



TRIBUNA JURÍDICA

Versión digital No. 3 – Guatemala, enero de 2020



ÍNDICE

No.	Título	Autor
1	El Derecho Estatal No Responde A La Realidad Socio Cultural Indigenista Y Menos A La Concepción Natural Consuetudinaria Y Su Entorno	Mario Rene Guerra Lucas Magistrado de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Petén
2	El Concepto De La Acción En El Derecho Procesal Civil	Héctor Orlando Gonzalez García Magistrado de la Sala Primera del Tribunal de Contencioso Administrativo
3	La Importancia Del Capital Humano En Los Procedimientos Administrativos De La Superintendencia De Administración Tributaria	Edvin Estuardo López Rodríguez Magistrado de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Peten
4	La Inaplicación de los Presupuestos Procesales del Amparo en Materia Tributaria Cuando un Juzgado de Instancia Conoce en Su Calidad de Tribunal Constitucional	Edvin Estuardo López Rodríguez Magistrado de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Peten
5	Parámetros Jurídicos Para La Imposición De La Pena	Flor de María García Villatoro Magistrada de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones del Quiché
6	El Derecho De Acceso A La Información Pública En Guatemala	Esmeralda Judith Orozco Navarro Magistrada de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Zacapa
7	Controles De Constitucionalidad Y Convencionalidad	Estuardo Cárdenas Magistrado de la Sala Séptima de la Corte de Apelaciones Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente
8	Breves Apuntes Del Recurso Casación Penal En Guatemala	Karen Jaquelina Sierra Castillo Magistrada de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán, Alta Verapaz

No.	Título	Autor
9	Naturaleza Jurídica Administrativa Del Instituto Guatemalteco De Seguridad Social -Igss-	Carlos Rodimiro Lucero Paz Magistrado de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Familia de Guatemala
10	El Deber De Control De Convencionalidad En La Sanción De Las Normas	Elvia Ester Velasquez Sagastume Magistrada de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil
11	Análisis De Los Delitos De Terrorismo Y Financiamiento Del Terrorismo En Guatemala	Hugo Roberto Jauregui Magistrado del Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y de Conflictos de Jurisdicción
12	La carga dinámica de la prueba	Carlos Patricio Rodríguez Meza Magistrado de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente
13	Los Derechos Políticos En Los Estándares De La Jurisprudencia Interamericana	Gilma Esperanza Valladares Orellana Magistrada de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil
14	¿Será necesario reformar la Constitución guatemalteca para fortalecer el Sistema Judicial?	Benicia Contreras Calderón Magistrada de la Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal en Materia Tributaria y Aduanera
15	La Extradición	Carlos Horacio Castillo García Magistrado Suplente de la Corte de Apelaciones

El Derecho estatal no responde a la realidad socio cultural indigenista y menos a la concepción natural consuetudinaria y su entorno

* Mario Rene Guerra Lucas
Magistrado de la Sala Regional Mixta de la Corte de
Apelaciones de Petén

Introducción

El hecho que el derecho estatal no responda a la realidad socio cultural indigenista, se debe en gran parte a que en los juzgados comunitarios se aplica la legislación occidental o nacional, en la generalidad de clases social.

Es por ello que en el presente trabajo se lleva la finalidad de demostrar a través del análisis que en Guatemala si existe el derecho maya con una construcción conceptual bien marcada y muy propia que es distinta a la del Derecho estatal y además tal como su título lo indica que “el derecho estatal no responde a la realidad socio cultural indigenista y menos a la concepción natural consuetudinaria y su entorno”.

Sobre todo, porque la mayoría de los grupos sociales asentados en el país, desde antes de la conquista de los españoles, nos enseñaron que, a pesar de toda circunstancia adversa, en toda Mesoamérica, mantuvieron esa posición vertical, identificada por el Comité de Unidad Campesina “CUC” que expuso y dio su aporte, al emitir la consigna pura de mantenerse vivos con la “mente clara, el puño combativo y el espíritu solidario”, aceptando la doctrina de Francisco Cali, quien dijera “Somos un montón de hojarasca, pero juntos damos un gran fuego”.

Fundamentos jurídicos para una justicia multilingüe en Guatemala

En Guatemala, es de considerar que somos un país pluricultural y multilingüe con la más alta tasa de población indígena del continente. Históricamente, tal realidad fue negada en la ley como parte de un modelo excluyente de Estado y juridicidad. Sin embargo, a partir de la Constitución de 1985 se abre el marco legal para el reconocimiento de los idiomas indígenas y derechos específicos de los mayas - hablantes ante la justicia.

El imperativo constitucional de respetar, proteger y promover el uso de los idiomas indígenas obliga al Estado a promover un modelo de justicia multilingüe. Tanto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes como los Acuerdos de Paz propugnan superar el modelo excluyente de Estado y el monismo jurídico con el reconocimiento de los pueblos indígenas, sus idiomas, su derecho consuetudinario. En ese marco, el acceso a la justicia por parte de los pueblos indígenas incluye tanto el acceso a su propia justicia o derecho consuetudinario, como a la justicia estatal en condiciones de respeto del multilingüismo y la diversidad cultural.

La institucionalización del multilingüismo en la justicia supone un proceso que incluye la implementación de normas existentes, la eventual reforma de algunas normas no claras o insuficientes, el diseño de sistemas organizacionales, el destino de recursos humanos y materiales, la difusión de derechos entre los usuarios de la justicia y de una nueva cultura jurídica también entre sus operadores.

Marco legal de un modelo de justicia multilingüe

El derecho de usar los idiomas indígenas constituye un derecho autónomo; sin embargo, al ser el idioma un eje de la cultura, su protección está vinculada al respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Tanto la Constitución Política de la República de Guatemala (1985) como el Código Procesal Penal de 1992 tienen disposiciones específicas en relación con el respeto, protección y promoción del uso de los idiomas indígenas en general y en la justicia penal en particular, regulado en el artículo 142 del Código Procesal Penal, el cual preceptúa, Idioma: “los actos procesales serán cumplidos en español. Cuando una persona se exprese con dificultad en ese idioma, se le brindara la ayuda necesaria para que el acto se pueda desarrollar. Los actos procesales deberán también realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. En este caso, las actas y resoluciones se redactaran en ambos idiomas.”. En el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, el respeto a la identidad cultural y al uso de los idiomas indígenas constituye un derecho protegido. Este derecho es objeto de protección en instrumentos de derechos humanos en general y en instrumentos sobre pueblos indígenas en particular.

El derecho de usar los idiomas indígenas

La normativa nacional e internacional de carácter vinculante para Guatemala garantiza un conjunto de derechos (positivos) en relación con el uso de los idiomas indígenas, igualmente garantiza que los hablantes de idiomas indígenas y minoritarios no sufran discriminación ni menoscabo en el ejercicio de otros derechos por el idioma que hablan.

El uso de los idiomas indígenas constituye un derecho en sí mismo con su propio contenido esencial, pero también es parte del derecho a la propia identidad cultural, al ser el idioma un eje de la cultura. El idioma permite la inserción en una cultura y la interacción social, conocer el mundo y poder nombrarlo.

Según las normas vinculantes referidas al derecho de usar los idiomas indígenas, el Estado tiene, en una escala ascendente, entre otras las siguientes obligaciones:

- a) No impedir el uso de los idiomas indígenas. Constituye un derecho humano internacionalmente reconocido el que no se niegue a los miembros de minorías

lingüísticas, en común con los miembros de su grupo, el empleo de su propio idioma (artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

b) Respetar el uso de los idiomas indígenas. Constituye un derecho de las minorías étnicas y lingüísticas utilizar su propio idioma en público y en privado (artículo 1.1. y 2.1 de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas).

c) Reconocer los idiomas indígenas y su uso. No negar la existencia fáctica de los idiomas indígenas y, por el contrario, asumir legalmente dicha existencia (artículos 58 y 66 de la Constitución de 1985).

d) Preservar, proteger o conservar los idiomas indígenas y el uso de los mismos. Dar políticas públicas orientadas a garantizar el mantenimiento de los idiomas indígenas con el objeto de que no se extingan.

e) Promover el uso y desarrollo de los idiomas indígenas. Esta obligación nace por mandato constitucional en sus artículos 58 y 66, así como por la ratificación del Convenio 169 de la OIT (artículos 12 y 28.3). Además de todas las acciones precedentes

f) Derecho de usar los idiomas indígenas en la justicia. Los pueblos indígenas y sus miembros tienen el derecho genérico de usar sus idiomas, y que tal uso reciba respeto, protección y promoción por parte del Estado.

En síntesis, el derecho de usar los idiomas indígenas supone la atribución de los pueblos indígenas y de las minorías lingüísticas, así como de sus miembros, de utilizar dichos idiomas, y que su uso reciba protección y promoción en el marco de su propia identidad cultural. De su parte, el Estado está obligado a respetar, proteger y promover el uso y desarrollo de los idiomas indígenas, así como la identidad cultural de dichos pueblos y sus miembros.

Sistemas de justicia a los que puede acceder en idiomas indígenas

Según la normativa existente (Constitución, el Convenio 169 de la OIT y otros convenios internacionales), se puede desprender que el derecho de los colectivos indígenas y de sus miembros a acceder a la justicia en sus propios idiomas, incluye:

- a) Derecho indígena o consuetudinario. El derecho de acceder al derecho indígena con sus normas, instituciones, autoridades y modelo de control de la nocividad social está consagrado en el Convenio 169 de la OIT (artículos 2.b, 8 y 9).
- b) Servicio de justicia estatal. Ello está garantizado en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT, así como por los artículos 58 y 66 de la Constitución.
- c) Mecanismos alternativos de resolución de conflictos. En los idiomas indígenas, la negociación, conciliación, mediación y el arbitraje, pueden ser promovidos por autoridades locales o regionales, estatales o privadas.

