido, el objetivo planteado fue expuesto en los términos siguientes: "Determinar la viabilidad de la AFEIDAL, de influir en innovar y transformar la educación superior en América Latina".

Este objetivo se puede alcanzar si la AFEIDAL, decide hacer la reingeniería al sistema actual y reorientar objetivos, características, etapas, metodologías, categorías, factores, criterios, indicadores, parámetros, estándares de calidad, entre otros; y transformador, (implementar), desde su plataforma un sistema de acreditación paralelo o independiente, aplicado a los procesos de Investigación Académica Científica, transversal a todas las carreras y/o programas de estudio, estandarizados por la naturaleza de las profesiones, en ese contexto, AFEIDAL, ES VIABLE PARA INNOVAR Y TRANSFORMAR LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN AMÉRICA LATINA.

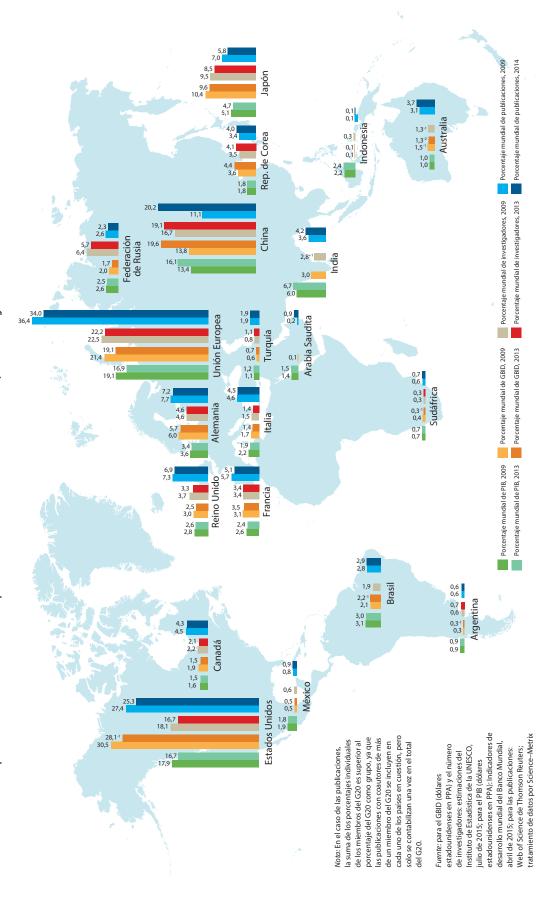
## Conclusión:

La AFEIDAL es idónea para innovar y transformar la educación superior en América Latina SI O SOLO SI: Decide hacer reingeniería al sistema actual y reorientar sus objetivos, características, etapas, metodologías, categorías, factores, criterios, indicadores, parámetros, estándares de calidad, entre otros; y transformador, desde su plataforma un sistema de acreditación paralelo o independiente, aplicado a los procesos de Investigación Académica Científica, transversal a todas las carreras y/o programas de estudio.

## Bibliografía

- Alfonso, R. D. (12 de abril de 2009). Publicaciones en linea Unversidad de Granada, España. Recuperado el 15 de junio de 2018, de Etic@net : http://www.ugr.es/~sevimeco/revistae-ticanet/numero8/Artículos/Formato/articulo9.pdf
- Bernal, C. A. (2010). Metodologia de la Investigación Cientifica. Tercera Edición (Tercera ed.). (O. F. Palma, Ed.) Colombia, Colombia: PEARSON EDUCACIÓN,.
- Deis, D. R. (1-2 de septiembre de 2001). LA INVESTIGACIÓN BÁSICA EN AMÉRICA LATINA. Obtenido de http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/Acta\_Andina/v09\_n1-2/INVESTIGACION\_B%C3%81SICA.htm#arriba
- Hernández, Roberto S.; Collado; Carlos F.; Baptista, Pilar L. (2014). Metodología de la Investigación (Sexta ed.). México, Distrito Federal, México: Mc Graw Hill.
- UNESCO. (9 de octubre de 1998). DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE LA EDUCACIÓN SUPERIOR. Obtenido de MARCO DE ACCIÓN PRIORITARIA PARA EL CAMBIO: http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration spa.htm
- UNESCO. (2013). WWW.UNESCO.ORG. Obtenido de Hechos y cifras : Gasto en Investigación y Desarrollo (I+D): https://es.unesco.org/node/275048
- Wendolin Suárez Amaya y Jazmín Díaz Barrios. (junio de 2012). La linvestigación Científica en Latinoamerica. Obtenido de http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT1/GT1\_SuarezAmayaDiazBarrios.pdf

Distribución porcentual del Producto Interno Bruto (PIB), y el Gasto Bruto de Investigación (GBI), y las publicaciones de los países del G20 en el mundo, -2009 y 2013-ANEXO A:



# Antecedentes de la democracia de los modernos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia<sup>®</sup>

José Antonio Gracias González92

#### Introducción

Después de un largo período de casi dos mil años, comenzarán a manifestarse condiciones objetivas que redundarán en el anhelo de lograr un gobierno más participativo e incluyente que, paulatinamente, hará resurgir en Europa y Norteamérica el ideal de la democracia, al igual que, tiempo después, en otras latitudes. Durante ese largo período histórico se conocieron de formas dictatoriales, aristocráticas y monárquicas de gobierno.

Sobre la democracia, después de tan prolongado tiempo, Naranjo Mesa afirma que:

Fueron necesarios casi veinte siglos para que esa resonancia se hiciera sentir, primero en Occidente y luego en el resto del mundo. Hubo en este largo interregno histórico muchos ensayos dispersos y esporádicos de establecer sistemas democráticos en diversas latitudes de la tierra; los hubo en Europa, los hubo muy incipientes, en el Oriente, y los hubo también en el seno de las culturas aborígenes americanas... (2003, pág. 439).

Roma, pináculo de la organización estatal europea durante la antigüedad, pasó de la monarquía a la república, y de esta a la fase imperial. En la fase imperial, Roma alcanzó una expansión de sus dominios como jamás lo había logrado pueblo europeo alguno. Sin embargo, en el año 395 muere el emperador Teodosio el Grande, quien había salvado al imperio de las amenazantes hordas invasoras de los visigodos, encabezadas por Alarico, que a su vez habían sido desplazados de sus territorios por los hunos.

<sup>91</sup> Este es un fragmento de un artículo publicado en la Revista de Derecho Constitucional de la promoción de Doctorandos de la Universidad Mariano Gálvez 2012, en octubre de 2018.

<sup>92</sup> José Antonio Gracias González. Economista, Abogado y Notario, Máster en Derecho Constitucional, doctorando en Derecho Constitucional, con estudios en Derecho de Integración y Políticas Públicas. Actualmente trabaja su tesis doctoral. Autor de ocho libros: dos en coautoría sobre Derecho Notarial, cinco sobre derecho notarial, procesal y registral, y uno sobre economía. Docente de economía y de derecho en universidades privadas y en la universidad nacional, y examinador del examen técnico profesional para la carrera de Abogado y Notario. Economista en ejercicio desde 1994 y Abogado litigante desde 2007.

Tras la muerte de Teodosio, sus dos hijos, Arcadio y Honorio, dividieron Roma en lo que se llamó el imperio de Oriente, cuya capital fue Constantinopla, y el imperio de Occidente, que tuvo por capital la ciudad de Roma (Grimberg, 1967, pág. 40-44).

La declinación del imperio romano de Occidente trajo consigo la desaparición de la unidad territorial, administrativa y política que lograron configurar los romanos en buena parte de Europa, e incluso fuera de ese continente. Después de la pérdida del orden estatal romano, se establecerán por todas partes de Europa formas descentralizadas de gobierno, en donde lo característico será la prevalencia del localismo, la organización y dominio de señores guerreros que, por la fuerza, aglutinarán pequeños territorios, en donde ejercerán un poder inapelable y someterán a la población, convirtiéndolos en siervos adscritos a la tierra (siervos de la gleba), que busca protección de la violencia y que a cambio ofrece sus servicios en la guerra y los tributos en tiempos de paz. Este proceso se conoce como el feudalismo, debido a las pequeñas unidades territoriales de dominación que se establecieron –los feudos–, y a esa época se le ha denominado la Edad Media.

Occidente comenzará a salir del llamado oscurantismo medieval con el surgimiento del movimiento que se conoce con el nombre de Renacimiento. De acuerdo con Naranjo Mesa, el Renacimiento: "Implicó un rompimiento con los esquemas del pensamiento medieval en muchos aspectos, aunque la estructura social del feudalismo habría de prolongarse por mucho tiempo en los distintos países del viejo continente" (Naranjo Mesa, 2003, pág. 439).

El aparecimiento de los reinos como medio para la unificación nacional en Europa, en el orden de la reorganización estatal, fue un proceso que se dio en alianza tácita entre la burguesía con la realeza (Naranjo Mesa, 2003, pág. 439). De acuerdo con George Sabine, para el siglo XVI:

Por primera vez desde la caída del imperio romano, la sociedad europea tenía una clase considerable de hombres que poseían dinero y espíritu de empresa. Por razones obvias, esa clase era el enemigo natural de la nobleza y de todas las divisiones y desórdenes fomentados por aristócratas. Sus intereses necesitaban de un gobierno "fuerte" tanto en el país como fuera de él y de ahí que su aliado natural fuera el rey. Por el momento se limitaron a ver aumentar el poder del monarca a expensas de todos los frenos y limitaciones que habían rodeado a la monarquía medieval. Esa nueva clase de adinerados no podía aspirar aún a dominar el parlamento frente a la influencia de la nobleza; por ello estaba dispuesta a subordinar las instituciones representativas a la monarquía... la burguesía consideraba que le era ventajosa la concentración del poder militar y la administración de justicia en el mayor grado posible en manos del monarca... El poder regio llegó a ser, sin duda, arbitrario y, con frecuencia, opresor, pero el gobierno de los príncipes era mejor que nada de lo que pudiera ofrecer en este aspecto la nobleza feudal (1976, pág. 250).

Esa clase emergente de ricos se le conoce como la burguesía. Ella, como sucediera también en la antigua Atenas, se encontraba en oposición a las arbitrariedades de los poderosos, en este caso representada en el ámbito de lo local, que se expresaba en la diversidad de leyes, fueros, peajes, impuestos, tasas, gravámenes y demás limitaciones al comercio, establecidas por el feudalismo. Este grupo de nuevos ricos, en proceso de consolidación, ve una oportunidad de desarrollo, al

menos de manera inmediata, en la centralización del poder en manos de monarcas que gobiernen un reino que tienda a ser unitario y que posteriormente se tornarán monarcas absolutos.

## 1. Inglaterra y el absolutismo

En Inglaterra, el teórico del absolutismo será Thomas Hobbes (1588-1679), quien en 1651 publicó su obra *Leviatán*, en donde se manifiesta en franca adscripción a los intereses del monarca, cuya soberanía, sobre la base del pacto original e indisoluble en que se cimienta la sociedad civil, es de obligado respeto y obediencia por parte del pueblo.

El absolutismo, evidentemente, afirma Sabine, hubo de establecerse a cambio del sacrificio del orden feudal precedente:

La monarquía absoluta derrocó el constitucionalismo feudal y las ciudades-estados libres, en los que se había basado en gran parte la civilización medieval, del mismo modo que posteriormente el nacionalismo derrocó la legitimidad dinástica a la que había dado origen la monarquía absoluta (1976, pág. 250).

### Los niveladores (levellers) ingleses

Así como el Leviatán del inglés Thomas Hobbes representa en la historia del pensamiento político una de las primeras obras que abiertamente defienden el absolutismo monárquico, en Inglaterra será también el primer lugar en donde reaparecerá la idea de la soberanía popular, elemento ineludiblemente asociado a la democracia. David Wootton lo reseña así:

Los Niveladores (*Levellers*) constituyeron el primer movimiento político organizado en torno a la idea de soberanía popular. Son los primeros demócratas a los que no interesa un gobierno de participación en el interior de una ciudad-estado, sino un gobierno representativo dentro de un Estado nacional. Son los primeros con una concepción moderna de los derechos que debieran ser inalienables: el derecho al silencio (la tortura para extraer la confesión era un procedimiento judicial normal en la mayor parte de Europa) y a la representación legal; el derecho a la libertad de conciencia y debate; el derecho a la igualdad ante la ley y la libertad de comercio; el derecho al voto y, ante una tiranía, a la revolución. Así pues, los Niveladores no son únicamente los primeros demócratas modernos, sino los primeros que se proponen construir un Estado liberal. Sus objetivos nos parecen contemporáneos, y hasta el lenguaje que utilizan es a menudo indistinguible del nuestro (Dunn, 1995, pág. 83).

No llegaron los *levellers* a llamarse demócratas pues, gracias a la influencia de Platón y demás pensadores de la antigüedad, la palabra se encontraba estigmatizada, demonizada, proscrita del vocabulario político. Democracia era sinónimo de anarquía, de falta de gobierno, orden y reconocimiento de autoridad:

Lo que el movimiento Nivelador favorecía era la igualdad política. No decían que deseaban «democracia», pues todo el mundo sabía que la democracia era la peor forma de gobierno. Es cierto que Aristóteles reconoció ciertas formas buenas de democracia, pero lo que impresionó a los lectores medievales y los primeros de la Edad Moderna fue el vívido retrato que hizo de la tiranía de la masa sin ley, y es a eso a lo que solían referirse cuando usaban el término «democracia» (Dunn, 1995, pág. 85).

Los niveladores ingleses, sin usar el término democracia, deseaban, previo a lo que llegaría a ser la Gran Revolución inglesa del siglo XVII, un sistema político que, sobre las bases de lo económico, no desconociera la igualdad de los hombres. Así, lo "que el movimiento Nivelador favorecía era la igualdad política", afirma David Wootton (Dunn, 1995, pág. 85). George Sabine reconoce más que eso: "La igualdad que se pretendía era la igualdad ante la ley y la igualdad de derechos políticos, en especial para la clase de los pequeños propietarios". Y, trascendiendo el tiempo específico del movimiento, este autor afirma que: "Los niveladores parecen haber captado con notable claridad el punto de vista del liberalismo democrático radical, más individualista que socialista por lo que hace a su filosofía y más político que económico en sus aspiraciones" (1977, pág. 357).

En el fondo del pensamiento –de tipo individualista– de los niveladores, se encontraba, al parecer, "una creencia racionalista en que los derechos fundamentales<sup>93</sup> de los seres humanos son evidentes por sí mismos" (Sabine, 1977, pág. 357).

El movimiento de los niveladores fue de corta duración en el tiempo. Apenas de 1645 a 1649, y nació luego de que el Parlamento inglés se enfrentara al rey Carlos I de Inglaterra, quien finalmente fue decapitado, justo en el seno del ejército encabezado por Oliverio Cromwell. No llegaron a formar un partido político, ni tampoco aspiraban hacerse del poder. Más bien, se trató de un movimiento reivindicativo de cambios, en diferentes órdenes de la vida social inglesa.

En una vertiente posterior a la desaparición del movimiento nivelador original surgió el segundo, que para 1648 buscaba no solo "destruir el rango, sino también subvertir la propiedad privada, en especial la de la tierra", el cual se autodenominó Verdaderos Niveladores o Cavadores (Dunn, 1995, pág. 85). El movimiento original de los niveladores buscaba únicamente la igualación de los rangos, sin pretensiones en lo referente a la propiedad.

David Wootton señala cómo dos autores ingleses posteriores, James Harrington y William Petty contribuirían a rehabilitar la idea de la democracia. Harrington, autor de la República Océana (1656), utilizó el término democracia para "designar el buen gobierno popular" e introdujo el término "anarquía" para referirse a la democracia corrupta. En tanto que Petty, en sus escritos personales, habla de la democracia como la mejor forma de gobierno. "Pero cuando Harrington y Petty hablaban de la democracia se referían a las propuestas políticas de los Niveladores" (Dunn, 1995, pág. 85).

