



Contrapunto

El uso del precedente como criterio interpretativo en materia legislativa

Héctor Oswaldo Samayoa Sosa¹

Docente Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales / USAC

Resumen

Se explora el concepto de precedente legislativo, se rastrean algunos de los debates académicos sobre el asunto y se reflexiona sobre la experiencia en países como Colombia, Argentina y Guatemala. Se pregunta ¿cuál debe ser la autoridad a cargo de velar por el respeto de la constitución en un proceso legislativo: los parlamentarios o los jueces constitucionales? Sostiene que el precedente legislativo es auto limitativo y mutativo restringido, y constituye fuente de derecho restringido al derecho parlamentario.

Palabras clave

Derecho parlamentario, constitucionalidad y convencionalidad, proceso legislativo, derechos humanos.

Abstract

The concept of legislative precedent is explored, some of the academic debates on the subject are tracked and the experience in countries such as Colombia, Argentina and Guatemala is reflected. The article wonders what should be the authority in charge of ensuring the respect of the constitution in a legislative process: the parliamentarians or the constitutional judges? It maintains that the legislative precedent is self-limiting and restricted mutative, and constitutes a source of law restricted to parliamentary law.

Keywords

Parliamentary law, constitutionality and conventionality, legislative process, human rights.

1. Cursante del doctorado en Derecho Constitucional Internacional. Este trabajo se presenta como parte del curso: Problemas actuales del control de constitucionalidad y convencionalidad en la democracia. El curso fue impartido por el Dr. Diego Moreno.

Introducción

La transición del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho tiene como elemento de trascendencia la posibilidad de que la constitución sea una fuente de derecho para las personas. La internalización doctrinaria en donde la constitución se fundamenta en la protección de la dignidad y propugna por un estado abierto al derecho internacional de los derechos humanos, también es un rasgo de aquella transición referida.

Con ello, las constituciones contemporáneas no son de mero contenido orgánico, ni una fuente de interpretación exclusiva de los jueces, si no, normas vivas que permiten el control de los actos del poder desde la protección y atención de los derechos fundamentales, lo cual implica procesos constitucionales acordes y, de forma inevitable, una crisis del iuspositivismo y por tanto de los distintos medios tradicionales de interpretación constitucional. Cabe decir que, además, con el control de convencionalidad, una crisis en cuanto a los métodos efectivos de realizar este.

Ante esto, las formas de control de constitucionalidad y convencionalidad se han diversificado, las personas no requieren ya únicamente de actos judiciales de control, si no de actos de los

diversos órganos estatales, entre ellos los parlamentos, pero cuando estos son insuficientes, se acude al control judicial y con ello la crisis de representación democrática surge. Robert Dahl, incluso dice que el control constitucional judicial sobre el parlamentario debe ser rechazado.

Los parlamentos, entonces, requieren de ejercer sus atribuciones con apego a cumplir estrictos controles de constitucionalidad y convencionalidad, utilizando, incluso, los precedentes legislativos que en su seno puedan desarrollarse. Ahora bien, estos precedentes como fuente de derecho, con finalidad de interpretación de actos y procedimientos, también en su interpretación sirven de control de constitucionalidad y convencionalidad.

Debo advertir que es muy apresurado afirmar lo antes dicho y no logro resolverlo en este documento, de hecho, es una primera aproximación la que realizó y que sin duda seguiré profundizando.

Así, el presente documento inicia con un planteamiento de la cuestión a partir de la obligación *ex officio* de los parlamentos de realizar controles de constitucionalidad y convencionalidad, para luego, en el apartado dos, delinear que se nos lleva de una discusión de precedentes judiciales a precedentes legislativos, los cuales requieren de un estudio autónomo pero que no es concebido aún como tal.

Finalmente, en los apartados tres y cuatro, describo el precedente legislativo en Guatemala, el cómo y el por qué se utilizan, acompañado con dos criterios iniciales que orientan el uso de estos precedentes como criterios interpretativos.