El derecho de acceso a la justicia y a los procedimientos legales en el idioma indígena está garantizado en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT. Si los servidores públicos u operadores de la justicia no hablasen los idiomas indígenas, ello no constituiría un obstáculo para que se verifique el derecho de los hablantes a comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales. En tal caso, el Estado deberá instrumentar medios eficaces como intérpretes u otros mecanismos.

Derecho de acceso a la justicia en idiomas indígenas

El derecho de usar los idiomas indígenas en la justicia se puede ejercer cuando los idiomas indígenas tienen estatuto de idiomas oficiales como cuando no lo tienen.

En el segundo caso, incluso, el Estado debe velar con más cuidado porque no se afecten derechos de las personas a causa del idioma. Por ello, una serie de normas nacionales e internacionales busca garantizar el derecho de usar los idiomas indígenas o minoritarios, particularmente cuando tales idiomas no son de uso corriente en los juzgados y tribunales.

Criterios para definir los idiomas en la justicia penal

El proceso penal debe realizarse teniendo en cuenta los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia. En cuanto al idioma, la regulación de su uso tiene dos fundamentos. Por una parte, el idioma constituye un medio por el cual se realiza el proceso penal mismo, que esencialmente es un acto comunicativo, y es el medio para ejercer una serie de derechos procesales. Por otra parte, el uso de un idioma depende del estatuto legal que tenga éste en determinado lugar. El establecimiento del idioma que deba utilizarse en la justicia penal depende de estos dos criterios: el estatuto legal y la eficacia en la comunicación.

Estatuto legal de los idiomas

Los idiomas pueden tener diversos estatutos jurídicos en cada espacio geopolítico. Del estatuto jurídico que tenga un idioma se desprenderá un conjunto de derechos y obligaciones. De acuerdo con la legislación vigente, los idiomas pueden ser oficiales, promovidos, reconocidos, de uso legal o simplemente permitidos:

a) Idioma "oficial". Es el idioma reconocido por ley para la comunicación del Estado con la ciudadanía y la comunicación social ordinaria. En Guatemala, la Constitución señala que el idioma oficial es el español (artículo 143).

b) Idioma "promovido". Un idioma promovido tiene un estatuto cercano al de un idioma oficial, pues el Estado tiene la obligación de garantizar a sus hablantes el uso del mismo, comunicarse con ellos en tal idioma y fomentar su uso.

c) Los idiomas indígenas en Guatemala tienen un estatuto de "idiomas promovidos". La Constitución consagra la obligación del Estado de reconocer, respetar y promover el uso de los idiomas indígenas (artículos 58 y 66). El Convenio 169 de la OIT también establece que el Estado debe promover el uso y desarrollo de los idiomas indígenas (artículo 28.3).

d) Idioma "respetado". El cual tiene un estatuto inferior al de un idioma promovido. En este caso, el Estado tiene la obligación de posibilitar su uso pero no está obligado a promoverlo.

e) Idioma "permitido". Es aquel cuyo uso puntual es aceptado o tolerado por el Estado, pero ello no compromete u obliga al Estado a desarrollarlo como derecho colectivo. Su uso es autorizado y puede ser facilitado puntualmente a un individuo concreto por determinada circunstancia específica.

Los derechos lingüísticos en el proceso penal

Por regla general, los actos procesales se deben realizar en el idioma oficial. Así lo regula el Código Procesal Penal de Guatemala (CPP, artículo 142). El uso del idioma oficial constituye un derecho y una obligación legal. Sin embargo, caben excepciones en atención a otras consideraciones y derechos.

Contenido del derecho de usar los idiomas indígenas en la justicia penal

Los hablantes de idiomas indígenas, independientemente del grado de conocimiento que tengan del idioma oficial (español), tienen derecho de usar sus idiomas indígenas ante la justicia, en todo momento y ante toda instancia (i.e. atención al público, recepción, policía, fiscalía, juzgados y tribunales, cárcel). Por lo tanto, así un indígena pueda comprender o expresarse en el idioma oficial, tiene el derecho de hablar en su propio idioma. En tal caso no sólo no se le puede impedir,

sino que por el contrario, la autoridad esta-tal está obligada a facilitarle los medios para que ello ocurra, ya sea propor-cionando un intérprete o personal bilingüe.

La función promotora que debe cumplir el Estado, aun no siendo los idiomas indígenas idiomas oficiales, debería estar orientada a la prestación de un servicio de justicia ejercido por jueces y funcionarios bilingües. En este supuesto, el ejercicio de otros derechos procesales también se facilita. Esta modalidad de justicia directa en idiomas indígenas se ha experimenta-do de alguna manera con los juzgados de paz comunitarios (decreto 79-97).

El otro supuesto es un contexto institucional en el que los jueces no hablan los idiomas indígenas. En tal circunstancia, el ejercicio del derecho de usar los idiomas indígenas se hace mediante intérpretes. Contar con ellos se convierte en un derecho específico que tiene contenido propio. No sólo se trata de una modalidad de ejercer el derecho de usar el propio idioma, sino de un derecho mismo de carácter exigible.

Ahora bien, como los idiomas indígenas no tienen estatuto de "oficia-les", el uso de los mismos es un derecho de los hablantes pero no una obligación del Estado. Así, puede darse el caso de que hablantes de idiomas indígenas manifiesten que no quieren hacer uso de su propio idioma indígena y que no requieren de intérpretes. En tal supuesto cabe el uso del idioma oficial, salvo que se afecte una correcta comunicación. El derecho de elegir no puede menoscabar una comunicación eficaz comprometiendo, además, el ejercicio de derechos que requieren un medio comunicativo.

En toda circunstancia en la que declarantes indígenas tengan dificulta-des para comprender o hacerse comprender en el idioma oficial (incluso cuando optasen por utilizarlo), la autoridad correspondiente está obligada a nombrar un intérprete de oficio. La presencia del intérprete en tales casos se convierte en un derecho irrenunciable, y es garantizado como el derecho de defensa mismo. Comprender y hacerse comprender en un proceso judi-cial, especialmente si es penal, constituye parte esencial del debido proceso y del derecho de acceso a la justicia y defensa. Por ende, el Estado está obligado a proporcionar un intérprete de oficio. Dicho intérprete debe estar calificado para ello y debe jurar el cargo, dada la responsabilidad que im-plica el mismo.

Derecho de usar los idiomas indígenas por los sujetos procesales

Los actos procesales son, ante todo, actos comunicativos y el idioma es el vehículo de comunicación. El ejercicio de derecho de usar los idiomas indígenas en la justicia en general, y en la justicia penal en particular, supone que se debe facilitar a los sujetos procesales una comunicación fluida en su propio idioma indígena, so pena de viciar todo el proceso.

El derecho de usar el propio idioma indígena está vinculado al ejercicio de un conjunto de derechos de los sujetos procesales. Se enuncian algunos:

La legislación guatemalteca sanciona la inobservancia de las normas que garantizan el uso del idioma indígena por el inculcado con la imposibilidad de utilizar sus declaraciones para fundar cualquier decisión en su contra (CPP, artículo 91).

El derecho del procesado de usar su idioma indígena también se vincula con el contenido original del principio del "juez natural", referido al derecho de las personas de ser juzgadas por un juez que conoce el idioma, las costumbres y la cultura local (aunque luego se haya prestado más importancia a la parte formal).

Modelos de gestión de multilingüismo en la justicia

Las normas contenidas en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos dan pautas para la gestión del multilingüismo en la justicia. Entre ellas, una primera consecuencia que se deriva es la obligación del Estado de posibilitar las condiciones para el libre acceso a la justicia en los idiomas indígenas, empezando por el acceso a las dependencias públicas. Otra condición sine qua non para que se pueda verificar

ESTRUCTURA DE LA AUTORIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LOS CARGOS EN LA COMUNIDAD IXIL

Ese no reconocimiento por parte del derecho estatal en Guatemala, sin embargo, existen poblaciones de tres municipios de la Comunidad Ixil coinciden en cuanto a la apreciación, naturaleza, importancia y solemnidad de su sistema de autoridades. Para visualizarlo se presenta el aspecto funcional del mismo, ubicando en un primer grupo a las dignidades mayas, integradas por personas cuyas funciones son espirituales, de consejería, orientación y formalizadoras de actos y hechos en las comunidades, y en un segundo grupo a las personas que ocupan cargos por designación comunitaria para realizar funciones materiales y judiciales temporarias.

Dignidades mayas

En este estudio se denomina "dignidades mayas" a las personas adultas, honorables y respetables por sus conocimientos, sabiduría, virtudes y experiencias, unas por ejercer funciones natas y otras por haber culminado el ejercicio de servicios temporales en la comunidad circundante. Entre ellas están las siguientes:

a) Sacerdotes mayas o Aaq'ii Los pobladores de la Comunidad Ixil les tienen mucho respeto a los Aaq'ii, porque son quienes se encargan de guardar el conocimiento y transmisión del calendario maya.