<sup>93</sup> La expresión "derechos fundamentales", utilizada por el traductor, resulta muy moderna. Su referencia constitucional específica y concreta es la Carta Fundamental de Bonn, de 1949. De igual manera podría hablarse, con mayor propiedad, de los derechos del hombre y del ciudadano (revolución francesa), o bien, de los derechos humanos, Declaración Universal de los Derechos Humano de 1948. Todos ellos con raigambre en los derechos naturales, aunque no se sepa cuál es su fuente específica: ¿Dios? ¿La naturaleza? ¿Los valores éticos de lo humano?

Para el logro de sus planteamientos, los niveladores propugnaban por una reforma constitucional orientada no sobre las bases del pasado, como ya se acostumbraba en el derecho inglés, sino en atención a las condiciones del presente y la búsqueda de soluciones de los problemas que demandaba. Así, en 1646, Richard Overton, uno de los líderes del movimiento nivelador, calificó a la Carta Magna de "cosa de mendigos" (Sabine, 1977, pág. 358) y planteó, en su escrito *Englands Lamentable Slaverie*, las reformas que debían darse fuera del ámbito de la costumbre:

La Magna Carta (tenéis que notarlo) no es sino una parte de los derechos y libertades del pueblo, ya que no es sino lo que con muchos esfuerzos y luchas fue arrancado, con la sangre de nuestros antepasados, a las garras de aquellos reyes que habían conquistado por la fuerza a la nación y cambiado las leyes y les tenían sujetos a servidumbre con mano dura (Sabine, 1977, pág. 358).

El principal líder del movimiento fue el teniente coronel del ejército del parlamento John Liburne, quien publicó varios escritos. Además, también figuraron Richard Overton, William Walwyn, John Wildman y Edgard Sexby. Sobre sus peticiones, Wootton expone que:

...lo que proponían los Niveladores era una constitución democrática para el conjunto de la sociedad, que incluyese tanto a los santos como a los pecadores... Lo que querían no era una democracia cristiana, sino secular, y por esa razón sus modelos no eran teológicos.

El aspecto en el que los Niveladores intervinieron más directamente en el debate religioso fue en la cuestión de la tolerancia. Al contrario de la mayoría de sus coetáneos, estaban dispuestos a tolerar tanto a los católicos como a los protestantes, los paganos e incluso los ateos... (Dunn, 1995, pág. 88).

Además de estos planteamientos seculares, William Walwyn, el más hostil de los niveladores a la riqueza, plantea un "alegato a favor de la libertad de comercio" como una forma de oponerse a las grandes empresas comerciales legalmente autorizadas por el poder real de los Estuardo, conformadas por grandes capitalistas: "Más bien confiaba en establecer una nación de tenderos" (Dunn, 1995, pág. 94).

George Sabine, utilizando una terminología muy moderna y propia de una concepción bipolar del siglo XX, afirma que los niveladores representan "el ala izquierda de los revolucionarios del ejército de Oliverio Cromwell". Los integrantes del movimiento, afirma este autor, eran pequeños propietarios que probablemente habían quedado arruinados por la guerra y, a causa de ello, pretendían un arreglo "que separase los derechos políticos y los de propiedad en el grado máximo"; posición contraria a la de los oficiales, la cual era más conservadora y opuesta a la de los pequeños propietarios, por lo que se mantenían fieles a la constitución histórica inglesa y buscaban los menores cambios posibles (Sabine, 1977, pág. 359).

Las pretensiones de los niveladores llegaban al punto de promover la promulgación de una constitución escrita, "con su correspondiente carta de derechos", para lo cual, en 1648, propusieron lo que más de un siglo después, en Estados Unidos, se denominaría una "convención constitucional", "un cuerpo representativo especial 'no para ejercer ningún poder legislativo, sino para establecer los cimientos de un gobierno justo'" (Sabine, 1977, pág. 361).

Los cavadores, como se dijo, fueron más allá de la igualdad ante la ley y los derechos políticos, pues impulsaron un proyecto que tomaba en cuenta la importancia de los "medios de subsistencia", dentro de los cuales el más importante era la tierra: "La tierra es dada por Dios o por la naturaleza como 'tesoro común' del que todos tienen derecho a sacar lo necesario para vivir". Lo que los llevó a afirmar que: "Nadie debe ser señor ni terrateniente sobre los demás, sino que la tierra es libre para que todo hijo e hija<sup>94</sup> de la humanidad viva libremente de ella" (Sabine, 1977, pág. 363).

Los cavadores, quizá sin sospecharlo, arribaban a conclusiones similares a las de Platón sobre el rechazo a la propiedad privada, aunque desde perspectivas diferentes. Compartían con Platón la apreciación de que la propiedad privada genera disensiones sociales, pero su óptica de análisis era cristiana:

...el principio de que partían los comunistas era la creencia cristiana, muy extendida durante la Edad Media, de que la posesión de bienes en común era un modo de vida más perfecto que la propiedad privada, a la que se consideraba de ordinario no como "natural" sino como resultado de la maldad humana (Sabine, 1977, pág. 363).

Independientemente de que Sabine utiliza una terminología improcedente para la época de los cavadores, pues los califica de comunistas –como si fueran marxistas-leninistas miembros del soviet supremo–, lo cierto es que, una vez más, resurge en la historia política el planteamiento teórico-práctico que asocia los asuntos de Estado –la ley, la política– a los económicos, como problemas indisolubles para el logro de un buen gobierno. Solón, Clístenes, Platón, Aristóteles y ahora los niveladores, desde posiciones diferentes, deben afrontar la convergencia de tales problemas para el logro de una vida social más armónica.

Sabine proyecta hacia el futuro las conclusiones de los cavadores, en lo que posteriormente será el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau:

...Por lo general, se había deducido que la propiedad privada, aunque menos perfecta que la común, es, a pesar de todo, la mejor concesión que se puede hacer a la naturaleza después de la caída del hombre. Los cavadores inferían que la propiedad privada es la causa principal del mal y de todas las formas de abuso y corrupción sociales. La raíz de todo mal se encuentra en la avaricia y la ambición, causas primeras de la propiedad privada, así como esta última es el origen de toda supremacía de un hombre sobre otro y de todas las formas de derramamiento de sangre y esclavización de las masas humanas, que han sido reducidas a la miseria por el sistema del salariado y se ven obligadas a mantener con su trabajo al mismo poder que las esclaviza. En consecuencia, la mayor parte de los males sociales y del vicio humano pueden eliminarse destruyendo la propiedad privada, especialmente de la tierra. Es muy clara la semejanza de la argumentación hecha por los cavadores con la formulada por Rousseau en su Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres (1977, pág. 363-364).

<sup>94</sup> Nótese cómo, a diferencia de lo acostumbrado en la época, no solo se alude a todo hijo, sino también a toda hija de la humanidad. Además, se apela también a consideraciones de tipo humanista y se enfatiza en el hecho de que el concepto de libertad pasa por la disposición de medios de vida, no bastando la igualdad frente a la ley o el reconocimiento de derechos políticos.

El movimiento de los niveladores, aunque breve, aportó bases de discusión fructíferas para el futuro de la construcción (o reconstrucción) del concepto de la democracia moderna. Sus miembros fueron hostigados, sometidos y encarcelados. Pero sus ideas germinarían a lo largo del tiempo.

### La Revolución norteamericana

#### Disputas territoriales en Norteamérica

A España se le reconoció el derecho de las tierras descubiertas por el navegante genovés Cristóbal Colón con motivo de sus viajes, iniciados en 1492. Sin embargo, las disputas entre las potencias europeas para obtener posesiones en lo que habría de llamarse más tarde América, no se hicieron esperar. La primera reclamación territorial, con pretensiones de derecho, fueron las del rey Juan II de Portugal, con base en el tratado de Alcaçovas (1479), mediante el cual se resolvió el diferendo con España sobre las islas Canarias, bajo el argumento "de que (dichas tierras) estaban cerca de las Azores, e incluso podían ser consideradas como parte de este archipiélago". Como lo señala Parry, la única autoridad internacional en ese entonces estaba representada por la Iglesita católica, por lo que España acudió ante el papa Alejandro VI, español, quien zanjó el diferendo entre ambas coronas con el tratado de Tordesillas de 1494, lo que representó un triunfo para Portugal, pues le daba derechos en lo que se creía la ruta hacia la India y, más tarde, en lo que se conocería como el territorio de Brasil (1994, pág. 67).

La primera autorización inglesa para explorar la parte occidental del Atlántico septentrional fue otorgada por Enrique VII al italiano Juan Cabot en 1496. Sin embargo, esta expedición fracasó, al punto que Cabot murió en el viaje y los ingleses "perdieron todo interés en el asunto" (Parry, 1994, pág. 69-70).

Los dos viajes realizados por Américo Vespucio (1499 y 1501), en la parte de la costa atlántica de Suramérica, permitieron finalmente que los europeos se percataran de que se trataba de un nuevo continente que, a sugerencia del cartógrafo alemán Martín Waldseemüller, finalmente fue bautizado con el nombre de aquel (Parry, 1994, pág. 72-73).

Conforme avanzó la conquista y la colonización de América, surgió la demanda de dos mercancías para los colonos españoles en América: telas y esclavos. Inglaterra producía el primer artículo y, con cierta facilidad, podía proveer del segundo mediante diversos procedimientos en el África. Así: "El primer extranjero que exploró este mercado sistemáticamente fue Sir John Hawkins, fundador del comercio inglés de esclavos". Todo el comercio comenzó con la entrega de esclavos que realizó a raíz de la expedición de 1562 (Parry, 1994, pág. 112-113).

La pugna entre las potencias europeas por lograr posesiones en América del norte, a costa de los *derechos* de la corona española, se tradujo en la invasión de territorios por parte de Francia, Holanda y Suecia. Más tarde haría lo propio Inglaterra.

### La expansión inglesa en el norte de América

Los mayores esfuerzos colonizadores ingleses por hacerse de los territorios en el norte de América se dieron después de 1603, bajo el reinado de Jacobo I, que se dirigieron desde "Maine hacia el sur" (Jenkins, 2005, pág. 38). El siglo XVII sería intenso en lo referente a la toma de posesión de territorios en Norteamérica, al punto que: "En 1664 los ingleses tomaron posesión de las colonias holandesas que tenían su centro en Nueva Amsterdam, rebautizada entonces como Nueva York" (Jenkins, 2005, pág. 47). Sin embargo, la gran disputa territorial habría de librarse entre Francia e Inglaterra. Francia logró, antes que Inglaterra, consolidar un amplio territorio bajo el nombre de Nueva Francia que comprendía posesiones en la parte actual de Estados Unidos y Canadá. En tanto que los ingleses ocuparon la costa este del Atlántico, al punto de llegar a establecer las originales trece colonias que existían al momento de la independencia. Sin embargo, para 1763, gracias a la guerra librada entre ambos reinos, prácticamente los ingleses habían conseguido desalojar a los franceses de sus antiguos dominios en la parte central de lo que hoy son los Estados Unidos y también de Canadá:

El Tratado de París de 1763 supuso la aniquilación del imperio francés en Norteamérica, excepto algunas islas y derechos de pesca. Canadá y Nueva Francia pasaron a ser posesiones británicas, mientras Francia recompensaba a sus debilitados aliados españoles con el territorio de Louisiana. España, entretanto, perdía sus territorios de Florida a manos de los británicos.

El Imperio Británico dominaba ahora toda Norteamérica al este del Mississippi... (Jenkins, 2005, pág. 72).

## La época de la Revolución norteamericana

La soberanía inglesa sobre tan amplios territorios entre buena parte de los actuales Estados Unidos y Canadá sería efímera, pues pasados menos de quince años después de la suscripción del Tratado de París las trece colonias proclamarían su independencia de Inglaterra. Este evento fue en extremo notable, pues representó el primer movimiento proindependentista colonial y, además, resultó exitoso. A ese evento se le conoce en la historia como la Revolución norteamericana. Tuvo como elementos desencadenantes originales la imposición de impuestos como, por ejemplo, a las melazas (1764); la Ley del Timbre (*The Stamp Act*, 1765), con motivo de la oposición a la misma se creó el eslogan "impuestos sin representación es tiranía"; y, entre otros, las Leyes Townshend que gravaron el té, el papel y otras mercancías (Jenkins, 2005, pág. 75). Para 1773 prevalecía una situación de ingobernabilidad en las colonias, al punto de que militares bostonianos destruyeron un cargamento de té proveniente de la India, en el famoso Motín del Té (*Tea Party*), lo que devino en la imposición de las Leyes Coercitivas y el cierre del puerto de Boston, con lo cual resultó inevitable "una revuelta abierta" (Jenkins, 2005, pág. 77).

La represión inglesa se generalizó a las otras colonias, lo que motivó que los colonos convocaran para septiembre de 1774 al denominado Congreso Continental en Filadelfia, para recibir las quejas de estos y promover un boicot a las manufacturas irlandesas e inglesas. En 1775 dicho

José Antonio Gracias González

Congreso se erigió como "un gobierno rebelde de facto de las colonias en armas, con George Washington como comandante en jefe de las fuerzas coloniales" (Jenkins, 2005, pág. 78).

Evidentemente, la reacción de la corona inglesa frente al movimiento de independencia norteamericano no podía por menos que generar una confrontación bélica que pretendiera revertir el proceso. La respuesta de los colonos rebeldes a la reacción represiva inglesa fue el acta de independencia, que fue redactada por Thomas Jefferson y aprobada por el Congreso el 4 de julio de 1776. La guerra se prolongó por siete años, con altibajos y grandes pérdidas en términos de vidas humanas, concluyendo en 1783 (Jenkins, 2005, pág. 79).

Francia no desaprovechó la oportunidad para confrontar a Inglaterra, <sup>95</sup> por lo que brindó apoyo financiero, primero en secreto, y después, a partir de 1778, también bélico a los independentistas norteamericanos. Más tarde, en 1780, se sumaron a la coalición contra Inglaterra España y los Países Bajos (Asimov, 2010, pág. 81-82). Francia, para apoyar la revolución norteamericana, incluso incurrió en alto déficit fiscal y contrajo empréstitos que posteriormente comprometerían las propias finanzas estatales, lo que devendría en causa, entre otras, del movimiento de la Revolución francesa de 1789.

#### De la Confederación a la Federación: el proyecto constitucional

Después del Tratado de Versalles de 1783, con el cual, entre otros temas, Inglaterra reconoció la independencia y soberanía de los Estados Unidos, se vio la nueva nación norteamericana en la necesidad de revisar las bases de la Confederación establecida en el segundo Congreso Continental el 15 de noviembre 1777, que cobró vigencia en 1781. Conforme lo establecido en las bases de la Confederación, cada colonia era independiente y soberana, con leyes propias para regirse, al punto que todas poseían una Constitución propia. En ese contexto, el Congreso de la Confederación era tan débil que carecía de autoridad para regular el comercio, de manera que cada Estado decidía por cuenta propia en esa materia, lo que se tradujo en anarquía. Asimov afirma que: «Las potencias extranjeras consideraban inútil tratar de hacer acuerdos comerciales con el Congreso. Gran Bretaña decía burlonamente que habría tenido que firmar trece tratados distintos con los "Estados Desunidos"» (2010, pág. 165).

La caótica situación para el Estado nacional en gestación urgió a que se buscaran soluciones que permitieran crear un marco organizacional que favoreciera la unidad, integrara la administración de tan vastos territorios, permitiera la coherencia en las diversas políticas y definiera una autoridad superior a la estatal, pues, de lo contrario devendría el secesionismo y la profundización de la anarquía. No podía continuar por más tiempo el hecho de que la base del Estado: "Estaba formada por trece gobiernos con poder y un gobierno central sin poder" (Asimov, 2010, pág. 166).