I. Control de constitucionalidad y convencionalidad

En documentos anteriores he expuesto que la teoría de los dos

eslabones consecutivos (Samayoa, 2019a, pág. 18) expuesta por el profesor Pedro Sagüés no debe ser estudiada sobre la base de un control de constitucionalidad exclusivo de los órganos judiciales nacionales y, de forma separada, por un control de convencionalidad exclusivo de órganos judiciales internacionales. He dicho, por tanto, que los dos eslabones consecutivos deben ser estudiados partiendo que un mismo órgano judicial nacional pueda realizar el control constitucional y convencional.

También he expuesto que los procesos de control de constitucionalidad interno deben ser útiles para realizar el control convencional. Para el efecto he puesto de ejemplo el caso costarricense, cuya ley de procedimiento constitucional del año 1989 permite utilizar el amparo como medio para proteger derechos de las personas que se contienen en la constitución o en el derecho internacional. En este mismo sentido, he mencionado los casos mexicano y guatemalteco, en donde, sin prever la norma el control de convencionalidad, este ha surgido por virtud del control que los jueces han realizado en casos concretos, o bien, en casos de control general de constitu-

cionalidad y amparo (Samayoa, 2018).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha promovido, también, que estos controles de cumplimiento se realicen a lo interno del Estado, un tanto ante la necesidad de evitar el crecimiento exponencial de casos ante el sistema regional y, por otro lado, dando óptimo valor al derecho interamericano en el seno de las cortes nacionales. Al respecto, en documento publicado en la revista Justicia Mayor (Samayoa, 2019) expongo que hoy América Latina vive un periodo que puede denominarse de crisis de aceptación, esto, en torno a la construcción de estados abiertos que constitucionalmente admiten la existencia de otro cuerpo jurídico con contenido en derechos fundamentales.

El control de constitucionalidad y convencionalidad, en tanto se establece desde una discusión sustantiva y procesal, ha llevado a países como Colombia, Argentina y Guatemala a explorar en la doctrina del Bloque de Constitucionalidad la construcción de homogeneidad entre los convenios internacionales de derechos humanos y la constitución nacional. Otros, más

en la experiencia europea, han encontrado al derecho internacional de derechos humanos como una fuente de interpretación o como un parámetro de subordinación de normas al principio pro persona.

Los alcances de este control, desde lo judicial, quizá fueron predecibles desde el surgimiento de lo que el profesor Sagüés ha denominado constituciones convencionalizadas (Samayoa, 2019b), pero sus efectos nunca fueron visibles sino hasta su momento de aplicación en cada Estado. Sin embargo, ahora toca ver los alcances y efectos de un control de constitucionalidad y convencionalidad que no corresponde a los jueces, sino a los distintos funcionarios de los órganos que conforman un Estado.

Con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs Uruguay se ha promovido que todos los funcionarios, sin excepción, tienen que cumplir ex officio con un control de convencionalidad, lo que ha generado una suerte de parámetros a seguir desde distintas instancias gubernativas a lo interno de cada Estado, asimismo, agravando la crisis de aceptación que se vive.

Así, en la legislación guatemalteca, específicamente en la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, aparecen tres momentos de control de constitucionalidad (extensibles al control de convencionalidad) que deben ser considerados: el primero en el momento del estudio y dictamen de la iniciativa de ley; el segundo, durante los tres debates o discusiones en el pleno del Congreso para la aprobación de la iniciativa en decreto; y, finalmente, el tercero, que para efectos de este documento constituye el objeto central, es el precedente legislativo utilizado como criterio interpretativo en el que hacer del parlamento, debiendo advertir que podría explorarse su uso en el que hacer judicial, pero será objeto de otro documento.

II. Del precedente judicial al precedente legislativo

Se ha establecido ya que no solo los órganos judiciales realizan control constitucional y convencional, sino cualquier autoridad conforme lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, aun cuando, esto es discutible y admite diversos argumentos a favor y en contra, puede decirse que por ahora se ha admitido que esto

en alguna medida se realiza para profundizar en que los Estados tengan el máximo cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones y, por sobre todo, la máxima protección de derechos fundamentales.