Por lo tanto el sacerdote maya o Aaq'ii realiza funciones de guía espiritual familiar y comunitaria; previene y persuade sobre la conducta humana individual y comunitaria (de hacer y no hacer); formaliza y concretiza hechos y actos, como los casos de las pedidas y celebración de matrimonios por la costumbre; y conoce y resuelve los conflictos como el incumplimiento de los compromisos adquiridos para la consolidación de un matrimonio y de los deberes entre marido y mujer, así como los conflictos de infidelidad, cuando haya actuado de B'aal Vatz tiixh.

b) Cofrades o Meertoma: las funciones de la cofradía se centran tanto en la celebración de las fiestas de los santos católicos que tienen bajo su responsabilidad, como también en servir de consejeros y orientadores de la comunidad, cuando son solicitados por ser portadores de conducta ejemplar. En tal sentido, los cofrades solamente realizan funciones religiosas y como tales promueven el buen comportamiento de la colectividad.

c) PRINCIPALES O B'ocj'oltenam: son las personas que han culminado la carrera de servicios en la comunidad, ya sea en el ámbito religioso, en el cívico-administrativo o en ambos. Ser principal significa, en este caso, haber culminado una carrera de servicio cívico en la localidad, lo cual implica, haber ocupado desde el cargo de mayor o Mayul, luego regidor o B'axa' rixhitol, y finalmente el de alcalde auxiliar o B'aaltenam, que es la cúspide de la autoridad local.

Para demostrar que el derecho estatal no responde a la realidad socio cultural indigenista y menos a la concepción natural consuetudinaria y su entorno, analizaremos casos reales suscitados en juzgados de paz del departamento de Petén, y para el efecto, los relacionamos de la siguiente manera:

Reconociendo que el pueblo maya, se compone de elementos multiculturales, pluricultural y multiétnico y considerando que de ello se derivan las expresiones socioculturales de los Achí, Akateco, Awateco, Chortí, Chuj, Itzá, Ixil, Jakalteco, Kanjobal, Kaqchikel, Quiché, Mam, Mopán, Pocomchí, Q'eqchí, Sacapulteko, Sikapakense, Tecniteko, Tz'utujil y Uspanteco, que integran a mesomería, vale la pena resaltar que ha surgido desde ya la reclamación justa de su reivindicación, en cuanto a sus derechos cuyo respeto se ha ganado como colectividad

Caso no. 1 Sentencia en un caso concreto, en atención al derecho indígena.

Y siendo así, citamos en concreto una sentencia como caso especial, proferida por el juzgado de paz, del ramo penal del municipio de San José, en el departamento Petén de fecha veinte de septiembre de dos mil doce, identificado como causa ochenta y cuatro guión dos mil dos a cargo del oficial primero. (C- 84-2002 of. 1°)

Análisis y conclusión del caso anteriormente relacionado.

1. El sindicado señor Francisco Oloroso, es originario de la Aldea Piedra Parada, Olopa, Chiquimula, de hecho, si pertenece a la etnia Chortí, quienes dependen de los mayas asentados, en la Región de las Ruinas de Copán, Honduras, colindante con el Departamento de Chiquimula, por lo que el juez de paz hizo una buena intervención en dos sentidos:

a) En el inciso "B" del numeral segundo del artículo dos del Convenio 169, de la Organización Internacional de Trabajo, indica que esta ley es aplicable, a los miembros o grupos indígenas o tribales en países independientes.

b) Los numerales uno y dos del artículo diez de la citada convención describe que debe observarse en materia penal, que el sindicado pueda cambiársele la pena de prisión por otra que no sea la cárcel.

2. En el museo de Copán Ruinas, en el departamento de Santa Rosa, se encuentra simbolizando a la muerte un pájaro identificado como "EL ZOTZ" o sea el pájaro de la muerte, comprobándose que las aborígenes mayas si creían en las brujerías cuya acción no se puede demostrar en el derecho positivo, pero que si en el derecho maya, quien lo acepta como tal.

3. El Ministerio Público se inhibe de conocer, esto es una muestra de la exclusión hacía del sector que comprende el derecho consuetudinario.

4. Tres de los testigos presentados para declarar, tienen apellidos de indígenas mayas, tal el caso de los señores, Tesucún Vitzil, Saquex Ajú y señora Dominga Tojes Ramirez.

5. Por desconocimiento de las partes o sujetos procesales y no del juez, no se practicaron los peritajes culturales a como el juzgador lo hace ver.

6. El propio juez que emite la sentencia tiene un apellido indígena. Esto hace suponer, que evidencia que su actuación fue apegada a derecho positivo, pero si observo el ordenamiento del convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, al observar al procesado, a quien se conminó a conducirse con respeto, y en forma pacífica, para bien de la conciencia social, tal a como lo observara y recomendará:

Tz'utujio: Antonio W. Quic Ch, en su obra denominada "El Derecho consuetudinario" en el cual indica que "Hay que conocer la concepción cosmogónica del Derecho maya, evitando de esta manera imponer ideas y razonamientos no acordes a la cultura que la regula, pues las bondadosas características de este sistema, como sistema jurídico, no necesita ser analizada desde la teoría pura del derecho, sino en la fortaleza que encuentra en la ética y la moral"

Pues el derecho maya tiene una propia construcción conceptual y razonamiento distinto a la del derecho positivo, debido a los propios códigos culturales al que este ordenamiento juicio tiene que regular y conservar, respondiendo a la visión que tienen de la vida y el mundo, pues hay que estar adentro de la cosmovisión maya o de la justicia de los pueblos para comprenderlos o entenderlos.

Caso no. 2 Sentencia en la que se aplicó el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

No podemos ignorar o dejar al margen que la normatividad maya, es eminentemente oral y para poder objetivarlo hay que formar parte de la comunidad, convivir en la misma y así poder regirse con ella. Siendo así, y poniendo como ejemplo lo que cita don Antonio E. Quic Ch. en la comunidad Tz'utujil, que en la mencionada comunidad estas normas están positivas en los ancianos "Rijaa" en los principales "Niman taq ta'i" y los guías espirituales "Ajkuum" o "Aj Q'ij" las comadronas "Yomaa" estas normas indican lo correcto y el orden "Rub'eyaal, rucholajiiil" de la familia, la comunidad, la jerarquía de servicios, de uso y manejo de recursos naturales, que

rigen la vida en relación con el calendario maya, que regulan la vida espiritual del hombre con el creador. Esta normativa es del conocimiento de la comunidad, su transmisión es por la misma práctica y también se hace en forma oral, por medio del “Pixab´a” cuyo significado aproximado es “consejo”, pero su sentido profundo conlleva un contenido; educativo, normativo, de dirección, también hace ver de lo que es prohibido, indebido, es decir de aquello que es vergonzoso “K´ixb´al” y aquello que atenta lo sagrado “xajaan”; se dice que la vida es sagrada por lo tanto, lesionan la integridad física de una persona es “xajaan”; el maíz es sagrado, por lo tanto, pisar el maíz es “xajaan” el no tener reverencia a los lugares sagrados es “xajan”

Análisis y conclusión del caso anteriormente relacionado.

1. Que los señores jueces de paz comunitarios del municipio de San Luis, no obstante ser indígenas, se apegan más al derecho positivo que al derecho consuetudinario o derecho maya, ya que en la mayor parte de considerandos de la sentencia proferida, conociéndose que los actores todos son de la etnia maya Quekchi, y en base a sus costumbres y usos de la comunidad, se apegan más al derecho positivo, lo cual desnaturaliza el derecho natural que por razones de costumbre debido invocarse, pues cita mucho pasajes tales como “No hay representación del Ministerio Público, actor civil, tercero civilmente demandado, Abogado defensor, lo cual no es propio del Jus Natural, o los fines del proceso, equidad y principios generales del derecho, que tampoco es propio del Derecho consuetudinario, o la tipificación del ilícito cometido, retomando la parte jurídica del derecho positivo, al invocar el Código Penal, así también en sus disposiciones legales, cita el Código Procesal Penal, en la parte resolutive la ley del Organismo Judicial, y el actuar así desnaturaliza por completo al derecho maya, por lo que debe reorientarse sobre funciones como tal.

2. Como acción positiva, invoca el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, lo atinente también que dimana de la constitución de la Republica y los acuerdos de paz, y aplica la sanción que la costumbre requiere en la comunidad, pero, no observa que el señor fue agredido y no cuantifica el daño causado ni se repara, tampoco los insta a la convivencia pacífica, por lo que la actuación de dicho juzgadores se queda en la mediocridad y sin sentido, pues al resarcirse los años y beneficiada fue la comunidad, pero ¿Qué paso con la figura del Pixab´a y el Xajaan? A mi juicio, ha desnaturalizado su propio derecho, constituyendo en el “K´ixb´al” (vergüenza” de su comunidad. (léxico del idioma Tz´utujil).

3. Como aspectos positivos, observo y aplico el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Análisis de la viabilidad del ejercicio del Derecho indígena y la aplicabilidad del convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Desde el punto de vista en este respecto como profesional del derecho, se podría confirmar que en el orden legal ya es un hecho la viabilidad del derecho maya en virtud de lo siguiente.

a) La Constitución de la Republica en el artículo 46, lo ve nacer como nace el sol en el oriente, incluso opacando el espíritu constitucional, por la supremacía o la preeminencia sobre el derecho ordinario interno.

b) Como ley, reluce con el Decreto 9-96 del Congreso de la Republica cuya ratificación es eminente.

c) De hecho ya es una realidad, pues en mi poder obran veinticuatro resoluciones dictadas con fundamento en usos y costumbres indígenas, en observancia de dicho convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, contenidas en la recopilación de resoluciones de CENADOJ, del año 2004, considerándose que a la fecha ya no existen más resoluciones.

Conclusiones finales.

El derecho estatal no responde a la realidad sociocultural indigenista y menos a la concepción natural consuetudinaria y su entorno.