Los hombres que ejercían liderazgo en sus respectivos Estados tenían plena conciencia de lo indeseable que era que continuara esta situación por más tiempo. "De hecho, la Confederación

<sup>95</sup> Isaac Asimov, al referirse al tema, expone que: "Sólo Francia podía proporcionar ayuda, sólo Francia estaría dispuesta a ayudar y sólo Francia tenía fuerza suficiente para desafiar a Gran Bretaña". Asimov, Isaac. *El nacimiento de los Estados Unidos /1763-1816)*. Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 86.

-afirma Jenkins- se parecía más a una alianza internacional que a un auténtico sistema federal, pues cada estado se definía como una entidad soberana" (2005, pág. 84).

En medio de este contexto es en el que renacerá la antigua discusión sobre el mejor gobierno. Para algunos líderes era necesario crear una administración central efectiva, que prevaleciera sobre los gobiernos estatales. En tanto que para otros existía aprensión sobre crear una administración gubernamental central fuerte, representada por el poder federal, ya que "el gobierno central se volvería opresivo" (Asimov, 2010, pág. 167). Esta postura defendía la prevalencia de la autonomía de los Estados.

James Madison, quien había participado en la convención que decretó la Constitución de Virginia y la declaración de derechos, propició en 1785 que se diera una convención en la que participaran todos los Estados para discutir los asuntos comerciales del país. Al efecto, logró que Jorge Washington se interesara en la cuestión y la legislatura de Virginia hizo un llamado, el 21 de enero de 1786, para que se realizara la misma. Sin embargo, pocos Estados enviaron a sus representantes, por lo que devino en un fracaso absoluto (Asimov, 2010, pág. 167-168).

A esa primera convención asistieron dos personajes que serían decisivos para los posteriores eventos que definirían el futuro del país. Se trató de James Madison y de Alexander Hamilton. Este último creía en la necesidad de establecer un gobierno central fuerte y entendía que una convención que se limitara a tratar los asuntos comerciales no resolvería los graves problemas de la joven nación, por lo que propuso a los asistentes que se suspendiera la sesión y que se convocara a otra reunión más adelante (Asimov, 2010, pág. 168-169).

El contraste entre lo que pensaban ambos personajes, era notable. Así:

...James Madison representaba una avanzada tendencia del pensamiento político ilustrado, que tenía sus raíces en el mundo inglés de finales del siglo XVII, del filósofo John Locke y el científico Isaac Newton. Como la mayoría de sus colegas, aceptaba una versión del contrato social en la que el gobierno es instituido por el pueblo, el cual tiene por tanto la facultad de cambiarlo a su gusto siempre que respete los derechos básicos e inalienables, incluido el de propiedad... Madison era partidario de un gobierno nacional fuerte, pero constantemente limitado por controles y contrapesos internos (Jenkins 2005, pág. 88-89).

Contrario a las convicciones de Madison, "Alexander Hamilton prefería un modelo más parecido al de la monarquía y aristocracia inglesas como medio de controlar las pasiones populares que tanto temía" (Jenkins 2005, pág. 89).

Hamilton continuó promoviendo el proyecto para que se convocara a una convención que debía reunirse en mayo de 1787 en Filadelfia, cuyo propósito sería considerar todo lo relacionado con el establecimiento de un gobierno central eficaz (Asimos 2010, pág. 169). Efectivamente, su propuesta tuvo éxito, por lo que el 25 de mayo de ese mismo año se reunió la Convención que se denominó Constitucional, con la representación de cincuenta y cinco delegados de doce Estados, Rhode Island no envió a ninguno (Jenkins 2005, pág. 89). En principio, el mandato de los delegados era revisar las bases de los artículos de la Confederación. Sin embargo, el cometido de la Convención, excediéndose en sus facultades, se tradujo en toda una reforma de las bases

de gobierno, que se materializó, después de cinco meses de trabajo, en la Constitución de los Estados Unidos. Mediante ella se creaba un gobierno federal, establecía una división de poderes y proponía la creación de una república (no una monarquía). Se trataba de toda una revolución política, como nunca se había visto, sobre la base de un modelo constitucional moderno.

En el seno de la Convención Constitucional surgieron dos facciones sobre cómo estructurar el gobierno. Quienes respaldaron el proyecto de un gobierno central fuerte –federal– se autodenominaron Federalistas; en tanto a quienes temían establecer un gobierno con demasiados poderes, en desmedro de los poderes de los Estados, se les llamó Antifederalistas. Además, también se discutió el problema de cómo establecer un gobierno con participación popular.

Incluso dentro de la facción federalista existían diversos enfoques sobre qué tipo de gobierno debía configurarse. Además de la visión de Madison, que era progresista, (Asimov 2010, pág. 167) y la monárquica y aristocrática de Hamilton (Jenkins 2005, pág. 89), también se contaba con las de los representantes como Gouverneur Morris, quien aportó bastante en la redacción final de la Constitución, que atacaban la democracia "pues desconfiaba del pueblo y pensaba que era más seguro dejar las riendas del gobierno en manos de hombres ricos y de buena familia" (Asimov 2010, pág. 174).

A pesar de la diversidad de opiniones y preferencias doctrinarias de los delegados, la Convención estaba conformada por un selecto grupo de hombres de negocios y terratenientes, que contaban con grandes fortunas. Vila Casado lo expresa así: "...la inmensa mayoría de los miembros de la Convención eran hombres acaudalados, de ideas conservadoras, que representaban definidos intereses económicos" (2007, pág. 70). Esto aseguraba una comunidad de intereses entre las dos facciones (federalistas-antifederalistas) que llevó a que paulatinamente prevaleciera el grupo Federalista, el cual supo manejar la situación para favorecer la adopción de su proyecto: los debates se realizaron a puerta cerrada, con el propósito de no despertar las pasiones populares que, seguramente, se inclinarían por la tendencia antifederalista; asimismo, se convino que todo lo resuelto por la Convención se sometería a convenciones elegidas por votación popular, es decir, no se presentaría a conocimiento de las legislaturas estatales que, seguramente, también serían antifederalistas (Asimov 2010, pág. 175).

El proyecto de Constitución redactado por la Convención de Filadelfia previó que, para que el texto cobrara vigencia, debía darse la ratificación por parte de nueve de los trece Estados. Para apoyar la propuesta constitucional se escribió una serie de artículos, 85 en total, por parte de los federalistas, en diferentes periódicos de la ciudad de Nueva York, bajo el seudónimo de *Publius* (Publio), cuya autoría correspondió a Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, entre finales de 1787 y 1788. Posteriormente se aglutinaron todos los artículos en forma de libro, bajo el título de El federalista, obra fundamental hasta el presente que se utiliza para el estudio y la interpretación constitucional norteamericana.

La importancia de esa serie de artículos radica en que en ella se discutieron los fundamentos de la propuesta constitucional, en aspectos tales como el gobierno representativo, equilibrio y separación de poderes que debía existir en un régimen democrático, los mecanismos de frenos y contrapesos entre las diferentes instituciones, entre otros temas.

En lo que respecta a la democracia, en la propuesta constitucional se evidencia una fórmula que devendría en su desnaturalización. Los representantes de la Convención Constitucional tenían temores sobre la participación popular y, por ende, de la democracia. Así lo señala García-Pelayo cuando analiza los compromisos a que arribaron las dos facciones manifiestas en la Convención:

Compromiso entre la democracia y los intereses de las clases ricas: las sesiones de la convención e incluso las mismas páginas de Hamilton y Madison están traspasadas por el temor a la democracia y a que las clases pobres puedan desarrollar una política favorable a sus intereses. A esto lo llamaban "el despotismo de las urnas". Pero el establecimiento por la constitución federal de un sufragio censitario basado en la propiedad mueble (pues los extremistas eran los agricultores) hubiera hecho imposible la ratificación de la constitución, dada la magnitud numérica de los estratos excluídos (sic.). Al ver cerrada esta vía, los constituyentes crearon un sistema de frenos y equilibrios destinado a desnaturalizar la esencia misma de la democracia;96 cierto que la Cámara de Representantes sería elegida directamente por los ciudadanos a quines (sic.) la legislación de cada Estado diera derechos de sufragio; pero sus poderes fueron limitados en cuanto que se le contrapuso un Senado elegido por las Asambleas de los Estados, ya alejadas de la multitud; mientras que los diputados eran elegidos cada dos años, los senadores fueron para seis, verificándose su renovación por tercios, con lo que el Senado obtenía mayor continuidad que la Cámara baja, y además se exigió mayor edad para los senadores, lo que no deja de ser otro elemento conservador. Frente a esta legislatura se estableció un Presidente fuerte, dotado de veto y elegido cada cuatro años por compromisarios, según procedimientos a determinar por las legislaturas de los Estados, método que suponía un sufragio indirecto en dos o tres grados, y en fin, un Tribunal Supremo compuesto de jueces vitalicios y elegido por los dos órganos más alejados de la masa popular (el Presidente y el Senado), institución que contenía en germen la competencia de declaración de nulidad de los actos de los demás poderes (1959, pág. 337).

Esto significa que la Convención Constitucional norteamericana, al estar conformada por un grupo de hombres acaudalados (élite censitaria), estableció un modelo que configuraba un poder estatal que no respondía a las miras democráticas, sino a la prevalencia de los intereses de los representantes.

Efectivamente, en el artículo X de El Federalista, escrito por Hamilton, se afirma de manera palmaria ese temor a la democracia:

Este examen del problema permite concluir que una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar los peligros del espíritu sectario. En casi todos los casos, la mayoría sentirá un interés o una pasión comunes; la misma forma de gobierno producirá una comunicación y un acuerdo constantes; y nada podrá atajar las circunstancias que incitan a sacrificar al partido más débil o a algún sujeto odiado. Por eso

estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes. Los políticos teóricos que han patrocinado estas formas de gobierno, han supuesto erróneamente que reduciendo los derechos políticos del género humano a una absoluta igualdad, podrían al mismo tiempo igualar e identificar por completo sus posesiones, pasiones y opiniones... (Hamilton et. al. 2014, pág. 39).

Los peligros de la prevalencia de un espíritu sectario, que finalmente restringirá los derechos políticos bajo la pretensión de una absoluta igualdad, como ha demostrado la experiencia histórica, hacen indeseable la democracia y la "tiranía de las urnas", según los autores de El Federalista. Pero, entonces, ¿cómo lograr un gobierno que dé cabida a la figura del pueblo, que legitime la existencia de un régimen sustentado en la nación? La propuesta no es otra que la contraposición a la democracia, por sus falencias, el constructo de la república, fundamentada en el sistema de representación, que devendrá en la creación de la democracia indirecta y cuyo éxito se traducirá al punto de ser reconocida como la forma típica de la democracia moderna. Hamilton encomia esta construcción en el mismo número X de El Federalista, cuando afirma:

Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos. Examinemos en qué puntos se distingue de la democracia pura y entonces comprenderemos tanto la índole del remedio cuanto la eficacia que ha de derivar de la Unión.

Las dos grandes diferencias entre una democracia y una república son: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio (Hamilton et. al. 2014, pág. 39).

La república, a través de la fórmula de la representación (democracia indirecta), se enaltece como la mejor y única alternativa a todos los inconvenientes de una democracia directa. Los *padres fundadores* norteamericanos, de esta manera, recogen y hacen suya la animadversión de Platón y Aristóteles por la democracia. La versión republicana en Estados Unidos significa una forma de gobierno no monárquica, en donde los mandatarios se eligen mediante el sistema de elección representativa. Esa es la propuesta contenida en la Constitución norteamericana que se defiende en El Federalista. En el artículo número LXIII de la serie se afirma, de manera casi orgullosa, ese logro constitucional que privilegia la representación, para así excluir al pueblo:

De estos hechos, a los que podríamos añadir muchos otros, resalta claramente que el principio de la representación no era desconocido de los antiguos ni totalmente ajeno a sus constituciones políticas. La verdadera diferencia entre estos gobiernos y el americano reside en la exclusión total del pueblo, en su carácter colectivo, de toda participación en este, no en la exclusión total de los representantes del pueblo de la administración de aquellos. Condicionada así la diferencia, arroja una ventajosísima superioridad a favor de los Estados Unidos. Pero para que este beneficio surta su plenitud de efecto, debemos cuidar de no separarlo del otro de que disponemos, o sea un territorio extenso. Pues es

increíble que cualquier forma de gobierno representativo hubiera podido tener éxito en los estrechos límites que ocupaban las democracias griegas (Hamilton et. al. 2014, pág. 270).

Adicionalmente a los defectos señalados de un régimen que tenga por base la democracia directa, según lo demuestra la historia, los federalistas agregan el hecho de que ese régimen resulta inaplicable en una extensión territorial tan vasta como no la conocieron los griegos.

La promoción del proyecto constitucional federalista tuvo éxito. Para 1788 se dio la ratificación del número necesario de Estados para que la Constitución cobrara vigencia. El siguiente objetivo sería elegir al primer presidente de la unión. Esto resultó fácil, pues, cuando se propuso como candidato a Jorge Washington, todos estuvieron de acuerdo, al punto de que ningún otro se postuló para contender contra él, por lo que fue electo sin ningún tropiezo.

Con la elección de Washington como el primer presidente inicia un período que se caracteriza por el predominio de lo que será más tarde el partido federalista. Washington es reelecto para un segundo período, en donde tampoco existió contendiente alguno, y después le sucederá John Adams, también federalista.

Alexander Hamilton, quien fuera asistente personal de Washington durante la guerra, ocupará la Secretaría del Tesoro durante el período comprendido entre 1789 y 1795. Desde ese puesto, impulsó el reconocimiento de las deudas contraídas durante la revolución, mediante la emisión de bonos, que permitieron el financiamiento de la independencia de las colonias. Su argumento fue que debía lograrse confianza en el crédito público. También promovió la fundación de un Banco Central, para lograr la estabilidad monetaria. Estos proyectos, sin embargo, fueron señalados de favorecer a los hombres acaudalados, pues les enriquecieron aún más. Thomas Jefferson, autor del acta de independencia de 1776, afirmó en sus memorias, conocidas como *The Anas*, que las propuestas de Hamilton propiciaban la corrupción entre los representantes que las apoyaron, bajo la promesa de obtener ganancias mediante el manejo de los asuntos públicos (Vidal 2004, pág. 82-85).<sup>97</sup>

En torno a Jefferson, con su oposición a Hamilton, se fundará el partido Republicanodemocrático (cuyo heredero es el actual partido Demócrata), que sistemáticamente se opuso a los Federalistas, lo cual dio inicio al tradicional sistema bipartidista norteamericano, que hasta a la fecha prevalece vigente. 98 Tocqueville, en su famoso libro *La democracia en América*, con motivo del estudio que realizó en la tercera década del siglo XIX sobre la experiencia norteamericana, caracterizará las tendencias de ambos partidos:

El partido que quería restringir el poder popular intentó sobre todo aplicar sus doctrinas a la constitución de la Unión, lo que le valió el nombre de *federal*.

El otro, que pretendía ser el amante exclusivo de la libertad, tomó el título de republicano (2000, 193).

<sup>97</sup> Vidal afirma que: "...Hamilton estaba transformando con éxito a su grey de federalistas en un partido mayoritario con un control absoluto, a través de la corrupción más alta –a juicio de Jefferson– de la asamblea legislativa..." (2004, pág. 90).

<sup>98</sup> Sobre el bipartidismo estadounidense, Maurice Duverger plantea: "...En los Estados Unidos el bipartidismo no ha sido jamás amenazado profundamente desde la rivalidad Jefferson-Hamilton, que manifestó la oposición de Republicanos y Federalistas, defensores los primeros del derecho de los Estados y preconizando los segundos el acrecentamiento de los poderes de la Unión..." (2002, p. 237).