Con ello, hoy en día los congresistas argumentan que la Corte de Constitucionalidad ha intervenido en sus decisiones legislativas, concediendo amparos por amenaza de violación a un derecho fundamental aun cuando el acto de crear legislación (proceso legislativo) no ha concluido. Asimismo, cuando de alguna manera dicho tribunal constitucional emite resoluciones dictando los alcances que una iniciativa de ley puede tener.

Así, en el expediente acumulado 859-2020 la Corte de Constitucionalidad expresó:

Como cuestión preliminar, se estima pertinente referir que esta Corte, en jurisprudencia reiterada, ha estimado viable la promoción de procesos de amparo para accionar contra la amenaza causada por la inminente entrada en vigor de leyes, especialmente en aquellos casos en los que, de cobrar

vigor los cuerpos normativos cuestionados, pueden causar grave afectación a derechos humanos o provocar inobservancia de estándares de carácter internacional. Esa tendencia jurisprudencial de la Corte se encuentra contenida, entre otros, en los expedientes ...en los que se cuestionaron modificaciones al Código Penal y... en el que se reclamó contra el procedimiento de formación, sanción y promulgación de ley que correspondía a la iniciativa de ley ... (5377)... Tales pronunciamientos constituyen referentes importantes en los que este Tribunal ha demarcado la viabilidad de promover amparo para cuestionar medidas legislativas con cuya vigencia podrían afectarse pilares fundamentales de un Estado Democrático de Derecho (Corte de Constitucionalidad, 2020).

La discusión entonces se orienta a ¿Quién debe ser la autoridad a cargo de velar por el respeto de la constitución en un proceso legislativo, los parlamentarios o los jueces constitucionales?

En una tesis pro legislativa y contra judicial, debe citarse a Alexander

Bickel, quien presentó argumentos sobre la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional, por la cual, citado por Sergio Verdugo (2013), expone que la revisión judicial invalida decisiones adoptadas por órganos representativos de las mayorías políticas. Sin embargo, siempre con el profesor Sergio Verdugo (2013), el mayor crítico a la revisión judicial de las leyes es Waldron, quien descansa en argumentos radicados no solo en los procesos mayoritarios de toma de decisiones, si no en lo que él llama la dignidad democrática de la legislación, teniendo estas características:

- a. Siempre se observa la existencia de un listado de derechos.
- b. Los jueces tienen protección constitucional de las decisiones judiciales, también lo deben tener los legisladores.
- c. Jueces no son electos.
- d. Debates pacíficos con respeto mutuo se deben dar en la práctica legislativa.

El autor citado debe enfrentar la crítica del ¿quién protege a las minorías frente a decisiones de un parlamento contrarias a estas? A lo cual no da una respuesta

satisfactoria, pues conduce sus argumentos a aspectos de moralidad.

En este marco de ideas, existe un postulado que apela a la máxima funcionalidad del régimen político, el cual es presentado por el profesor Jorge Amaya (2015, pág. 427) y que descansa en el equilibrio de los poderes en donde cada uno de ellos debe ejercer sus respectivas atribuciones, respetando los equilibrios formales, sustanciales y axiológicos previstos en la Constitución.

Es entonces, con el postulado de la máxima funcionalidad del régimen político, en donde tendrá sentido el control judicial, pero, además, se fundamenta la existencia de tres tipos de control:

- a. un control constitucional en cuanto al cumplimiento del proceso legislativo;
- b. un control constitucional y convencional en cuanto al contenido sustantivo de la norma que se quiere crear; y
- c. un control constitucional y convencional en cuanto a la protección axiológica de la constitución y del derecho in-

ternacional de los derechos humanos.

Con lo expuesto, en mi interpretación, tanto Bickel como Waldron no contra argumentaban la naturaleza misma de un control judicial, sino la construcción legislativa con procesos de control constitucional y ahora convencional, desde el surgimiento mismo de una norma. Dando todo esto sentido complementario a lo que expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman, ya mencionado anteriormente.