¿Por qué de las consideraciones?

1. Es excluyente
2. Por contar con su sistema que solo responde a los intereses de la clase dominante, incluido el estado.
3. Por la falta de cumplimiento en atender el derecho internacional en materia de derechos humanos.
4. Porque la carencia de justicia social y desigualdad.
5. Por la carencia de institutos i instituciones que fomenten el derecho natural o consuetudinario.
6. Por la falta de dinámica social en el proceso de unidad y divulgación.
7. El estado no es nada en si mismo y el pueblo debería referirle a través de las elecciones de funcionarios que no tienen otros poderes, mas de los que el propio pueblo le otorga.
8. Considerar que el derecho indígena regula las siguientes características.
 - a. El legal.
 - b. Es justo,
 - c. Es constitucional
 - d. Es positivo
 - e. Esta vigente.

BIBLIOGRAFIA.

Citados por Quic Ch, Antonio E.

- Martin Chacach, Revista identidad cultural Tzútujil, colección “apendarnos con presna Libre” página 6, año 1995, Guatemala.
- Carmen Maria de Colmenares y Josefina Chacón de Machado, “Introduccion al Estudio del Derecho”, URL, Facultad de Ciencias Poltiias y Sociales, Primera Edición, Pagina 3, año 1995, Guatemala.
- Acuerdos de identidad y Derechos de los Pueblos Indigenas, 2.III. y i.2. IV.

El sistema Jurídico Ixil, de la Universidad de Rafael Landívar, Guatemala 1999.

Pluralismo Jurídico/Interculturalidad y Derechos Humanos en Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM/ Instituto de la Defensa Publica Penal/ Guatemala, Guatemala/Mexico 2005

Constitución Política de la República de Guatemala.

Convenio 169 de la Organización Internacional de Guatemala.

**

EL CONCEPTO DE LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

* Héctor Orlando Gonzalez García
Sala Primera del Tribunal de Contencioso Administrativo
Organismo Judicial, Guatemala

INTRODUCCIÓN

La evolución del concepto de Acción Civil, se inicia prácticamente desde comienzos de la Humanidad en su forma organizada, y a través del tiempo, los tratadistas y estudiosos del Derecho, han venido modificando, introduciendo nuevos elementos y aplicando en mejor forma este concepto a la práctica del Derecho.

EVOLUCION DEL CONCEPTO

La función principal de los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado, es servir de defensa y protección de medios de dos instituciones que son:

- a) La acción y
- b) La excepción

LA ACCION CIVIL

Etimológicamente proviene del latín agere, que significa hacer, obrar.

CONCEPTO

Como veremos más adelante, hay varias definiciones y varios significados de este concepto, siendo uno de los más aceptados, el que considera a la Acción Civil, como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales respectivos, para la satisfacción de una pretensión. Comprende el derecho que tiene a solicitar algo juzgado competente y la forma en que debe ejercitarse ese derecho para que surta los efectos legales deseados. (Fundamento de Derecho Procesal Civil. E.E. Couture. Pag 57).

Es un atributo de la personalidad del individuo, correspondiendo en este aspecto al ámbito del Derecho Privado; por el contrario en su ejercicio, al ejercer el poder jurídico de acudir a un Juez, se interesa todo el conglomerado social, participando desde este punto de vista del carácter de Derecho Público.

A lo largo de la historia el concepto ha tenido innumerables significados, desde la Actio del Derecho Romano se ha dedicado gran parte de los significados y los cuales se han dedicado gran parte de los esfuerzos de muchos estudiantes del Derecho Procesal Civil, están:

- a) Como sinónimo de Derecho: En el desarrollo de este concepto de la Acción paso a ser un elemento del Derecho, confundiéndose con este, es decir que el titular del derecho era el único que podía ejercer la acción, de ahí que durante mucho

tiempo y aun en nuestros días equivocadamente, algunos abogados interponen la excepción de la falta de acción. En la Escuela Clásica se tomo en esta forma el concepto, puesto que se decía que al haber derecho, necesariamente tenía que haber acción para reclamarlo, no se concibe un derecho sin la acción necesaria para ejercitarlo, aquí la acción se tomó como el derecho en movimiento, la acción era el aspectos activo y el derecho el aspecto pasivo de la norma jurídica. Se decía por ejemplo en la práctica, cuando se afirma que el actor carecía de acción, según el caso, esta posición ya fue superada pues una persona aunque carezca de derecho, tiene potestad para ejercitar la acción.

b) Como sinónimo de Pretensión: Se trata de hacer ver que la acción es la pretensión que tiene de un derecho valido, al cual se pretende tutelar y por virtud del cual se promueve la demanda, significado también inexacto, pues la pretensión es solo un estado de voluntad jurídica, atribución de un derecho que todavía no se tiene, pero que se trata de tutelar por medio del ejercicio de la acción.

c) Como Sinónimo de facultad de provocar la actividad jurisdiccional: Este es el significado más aceptado en la actualidad y define la acción como un poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los jueces en demanda de amparo a una pretensión, sin importar si tiene el derecho o no.

Después de todos estás discusiones doctrinarias y de considerar durante mucho tiempo a la acción como parte del derecho subjetivo, se llego finalmente a consolidar la autonomía de la acción, lo que constituye el gran peso para que el derecho procesal civil, se separe definitivamente del Derecho Civil Sustantivo.

Luego de establecida su autonomía, surgieron otras formas de definirla, por ejemplo:

a) Como el derecho concreto de obrar: Tiene su origen esta definición con el tratadista Celso, para quien la acción no es sino el derecho a perseguir un juicio lo que a uno se le debe, es decir que la acción viene a ser lo mismo que el derecho subjetivo privado que se pone en movimiento, en actitud de defensa cuando ese derecho se viola. La acción viene a ser en este caso, no un derecho en sí, ni un derecho autónomo, sino “un aspecto particular que asume todo derecho como consecuencia de su lesión” (Savigny, citado por Mario Efraín Nájera Farfán, pag. 293). La acción según esta corriente, es el derecho mismo que se mantiene estático, sin moverse hasta que es negado y adquiere dinámica, por lo tanto no hay derecho sin acción, ni acción sin derecho, o lo que es lo mismo, para que se ejercite el derecho de acción, tiene que existir un derecho subjetivo material no satisfecho.

Al respecto el procesalista Eduardo J. Couture manifiesta: “La acción no es el derecho, pero no hay acción sin derecho”. Ob, cit. Pág. 64.

b) Como un derecho abstracto de obrar: Es la más aceptada en la actualidad y significa que un sujeto de derecho puede ejercitar su derecho de acción independientemente de que si tenga un derecho o no, que tutelar, “la acción es un derecho de los que tienen y aún de los que no tiene razón”. Ob. Cit. Pág. 65.

c) Como derecho potestativo: Esta definición toma forma cuando se incluye dentro de aquellos derechos que tiene una persona, pero frente a los cuales no existe otro u otra obligada, o sea que su ejercicio corresponde sólo a su titular.

d) Como un simple Hecho: En este concepto, no se le da categoría de derecho, sino como su nombre lo indica, se le toma solo como un hecho, un simple hacer, no con toda la voluntad humana de hacer actuar a un órgano jurisdiccional, como se ven otros conceptos.

e) La unidad en concepto de Acción: Esto es lo que se podría llamar la concepción ecléctica de la acción, pues trata de eliminar o suavizarlas diferencias entre los diferentes significados que se le han dado a dicho concepto (en lo civil, penal, etc.) y entre acción y derecho en general. Como se apuntó al principio el origen de la Acción procesal se remonta a los albores de la humanidad, es tan antigua su regulación que la encontramos ya en la ley de las doce tablas.

En el camino recorrido por el concepto de la acción civil y específicamente dentro del derecho Romano, encontramos claramente definidos con sus propias características, tres períodos, dentro de cada uno de los cuales tuvo significados diferentes, estos períodos o etapas son: a) El de las Acciones de la Ley o LegisActiones; b) El Sistema Formulario o por Formulas y c) El denominado Procedimiento Extraordinario.

SISTEMA DE LAS ACCIONES DE LA LEY O LEGIS ACTIONES

Este período se prolonga hasta que son promulgadas las Leyes Julias y Aebutia, aunque se ignora la fecha exacta de la misma. Como uno de los principales aspectos de la Acción Civil y especialmente en este sistema, tenemos que la venganza privada fue sustituida por el arbitraje facultativo, aunque el árbitro al que las partes sometían su controversia no tenían poder coercitivo para hacer cumplir sus fallos.

Se denomina sistema de Acciones de la Ley, porque ninguna acción podía entablarse sino en virtud de la Ley, tenía que estar regulada para poderla ejercitar. El sistema de las acciones de la Ley, tuvo las siguientes características:

I) Eran formalistas, solemnes y rituales, sujetas a Verba Certa, esto es expresiones y ademanes determinados, que si no eran observados traían como consecuencia la nulidad del procedimiento;

II) Nacieron de la misma Ley, de donde viene la necesidad de que estén legisladas para poderse ejercitar;

III) Tuvieron un carácter judicial, no de venganza privada;

IV) Todo el procedimiento se desarrollaba en presencia de las partes.