A continuación de los párrafos citados, Tocqueville realiza varias afirmaciones que aportan valiosos elementos para entender el desempeño y los efectos de la gestión federalista durante los primeros tres gobiernos de la Unión:

Norteamérica es la tierra de la democracia. Los federalistas estuvieron, pues, siempre en minoría; pero contaban en sus filas con casi todos los grandes hombres que la guerra de independencia hizo surgir, y su poder moral era extenso. Las circunstancias le fueron, por lo demás, desfavorables. La ruina de la primera confederación hizo temer al pueblo caer en la anarquía, y los federalistas se aprovecharon de esta disposición de ánimo pasajera. Durante diez o doce años, dirigieron los negocios públicos y pudieron aplicar, aunque no todos sus principios, sí algunos de ellos, porque la corriente opuesta se hacía cada vez más violenta impidiéndoles luchar contra ella (2000, pág. 193-194).

El razonamiento de Tocqueville supone que al ser ese país la tierra de la democracia, los federalistas siempre estuvieron en minoría. No obstante, el grupo de federalistas, coincidentemente, había sido también el que lideró buena parte de las luchas de independencia. Era una élite de hombres acaudalados que, al llegar la paz, supieron hacerse del poder político y conducir el proceso al punto de que se promulgara una constitución, mediante una convención, que se excedió en las facultades expresas que se les concedieron como representantes de los Estados. El "temor a la anarquía" que señala Tocqueville era más propio de los hombres acaudalados que de la nación, surgido por los movimientos de campesinos y de artesanos que se habían empobrecido y endeudado, y que generaron algunas reclamaciones populares que llegaron a adquirir connotaciones violentas.<sup>99</sup>

Valiéndose del prestigio de esos hombres notables, especialmente del general Washington, que había encabezado al ejército revolucionario durante la guerra independentista, la facción federalista llega al poder para dar vida y cuerpo a la estructura gubernamental unionista, a la que apostaron sus miembros, con base en el diseño que establecieron en el seno de la Convención Constitucional de Filadelfia en 1787. En otras palabras, resumiendo lo acontecido, los federalistas controlaron e incidieron decisivamente en el contenido y alcances de la Constitución, para más tarde, en principio sobre la base del prestigio de Washington, hacerse del poder por más de una década. Con ello, los federalistas fueron los artífices constitucionales de la república que, como minoría, presentaron a la "tierra de la democracia" (sin dar participación a los no acaudalados ni a las asambleas estatales), para más tarde implementar, desde la continuidad de tres gobiernos, la estructura original de la república y fijar así el rumbo que debía tener el poder central de la Unión.

Además, debe tenerse presente, al encontrarse en el poder, los federalistas, bajo la iniciativa de Alexander Hamilton como Secretario del Tesoro, aprobaron proyectos de trascendencia financiera como el reconocimiento de las deudas contraídas mediante bonos durante la época

<sup>99</sup> Jenkins, al referirse al tema, señala lo siguiente: "...Los temores a perder las propiedades y a una subversión del orden social se acentuaron notablemente en 1786, cuando estalló en la parte occidental de Massachusetts la rebelión de los 'deudores de Shays', liderados por un soldado de la revolución que había luchado en Bunker Hill, lo que no deja de ser significativo. Aunque la base del levantamiento fue sofocada en diciembre, siguió haciéndose actividades de guerrillas hasta la primavera siguiente. Si bien no fue especialmente sangriento en comparación con fenómenos similares en la Europa de la época, este levantamiento fue un incentivo crucial para que se iniciara el proceso de reforma y revisión constitucionales" (2000, pág. 87).

de la revolución y la fundación de un banco central. Ambas iniciativas fueron aprobadas por los representantes, quienes de este modo también promovieron sus propios intereses de enriquecimiento, como lo señalara Thomas Jefferson.<sup>100</sup>

Tocqueville, en una reflexión matizada por el paso de las décadas que lo separan de la Convención constitucional de Filadelfia, señala la actitud de los hombres acaudalados hacia la democracia en Estados Unidos:

En el fondo de este entusiasmo convencional y en medio de estas formas obsequiosas, respecto al poder dominante, es fácil percibir en los ricos un gran desprecio por las instituciones democráticas de su país. El pueblo es un poder que ellos temen y menosprecian a la vez. Si el mal gobierno de la democracia acarreara un día una crisis política; si la monarquía se presentara alguna vez en los Estados Unidos como una cosa practicable, se descubriría bien pronto la verdad de lo que afirmo (2000, pág. 197).

Y, sin embargo, fueron esos hombres quienes dirigieron y encausaron el proceso constitucional, la fundación de la república y la construcción de la democracia en sus diferentes momentos. Los espacios para la participación popular, al menos en su diseño y construcción originales, fueron vedados por ese temor y desprecio a las instituciones democráticas. No obstante, la lucha por la democratización en Estados Unidos había iniciado, a pesar de los obstáculos originales.

### La Revolución francesa

#### Particularidades de la Revolución francesa

La revolución francesa, como se ha reconocido ampliamente en la doctrina, representa un caso distinto al de la experiencia norteamericana, tanto en lo que se refiere a la promoción de un régimen constitucional, como en lo que respecta a un régimen republicano y democrático. Así, Antonio Negri expone:

...La americana es una revolución conservadora, cuya ideología es premoderna y corporativa, por tanto, antimoderna y antipolítica. De hecho, en América y en Francia todo es distinto: distinta es la interpretación del acto revolucionario, porque en un caso se trata de liberar la fuerza espontánea de la autorregulación, a fin de que se acuerde con el derecho natural, mientras que en el otro caso es necesario imponer ex novo la concepción iusnaturalista contra un poder despótico; distinta la relación con el Estado: en América se trata de resistir a un poder colonial; en Francia, de construir un nuevo orden; distinta, en fin, la ideología política: liberal en el primer caso, democrática en el segundo: en América la

<sup>100</sup> Vidal, citando a Jefferson, afirma que: «"Sumas inmensas fueron birladas así a los pobres e ignorantes, y amasaron fortunas los que antes habían sido también bastante pobres". Jefferson pulsa una nota aún más sombría: "Los hombres enriquecidos de este modo por la habilidad de un líder seguían, por supuesto, al jefe que les conducía a la fortuna y se convertían en los fervientes instrumentos de todas sus empresas." En suma, además de las facciones de tendencias monárquicas y republicanas, ahora había un partido bandolero hamiltoniano de nuevos ricos, gracias a sus magistrales manipulaciones en el Tesoro...» (2004, pág. 87).

revolución debe hacer trabajar el egoísmo intacto de los intereses naturales; en Francia, debe movilizar los intereses morales... (1994, pág. 39).

Entre otros aspectos, Francia contaba con la vivencia de una larga tradición monárquica en donde, debe recordarse, originariamente se desarrolló el absolutismo en Europa, al punto que representó un parámetro ineludible para el resto de los monarcas del viejo mundo. Como herencia histórica, además, el feudalismo y toda su estructura social, económica y política, entre otras, era un valladar por vencer en la promoción de los cambios necesarios. Asimismo, el poder de la Iglesia había sido cuestionado y se llegó a la confrontación religiosa al desarrollarse la Reforma, al punto de degenerar en cruentos enfrentamientos internos, como la noche de San Bartolomé (1572), y hasta la abierta confrontación en guerras contra otros reinos.

Una de las causas que autores como Lefevbre reconoce como de las más inmediatas para que se diera la revolución fue la lucha de independencia norteamericana, a la cual, como se dijo, Luis XVI apoyó financiera y militarmente (2012, pág. 16). Otro elemento importante, que también coadyuvó para que se gestara la revolución, fue la caótica situación financiera que vivía Francia desde la época de Luis XIV, quien había comprometido el erario al llevarle a un déficit constante (Vila Casado 2007, pág. 95).

### La asunción al poder de Luis XVI y los problemas financieros

Cuando Luis XVI asumió el poder comenzó por despedir a los ministros que habían trabajado con su padre y en su lugar nombró a nuevos personajes que, como el fisiócrata Anne Robert Turgot (1774), a cargo de las finanzas, debieron enfrentar el problema de fondo (Lefebvre 2012, pág. 9). Ese problema no era otro que la necesidad de establecer nuevas fuentes de ingresos para las arcas públicas, lo cual, ineludiblemente, llevaba a que pagaran impuestos las dos clases privilegiadas que, gracias a las prebendas feudales, siempre habían estado exentas: la nobleza y el clero. Tanto Turgot como quienes le sucedieron en el cargo (Clugny, Necker, Calonne, Brienne) llegaron, una y otra vez, a la misma conclusión: era necesario establecer nuevos gravámenes sobre el patrimonio de quienes por tradición habían estado exentos.

Esta situación, aunada a la crisis en la producción agrícola (sequías, malas cosechas, etc.) y en la economía en general (Lefebvre 2012, pág. 21-22), propiciaron que el conflicto trascendiera a lo social (motines, asalto a castillos y linchamiento de algunos nobles) y también incidiera en lo político.

En búsqueda de apoyo, el monarca acudió ante el Consejo de Notables, integrado por la nobleza y el clero, que veía con recelo que se pretendiera afectárseles con la imposición de tributos. El rey esperaba contar con el respaldo de los tradicionales estamentos que se habían visto favorecidos con el absolutismo. Sin embargo, el Consejo de Notables, reunido en febrero de 1788, dio por respuesta una evasiva: no se consideraba facultado para aprobar los proyectos reales, por lo que sugería se acudiera, como única posibilidad para hacerlo, a la convocatoria de los Estados Generales (Lefebvre 2012, pág. 40).

Este momento marca la primera de las tres fases de la revolución francesa, hay quienes consideran a cada una de ellas una revolución misma, 101 que se caracteriza por haber sido encabezada por la nobleza, la cual, al oponerse a los designios reales, crea una situación que altera las basas del poder absolutista.

Luis XVI, urgido de recursos, decidió someter el asunto a los Parlamentos, los cuales, al no aceptar sus directrices ni someterse a las presiones para aprobar nuevos impuestos o empréstitos, fueron disueltos y enviados al exilio. "No atreviéndose a recurrir a la bancarrota ni a la inflación, el gobierno capituló; la subvención fue abandonada y el Parlamento llamado de nuevo". Ante la negativa tanto de los notables como de los parlamentos de aprobar la creación de nuevos impuestos, la única salida posible era recurrir a un nuevo empréstito. Sin embargo, persistía la dificultad de cómo lograr un registro válido para el mismo. Una vez más, la aristocracia sugirió, a través de algunos de sus magistrados, que "tal vez el Parlamento cedería si se anunciaba la convocación de los Estados Generales" (Lefebvre 2012, pág. 41).

#### Convocatoria de los Estados Generales

Los Estados Generales representaban un cuerpo colegiado, dentro de la tradición medieval francesa, en donde se reunían y deliberaban, de manera extraordinaria, asuntos estatales los representantes de los tres Órdenes o Estados (clero, nobleza y el Tercer estado –pueblo llano–), el cual no se había reunido por más de 175 años (Vila Casado 2007, pág. 96).

Llamar a la integración de los Estados Generales, a instancias de la nobleza, significaba, de cierta manera, cuestionar el absolutismo monárquico, pues se recobraba un foro de discusión contrario al poder unívoco del régimen. En ese sentido, fue un error político de los nobles promover el restablecimiento de una instancia que abría las puertas a la participación del Tercer Estado, traicionando así sus propios intereses, al no poderse prever en qué degeneraría esa participación –como efectivamente sucedió—. Sin embargo: "La convocatoria de los Estados Generales en Francia fue la única salida que los parlamentos dejaron a la Corona para hacer frente a la quiebra de la hacienda real" (Artola 2005, pág. 18). Y, efectivamente, el Consejo del Rey llamó a la elección de diputados para su conformación el 5 de julio de 1788 (Sieyès 2012, pág. 10).

Originalmente, los Estados Generales comprendían a cada orden para la toma de decisiones, debiéndose reunir por separado, a razón de un voto por cada cuerpo representado (Vila Casado 2007, pág. 96). Sin embargo, en la convocatoria para la elección de los diputados se determinó que el clero y la nobleza tendrían 300 representantes cada uno, en tanto el Estado llano 600, con lo cual este último logró igualar el número de diputados de los otros dos; pero la reunión y voto por separado de cada Estado se mantuvo, al menos en el principio (Naranjo Mesa 2003, pág. 550).

Los Estados Generales quedaron instalados en Versalles el 5 de mayo de 1789, a cuya ceremonia asistió el rey quien, al dirigirse a los delegados, les recordó "que la misión esencial de la asamblea debía consistir en el arreglo de las cuestiones financieras" (Vila Casado 2007, pág.

<sup>101</sup> Así, por ejemplo, Lefevbre, al referirse a este momento, habla de la revolución aristocrática (2012, pág. 40).

96). La admonición real, dirigida a la asamblea, desilusionó las expectativas generales que existían para dar un nuevo giro en el ejercicio del poder y la promoción de reformas en el gobierno.

A pesar de los designios reales, los representantes del Tercer Estado, aprovechando la instancia de participación y deliberación logradas, emprendieron una batalla en el seno de la asamblea para dar un sentido diferente al órgano deliberativo recién instalado. Así, para el 17 de junio, bajo el liderazgo de Emanuel Sieyès y Honoré Gabriel Riquetti, conde de Mirabeau, entre otros, atendiendo a que el Tercer Estado representaba el noventa y seis por ciento de la nación, se constituyeron en Asamblea Nacional, por lo que, sin la participación de los diputados de los demás Estados, decidirían sobre los asuntos de la convocatoria (Naranjo Mesa 2003, pág. 551). Con ello, como lo ha dicho Artola, los representantes del Tercer Estado "asumieron la soberanía" (2005, pág. 19). A lo que cabe agregar que: "Esto era ya una revolución, puesto que la constitución de los Estados Generales no podía ser legalmente modificada más que con el consentimiento de la nobleza y del rey" (Lefebvre 2012, pág. 49). Se trata del segundo momento de la revolución, a la que Lefevbre, junto a otros historiadores, denominan la revolución de la burguesía (2012, pág. 44).

### Sieyès, el poder constituyente y la Constitución

El aporte del abate Emanuel Sieyès (1748-1836) fue de gran significación para el desarrollo del constitucionalismo moderno. Nació en el seno de una familia de la pequeña burguesía, cuyos miembros se habían dedicado a ocupar cargos como funcionarios provinciales. Su familia quería que fuera sacerdote, para lo cual fue enviado al seminario de San Sulpicio, pero los superiores nunca llegaron a ordenarlo sacerdote, por considerar que carecía de vocación, como lo señalan Marta Lorente y Lidia Vásquez (Sieyès 2012, pág. 9). Sin embargo, su estancia en el seminario le permitió al futuro abate nutrirse de la gran biblioteca de la orden, para así volverse un autodidacta.

Después de una serie de vicisitudes, llegó a ocupar el cargo de canciller de la iglesia de Chartres, lo que le permitió participar en las Asambleas provinciales en Orleans (1787-1788), que tuvieron por tarea analizar la crisis financiera del país, agravada por el apoyo francés a la insurrección norteamericana. Allí pudo conocer la resistencia de la nobleza a renunciar a sus privilegios al negarse a aceptar las reformas económicas necesarias para superar la crisis. Sieyès, con ocasión de estas asambleas, definió su posición política al lado de la causa del pueblo (Sieyès 2012, pág. 9).