Siendo así, surge una obligación parlamentaria o legislativa de esas innominadas que se encuentran en el artículo 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Los parlamentos están obligados a crear mecanismos internos y orgánicos que les permitan realizar dichos controles, con los cuales, posteriormente, no deba acudir a un control judicial. Así, la ley del órgano legislativo guatemalteco si los contempla, tal y como se hizo referencia *ut-supra*, y además, incluye el uso de un precedente legislativo por sobre un precedente judicial; es decir, con actuaciones o decisiones anteriores del propio parlamento este puede ejercer un control previo antes de que

cualquier norma aprobada en su seno sea presentada para su sanción y publicación por el órgano ejecutivo, siempre que esta encuentre posibles inconstitucionalidades o inconveniencias.

Han surgido acá dos importantes temas, según la interpretación propia; el primero es que el órgano legislativo en efectivo ejercicio de representación mayoritaria, con el uso del precedente como criterio interpretativo en materia legislativa, puede dar efectiva certeza al postulado de Robert Dahl de fortalecer la democracia y, también, dando vida a dos supuestos que el mismo Waldron presenta para que no existe una extendida posibilidad de control judicial constitucional, siendo estos, que el parlamento sea una institución democrática con efectiva funcionalidad; y un parlamento con fuerte compromiso en derechos individuales y de minorías. Como puede verse no escapan de ser postulados netamente morales.

El segundo tema que veo surgir descansa en la necesidad de efectivizar cuáles son los parámetros o las reglas que un legislador debe observar para realizar aquellos controles.

III. El precedente legislativo en el derecho guatemalteco

- La regulación del precedente en el derecho parlamentario guatemalteco:

Como ya se expuso, son tres los momentos en que el derecho parlamentario guatemalteco permite a un legislador realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad. El primero es en el momento en que la comisión legislativa que conoce, estudia y dictaminará sobre una iniciativa de ley se pronuncia sobre la conveniencia o no de ésta; el segundo, cuando en cumplimiento con el proceso legislativo, los parlamentarios discuten en sesión del pleno de la asamblea sobre la constitucionalidad de la misma. Finalmente, el tercer momento se presenta, sin tener una ubicación específica en el proceso legislativo, cuando se utiliza el precedente como criterio interpretativo.

Así, el precedente legislativo está regulado en el artículo 5 de la Ley del Organismo Legislativo y textualmente se lee:

Artículo 5. Interpretación. La presente ley se aplicará e interpretará de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley del Organismo Judicial y los precedentes que apruebe el Pleno del Congreso. Las disposiciones interpretativas aprobadas por el Pleno del Congreso de la República, en materia de debates y sesiones serán considerados como precedentes y podrán invocarse como fuente de Derecho; corresponderá a la secretaría sistematizar los precedentes que se aprueben.

Esta norma fue sometida a control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, la cual en el expediente 187-2010 ratificó que el precedente constituye fuente de Derecho en lo que a la función parlamentaria esta encomendada; por lo tanto, puede ser invocada y es vinculante para los efectos de interpretar y aplicar la Ley del Organismo Legislativo.

- *Precedente legislativo fuente restringida del derecho:*

El precedente legislativo está limitado (al menos hasta ahora) en su utilización. Es decir, solamente el parlamento para efectos de su

propia normativa puede hacer uso de este. Siendo así, puede considerarse como una fuente del derecho limitada o restringida, basada en la costumbre y más específicamente, como lo cita el profesor Víctor Valverth (2016, pág. 32) "*costumbre praeter legem*" que es la propia ley autorizando costumbre cuando no hay disposición en el Derecho positivo que permita resolver una cuestión específica, pero que requiere de interpretación aprobada por el Pleno.

- *Críticas y problemas del precedente legislativo:*

El uso del precedente legislativo como mecanismos de control de constitucionalidad y de convencionalidad, o como fuente interpretativa, no ha sido utilizado en el parlamento guatemalteco tal y como se quisiera. Esto ha sucedido por dos críticas específicas: la primera que descansa sobre el argumento de que, si este se utiliza en cualquier momento del proceso legislativo, se estaría agregando una fase a dicho proceso que no se encuentra regulada en la constitución y, por lo tanto, se estaría tergiversando el proceso constitucional establecido. La segunda, que el precedente no se ha desarrollado de forma

adecuada en el Congreso de la República por meros intereses políticos y, por tanto, su aplicación puede ser aprovechada por esos mismos intereses o por otros orientados a sacar rédito individual o partidario.