V) El proceso se desarrollaba verbalmente;

VI) No se podían acumular acciones ni intentar dos veces la misma;

VII) Siempre fueron acciones del ius civile, inaccesibles a los extranjeros, se imponía el procedimiento de dos instancias llamados ius y iudicium, el asunto o controversia se planteaba de común acuerdo ante un magistrado, es decir de común acuerdo como primera instancia y de allí pasaba al Juez o árbitro elegido por los litigantes o por el mismo magistrado. La doble instancia subsistió en el sistema formulario y en el sistema de la "Cognitio", así la segunda instancia se transformó en apelación. Resumiendo, lo que comprendía la acción en el sistema de Acciones de la Ley, era la realización o cumplimiento de un gran número de formalidades y de palabras solemnes, así como de pantomimas, de las cuales se desprendía el éxito o el fracaso de la misma acción que se ejercitaba y sin cuya realización era imposible obtener un fallo favorable. Eran tan extremadamente formalista este procedimiento, que la omisión de una sola de las palabras preceptuadas en la Ley, era suficiente para un fallo adverso. Tenemos entonces que la acción procesal era una forma o manera determinada de comportarse ante el magistrado para obtener un fallo favorable. Las acciones que estaban contempladas en la ley son las siguientes:

- 1) La Acción por Sacramento
- 2) La Judicis Postulatio
- 3) La Condictio
- 4) La Manus Iniectio
- 5) La Pignoris Capio

De todas estas clases de acción, es poco lo que se sabe, pues por el tiempo transcurrido existe muy poca bibliografía al respecto, pero para los efectos de este trabajo, la Acción por Sacramento es la que dibuja el perfil que tenía en ese tiempo la acción procesal y se realizaba de la siguiente manera:

Inicialmente cada una de las personas que intervenían en el proceso, tenía que depositar en el pontífice, una cierta cantidad de dinero, a la cual se le daba el nombre de Sacramento, pues la parte a la cual le era adverso el fallo, perdía lo que había depositado y era utilizado para la Ad Sacra Pública, que era un culto religioso, luego con el transcurso del tiempo este depósito fue transformado en una especie de garantía. Para formarse una mejor idea de los formalismos y solemnidades que se requerían en este sistema, se describe a continuación y en términos amplios, lo que para reivindicar un bien mueble se prescribía en las Institutas de Gayo: El que reivindicaba el bien, tenía una vara pequeña en la mano, tomaba con la otra el objeto del litigio y decía: afirmo que este objeto (mencionaba a lo que se refería, que podía ser un esclavo o cualquier otro bien mueble) es mío, según el derecho de los quirites, por mi propia causa, tal como lo he dicho. Tú lo ves, pongo sobre él, la vindicta. Al decir esto ponía sobre el objeto litigioso, la vara. Las mismas palabras o gestos, profería la otra parte, cuando ambas lo habían hecho conforme a las prescripciones legales, el Pretor les ordenaba que ambos soltaran el bien y el que primero había hablado le preguntaba al otro: Te pido que me digas por qué causa

has reivindicado; el otro contestaba, he cumplido el Derecho, así como puse el Derecho, puse la vindicta. Respuesta: Considerando que has reivindicado injustamente, te provocho por un sacramento de tal cantidad. Respuesta, te provocho igualmente por la cantidad de... etc. Seguidamente el encargado de impartir justicia (el pretor), otorgaba la posesión provisional a uno de los litigantes, y la acción llegaba a su fin, cuando estos solicitaban que se nombrara a un Juez que definiera el litigio. Este sistema de las acciones de la Ley, como se anotó al principio fue suprimido en su mayor parte por las Leyes Julia y Aebutia, habiendo sido sustituido por el procedimiento formulario.

SISTEMA FORMULARIO O POR FORMULAS

Se utilizó este sistema después de las leyes Julias y las leyes Aebutia, aparece junto con el "iushonorarium" cuando el Pretor comenzó a suplir las lagunas de la Ley para proteger los actos jurídicos que no estaban legislados. Sus principales características fueron:

a) Se empleaba por las personas que intervenían en el litigio, un lenguaje común o vulgar, no estaban obligadas al exponer sus demandas a utilizar palabras y pantomimas del sistema precedente, porque éstas no eran tomadas en cuenta para definir el litigio.

b) Se establecían en este tipo o forma de sustanciar un proceso, dos etapas diferentes: La primera ante el magistrado (pretor) se llamaba in jure; la segunda verificada ante el Juez o Jurado tenía el nombre de in iudicium.

c) En la primera de las etapas mencionadas, el actor planteaba su demanda, y el demandado contestaba, luego ambas partes pedían al Magistrado, que nombrara un Juez o un Jurado que definiera el asunto.

d) El actor recibía de manos del Magistrado o Pretor, la fórmula, que era propiamente la acción, aquí concluía el procedimiento en la etapa llamada in jure, y era la parte más importante del mismo.

En la fórmula entregada al actor, los pretores designaban Juez o Jurado, la redacción de dicha fórmula tenía mucha importancia y fue elaborada por los estudiosos más avanzados de la materia. La nota más sobresaliente del Sistema Formulario es que envía la resolución del asunto a un jurado, como también sucedía en el sistema de acciones de la Ley, en la Fórmula el Pretor determinaba los puntos sobre los que el jurado tenía que resolver y se le daba la potestad de condenar o absolver según el estudio que ellos hicieran. Los litigantes fijaban las bases y reglas del proceso en la fórmula dada por el Pretor. Para evitar un segundo proceso sobre el mismo objeto y las mismas personas, existía la excepción de litispendencia y cosa juzgada. La fórmula ordinaria comprendía los siguientes elementos:

a) Admonitio iudicis, que era la designación del Juez o árbitro;

b) Demonstratio, comprendía la exposición de los hechos;

- c) Intentatio, contiene la petición o punto por resolver;
- d) Aidudicatio o adjudicatio, La autorización que el Pretor daba al Juez o árbitro para que pusiera fin al estado de indivisión de un bien;
- e) Condenatio parte dispositiva de la sentencia: Por medio de la cual el magistrado autorizaba al Juez a condenar o absolver según las constancias y resultas del juicio.

El significado que adquirió la Acción en este sistema es el de El Derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe, teoría enunciada por Celso, de esta última definición se derivó el de Acción como aquella que es necesaria para poder perseguir mediante el juicio, la efectividad de los derechos (Derecho Procesal Civil. Dr. Mario Aguirre Godoy, pág. 43).

SISTEMA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Se inició como una excepción al Procedimiento Formulario y en los casos no previstos por el Derecho Civil o Pretoriano, aunque con el transcurso del tiempo fue una acción de uso corriente. En este sistema, la Acción significaba, no solo el Derecho de perseguir en Juicio lo que se nos debe, -como en el de las Acciones de la Ley- sino también lo que nos pertenece, agregándosele la última frase para abarcar tanto derechos reales como procesales.

El sistema de Procedimiento o conocimiento Extraordinario significó el conocimiento directo del asunto sobre el cual se litigaba, por el magistrado, sin previo conocimiento del Juez o árbitro en un caso. Valiéndose de ese imperium o autoridad, el magistrado dictaba el decreto por medio del cual resolvía el asunto. Durante la vigencia de este sistema de impartir justicia, la acción pasó a ser un elemento del Derecho, confundiéndose con él, sólo el titular del Derecho podía ejercer la acción.

En el procedimiento extraordinario, el concepto de acción tiene las características siguientes:

- a) Tiene mucha relación con el derecho subjetivo que se trata de proteger en el juicio, sin el cual acción se declarará improcedente; esta relación entre el derecho subjetivo y la acción era tan importante, que en su tiempo los autores identificaban la acción con ese derecho subjetivo, que pasa a ser la acción cuando es violado o desconocido por quien infringe la ley. Otros autores afirmaban que si bien era un derecho distinto del subjetivo, presuponía la existencia de éste y se originaba de la violación del mismo. Fue tanta la identificación en esta etapa, de la acción con el derecho subjetivo, que en el Corpus Juris de Justiniano, los capítulos que trataban de las acciones procesales que existían, también contenían normas de derecho sustantivo las cuales determinaban los derechos y obligaciones que se derivaban de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos o la ley.

b) Se consideraba a la Acción en ese tiempo, como un derecho privado. La influencia de la concepción Romano Clásica del Derecho en el concepto de la acción (tratados anteriormente), se ha extendido a las modernas teorías sobre su definición, como por ejemplo la de Nicolás Coviello, para quien la acción “es la facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho”. En esta definición se manifiestan dos aspectos: El de potencialidad y el de actuación. En el primero la acción no tiene ninguna relevancia jurídica pues viene a ser un elemento del mismo Derecho, el segundo es cuando se viola el derecho de una persona y se hace necesaria la acción para concretar el derecho de defensa.

En sentido procesal, Coviello define la Acción como la invocación efectiva de la autoridad jurisdiccional del Estado para la defensa de un derecho, viene a ser un mero hecho y al respecto dice: “Así como el ejercicio del Derecho de Acción puede de hecho efectuarse por quien no tiene el derecho que ejercita, ya sea que crea tenerlo, o bien sabiendo que carece del mismo o lo que es lo mismo, puede darse la acción de hecho, sin que exista el derecho de obrar”.

Por el contrario para Hans Kelsen, es imposible que exista el derecho sin la facultad de obrar (acción), sus críticas hacen ver que el error del tratadista está en hacer depender el derecho subjetivo de uno de sus medios para asegurar su cumplimiento.