Después de la capitulación del gobierno a que oportunamente se hizo referencia, por no llegar a un acuerdo sobre cómo solucionar la crisis financiera, y la petición tanto de los nobles como de los parlamentos de que se convocara a los Estados Generales (si bien con motivaciones distintas para cada grupo), la causa del pueblo devendrá en la conformación de un "partido" que se autodenominará patriótico o nacional (Sieyès 2012, pág. 10). Sieyès se adhiere a ese partido y cuando la monarquía pidió la opinión sobre cuál debía ser la constitución política en Francia, de entre las más de 2,500 memorias que se publicaron (llamados folletos de quejas), destacaron, con creces, las tres del abate. Las dos memorias más importantes de su autoría son Essai sur les privilèges (Ensayo sobre los privilegios) y Qu'est-ce que le Tiers État? (¿Qué es el Tercer Estado?), publicados entre noviembre de 1788 y enero de 1789 (Sieyès 2012, pág. 11).

El efecto que tuvo el conjunto de las obras publicado, pero en particular el del Tercer Estado, llevó a que Sieyès, con el prestigio ganado, a que fuera elegido representante de París para formar parte del grupo de diputados del Tercer Estado ante los Estados Generales.

¿Qué es el Tercer Estado? comienza con tres planteamientos concretos: "1.º ¿Qué es el Tercer Estado? Todo. 2.º ¿Qué ha sido hasta hoy en el orden político? Nada. 3.º ¿Qué pide? Llegar a ser algo" (Sieyès 2012, pág. 85). Para justificar la afirmación de que el Tercer Estado lo es todo Sieyès arguye desde el primer capítulo, como base para elaborar su concepto sobre el poder constituyente, que ello es así porque este, como lo señala Negri, "comprende en sí todas las características que, en términos económicos, forman una nación; este abarca todas las actividades productivas, es en sí libre y próspero". Por tanto, es el primer autor en introducir en el debate del poder constituyente el trabajo como tema exclusivo que le sustenta (1994, pág. 264). Al inicio del capítulo I lo afirma así: "¿Qué hace falta para que una nación subsista y prospere? Trabajos particulares y funciones públicas". Y a continuación realiza una clasificación, en cuatro categorías, a las que pueden reducirse los trabajos particulares. Se trata de la agricultura (que comprende a "todas las familias dedicadas a los trabajos del campo"); la industria; el comercio ("los comerciantes y los negociantes"); y los servicios que prestan "las profesiones científicas y liberales más distinguidas, hasta los servicios domésticos menos considerados" (Sieyès 2012, pág. 87-88).

¿Y la función pública? El abate afirma que también cabe una clasificación cuatripartita de la misma: "la Espada, la Toga, la Iglesia y la Administración" (Sieyès 2012, pág. 88). Respecto a las funciones públicas:

...el Tercer Estado constituye los diecinueve vigésimos de las mismas, con la diferencia de que está encargado de todas las tareas penosas, de todas las ocupaciones que el orden privilegiado se niega cumplir. Sólo los puestos lucrativos y honoríficos están ocupados por miembros del orden privilegiado (Sieyès 2012, pág. 88-89).

Además, en esa misma obra, Sieyès, contrario a la tradición histórica y medieval, planteó en su *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789* (Ideas sobre los medios de actuación de que podrán disponer los Diputados de Francia en 1789) que, ciertamente, en Francia, se carecía de constitución: "Ellos llaman [...], Constitución del Estado a lo que no es en el fondo más que su Constitución..." (Sieyès 2012, pág. 27). Para establecer una Constitución, razona, es necesario "que se nos diga según qué criterios, según qué intereses habría podido otorgarse una Constitución a la nación misma". A lo cual responde: "La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella sólo existe el derecho natural" (Sieyès 2012, pág. 142-143).

De donde deviene claro que, si el Tercer Estado lo es todo, puesto que realiza las actividades productivas y de servicios necesarias para lo sociedad, la supuesta constitución de los privilegiados –nobleza y clero– no se justifica, es ilegítima, y, por tanto, la única posible y válida, está aún pendiente de promulgarse en Francia. ¿Cómo deberá hacerse para lograrlo? Mediante la consulta al verdadero soberano: la nación, es decir, al Tercer Estado (al todo). ¿Qué procedimiento deberá utilizarse para realizar la consulta? Sieyès, en este punto, se enfrenta al mismo problema que surgió en Estados Unidos en relación con la determinación de la voluntad popular,

como crítica y dificultad de que exista la posibilidad del consenso democrático directo en las sociedades modernas: "Los asociados son demasiado numerosos y se hallan repartidos en una superficie demasiado extensa como para ejercer por sí mismos fácilmente la voluntad común" (Sieyès 2012, pág. 140). La solución no podía ser otra, como hasta el presente continúa siéndolo, que la implementación de la teoría de la representación, igualmente adoptada en Estados Unidos, es decir, la fórmula de la democracia indirecta: "...confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por tanto de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración" (Sieyès 2012, pág. 140).

Sieyès, claramente, se encuentra influenciado por el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau en cuanto al tema de la voluntad general (El contrato social, libro II) y en el reconocimiento de que la soberanía radica en el pueblo. Sin embargo, como señalan Lorente y Vásquez, entre otros, se aparta de la concepción del ginebrino al aceptar la teoría de la representación general, tema irrenunciable para Rousseau (Sieyès 2012, pág. 141).

Esa voluntad representativa, dice el abate, posee dos caracteres indelebles: a) No es plena ni ilimitada entre los representantes, "sino que es una porción de la gran voluntad común nacional"; y b) los delegados no la ejercen como un derecho propio, pues se trata de una "comisión de la voluntad común" (Sieyès 2012, pág. 141).

Y es aquí donde Sieyès plantea la teoría del poder constituyente, su mayor aporte al constitucionalismo. La establece cuando define qué serie de leyes positivas pueden emanar de la voluntad de la nación, a través del cuerpo de representantes:

...las leyes constitucionales se dividen en dos tipos: unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no porque puedan llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan a través de ellas no pueden modificarlas. En ambos casos, la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente (Sieyès 2012, pág. 143).

Además, en ese mismo párrafo se encuentra la clave para la clasificación de las constituciones en flexibles o rígidas, atendiendo a la posibilidad de que la Constitución pueda ser reformada o no por una legislatura ordinaria (Sieyès 2012, pág. 143).

El poder constituyente nacido en Francia, desde esa perspectiva, posee caracteres cualitativos distintos al norteamericano. Es un poder originario, creador, sin límites para el soberano que es la nación, cuyas potencialidades son, en verdad, revolucionarias. Sieyès mismo lo reconoce: "Sería ridículo suponer que la nación estuviera sujeta a sí misma por las formalidades o por la Constitución a que ha sometido a sus mandatarios". Es más: "No solo la nación no está sometida a una Constitución, sino que no *puede* estarlo, no *debe* estarlo, lo que equivale a decir que no lo está". Razonamiento que, llevado a sus últimas consecuencias, "conduce a localizar en el corazón de la sociedad política un foco permanente de posibles insurrecciones", como lo ha afirmado Paul Bastid (Sieyès 2012, pág. 144-145).

Sin embargo, en la exposición del abate se manifiestan dos tendencias opuestas. Así, en el capítulo VI, al referirse a los representantes de la nación, se contradice cuando afirma: "sus representantes forman toda la Asamblea Nacional; tienen todos los poderes. Puesto que son los únicos depositarios de la voluntad general, no necesitan consultar a sus comitentes sobre una distensión que no existe". Y, como comentan Lorente y Vázquez, existen muchas contradicciones en ¿Qué es el Tercer Estado? "pero ninguna tan evidente como la demostrada en estas líneas... (pues) aquí identifica a los diputados del Tercer Estado con la nación" (Sieyès 2012, pág. 167).

En Sieyès existe un reclamo de la soberanía a favor de la nación, lo cual supone una visión revolucionaria del poder constituyente, como una facultad permanente de ese conglomerado, que no puede estar limitado, pues sería ridículo suponerlo así. Sin embargo, al mismo tiempo, en el discurso del abate subyace la intención de limitar ese poder, transfiriéndolo a los representantes constituidos en asamblea, es decir, como poder constituyente (la constituyente) o constituido (la legislación ordinaria).

Pero esa contradicción es inherente a la visión de la burguesía. Se trata de reclamar toda la soberanía a favor de la nación, pero, a la vez, existe un temor de cuáles podrían ser las consecuencias si ese poder constituyente, de manera constante, permaneciera como facultad a la que se puede recurrir para refundar la sociedad civil. Es por ello que, mediante la figura de la representación, será posible secuestrar esa soberanía que podría peligrosamente manifestarse a través de las facultades de refundar el Estado una y otra vez. A Sieyès, como lo ha dicho Lefevbre, "el aspecto social de la revolución popular le atemorizó" (Sieyès 2012, pág. 12), de la misma manera como los hombres ricos le temieron en Estados Unidos, según lo señaló Tocqueville.

Sieyès no fue un hombre fiel a ningún partido. Primero fue un revolucionario, cuando formó parte de la Asamblea. Pero cuando se opuso a la abolición de los derechos feudales el 4 de agosto de 1789, fue visto como un conservador. Cuando se discutió la Constitución se mantuvo en silencio, actitud que Mirabeau calificó como una "calamidad pública" (Sieyès 2012, pág. 13). En 1791, después de haber sido presidente de la Asamblea Nacional, sostuvo en los periódicos una polémica con Thomas Paine en la que defendía la superioridad de un gobierno monárquico respecto de uno republicano. 102 Sin embargo, al momento de la votación para abrirle proceso a Luis XVI, sus convicciones monárquicas no le impidieron pronunciarse a favor. Durante el terror se mantuvo en silencio, para resurgir con los termidorianos. Más tarde apoyó a Napoleón Bonaparte en el golpe de Estado, con lo cual Sieyès y Ducos conformaron el triunvirato de los Cónsules con motivo del 18 Brumario. Abdicó del poder cuando se le ofreció un castillo en recompensa por sus servicios, una buena renta y el título de conde del Imperio (Sieyès 2012, pág. 13-14).

En carta de fecha 8 de julio de 1791, Paine acepta el desafío de Sieyès para discutir el asunto y expone: "Sir, At the moment of my departure for England, I read, in the Moniteur of Tuesday last, your letter, in which you give the challenge on the subject of government, and offer to defend what is called the *monarchical opinion* against the republican system. / I accept of your challenge with pleaure; and I place such a confidence in the superiority of the republican system over that nullity of a system, called *mocharchy*, that I engage not to exceed the extent of fifty pages, and to leve you the liberty of taking as much latitude as you may think proper" (Davidson 1824, pág. 267). ["Señor. Al momento de mi partida de Inglaterra, leí, en el Monitor del pasado martes, su carta, en la que plantea el desafío sobre el tema del gobierno, y ofrece defender la llamada *opinión* monárquica en contra del sistema republicano. / Acepto su desafío con placer, y tengo tanta confianza en la superioridad del sistema republicano sobre esa nulidad de sistema, llamado *monarquí*a, que me comprometo a no exceder la extensión de cincuenta páginas, y dejarlo a usted en libertad de tomarse cuanta latitud pueda pensar apropiada"] (Traducción propia).

José Antonio Gracias González

### La promulgación de la Constitución

Después de declararse el 17 de junio de 1789 la reunión de los Estados Generales en Asamblea, el Tercer Estado encontró cerrado el establecimiento en donde se congregaba y recibió el anuncio de que el rey llegaría a presidir la sesión. Los diputados optaron por reunirse en el salón de Juego de Pelota y prestaron el juramento de no separarse sin antes haber promulgado una constitución (Lefebvre 2012, pág. 49):

Se acuerda que todos los miembros de esta Asamblea presentarán en este instante juramento de no separarse jamás y de reunirse siempre y donde las circunstancias lo exigieren, hasta el momento en que la Constitución del reino quede establecida y afirmada sobre fundamentos sólidos (Vila Casado 2007, pág. 97).

A partir del 27 de junio del mismo año, el Tercer Estado invitó a los otros dos órdenes para sostener reuniones conjuntas, y el 9 de julio se declaró Asamblea Constituyente para emprender la elaboración del texto fundamental. La respuesta de Luis XVI fue convocar a un ejército de 18,000 hombres que se concentró alrededor de París y de Versalles (Lefebvre 2012, pág. 51). Este fue el momento, ante el peligro en que se encontraba la revolución, cuando la intervención popular salvó el proceso y, para obtener armas, asaltó la Bastilla en la mañana del 14 de julio. Ante tales acontecimientos, Luis XVI, al día siguiente, ordenó el retiro de las tropas: "El rey había legalizado la revolución parisiense; no tenía en la capital ni representantes ni soldados. La Asamblea había triunfado" (Lefebvre 2012, pág. 56).

Mientras tanto, la insurrección rural se manifestó en diferentes desórdenes, debido a los incrementos en los precios y la resistencia a continuar pagando los impuestos, también destruyeron las cernas y se restablecieron los pastos comunales, así como se tomó posesión de los bienes municipales (Lefebvre 2012, pág. 57). Esta situación devino en lo que se conoce como el "gran miedo" (la Grande peur). Se trata del tercer momento de la revolución: "Toda la Francia campesina se levanta en armas. Pero en algunas regiones va derecha al castillo y al señor... el «gran miedo» es pura y simplemente una guerra social" (Bergeron et al. 1986, pág. 31).

La burguesía temió que la situación se saliera por completo de control y percibió que existía una amenaza para la propiedad privada. Las alternativas que se les ofrecen a los diputados en ese momento para restablecer el orden son la fuerza, con lo que se rompería el frente común iniciado el 14 de julio; enviar al campo a las nuevas milicias burguesas y a los mercenarios reales, con lo cual se aliaban al rey; o bien, condescender a las peticiones de la plebe (Bergeron *et al.* 1986, pág. 32). En definitiva, como lo ha dicho Bergeron, se optó por liquidar la propiedad feudal para salvar la propiedad burguesa:

Este es el sentido de los famosos decretos votados desde el 4 al 11 de agosto, que abolían confusamente, en nombre del espíritu nacional, todo el sistema feudal: diezmos, derechos señoriales, privilegios personales o colectivos, Parlamentos, venalidad de los cargos públicos. Al declarar indemnizables ciertos derechos señoriales y cargos judiciales, mientras que los diezmos de la Iglesia se suprimen sin indemnización, la Asamblea ha querido salvar la propiedad privada, asimilándola en adelante al derecho común, que se convierte en derecho burgués... (Bergeron et al. 1986, pág. 32).

El 4 de agosto de 1789 se decidió que la *Declaración de Derechos Universales del Hombre y del Ciudadano* encabezaría la Constitución. Como afirma Lefevbre, a la revolución política se sumaba ahora la revolución social (2012, pág. 59), a lo que cabe agregar también la económica al extinguirse todos los gravámenes y privilegios de que gozaban los privilegiados; se había proclamado la igualdad de derechos en la Declaración de Derechos, que se concluyó el 26 de agosto de 1789.

La primera Constitución francesa estaba concluida para el 3 de septiembre de 1791 y fue ratificada por el Luis XVI. En ella se acogió la tesis de Sieyès en cuanto a la democracia representativa, descartándose así la democracia directa que propusiera Rousseau, resalta Vila Casado (2007, pág. 99). Además, el derecho al voto se reservó para los ciudadanos "activos", es decir, para quienes contribuyeran al Estado con una determinada suma de dinero (voto censitario) y tuvo un carácter indirecto, pues los ciudadanos con derecho al sufragio escogían a los electores, quienes pagaban una renta mayor, y debían elegir a los diputados. Para ser diputado debía contarse con una propiedad y realizar una alta contribución económica. Gracias a este sistema, como señala Vila Casado, quedó excluida del voto el 85% de la nación, "lo que le permitía a la burguesía asegurar el control absoluto de las instituciones democráticas" (Vila Casado 2007, pág. 99-100).