Al respecto de los precedentes creados en el año 2015, algunos columnistas escribieron:

...estimo que el precedente legislativo es inconstitucional pues el mismo fue creado, más que en “fraude de ley”, en “fraude de Constitución”. Ante la evidente violación constitucional, y ante lo peligroso que resulta aquel precedente legislativo, es oportuno analizar la viabilidad de una acción de inconstitucionalidad en su contra (Palmieri, 2017).

No es posible forzar la interpretación del segundo párrafo del artículo 5 de la LOOL para mandar al archivo un decreto por haber superado ya las etapas procesales de discusión y debate en sesión plenaria debe ser enviado, obligatoriamente al Ejecutivo. Esto es porque –repito– ya dejó de ser proyecto en discusión y debate y es una ley en curso

de sanción, promulgación, publicación o de veto, si tal fuera el caso (Orellana, 2017).

Entre los problemas que enfrenta la aplicación del precedente legislativo está que algunos diputados suelen argumentar que puede limitar sus derechos como representantes, es decir, su derecho de actuar en representación de mayorías, lo cual sería similar a lo visto en el apartado del precedente judicial al precedente legislativo. Asimismo, se argumenta como problema una violación al principio de igualdad, diciendo que por precedentes se afecte el derecho igualitario de votación y propuesta de iniciativas de ley.

IV. El precedente como criterio interpretativo en materia legislativa

Habiendo anunciado, previamente, que el precedente legislativo al que se hace referencia acá es limitado únicamente al espacio del que hacer parlamentario y, teniendo presente que esto no excluye una posterior discusión sobre uso de precedentes legislativos en ámbitos judiciales, es importante ahondar

en el cómo y por qué es de vital importancia el uso del precedente en materia legislativa.

En el cómo se deberá atender a las formas de aplicación. Así, en primer lugar, el precedente legislativo puede aplicarse en cualquier momento del proceso legislativo, porque constituye una fuente de derecho. Asimismo, debe tenerse en cuenta que sus alcances no se restringen al proceso de formación de ley, sino que son de aplicación para aspectos de trámites, procedimientos y cualquier otro asunto en que el pleno del Congreso deba suplir la ausencia de norma.

Puede ser utilizada como parámetro de interpretación, tanto en el ámbito de control de constitucionalidad y convencionalidad, como en el ámbito de los alcances que deben tener ciertos actos parlamentarios en los diversos procedimientos internos.

En el cómo, el precedente legislativo, como criterio interpretativo en materia legislativa descansará sobre dos aspectos:

a. Auto limitativo: que se refiere a que será aplicable únicamente dentro del marco de los principios del derecho. Esto es, atendiendo a cuidar las formas

procedimentales legislativas y, además, cuando en el ámbito sustantivo de las normas que se promueven deban realizarse controles de constitucionalidad y convencionalidad. En esto último, por ejemplo, se protegerá siempre el principio pro persona. Sus alcances de aplicación incluyen que aun cuando el procedimiento de creación de ley haya finalizado en sede legislativa, si este no se ha enviado al Ejecutivo, pueda, por precedente, interpretarse que si existe duda de constitucionalidad o de convencionalidad se detenga tal envío y sea revisado por el pleno del Congreso. Debo recordar que el precedente 1-2009 indica que si el Ejecutivo veta una ley por alegación de inconstitucionalidad, el Congreso enviará a opinión de la Corte de Constitucionalidad, para que esta emita su opinión previa a hacer valer la supremacía legislativa o admitir el veto del Ejecutivo.

b. Mutativo restringido: el texto constitucional guatemalteco en su artículo 44 admite que hay derechos inherentes que no se encuentran expresos en la constitución, pero que su inherencia los hace observables por el Estado, siendo este el

primer caso. Se deberá tener en cuenta superar la interpretación originalista de algunos de los textos de la constitución y se deberán ajustar las legislaciones ordinarias a los cambios de contexto, sin perder la orientación de dicho texto, segundo caso. Y finalmente, es una mutación restringida pues no podrá variar normas rígidas o pétreas que la propia constitución así ha definido.