En resumen las tres principales corrientes que coadyuvaron a enunciar el concepto más aceptado en la actualidad respecto a la Acción son:

a) La que considera a la Acción, como un derecho concreto a la tutela jurídica del Estado por medio de los órganos jurisdiccionales respectivos, es decir que según esta corriente, sólo tiene derecho a ejercitar su derecho de acción, quien tiene la razón.

b) Como un derecho Potestativo: Esta doctrina fue elaborada por el tratadista Jaime Guasp, quien manifiesta que la pretensión procesal es una declaración de voluntad en la cual se solicita una actuación del órgano jurisdiccional competente, frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración, se nota la equivocación de este autor al utilizar el vocablo pretensión como sinónimo de acción, lo cual ya fue superado. Establece asimismo, la diferencia entre acción procesal, que es la práctica de un acto, de la acción en el derecho civil; no acepta como válidas las otras teorías cuya confusión estriba según su autor Jaime Guasp, en que no se analiza la acción como un acto procesal, sino el derecho que se pretende sea tutelado por el Estado.

c) La Acción como un simple hecho: Considera la Acción, como se indica, en hecho o conjunto de hechos, no como un derecho, la conceptúa como el efectivo acto de presentar una acción.

d) Existe una cuarta teoría, la más aceptada actualmente y en contraposición a la que considera a la Acción como el derecho concreto de obrar, que considera la Acción como el Derecho Abstracto de obrar, y la que tiene como punto principal que

tiene el derecho de Acción, tanto el que tiene como los que no tienen un derecho válido que tutelar. “La acción-dice-es el derecho de los que tienen y aun de los que no tienen la razón”.

DIFERENTES DEFINICIONES DE ACCIÓN

Entre los tratadistas que han estudiado este tema y enunciado diferentes conceptos, tenemos: James Goldshmidt: (Dr. Mario Aguirre Godoy, ob. cit. pag. 54). Dice al respecto que es un derecho público, dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo, mediante sentencia favorable en los juicios que se plantean para el reclamo de los bienes o derechos patrimoniales.

Jaime Guasp: Por su parte manifiesta que la Acción “es una declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración para conseguir el pago de responsabilidades civiles”. En el antiguo derecho romano se definió la Acción Civil, simplemente como aquella que había sido creada por el derecho civil. Lo más importante de esa época fue la *Condictio*, que expresaba una obligación unilateral de dar o no hacer.

Nicolás Coviello: Expresa este autor, que Acción “es la facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho”. Nicolás Coviello, ob. cit. pag. 554.

Eduardo J. Couture: Dice que “es el poder jurídico del individuo de requerir de la Jurisdicción, la prestación de cuanto es menester para reintegrarle efectivamente, el goce de su derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre”. Ob. cit. pag. 159.

CONCEPTO MÁS ACEPTADO

Dentro de las definiciones anteriores se encuentran varias que expresan la moderna concepción de la acción, en mi criterio, una de las más adecuadas, aceptables y que se, deriva de un minucioso análisis de sus elementos es la siguiente:

“Acción es el poder jurídico (Derecho Subjetivo Público) que tiene un sujeto de derecho, de requerir del órgano jurisdiccional correspondiente, su actuación para reintegrarle o asegurarle efectivamente, el goce de su derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre, o de satisfacer su pretensión”. E.J. Couture, ob. cit. pag. 73.

Asimismo, el Licenciado Mario López Larrave en su obra *Introducción al Estudio del Derecho Procesal del Trabajo*, la define como: “El poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos de la jurisdicción para reclamarles la solución de un conflicto de intereses, independientemente de la existencia o inexistencia del derecho que se pretende a su juicio”. Ob. cit. pag. 62.

En las dos definiciones anteriores se sigue el criterio de considerar la acción como un derecho distinto del derecho material y como un derecho específico del genérico de petición.

LA ACCIÓN COMO AVANCE DE LA JUSTICIA DEL CONGLOMERADO SOCIAL Y SUSTITUTIVO DE LA VENGANZA PRIVADA

En las sociedades primitivas la forma de impartir justicia era en forma privada. La persona que se creía amenazada o damnificada por otra, de alguna manera, actuaba en la forma que lo consideraba conveniente, ya sea para evitar el daño que se pretendía ocasionarle, para lograr su resarcimiento o simplemente alcanzando la venganza, en esta forma el ofendido se convertía en parte, juez y ejecutor.

En este régimen prevalece la fuerza, dejando al Estado fuera de la actividad jurisdiccional para restituir el derecho violado, "en lugar de que la fuerza estuviera al servicio del derecho, éste último se encontraba al servicio de aquella". (Introducción al Estudio del Derecho, Eduardo García Maynes, pag. 218).

Así las cosas, el Estado principió a intervenir para evitar la venganza y las luchas privadas que no tenían ningún tipo de control.

La acción en su acepción jurídica, es una forma en que las personas resuelven sus conflictos de intereses en forma pacífica y sujetos a la autoridad competente. Las formas primitivas de hacerse justicia, eran en forma directa, la acción es un medio indirecto de solucionar los conflictos.

La primera moderación a la venganza privada apareció en la forma de la Ley del Talión, después el Estado interviene como amigable componedor, para luego ser el único con poder jurisdiccional, lo cual se da cuando la facultad para solucionar toda clase de conflictos, queda reservada únicamente al poder público.

La función jurisdiccional es pues, la aplicación de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares, y cuando es necesario puede hacerse efectiva, aun en contra la voluntad de estos.

ORIGENES DEL PODER JURÍDICO A EJERCITAR LA ACCIÓN

Si se define la Acción Civil, como aquella que puede ejercitar un sujeto de derecho ante un Juez para reclamar en juicio sus bienes o derechos pecuniarios, se origina ésta, en el derecho sobre las cosas en la misma forma que las obligaciones, es decir en los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

En el ramo penal, es acción civil la que entabla el sujeto pasivo, directo o indirecto del delito o sus causa-habientes, para conseguir la restitución, la reparación del daño o la indemnización de daños y perjuicios.

DIFERENCIACIÓN ENTRE ACCIÓN Y OTROS CONCEPTOS DE DIVERSAS FIGURAS PROCESALES

ACCIÓN Y DERECHO

Se ha dicho anteriormente que la acción, históricamente, es el sustitutivo de la venganza privada, lo cual se da cuando el Estado ejerce su actividad jurisdiccional. Es decir que la acción funciona por la presencia del Estado, presencia que tiene como objetivo fundamental “asegurar la paz y la tranquilidad sociales mediante el imperio del Derecho” (E.J. Couture. Ob. cit. pag. 69).

Esta intervención del Estado hace que de acuerdo a sus fines inmediatos (la paz y la tranquilidad sociales) la acción tenga un carácter público, de este carácter se deriva que el derecho de acción frente al Estado, aparece unido al Derecho material.

Si se toman así los conceptos no existiría el Derecho Subjetivo, sino sólo la acción, ésta fue considerada como el mismo derecho como ya vimos; en los derechos con sistemas totalitarios, no existe el derecho hasta que la acción es judicialmente acogida, ob. cit. pag. 70”.

En nuestro sistema judicial y de acuerdo a las corrientes modernas, ya se encuentran bien definidas y delimitados en su campo la acción y el derecho, la acción existe y funciona, sin tomar en cuenta la certeza del derecho o la pretensión que el actor invoca, desde la demanda hasta la sentencia, que es el acto procesal en el cual se define si hay o no derecho violado.

La separación de ambos conceptos se manifiesta en varias formas, por ejemplo siendo la acción el derecho subjetivo público que tiene cualquier persona para provocar la actividad del Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales, a efecto de que se pronuncie respecto a una situación concreta y se tutele determinada pretensión jurídica material; si la acción que se ejercita es infundada, si se carece del derecho violado, será declarada sin lugar, pero de todas maneras la acción ya fue ejercitada. (Dr. Mario Aguirre Godoy. Ob. cit. pag. 58).

PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE ACCION Y DERECHO

Estas se pueden estudiar desde diversos puntos de vista, entre los cuales tenemos:

I. Por su origen: El derecho tiene su origen en las instituciones ya mencionadas como los contratos, cuasi-contratos, delitos, cuasi-delitos; por otra parte la acción se origina de un conflicto de intereses entre dos personas sobre una situación que controvierta la existencia o interpretación de un derecho.

II. Por sus condiciones de ejercicio: La acción es una actividad que se realiza por medio del proceso para provocar la intervención del órgano jurisdiccional, este proceso debe sujetarse a diferentes formalidades necesarias para su validez.

En cambio el derecho es una situación jurídica en la cual se encuentra una persona y la cual pretende tutelar por medio del ejercicio de la acción. Se puede tener capacidad de goce, es decir que se pueden adquirir derechos y ser al mismo tiempo incapaz para ejercerlos o defenderlos judicialmente, o lo que lo mismo no poder ejercer el derecho de acción en forma personal.

CONCLUSIONES

- A) La Acción es la institución por medio de la cual se ejercita la pretensión de un derecho.
- B) El derecho de accionar ante cualquier órgano jurisdiccional, es independiente de la titularidad de un derecho.
- C) Es necesaria la integración del derecho procesal, ajustándolo a la normativa contemporánea.-

REFERENCIAS

- Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Vivil. Editorial Nacional. 1981. México
- Nájera Farfán, Mario Efraín. Derecho Procesal Civil. Editorial Eros. Guatemala, C.A. 1970. Primera Edición
- Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil, Tomo I. Editorial Universitaria. Guatemala, C.A. 1973. Primera Edición.
- Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Cuarta Edición. Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. México. 1949.
- López Lavarre, Mario. Introducción al Estudio del Derecho Procesal del Trabajo. Editorial Universitaria, Colección Mario López Lavarre, Volumen No. 7. 1984.
- García Maníes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Primera Edición. Editorial Porrúa S.A. Argentina, México, D.F. 1944.
- Leyes
 - Constitución Política de la República de Guatemala
 - Código Procesal Civil y Mercantil
 - Código Civil
 - Ley del Organismo Judicial

**

LA IMPORTANCIA DEL CAPITAL HUMANO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

* Edvin Estuardo López Rodríguez
Magistrado de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Petén

La Superintendencia de Administración Tributaria fue creada con el fin de desconcentrar del poder ejecutivo, la recaudación tributaria que estaba a cargo de la Dirección de Rentas Internas del Ministerio de Finanzas Publicas, la creación de dicho ente generó grandes expectativas en la recaudación tributaria, pero realmente se ha visto que los resultados esperados no han sido contundentes, y a sus veintiún años de vida hemos visto deficiencia con metas de recaudación paupérrimas, como se puede observar en el informe de desempeño de la Política Fiscal 2018 de la Dirección de Análisis y Política Fiscal del Ministerio de Finanzas Publicas, que han causado modificaciones a los presupuestos, el Estado ha tenido que acudir las famosas transferencias para solucionar el problema de presupuesto.