### Reflexión final

Como ha quedado evidenciado, la democracia quedó limitada por el constructo jurídico de la representación, lo cual, tanto en Francia como en Estados Unidos, permitió que una clase de propietarios y hombres acaudalados, pudieran contener, dirigir y orientar el proceso de construcción del Estado nacional, de conformidad con sus intereses.

El resultado fue un orden constitucional estructurado sobre las premisas del pensamiento liberal, a lo que corresponde un concepto limitado, tutelado y minimalista de democracia. Los alcances de tal concepto serían cuestionados durante los siglos XIX y XX, especialmente con reivindicaciones de corte socialista, que por sobre las libertades políticas propugnarán por la igualdad económica. Paulatinamente, se ampliará la base de participación de los votantes, al tenderse a tomar en cuenta no solo a los hombres propietarios, sino también a mujeres, esclavos y a todos los adultos, en calidad de ciudadanos. Ni siquiera la democracia formal nació en el proceso revolucionario norteamericano ni en el francés, debido a ese criterio censitario que reglamentó quiénes podían ser votantes y electores. Sin embargo, abonó para el futuro, como habría de orientarse ya durante el siglo XX, al ampliar las bases de participación.

Junto con la democracia habrían de gestarse, primero a través de las facciones, los futuros partidos políticos, como las instancias organizacionales válidas y reconocidas para acceder al poder, lo cual constituye otra forma de institucionalizar la representación, requisito previo para el proceso de elección de los delegados (representantes o mandatarios).

El constitucionalismo liberal representa el triunfo de los principios del individualismo, la prevalencia de la libertad negativa (como abstención del gobierno para interferir en la vida de los particulares), el respeto y pleno reconocimiento a la forma de propiedad privada, el enaltecimiento de la

riqueza como la medida del éxito personal y de las sociedades, el enaltecimiento de los valores del libre mercado y la división de poderes, como una forma de imposibilitar también la democracia. Es, en suma, la institucionalización de un régimen ad hoc a los intereses y conveniencia de la burguesía que, por esa vía, podrá acceder al poder, una vez destruidas las ataduras del feudalismo y del antiguo régimen, con sus rémoras de privilegios y regulaciones localistas. En adelante, los hombres son libres de producir, de ampararse en la ley (la razón desprovista de pasión que mencionara Aristóteles), para así ser dueños del futuro todos los emprendedores y exitosos propietarios que aprovecharán y crearán las circunstancias para iniciar una senda hacia el progreso.

Como garantía de este nuevo orden se contará en adelante con los Estados nacionales, el estado de derecho (anunciado y promovido ya por Kant), la división de poderes, que tienen como pivote el poder constituyente y los poderes constituidos, sobre la base del gobierno ejercido por procuración, como expuso Sieyès. La transposición de la soberanía personal a la soberanía nacional (no popular) ha sido útil para destruir el antiguo régimen, pero debe quedar anquilosada mediante la ficción del poder constituyente originario, que pierde todo dinamismo y poder creador al adjudicarle un carácter extraordinario y eventual, cuyo carácter fundacional se pierde en un tiempo remoto del pasado o que requiere de formalismos extremos que limitan su convocatoria en el futuro. La democracia de los modernos, gracias a este modelo, no puede ser más que una versión limitada al ejercicio del voto, que deberá encausarse a través de las instituciones políticas.

Sin embargo, la vivencia dentro de un régimen constitucional, que enaltece los valores de libertad política, de expresión, de movilidad, de pensamiento, junto a las penurias de desigualdad que trajo el sistema capitalista, generarán una dinámica reivindicadora de ampliación tanto del concepto de democracia como de incorporación de reclamaciones que –desde enfoques socialistas– se extenderán a la búsqueda de mejores condiciones de vida, que propugnan también y especialmente por la igualdad en el plano económico.

Las sociedades modernas –constitucionalistas, democráticas y republicanas– deberán, como las sociedades antiguas, afrontar la necesidad de buscar un régimen político y un gobierno que puedan conciliar las desigualdades económicas y sociales en que vive la mayoría, o bien, desgarrarse en el conflicto que conduce a la anomia y la confrontación social, con el peligro de llegar a su desintegración.

Lo anterior devendrá en la promoción de modelos constitucionales más inclusivos que, como la Constitución Mexicana de 1910 o la de Weimar de 1919, acojan, además de las libertades individuales, los derechos sociales –que se refleja sistemáticamente en el modelo propuesto por el neoconstitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial, con las constituciones de Bonn, Italia, España, etc.—. Dentro de esa dinámica, es innegable la influencia e incidencia que tuvo la Revolución bolchevique de 1917, que representó una amenaza para la supervivencia del capitalismo, al proponer parámetros diferentes sobre las aspiraciones válidas para una sociedad. La respuesta al desafío rojo fue el Estado del bienestar de la posguerra, que tanto en Europa como en Estados Unidos se implementó y que sirvió para conformar una clase media fuerte (lo que recuerda la propuesta aristotélica de que una sociedad tendría menos conflictos si adquiría un carácter mesocrático).

Los siglos XIX y XX abonaron para ampliar el concepto de democracia, en tanto el auge del Estado constitucional cobró impulso a partir de la segunda mitad del último siglo y, durante los años setenta, surgieron las reivindicaciones republicanas como la opción para llegar a una vida autónoma con participación de la mayoría.

El socialismo real dejó de ser una opción a finales del siglo XX. Los regímenes totalitarios proliferaron bajo diferentes banderas políticas a lo ancho del mundo. La aspiración por sociedades más democráticas prevalece como la mejor opción, si bien los cambios en los patrones productivos actuales, que se sintetizan en el proceso de la globalización, le obligan a enfrentar nuevos desafíos. El Estado nacional se ha quedado corto para enfrentar, como poder máximo, las resultas de un poder económico inimaginable, en donde las corporaciones multinacionales poseen activos que superan el producto interno bruto de muchos países (la sistemática desregulación económica y laboral, comenzadas aproximadamente desde la década de los años ochenta del pasado siglo, así lo demuestran).

La plutocracia, como expresión clara de las debilidades actuales de los regímenes que se reconocen como democráticos, demanda retomar la creatividad e ingenio ateniense, en donde, con valentía y civismo, surgió el ideal por una sociedad que pudiera atenuar los conflictos que los extremos de riqueza y pobreza dividen a una comunidad política. La diferencia, en la actualidad, es que esa desigualdad tiende a dividir al mundo en lo que se ha llamado un mundo de dos pisos, por los extremos entre pobreza y riqueza.

El mundo globalizado demanda enfrentar los dilemas que, tanto en Estados Unidos como en Francia, al retomar y comenzar a redignificar el concepto de democracia, reavivaron la necesidad de discutir y conciliar en las sociedades los conceptos de libertad e igualdad para el logro de la paz, la armonía y la posibilidad del buen vivir.

El proclamado mundo unipolar, como lo ha demostrado el paso del tiempo, debe enfrentar la necesidad de promover un cese a la creciente desigualdad que caracteriza a la realidad actual. Tan es así que, incluso en los países industrializados, el Estado del bienestar ha perdido terreno e incluso agoniza en esas sociedades, en tanto los derechos sociales no son más que derechos de papel (como lo afirma Gargarella) para las sociedades que, como la guatemalteca, llegó tarde el neoconstitucionalismo, pues las penurias de las doctrinas neoliberales le constriñen para no poder cumplir con las promesas magnas.

### Referencias

Asimov, Isaac. El nacimiento de los Estados Unidos /1763-1816). Madrid, Alianza Editorial, 2010.

Bergeron, Luis; et. al. La época de las revoluciones europeas, 1780-1848. México, Editorial Siglo XXI, 1986.

Davidson, George (impresor y publicador). The political writings of Thomas Paine, Secretary to the Comittee of Foreign Affairs in the American Revolution. Charlestown, Massachussets, Vol. II, 1824.

- Dunn, John. Democracia. El viaje inacabado (508 a. C.-1993 d. C.). Barcelona, Tusquets Editores, 1995.
- Duverger, Maurice. Los partidos políticos. México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- García-Pelayo, Manuel. Derecho Constitucional comparado. Madrid, Talleres Gráficos de Ediciones Castilla, S. A., 5ª ed., 1959.
- Vidal, Gore. La invención de una nación. Washington, Adams, Jefferson. Barcelona, Editorial Anagrama, 2004.
- Grimberg, Carl. Historia Universal Daimon. 4 La Edad Media. El choque de dos mundos: Oriente y Occidente. Barcelona, Ediciones Daimon, Manuel Tamayo, 1967.
- Hamilton, Alexander; et. al. El Federalista. México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Jenkins, Philip. Breve historia de Estados Unidos. Madrid, Alianza Editorial, 2ª edición, 2005.
- John Dunn (Director), et. al. Democracia. El viaje inacabado (508 a. C.-1993 d. C.). Barcelona, Tusquets Editores, S. A., 1995.
- Lefebvre, Georges. La revolución francesa y el imperio (1787-1815). México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Bogotá, Editorial Temis, 2003, 9ª edición.
- Negri, Antonio. El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Madrid, Libertarias/Prodhufi, S. A., 1994.
- Parry, John H. Europa y la expansión del mundo 1415-1715. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Sabine, George. Historia de la teoría política. México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- Sieyès, Emmanuel. ¿Qué es el Tercer Estado? Precedido de Ensayo sobre los privilegios. Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- Tocqueville, Alexis. La democracia en América. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Vila Casado, Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo. Colombia, Legis Editores S. A., 2007.

# Sección

# **Documentos Históricos**

#### Presentación

La Revista Jurídica Dr. Mariano Gálvez, fiel a su mandato científico, también busca recuperar la memoria histórica nacional y regional. Este esfuerzo se hace por medio de recuperar documentos históricos trascendentales para la vida jurídica, política, económica y científica del país.

En cada número se acompañarán documentos relacionados con una temática particular y se evitará emitir juicios o análisis al respecto de los mismos (eso quedará para artículos especializados que se publicarán en las ocasiones apropiadas). Se espera que este enfoque ayude a recuperar documentos valiosos y los lleve a los lectores para que ellos mismos, luego de su lectura y estudio, generen sus propios procesos científicos y académicos.

#### El contenido de este número

En este número ofrecemos cinco documentos histórios esenciales para comprender nuestro constitucionalismo. Los primeros dos documentos son declaraciones políticas, una ampliamente divulgada en su tiempo (el Plan de Iguala) y otro que se mantuvo más o menos oculto hasta el siglo XX (el Plan Pacífico).

#### Luego se incluye:

- 1. El Acta de Independencia de Centroamérica de 1821,
- 2. El Acta de la Unión de las Provincias de Centro América al Imperio Mexicano en 1822, y
- 3. La Declaración de Independencia Absoluta de Centroamérica 1823

Todos estos documentos deben ser estudiados en conjunto y a fondo antes de adentrarse en el estudio de la Constitución Federal de 1824, verdadera piedra angular de nuestro constitucionalismo nacional y regional. Las luces y sombras de la historia constitucional patria comienzan con estos documentos y no podemos darnos el lujo de ignorar la historia.

El Editor.

## Plan de Iguala 21 de febrero de 1821<sup>103</sup>

iAmericanos! bajo cuyo nombre comprendo no sólo á los nacidos en América, sino á los europeos, africanos y asiáticos que en ella residen: tened la bondad de oírme. Las naciones que se llaman grandes en la extensión del globo, fueron dominadas por otras; y hasta que sus luces no les permitieron fijar su propia, no se emanciparon. Las europeas que llegaron á la mayor ilustración y policía, fueron esclavos de la romana, y este imperio, el mayor que reconoce la historia, asemejó al padre de familias, que en su ancianidad mira separarse de su casa á los hijos y los nietos por estar ya en edad de formar otras, y fijarse por sí, conservándole todo el respeto, veneración y amor, como á su primitivo origen.

Trescientos años hace, la América Septentrional, que está bajo de la tutela de la nación más católica y piadosa, heroica y magnánima. La España la educó y engrandeció formando esas ciudades opulentas, esos pueblos hermosos, esas provincias y reinos dilatados que en la historia del universo van á ocupar lugar muy distinguido. Aumentadas las poblaciones y las luces, conocidos todos los ramos de la natural opulencia del suelo, su riqueza metálica, las ventajas de su situación topográfica, los daños que originan la distancia del centro de su unidad y que ya la rama sea igual al tronco, la opinión pública y la general de todos los pueblos es la de la independencia absoluta de la España y de toda otra nación. Asi piensa el europeo, así los americanos de todo origen.

Esta misma voz que resonó en el pueblo de los Dolores el año de 1810, y que tantas desgracias originó al bello país de las delicias por el desorden, el abandono y otra multitud de vicios, fijó también la opinión pública de que la unión general entre europeos y americanos, indios é indígenas es la única base sólida en que pueda descansar nuestra común felicidad. ¿Y quién pondrá duda en que después de la experiencia horrorosa de tantos desastres no haya siquiera quien deje de prestarse á la unión para conseguir tanto bien? ¡Españoles europeos!, vuestra patria es la América, porque en ella vivís, en ella tenéis á vuestras amadas mujeres, á vuestros tiernos hijos, vuestras haciendas, comercio y bienes.

iAmericanos!, ¿quién de vosotros puede decir que no desciende de español? Ved la cadena dulcísima que nos une; añadid los otros lazos de la amistad, la dependencia de intereses, la educación é idioma y la conformidad de sentimientos, y veréis son tan estrechos y tan poderosos, que la felicidad común del reino es necesario la hagan todos reunidos en una sola opinión y en una sola voz.

<sup>103</sup> Fuente del documento: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiT9Nm-Gu-HqAhUQnOAKHfJMATAQFjAAegQlAxAB&url=https%3A%2F%2Fconstitucion1917.gob.mx%2Fwork%2Fmodels%2FConstitucion1917%2FRe-source%2F263%2F1%2Fimages%2FIndependencia18.pdf&usg=AOvVaw2l9elU-rN7Ydll38vlh1G\_

Es llegado el momento en que manifestéis la uniformidad de sentimientos, y que nuestra unión sea la mano poderosa que emancipe á la América sin necesidad de auxilios extraños. Al frente de un ejército valiente y resuelto he proclamado la independencia de la América Septentrional. Es ya libre, es ya señora de sí misma, ya no reconoce ni depende de la España ni de otra nación alguna; saludadla todos como independientes, y sean vuestros corazones bizarros los que sostengan esta dulce voz, unidos con las tropas que han resuelto morir antes que separarse de tan heroica empresa. No le anima otro deseo al ejército que el conservar pura la santa religión que profesamos y hacer la felicidad general. Oíd, escuchad las bases sólidas en que funda su resolución:

- 1. La religión católica, apostólica, romana, sin tolerancia de otra alguna.
- 2. Absoluta independencia de este reino.
- 3. Gobierno monárquico templado por una Constitución análoga al país.
- 4. Fernando VII, y en sus casos los de su dinastía ó de otra reinante, serán los emperadores, para hallarnos con un monarca ya hecho y precaver los atentados funestos de la ambición.
- 5. Habrá una Junta ínterin se reúnen Cortes que hagan efectivo este plan.
- 6. Esta se nombrará gubernativa y se compondrá de los vocales ya propuestos al señor Virrey.
- 7. Gobernará en virtud del juramento que tiene prestado al Rey, interin éste se presenta en México y lo presta, y hasta entonces se suspenderán todas ulteriores órdenes.
- 8. Si Fernando VII no se resolviera á venir á México, la Junta ó la Regencia mandará á nombre de la nación, mientras se resuelve la testa que debe coronarse.
- 9. Será sostenido este Gobierno por el ejército de las Tres Garantías.
- 10. Las Cortes resolverán si ha de continuar esta Junta ó sustituirse una Regencia mientras llega el emperador.
- 11. Trabajarán, luego que se unan, la Constitución del imperio mexicano.
- 12. Todos los habitantes de él, sin otra distinción que su mérito y virtudes, son ciudadanos idóneos para optar cualquier empleo.
- 13. Sus personas y propiedades serán respetadas y protegidas.
- 14. El clero secular y regular, conservado en todos sus fueros y propiedades.
- 15. Todos los ramos del Estado y empleados públicos subsistirán como en el día, y solo serán removidos los que se opongan á este plan, y sustituidos por los que más se distingan en su adhesión, virtud y mérito.
- 16. Se formará un ejército protector, que se denominará de las Tres Garantías, y que se sacrificará del primero al último de sus individuos, antes que sufrir la más ligera infracción de ellas.
- 17. Este ejército observará á la letra la ordenanza, y sus jefes y oficialidad continuarán en el pie en que están, con la expectativa, no obstante, á los empleos vacantes y á los que se estimen de necesidad ó conveniencia.