Con lo anterior, el precedente legislativo como criterio de interpretación es *auto limitativo y mutativo restringido* en materia de realización de control de constitucionalidad y convencionalidad, superando las críticas y problemas previamente señalados, puesto que no crea una etapa nueva del proceso legislativo, sino obliga a los parlamentarios al efectivo control de sus actos y de las normas que crean; asimismo, no será utilizado para meros intereses políticos partidarios, puesto que su discusión tiene claros principios sobre los que debe argumentarse su aparición y, además, sus alcances están únicamente en el ámbito de la progresividad del derecho.

Conclusiones

Los precedentes legislativos constituyen fuentes de derecho restringidos al derecho parlamentario. Por lo tanto, su estudio y aplicación se realiza actualmente en el ámbito de los procedimientos que se regulan en los congresos; lo cual, además, implica que sus cambios estarán sujetos a procedimientos que las asambleas legislativas, como soberanas, deben definir previamente. De no definirse dichos procedimientos, los precedentes podrían ser atacados por vía de control judicial, con lo cual abrirían la puerta a la discusión planteada en este documento sobre el principio de representación democrática.

Aun y cuando es insuficiente lo desarrollado en este documento sobre el precedente legislativo, es importante hacer notar que este constituye una herramienta legislativa de control de constitucionalidad y convencionalidad, por lo cual es materialmente posible cumplir con este ejercicio que refuerza el principio de representación y la soberanía parlamentaria en cuanto de los otros poderes del Estado y de los órganos extra poder, como los tribunales constitucionales. Con esto, no es una

ampliación del proceso legislativo previsto constitucionalmente, sino una forma de interpretación que permite evitar los conflictos constitucionales entre legislativo y jueces.

No es, el precedente legislativo, una forma autoritaria del parlamento de sobreponer prácticas o costumbres para promover intereses partidarios o rédito político individual, lo cual no se descarta que pueda suceder; pero, esencialmente, a partir del postulado de máxima funcionalidad del régimen político, este permite: a) consolidar los valores constitucionales; y b) propugnar la interpretación entre criterios subjetivos y objetivos.

Su uso como criterio interpretativo en materia legislativa permite, además, la posibilidad de un ejercicio parlamentario que atiende a la protección de los principios del derecho, en especial, del principio pro-persona y a la posibilidad de dar una dinámica adecuada al texto constitucional. Por eso afirmo que inicialmente el precedente legislativo será aplicado en una

interpretación auto limitativa y mutativa restringida.

Referencias bibliográficas

- Amaya, J. (2015). *Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Corte de Constitucionalidad (2020). *Expediente 859-2020, resolución de amparo provisional*. Guatemala: autor.
- Orellana, G. (septiembre de 2015). "No a las güisachadas". Diario digital Siglo.21. Disponible en: <https://elsiglo.com.gt/2017/09/15/no-las-guisachadas/>
- Palmieri, L. (Septiembre de 2017). "El congreso usó veneno para curar la enfermedad". Diario digital *Brújula*. Disponible en: <https://brujula.com.gt/el-congreso-uso-veneno-para-curar-la-enfermedad/>
- Samayoa, H. (2019a). "Bloque de Constitucionalidad. Sus fundamentos, institución y alcances en el derecho guatemalteco". En *Revista Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES)*. Número 2. Año 2019. Guatemala.



- Samayoa, H. (2019b). "Idoneidad de los proceso de alegación de inconstitucionalidad para alegaciones de asuntos de control difuso de convencionalidad". Trabajo de Doctorado en el curso: Recursos y procesos constitucionales en el escenario latinoamericano. Disponible en: https://www.academia.edu/38931120/Proceso_de_control_de_convencionalidad.
- Samayoa, H. (2018). "Control de convencionalidad como indicador de un *ius commune* latinoamericano". En revista electrónica Justicia Mayor. Disponible en: <http://justiciamayor.org/?p=294>
- Valverth, V. (2016). *Colección Parlamentaria*. Tomo I. Guatemala: Editor LEGIS.
- Verdugo, S. (2013). "La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales". En *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 40. Número 1.