La SAT ha quedado en deuda, desde su creación a la fecha dicha institución tiene un problema serio, como lo es la carencia del talento humano, además los otros problemas que le aquejan para mencionar la carencia de infraestructura, la inexistencia de SAT en los departamentos ya que actualmente está organizada por regiones, así como la burocratización en los trámites para efectuar el cumplimiento de las obligaciones que los contribuyentes deben efectuar.

La Superintendencia de Administración Tributaria hoy en día ha colapsado debido a la excesiva carga de trabajo que posee, y eso lo demuestra en las metas fiscales de recaudación que no se han logrado, siendo importante el fortalecimiento del talento humano, es decir tener el personal suficiente y que los mismos puedan desempeñar sus funciones con eficiencia a efecto que se logre una excelente prestación de servicio y lograr que la SAT logre sus fines y valores por la cual fue creada, ya que por experiencia se ha visto que los expedientes en el trámite administrativo de verificación del cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes han prescrito, pero por los factores que al inicio se mencionó y eso refleja que las obligaciones tributarias no sean las adecuadas porque se pierden ingresos tributarios por falta de cobro administrativo y por consiguiente judicial, cuando se hace el cobro del adeudo tributario ya transcurrió la obligación de pagar por la inacción del ente recaudador de los tributos, siendo esa la problemática que hoy en día afronta la SAT, y de allí la importancia del presente trabajo de poder coadyuvar a dar una posible solución para tener una adecuada recaudación con un

ente recaudador que sea eficiente en todas sus áreas pero fundamentalmente el fortalecimiento del talento humano a efecto de evitar que por falta del mismo el cobro tributario sea ineficaz, con un adecuado capital humano se evitaría la prescripción de los cobros de las obligaciones tributarias, y con ello mejorar la recaudación tributaria, para que el Estado de Guatemala cumpla con sus fines primordiales y lograr que sea un ente con gestión y servicio de calidad, certificado con las normas internacionales ISO 9001.

Es necesario que la Superintendencia de Administración Tributaria, esté dotada de talento humano, a efecto de desempeñar con eficiencia administrativa el cobro de los impuestos que los contribuyentes afectos están obligados a pagar dentro de los plazos que la ley tributaria establece, y evitar así que la falta de capital humano no sea suficiente y por el exceso de trabajo se descuidan los expedientes que por el transcurso del plazo se pierda el derecho del Estado a cobrar los adeudos tributarios.

El presente trabajo se desarrolla, dando a conocer en primer término aspectos generales del derecho tributario que hacen posible una mejor comprensión del tema, así como nociones básicas del procedimiento administrativo tributario que sirven para encausar el presente trabajo y así abordar la solución a la problemática que existe en el Superintendencia de Administración Tributaria.

Procedimiento administrativo tributario y la función administrativa

El Estado subordina su actuación a los principios del orden jurídico vigente, el cual está integrado por la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes ordinarias, tratados y demás disposiciones de aplicación general; asimismo se debe tomar en cuenta que el bien social prevalece sobre el bien particular garantizando en todo momento los derechos humanos (fundamentales).

El licenciado Hugo Calderón indica al respecto que:

“el ejercicio de la función administrativa del Estado es realizado por sus órganos administrativos mediante diversos actos que constituyen la expresión misma de la voluntad estatal. El ejercicio de la función administrativa en particular, como manifestación del poder del Estado, se encuentra sujeto al cumplimiento de requisitos que al estar previstos en ley se traducen en garantía de los administrados y al mismo tiempo representan limitaciones a la actuación de la autoridad administrativa”(Calderón Morales Hugo Haroldo, Derecho Procesal Administrativo, Págs. 12 y 13.)

De conformidad con nuestra Constitución Política de la República de Guatemala artículo 221, advierte que la actuación de la autoridad administrativa, que afecte la esfera jurídica de los administrados queda sujeta al contralor de la juridicidad de la administración, el tribunal de lo contencioso administrativo.

Para la administración pública el procedimiento administrativo viene a constituir una garantía de eficacia, en tanto se tenga la pretensión de actuar conforme a derecho, a fin de mantener el imperio de la legalidad y la juridicidad en el ejercicio de la función administrativa, de lo contrario el contralor de la juridicidad lo someterá a este imperio.

El procedimiento administrativo resulta un elemento fundamental para determinar la juridicidad (implica la aplicación del Derecho y esto trae como consecuencia la aplicación en primer lugar de la norma jurídica, en caso de no haber una norma, necesariamente hay que aplicar los principios generales del Derecho Administrativo y en última instancia se pueden aplicar las instituciones doctrinarias del Derecho administrativo) y la legalidad (el administrador debe someter su actuación a una norma y si no hay norma no puede actuar, tiene que actuar apegado a la ley) del acto administrativo; que puede únicamente manifestar su voluntad en la forma en que se encuentra preestablecida, con el objeto de mantener el equilibrio entre el ejercicio de la función administrativa y el goce de las garantías ciudadanas.

Todos estos aspectos citados son de vital importancia porque son de aplicación en el procedimiento administrativo tributario, porque hay una institución estatal descentralizada (Superintendencia de Administración Tributaria) que va a cumplir con el orden jurídico vigente que como ya se dijo está integrada por la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes ordinarias, tratados, reglamentos y demás disposiciones de aplicación general y especialmente por el tema objeto de estudio, las normas de carácter tributario.

La Superintendencia de Administración Tributaria como ente encargado de la recaudación de los impuestos es quien activa el procedimiento administrativo tributario mediante las formas de determinación del tributo, las cuales pueden ser de oficio o por el sujeto pasivo que puede ser el contribuyente; es aquí donde van a surgir una serie de pasos o de hechos que desarrollan la actividad administrativa tributaria que va a llevar al órgano administrativo a emitir una resolución administrativa, favorable o desfavorable al contribuyente; dicha resolución administrativa es objeto de impugnación mediante los recursos administrativos establecidos en el Código Tributario los cuales son: revocatoria y reposición. Es importante tomar en cuenta, que durante el desarrollo del referido procedimiento administrativo, el ente estatal debe basar su actuación en los principios de juridicidad y legalidad, mismos que son propios del Derecho Administrativo.

Manifiesta el profesor Gordillo Agustín, en relación con el tema lo siguiente “La serie o secuencia de actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad principalmente de los organismos administrativos (no de los Judiciales como regla), no se denominará ya proceso administrativo sino procedimiento administrativo. Gordillo Agustín, Derecho Administrativo, Tomo II, Pág. 2.

Toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo lo vamos a encontrar en actividades propias de la administración pública; el cual normalmente inicia con una petición administrativa, la cual debe reunir ciertos requisitos, también en otras actividades del Estado, sean estas legislativas o judiciales; en cambio el proceso es exclusivamente para actividades eminentemente jurisdiccionales, el proceso que va a iniciar con una demanda y terminar con una sentencia, de ello que podemos hablar de proceso contencioso administrativo, proceso contencioso tributario, proceso económico coactivo, proceso civil, proceso penal, etc.

Definición de procedimiento administrativo

Es importante definir el procedimiento administrativo porque éste nos va a llevar a la fase mas importante del mismo, como lo es la emisión de la resolución administrativa o acto administrativo; obviamente llegar a la emisión de la resolución administrativa significa haber agotado una serie de pasos que los entes estatales deben cumplir, dentro de los principios del derecho administrativo, tales como legalidad y juridicidad, esencialmente los principios de derecho de defensa y audiencia previa.

Según el catedrático Hugo Calderón:

“El procedimiento administrativo está constituido por un conjunto de tramites y formalidades ordenados y metodizados en leyes y reglamentos administrativos, que determinan los requisitos previos que deben preceder al acto administrativo con su antecedente y fundamentación que son necesarios para su perfeccionamiento y condiciona su validez al mismo tiempo que para la realización de su fin”.... El procedimiento administrativo puede ser conceptualizado también como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados e impugnación del acto administrativo, las fases o etapas que comprende un expediente administrativo o los funcionarios o empleados públicos, cuya finalidad es la decisión o acto administrativo”.

Estos temas son importantes ya que sirven como base para poder conocer lo concerniente al procedimiento administrativo tributario, su desarrollo hasta llegar al momento de la emisión de la resolución administrativa emitida por el órgano designado legalmente en el presente caso por la Superintendencia de Administración Tributaria.