- 18. Las tropas de que se componga se considerarán como de línea, y lo mismo las que abracen luego este plan, las que lo difieran y los paisanos que quieran alistarse, se mirarán como milicia nacional, y el arreglo y forma de todas lo dictarán las Cortes.
- 19. Los empleos se darán en virtud de informe de los respectivos jefes, y á nombre de la nación provisionalmente.
- 20. Interin se reunan las Cortes, se procederá en los delitos con total arreglo á la Constitución española.
- 21. El de conspiración contra la independencia se procederá á prisión sin pasar á otra cosa hasta que las Cortes dicten la pena correspondiente, la mayor de los delitos, después de lesa majestad divina.
- 22. Se vigilará sobre los que intenten sembrar la división, y se reputarán como conspiradores contra la independencia.
- 23. Como las Cortes que se han de formar son Constituyentes, deben ser elegidos los diputados bajo este concepto. La Junta determinará las reglas y el tiempo necesario para el efecto.

Americanos: he aquí el establecimiento y la creación de un nuevo imperio. He aquí lo que ha jurado el ejército de las Tres Garantías, cuya voz lleva el que tiene el honor de dirigírosla. He aquí el objeto para cuya cooperación os invita. No os pide otra cosa que lo que vosotros mismos debéis pedir y apetecer: unión, fraternidad, orden, quietud interior, vigilancia y horror á cualquier movimiento turbulento. Estos guerreros no quieren otra cosa que la felicidad común. Uníos con su valor, para llevar adelante una empresa que por todos aspectos (si no es por la pequeña parte que en ella ha tenido) debo llamar heroica. No teniendo enemigos que batir, confiemos en el Dios de los ejércitos, que lo es también de la paz, que cuantos componemos este cuerpo de fuerzas combinadas de europeos y americanos, de disidentes y realistas, seremos unos meros protectores, unos simples espectadores de la obra grande que hoy he trazado, y que retocarán y perfeccionarán los padres de la patria. Asombrad á las naciones de la culta Europa; vean que la América Septentrional se emancipó sin derramar una sola gota de sangre. En el transporte de vuestro júbilo decid: iViva la religión santa que profesamos! iViva la América Septentrional, independiente de todas las naciones del globo! iViva la unión que hizo nuestra felicidad!

Iguala, 21 de febrero de 1821.—Agustín de Iturbide.

# Plan Pacífico de Independencia Agosto de 1821<sup>104</sup>

### EN NOMBRE DEL SER SUPREMO PLAN PACIFICO DE INDEPENDENCIA PARA LA PROVINCIA DE GUATEMALA.

Artículo 1°. No tenemos Jefe para esta empresa. Elegimos desde ahora de nuestra plena voluntad y general consentimiento al Señor Don Gabino Gaínza nuestro actual interino Jefe. Sí aceptaré pasará a serlo en toda la propiedad y legitimidad que le confiere la elección del pueblo; obtendrá los honores y recompensas debidas por su mérito, nuestra gratitud y la de nuestra posteridad.

Artículo 2°. La aceptación del Gefe tendrá por primer efecto convocar una Junta Generalísima de los vecinos. 105

- a) Pretexto de prevenir el desorden en caso de decidirse el pueblo a la independencia, en que solamente se les propondrá a los concurrentes voten secretamente en pro o en contra de ella.
- b) Hecha la votación se nombrarán dos escrutadores, para reconocer los votos, y publicar su resultado.

Artículo 3°. Si éste fuere en pro, el Gefe les dirá a los concurrentes: "Señores: el pueblo está por la independencia: Nombremos una Junta que lo dirija". 106

Artículo 4°. Esta Junta se nombrará acto continúo, y deberá constar de dos individuos de cada provincia, procurando que sean nativos de ellas. Acto continuo se llamarán a los sujetos nombrados, y se les tomará juramento de cumplir fielmente su cargo. En el hecho quedará instalada la Junta.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Según Horacio Cabezas "14 de septiembre de 1963, Enrique del Cid Fernández, periodista e historiador guatemalteco, publicó en El Imparcial la trascripción de un documento titulado Plan Pacífico de Independencia, que él había encontrado en los archivos de la Familia Aycinena. Dicho escrito había sido elaborado en agosto de 1821, en la Casa Señorial de la Familia Aycinena, ubicada en la 7a avenida, entre 9a y 8a calles de la actual zona uno de la ciudad de Guatemala, de la que solamente queda en la actualidad el Pasaje Aycinena." Aparentemente este documento fue preparado por Juan José de Aycinena y su hermano Mariano, así como Pedro Molina, Mariano de Beltranena y José Francisco Barrundia.

<sup>105</sup> Nota que aparece en el documento: A esta Junta deberán concurrir el Arzobispo, y algunos Canónigos, los Prelados Eclesiásticos, los Jefes militares, los Oidores que se eligieren para el caso. El resto se compondrá de los primeros vecinos cabezas de casa y de la Diputación Provincial, con algunos vocales del Ayuntamiento. Determinado el día en que se ha de convocar la Junta se mandará poner el Batallón de Milicias sobre las armas, y se dará aviso secreto al Pueblo por medio de los Síndicos, para que concurra en masa a diferentes puntos de la ciudad, y grite "viva la independencia". Una guardia de negros mandada por su oficial Don Justo Milla guardará la puerta del salón en que se haga la Junta, y aquel día estará de guardia en el Fijo un oficial de los de confianza.

Nota que aparece en el documento: Cuando el Jefe determine que se nombre esta Junta habrá grandes reconvenciones y alboroto. El Jefe entonces llamará al orden a los exaltados, y les dirá: Señores: aquí hemos concurrido a decidir una cosa de la mayor importancia. He convocado a los principales para el efecto: Voten VV. si se debe o no hacer el nombramiento propuesto. - Si alguno en este intermedio quisiese salir para irse no se lo permitirá el Jefe, hasta que se concluya el nombramiento de la Junta. Concluido el nombramiento mandará el Jefe arrestar a los más exaltados en contra de la independencia para asegurar sus personas y resguardarlas del insulto del pueblo.

<sup>107</sup> Nota que aparece en el documento: Nombrada la Junta se presentará el Jefe en un balcón, y gritará "Viva la independencia". A que contestará el pueblo con aclamaciones. En seguida se presentará en el mismo paraje la Junta Provisional preparatoria, y el Jefe la dará a reconocer al pueblo.

Artículo 5°. La primera cesión de está será secreta y su primera ocupación extender los partes correspondientes de este paso anterior dado hacia la independencia, para los gefes políticos superiores e inferiores, y alcaldes constitucionales de los pueblos que formará con ellos el Gefe.

Artículo 6°. En sus sesiones siguientes se ocupará en preparar los elementos de que deberá constar el Congreso Nacional, modo de convocarlo, etc., etc.

Artículo 7°. No se innovará nada en cuanto al gobierno, ni se tratará de remover empleado alguno, a no ser que se considere peligroso contra el futuro inmediato sistema.<sup>108</sup>

Artículo 8°. Seremos aliados natos de la Península; y confederados de los nuevos Gobiernos americanos.

Artículo 9°. Los españoles europeos no sólo serán perseguidos, sino protegidos por nosotros.

Artículo 10°. Obtendrán los mismos derechos que hoy tienen.

Artículo 11°. Y privilegios en punto a Comercio con respecto a los extranjeros.

Tales serán los medios sencillos de proclamar nuestra independencia, y las bases equitativas en que deberá fundarse: y relaciones en que deberemos quedar con respecto a los españoles. Si logramos este paso, el Jefe con la Junta (después de poner en resguardo a las personas que pudiesen peligrar) pasarían a la Catedral a dar gracias al Altísimo, y el resto del Pueblo se repartiría por la ciudad a hacer las demostraciones correspondientes".

1. A esta reunión deberán concurrir el Arzobispo, y algunos canónigos, los Prelados Eclesiásticos, los Xefes Militares, los Oidores que sean cabezas de casa, y de la Diputación Provincial, con algunos vocales del Ayuntamiento. Determinado el día en que se ha de convocar la Junta se mandara poner el Batallón de Milicias sobre las armas, y se dará aviso secreto al pueblo por medio de los Síndicos para que concurra en masa a diferentes puntos de la ciudad, y griten viva la independencia.

Una guardia de negros mandada por su oficial Don Justo Milla guardará la puerta del salón en que se haga la junta, y aquel día estará de guardia en el Fixo un oficial de los de confianza.

2. Cuando el Xefe determine que se nombre esta Junta habrá grandes reconvenciones y alboroto. El Xefe entonces llamara al orden a los exaltados, y les dirá: Señores: aquí hemos concurrido a decir una cosa de la mayor importancia: he convocado a los principales para el efecto: Voten W. Si se debe o no hacer el nombramiento propuesto. –Si alguno en este intermedio quisiese salir para irse no se lo permitirá el Xefe, hasta que se concluya el nombramiento de la Junta. Concluido el nombramiento mandara de Gefe arrestar a los más exaltados en contra de la independencia para asegurar sus personas, y resguardarlas del insulto del pueblo.

<sup>108</sup> Nota que aparece en el documento: Se removerán sí de sus destinos todos los militares que notoriamente se hayan opuesto al sistema de independencia, y se removerán, para siempre, quedándoles su sueldo íntegro a los que lo tuvieren, y salvoconducto para salir fuera de la Provincia.

- 3. Nombrada la Junta se presentará el Xefe en un balcón y gritará viva la independencia: a que contestará el pueblo con aclamación: en seguida se presentará en el mismo parage la Junta Provisional preparatoria, y el Gefe la dará a conocer al pueblo.
- 4. Se removerán si de sus destinos todos los militares que notoriamente se hayan opuesto al sistema de independencia, y se removerán, para siempre, quedándoles su estado integro a los que tuvieren, y salvo conducto para salir fuera de la provincia.

# Acta de Independencia de Centroamérica 15 de septiembre de 1821

El día 15 del corriente se acordó lo que sigue: Palacio Nacional de Guatemala, QUINCE DE SEPTIEMBRE DE MIL OCHOCIENTOS VEINTIUNO. Siendo públicos e indudables los deseos de independencia del Gobierno Español, que por escrito y de palabra ha manifestado el pueblo de esta Capital: recibidos por el último correo diversos oficios de los Ayuntamientos Constitucionales de Ciudad Real, Comitán y Tuxtla, en que comunican haber proclamado y jurado dicha independencia, y excitan a que se haga lo mismo en esta ciudad: siendo positivo, que han circulado iguales oficios a otros Ayuntamientos: determinado de acuerdo con la Exma. Diputación Provincial, que para tratar de asunto tan grave, se reuniese en uno de los salones de este palacio la misma Diputación Provincial, el Ilmo. Señor Arzobispo, los señores individuos que disputasen, la Exma. Audiencia Territorial, el Venerable Señor Deán y Cabildo Eclesiástico, el Excmo. Ayuntamiento, el Muy Ilustre Claustro, el Consulado y Muy Ilustre Colegio de Abogados, los Prelados Regulares, Jefes y funcionarios públicos: congregados todos en el mismo salón: leídos los oficios expresados: discutido y meditado detendidamente el asunto; y oído el clamor de "viva la Independencia", que repetía lleno de entusiasmo el pueblo que se veía reunido en las calles, plaza, patio, correderos y antesala de este palacio, se acordó por esta Diputación e individuos del Excelentísimo Ayuntamiento:

PRIMERO. - Que siendo la Independencia del Gobierno Español la voluntad general del pueblo de Guatemala, y sin perjuicio de lo que determine sobre ella el Congreso que debe formarse, el señor Jefe Político, la mande publicar para prevenir las consecuencias que serían terribles, en el caso de que la proclamase de hecho el mismo pueblo".

SEGUNDO. - Que desde luego se circulen oficios a las Provincias por correos extraordinarios, para que sin demora alguna, se sirvan proceder a elegir Diputados o Representantes suyos, y estos concurrirán a esta Capital, a formar el Congreso que debe decidir el punto de independencia general absoluta, y fijar en caso de acordarla, la forma de Gobierno y Ley Fundamental que deba regir".

TERCERO. - Que para facilitar el nombramiento de Diputados, se sirvan hacerlo las mismas Juntas electorales de provincia que hicieron, o debieron hacer las elecciones de los últimos Diputados a Cortes".

CUARTO. - Que el número de estos Diputados, sea en proporción de uno por cada quince mil individuos, sin excluir de la ciudadanía a los originarios de África".

QUINTO. - Que las mismas Juntas electorales de Provincia, teniendo presentes los últimos censos, se sirvan determinar, según esta base, el número de Diputados o Representantes que deban elegir".

SEXTO. - Que en atención a la gravedad y urgencia del asunto, se sirvan hacer las elecciones de modo que el día primero de marzo del año próximo de 1822, estén reunidos en esta Capital todos los Diputados".

SÉPTIMO. - Que entre tanto, no haciéndose novedad entre las autoridades establecidas, signa estas ejerciendo sus atribuciones respectivas, con arreglo a la Constitución, decretos y leyes, hasta que el Congreso indicado, determine lo que sea más justo y benéfico".

OCTAVO.- Que el señor Jefe Político, Brigadier D. Gabino Gainza, continúe con el Gobierno Superior Político y Militar, y para que este tenga el carácter que parece propio de las circunstancias, se forme una Junta Provisional Consultiva, compuesta de los señores individuos actuales de esta Diputación Provincial, y de los señores individuos actuales de esta Diputación Provincial, y de los señores D. Miguel Larreinaga, Ministro de esta Audiencia, Don José del Valle, Auditor de Guerra, Marqués de Aycinena, Dr. don José Valdez, Tesorero de esta Santa Iglesia, Dr. don Ángel María Candina, y Licenciado D. Antonio Robles, Alcalde 3o. constitucional: el primero por la Provincia de León: el segundo por la de Comayagua: el tercero por Quezaltenango: el cuarto por Sololá y Chimaltenango: el quinto por Sonsonate, y el sexto por Ciudad Real de Chiapas".

NOVENO. - Que esta Junta Provisional consulte al señor Jefe Político, en todos los asuntos económicos y gubernativos dignos de su atención".

DÉCIMO. - Que la religión católica, que hemos profesado en los siglos anteriores, y profesaremos en los siglos sucesivos, se coserve pura e inalterable, manteniendo vivo el espíritu de religiosidad que ha distinguido siempre a Guatemala, respetando a los Ministros eclesiásticos, seculares y regulares, y protegiéndoles en sus personas y propiedades".

UNDÉCIMO. - Que se pase oficio a los dignos Prelados de las Comunidades religiosas, para que cooperando a la paz y sosiego, que es la primera necesidad de los pueblos, cuando pasan de un gobierno a otro, dispongan que sus individuos exhorten a la fraternidad y concordia a los que estando unidos en el sentimiento general de la independencia deben estarlo también en todo lo demás, sofocando pasiones individuales que dividen los ánimos, y producen funestas consecuencias".

DUODÉCIMO. - Que el Excelentísimo Ayuntamiento, a quien corresponde la conservación del orden y tranquilidad, tome las medidas más activas, para mantenerlo en toda esta capital y pueblos inmediatos".

DÉCIMO TERCIO. - Que el señor Jefe Político publique un manifiesto, haciendo notorios a la faz de todos, los sentimientos generales del pueblo, la opinión de las autoridades y corporaciones las medidas de este Gobierno, las causas y circunstancias que lo decidieron a prestar en manos

del señor Alcalde 1o., a pedimento del pueblo, el juramento de independencia y fidelidad, al Gobierno americano que se establezca".

DÉCIMO CUARTO. - Que igual juramento, preste la Junta Provisional, el Excelentísimo Ayuntamiento, el Ilustrísimo Señor Arzobispo, los Tribunales, Jefes Políticos y Militares, los Prelados Regulares, sus comunidades religiosas, Jefes y empleados en las rentas, autoridades, corporaciones y tropas de las respectivas guarniciones".

DÉCIMO QUINTO. - Que el señor Jefe Político, de acuerdo con el Excelentísimo Ayuntamiento, disponga la solemnidad y señale el día en que el pueblo deba hacer la proclamación y juramento expresado de independencia".

DÉCIMO SEXTO. - Que el Excelentísimo Ayuntamiento, acuerde la acuñación de una medalla, que perpetúe en los siglos la memoria del día "Quince de Septiembre de mil ochocientos veintiuno" en que se proclamó su feliz independencia".

DÉCIMO SÉPTIMO. - Que imprimiendo esta acta y el manifiesto expresado, se circule a las Excelentísimas Diputaciones Provinciales, Ayuntamientos Constitucionales, y demás autoridades eclesiásticas regulares, seculares y militares, para que siendo acordes en los mismos sentimientos que ha manifestado este pueblo, se sirven obrar con arreglo a todo lo expuesto".

DÉCIMO OCTAVO. - Que imprimiéndose esta acta, y el manifiesto expresado se circule á las excelentísimas diputaciones provinciales, Ayuntamientos. constitucionales y demás autoridades eclesiásticas, regulares, seculares, y militares p<sup>a</sup> q. siendo acordes en los mismos sentimientos q. ha manifestado este Pueblo, se sirvan obrar con arreglo á todo lo expuesto.

DÉCIMO NOVENO. - Que se cante el día que designe el señor Jefe Político, una misa solemne de gracias, con asistencia de la Junta Provisional, de todas las autoridades, corporaciones y Jefes, haciéndose salvas de artillería y tres días de iluminación. —

Palacio Nacional de Guatemala, septiembre 15 de 1821.-

Gabino Gainza.- Mariano de Baltranena, J. Marino Calderón.- José Matías Delgado.- Manuel Antonio Molina.- Mariano de Larrave.- Antonio de Rivera.- J. Antonio de Larrave.- Isidro de Valle y Castriciones.- Mariano de Aycinena.- Pedro de Arroyave.- Lorenzo de Romaña, Secretario.- Domingo Diéguez, Secretario".

# Acta de la Unión de las Provincias de Centro América al Imperio Mexicano de 1822

«Palacio Nacional de Guatemala, enero 5 de 1822. Habiéndose traído a la vista las contestaciones de los ayuntamientos de las provincias, dadas a virtud del oficio circular de 30 de noviembre último, en que se les previno que en consejo abierto explorasen la voluntad de los pueblos sobre la unión al Imperio Mexicano, que el Serenísimo señor don Agustín de Iturvide Precidente de la Regencia, proponia en su oficio de 19 de octubre que se acompañó impreso; y trayéndose igualmente las contestaciones que sobre el mismo punto han dado los tribunales y comunidades eclesiásticas y seculares, jefes políticos, militares y de hacienda, y personas particulares, a quienes se tuvo por conveniente consultar, se prosedió a examinar y regular la voluntad general, en la manera siguiente:

Los ayuntamientos que han convenido llanamente en la unión, según se contiene en el oficio del Gobierno de México, son ciento cuatro.

Los que han convenido en ella con algunas condiciones, que les ha parecido poner, son once.

Los que han conprometido su voluntad en lo que parezca a la Junta Provicional, atendido el conjunto de circunstancias, son treinta y dos.

Los que se remiten a lo que diga el Congreso, que estaba convocado desde el 15 de septiembre y debia reunirse el 1º de febrero próximo, son veintiuno.

Los que manifestaron no conformarse con la unión, son dos. Los restantes no han dado contestación, y si la han dado no se ha recibido.

Y traido a la vista el estado impreso de la población del Reyno, hecho por un cálculo aproximado, sobre los censos existentes para la elección de Diputados, que se circuló en noviembre próximo anterior, se halló: que la voluntad manifestada llanamente por la unión, exedia de la mayoría absoluta de la población reunida a este Gobierno. Y computandose la de la Intendencia de Nicaragua, que desde su declaratoria de su independencia del Gobierno español, se unió al de México, separandose absolutamente de éste; la de la Comayagua, que se haya en el mismo caso; la de la ciudad real de Chiapas, que se unió al Imperio aun antes de que se declarase la independencia de esta ciudad; la de Quezaltenango, Solola y algunos otros pueblos, que en estos últimos días se han adherido por sí mismos a la unión; se encontró

que la voluntad general subía a una suma casi total. Y teniendo presente la Junta que su deber, en este caso, no es otro que trasladar al Gobierno de México lo que los pueblos quieren, acordó verificarlo así, como ya se le indicó en oficio de 3 del corriente.

Entre las varias concideraciones que ha hecho la Junta, en esta importante y grave materia, en que los pueblos se hayan amenazados en su reposo, y especialmente en la unión con sus hermanos de las otras provincias con quienes ha vivido siempre ligados por la vecindad, comercio y otros vínculos estrechos, fue una de las primeras, que por medio de la unión a México querían salvar la integridad de lo que antes se ha llamado Reino de Guatemala, y restablecer entre si la unión que ha reinado por lo pasado; no apareciendo otro para remediar la divición que se experimenta.

Como algunos pueblos han fijado al juicio de la Junta lo que más les convenga resolver en la presente materia y circunstancias, por no tenerlas todas a la vista; la Junta juzga, que manifestada, como está de un modo tan claro, la voluntad de la universalidad es necesario que los dichos pueblos se adhieran a ella para salvar su integridad y reposo.

Como las contestaciones dadas por los Ayuntamientos, lo son con vista del oficio del Serenísimo señor Iturbide que se les circuló, y en él se propone como base la observancia del Plan de Iguala y de Córdova, con otras condiciones, benéficas al bien y prosperidad de estas provincias, las cuales si llegásen a término de poder por sí constituirse en Estado independiente, podrán libremente constituirlo; se ha de entender que la adhesión al Imperio de México es bajo estas condiciones y bases.

Las puestas por algunos Ayuntamientos, respecto a que parte están virtualmente contenidas en las generales, y parte difieren entre sí para que puedan sujetarse a una expresión positiva; se comunicaran al Gobierno de México para el efecto que convengan; y los Ayuntamientos mismos en su caso, podrán darlas como instrucción a los Diputados respectivos, sacándose testimonio por la Secretaría.

Respecto de aquellos Ayuntamientos, que han contestado remitiéndose al Congreso, que debía formarse, y no es posible ya verificarlo, porque la mayoría ha expresado su voluntad en sentido contrario, se les comunicará el resultado de ésta, en copia de esta acta.

Para conocimiento y noticia de todas las provincias, pueblos y ciudadanos, se formará un estado general de las contestaciones que se han recibido, distribuyéndolas por clases, conforme se hizo al tiempo de reconocerse en esta junta, el cual se publicará posteriormente.

Se dará parte a la Soberana junta Legislativa Provisional, a la Regencia del Imperio y al Serenísimo Señor Iturbide con esta acta, que se imprimirá, y circulará a todos los Ayuntamientos, autoridades, tribunales corporaciones y jefes, para su inteligencia y gobierno.

## Declaración de Independencia Absoluta de Centroamérica 1823

### DECRETO LEGISLATIVO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, DEL 1º DE JULIO DE 1823

"Los Representantes de las Provincias Unidas del Centro de América, congregadas á virtud de la convocatoria, dada en esta ciudad, á 15 de septiembre de 1821 y renovada en 29 de marzo del corriente año, con el importante objeto de pronunciar sobre la independencia y libertad de los pueblos, nuestros comitentes sobre su recíproca unión: sobre su gobierno; y sobre todos los demás puntos contenidos en la memorable acta del citado día 15 de Septiembre, que adoptó entonces la mayoría de los pueblos de este vasto territorio, y á que se han adherido posteriormente todos los demás, que hoy se hallan representados en esta Asamblea general.

Después de examinar, con todo el detenimiento y madurez que exige la delicadeza y entidad de los objetos con que somos congregados, así la acta expresada de Setiembre de 21 y la de 5 de enero de 1822, como también el decreto del Gobierno Provisorio de esta provincia, de 29 de Marzo último, y todos los documentos concernientes al objeto mismo de nuestra reunión.

Después de traer á la vista todos los datos necesarios para conocer el estado de la población, riqueza, recursos, situación local, extensión y demás circunstancias de los pueblos que ocupan el territorio antes llamado reino de Guatemala.

Habiendo discutido la materia: oído el informe de las diversas comisiones que han trabajado para acumular y presentar á esta Asamblea todas las luces posibles acerca de los puntos indicados: teniendo presente cuando puede requerirse para el establecimiento de un nuevo Estado; y tomando en consideración:

#### **PRIMERO**

Que la independencia del Gobierno Español ha sido y es necesaria en las circunstancias de aquella Nación y las de toda la América: que era y es justa en sí misma y esencialmente conforme á los derechos sagrados de la naturaleza: que la demandaba imperiosamente las luces del siglo, las necesidades del Nuevo Mundo y todos los más caros intereses de los pueblos que lo habitan.

Que la naturaleza misma resiste la dependencia de esta parte del globo, separada por un océano inmenso de la que fue su metrópoli, y con la cual le es imposible mantener la inmediata y frecuente comunicación, indispensable entre pueblos que forman un solo Estado.

Que la experiencia de mas de trescientos años manifestó á la América que su felicidad era del todo incompatible con la nulidad á que la reducía la triste condición de colonia de una pequeña parte de Europa.

Que la arbitrariedad, con que fue gobernada por la Nación Española, y la conducta que ésta observó constantemente, desde la conquista, excitó en los pueblos él más ardiente deseo de recobrar sus derechos usurpados.

Que, á impulsos de tan justos sentimientos, todas las provincias de América sacudieron el yugo que las oprimió por espacio de tres siglos: que las que pueblan el antiguo reino de Guatemala proclamaron gloriosamente su independencia en los últimos meses del año 1821; y que la resolución de conservarla y sostenerla es el voto general y uniforme de todos sus habitantes.

#### **SEGUNDO**

Considerando por otra parte: que la incorporación de estas Provincias al extinguido Imperio Mejicano, verificada solo de hecho en fines de 1821 y principios de 1822, fue una expresión violenta, arrancada por medios viciosos e ilegales.

Que no fue acordada ni pronunciada por órganos ni por medios legítimos; que por estos principios la Representación Nacional del Estado Mejicano jamás la aceptó expresamente, ni pudo con derecho aceptarla; y que las providencias que acerca de esta unión dictó y expidió D. Agustín de Iturbide, fueron nulas.

Que la expresada agregación ha sido y es contra á los intereses y á los derechos sagrados de los pueblos, nuestros comitentes: que es opuesta á su voluntad; y que un concurso de circunstancias tan poderosas e irresistibles exigen que las Provincias del antiguo Reino de Guatemala se constituyan por sí mismas y con separación del Estado Mejicano.

Nosotros, por tanto, los Representantes de dichas Provincias, en su nombre, con su autoridad y conformes en todo con sus votos, declaramos solemnemente:

- 1º Que las expresadas Provincias, representadas en esta Asamblea, son libres e independientes de la antigua España, de Méjico y de cualquiera otra potencia así del antiguo, como del Nuevo Mundo; y que no son ni deben ser el patrimonio de persona ni familia alguna.
- 2º Que, en consecuencia, son y forman Nación Soberana, con derecho y actitud de ejercer y celebrar cuantos actos, contratos y funciones ejercen y celebran los otros pueblos libres de la tierra.
- 3º Que las Provincias sobredichas, representadas en esta Asamblea (y las demás espontáneamente se agreguen de las que componían el antiguo Reino de Guatemala), se llamarán, por ahora, y sin perjuicio de lo que se resuelva en la Constitución que ha de formarse, "PROVINCIAS UNIDAS DEL CENTRO DE AMÉRICA".

Y mandamos que esta declaratoria y la acta de nuestra instalación se publiquen con la debida solemnidad en este pueblo de Guatemala, y en todos y cada uno de los que se hallan representados en esta Asamblea: que se impriman y circulen: que se comuniquen á las Provincias de León, Granada, Costa Rica y Chiapas y que en la forma y modo, que se acordará oportunamente, se comuniquen también á los Gobiernos de España, de Méjico y todos los demás Estados independientes de ambas Américas.

Dado en Guatemala, á primero de Julio de mil ochocientos veintitrés. - José Matías Delgado, Diputado por San Salvador, Presidente.- Fernando Antonio Dávila, Diputado por Sacatepequez, Vice-Presidente.- Pedro Molina, Diputado por Guatemala. - José Domingo Estrada, Diputado por Chimaltenango. - José Francisco Córdoba, Diputado por Santa Ana. - Antonio José Cañas, Diputado por Cojutepeque. - José Antonio Jiménez, Diputado por San Salvador. - Mariano Beltranena, Diputado Suplente por San Miguel. - J. Domingo Diéguez, Diputado Suplente por Sacatepequez.- Juan Miguel Beltranena, Diputado por Coban. -Isidro Menéndez, Diputado por Sonsonate, -Marcelino Menéndez, Diputado por Santa Ana, -José María Herrarte, Diputado Suplente por Tonicapan. -Simeon Cañas, Diputado por Chimaltenango. -José Francisco Barrundia, Diputado por Guatemala. -Felipe Márquez, Diputado Suplente por Chimaltenango. -Felipe Vega, Diputado por Sonsonate. -Pedro Campo Arpa, Diputado por Sonsonate. -Cirilo Flores, Diputado por Quezaltenengo. -Francisco Flores, Diputado por Quezaltenango.-Juan Vicente Villacorta, Diputado por San Vicente. -Ciriaco Villacorta, Diputado por San Vicente. -José María Castilla, Diputado por Coban. -Luis Barrutia, Diputado por Chimaltenango.-José Antonio Azmitia, Diputado Suplente por Guatemala. - Julian Castro, Diputado por Sacatepequez. - José Antonio Alcayaga, Diputado por Sacatepequez.-Serapio Sánchez, Diputado por Totonicapan. -Leoncio Domínguez, Diputado por San Miguel. -José Antonio Peña, Diputado por Quezaltenango. -Francisco Aguirre, Diputado por Olancho. -José Beteta, Diputado por Salamá.-José María Ponce, Diputado por Escuintla.-Francisco Benavente, Diputado Suplente por Quezaltenango. -Miguel Ordoñez, Diputado por San Agustín. -Pedro José Cuellar, Diputado Suplente por San Salvador. -Francisco Javier Valenzuela, Diputado por Jalapa. -José Antonio Larrave, Diputado Suplente por Esquipulas. -Lázaro Herrarte, Diputado por Suchitepequez. -Juan Francisco de Sosa, Diputado Suplente por San Salvador, secretario. -Mariano Galvez, Diputado por Totonicapán. Secretario. -Mariano Córdoba, Diputado por Güegüetenango, secretario. -Simon Vasconcelos, Diputado suplente por San Vicente, secretario.-