Si la resolución emitida es desfavorable al contribuyente, éste tiene el derecho de impugnarla ya sea por medio de un recurso de revocatoria o un recurso de

reposición, mismos que explicaré con detalles más adelante. Si aún después de haber resuelto los recursos antes mencionados, persiste la inconformidad del contribuyente éste puede hacer uso del proceso contencioso administrativo tributario ante un órgano jurisdiccional competente que tendrá por objeto únicamente revisar sino se violaron los principios del derecho administrativo de legalidad y de juridicidad. En esta etapa se llega a un punto muy importante ya que si la sentencia emitida por el tribunal de lo contencioso administrativo es declarar con lugar la demanda, la administración tributaria puede ejercer su derecho de impugnar la misma mediante el recurso de casación; pero si dicha sentencia declara sin lugar la demanda, la administración tributaria tiene vía libre para demandar al contribuyente a través del juicio económico coactivo tributario.

Como se puede observar a simple vista el proceso contencioso administrativo en materia tributaria, es el contribuyente quien acciona; en el proceso económico coactivo es la administración tributaria la que acciona para cobrar en forma ejecutiva los adeudos tributarios. (Estos procesos los estudiaremos en los capítulos posteriores).

Tramite del Procedimiento Administrativo Tributario.

Existen varias formas de iniciar el procedimiento administrativo tributario, en la administración tributaria; en el presente trabajo explicaré las fases o pasos que se dan cuando dicho procedimiento es iniciado de oficio por la administración tributaria y al cual de conformidad con el Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala (Código Tributario), le denomina Procedimiento especial de determinación de la obligación tributaria por la administración; además se explicará este procedimiento de oficio dada la importancia o naturaleza del mismo, ya que el código tributario en el Artículo 122 establece que: “El proceso ante la administración tributaria será impulsado de oficio...”

Es importante mencionar por cuestión técnica que el artículo citado se refiere a un proceso ante la administración tributaria; aplicando la lógica, por tratarse de un ente u órgano administrativo, lo correcto sería hablar de procedimiento administrativo y no de un proceso administrativo ya que el proceso comienza con una demanda y termina con una sentencia, lo cual corresponde únicamente al ámbito judicial ante un órgano jurisdiccional. En el presente trabajo estamos ante el procedimiento administrativo que termina con una resolución administrativa, la cual puede ser favorable o desfavorable al contribuyente.

Volviendo al tema que nos ocupa, para llegar a obtener una resolución administrativa se dan los siguientes pasos:

a) Primer Paso. Determinación de la obligación tributaria:

Dentro de la legislación tributaria no están específicamente determinadas las fases o pasos del procedimiento administrativo tributario y aplicando ciertos conocimientos que humildemente he adquirido en la práctica tributaria considero pertinente que en este primer paso se da la determinación de la obligación tributaria. Como por ejemplo no se efectuó el pago del impuesto sobre la renta o no se efectuó el pago al impuesto al valor agregado, multas e intereses resarcitorios y así se puede hablar de otros impuestos, es aquí en donde la Superintendencia de Administración Tributaria de oficio realiza un ajuste fiscal e inicia el procedimiento administrativo tributario.

Las formas de determinación de la obligación tributaria como se explicó anteriormente son: a) La determinación por el contribuyente, b) La determinación de oficio la cual también puede efectuarse sobre base cierta y sobre base presunta. En la práctica la administración tributaria inicia los expedientes administrativos tributarios de oficio, nombrando un auditor fiscal para que realice auditoría de campo a algún contribuyente que la administración tributaria designe; el auditor nombrado se constituye en el domicilio fiscal del contribuyente y le requiere documentos de respaldo de su contabilidad que le permitan establecer la renta neta y así poder determinar la base imponible para determinar el impuesto que se generó. De los hallazgos, el auditor fiscal hace el acta donde hace constar dicha situación y acompaña a la misma toda la documentación que le fuera proporcionada por el contribuyente, posteriormente las diligencias se remiten a un órgano interno de la administración tributaria (Inspecciones fiscales) para que en base a la documentación acompañada emita un dictamen.

b) Segundo Paso: Audiencias

Emitido el dictamen, en el área se determinan dos situaciones: a) si se determinó de oficio los tributos que por ley le corresponde administrar, la administración tributaria verificará las declaraciones, determinaciones y documentos de pago de impuestos si procediere, formulará los ajustes que correspondan, precisará los fundamentos de hecho y de derecho y notificará al contribuyente o al responsable en este caso dándole audiencia por 30 días hábiles improrrogables, a efecto de que presente descargos y ofrezca los medios de prueba que justifiquen su oposición y defensa. Y, b) en el caso que se le imponga sanciones aun cuando no se generen de la omisión del pago de impuestos, también se le notificará al contribuyente o responsable confiriéndole audiencia por 10 días hábiles improrrogables.

Si el contribuyente o el responsable tributario no evacúa la audiencia antes indicada, se dictará la resolución correspondiente que determine el tributo, intereses, recargos y multas. Al estar firme la resolución se procederá a exigir el pago (se exige el pago por la vía económica coactiva).

c) Tercer paso: período de prueba

El periodo de prueba del procedimiento administrativo tributario es opcional al contribuyente porque se va a abrir a prueba si este al evacuar la audiencia que le fuera conferida por la administración tributaria solicita la apertura a prueba, o sea que esta decisión de abrir a prueba dicho procedimiento por considerar que lo amerita es exclusividad del contribuyente; el periodo de prueba se tendrá por otorgado sin más trámite, resolución ni notificación, basta solo con la solicitud del contribuyente.

En el caso de que si se formularan ajustes, y el contribuyente o responsable tributario solicita apertura a prueba el plazo será de 30 días hábiles improrrogables, este periodo podrá darse por concluido antes de que el mismo finalice cuando las pruebas se hubieren aportado y los interesados así lo soliciten.

Ahora bien en el caso que el contribuyente no obstante haber cumplido con su obligación tributaria, pero la misma fue motivo de objeción y le imponen una sanción y este solicita apertura a prueba el periodo para este efecto será de 10 días hábiles improrrogables.

d) Cuarto Paso. Diligencias para Mejor Resolver

La administración tributaria, antes de dictar resolución final, podrá de oficio o a petición de parte, acordar para mejor resolver, se haya o no evacuado la audiencia: que se tenga a la vista cualquier documento que se crea conveniente; se practique cualquier diligencia que se considere necesaria o se amplíen las que ya se hubiesen realizado; y que se tenga a la vista cualquier actuación que sea pertinente; esta fase es importante porque va a servir a la administración tributaria para tener los medios probatorios necesarios para emitir una resolución administrativa apegada a derecho.

El plazo para practicar estas diligencias para mejor resolver no debe ser mayor de 15 días hábiles. Es importante establecer que contra la resolución que ordene las diligencias para mejor resolver no procederá recurso alguno.

e) Quinto Paso: Resolución Administrativa del Procedimiento Tributario

La resolución administrativa será emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), que es la autoridad competente; dicha resolución debe cumplir con citar las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta, las resoluciones de la administración tributaria deberán ser razonadas y que atiendan el fondo del asunto y serán redactadas con claridad y precisión; es importante que se emita la resolución administrativa del procedimiento tributario porque la misma va a constituir el fin del procedimiento administrativo tributario, además es la manifestación de voluntad de la administración tributaria la cual queda establecida en un documento que al ser notificado de conformidad con la ley específica, va a

producir efectos jurídicos favorables o desfavorables al contribuyente; estas resoluciones de la administración tributaria deben cumplirse con los principios de legalidad y juridicidad, los que son fundamentales en el derecho administrativo, mismos que dan garantía al contribuyente.

El plazo para que se emita la resolución administrativa será de 30 días hábiles siguientes al agotamiento de la fase correspondiente. Toda resolución de la administración tributaria deberá contener como mínimo los siguientes requisitos:

- a) Numero de la resolución e identificación del expediente.
- b) Lugar y fecha en que se esta emitiendo la resolución.
- c) Apellidos y nombres completos, razón social o denominación legal del contribuyente o responsable y en su caso del representante legal y su número de identificación tributaria (NIT), domicilio fiscal del contribuyente o responsable, si estos extremos constaren en el expediente.
- d) Indicación del Tributo y del periodo de imposición correspondiente si fuere el caso.
- e) Consideración de los hechos expuestos y pruebas aportadas.
- f) Los elementos de juicio utilizados para determinar la obligación tributaria.
- g) La especificación de las sumas exigibles por tributos, intereses, multas y recargos, según el caso.
- h) En su caso de terminación del crédito que resulte a favor del contribuyente o responsable, ordenando que se acredite o devuelva conforme a lo dispuesto por el artículo 111 del código tributario (decreto 6-91 del Congreso de la República).
- i) Consideración de los dictámenes emitidos y de los fundamentos de hecho y derecho de la resolución.
- j) La firma del funcionario que lo emita.

Las notificaciones de las resoluciones administrativas, la administración tributaria la realizará dentro de los 10 días hábiles contados a partir del día siguiente de dictada la resolución que se trate, bajo pena para el notificador en caso de incumplimiento de 10 quetzales de multa la primera vez, y de 25 quetzales la segunda vez y destitución la tercera vez.

El decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala (código tributario) en su artículo 133 establece: "Para practicar las notificaciones el notificador o un notario designado por la administración tributaria irá al domicilio fiscal del contribuyente o en su defecto, a la residencia, oficina, establecimiento comercial de su propiedad o al lugar donde habitualmente se encuentra o concurra quien deba ser notificado y sino lo hallare, hará la notificación por cedula que entregará a sus familiares, empleados domésticos o de otra naturaleza, o la persona idónea y mayor de edad que se encuentre en cualquiera de los lugares indicados. Sino encontrare persona idónea para recibir la cedula o si habiéndola se negare a recibirla, el notificador la fijará en la puerta expresando al pie de la cedula, la fecha y hora de la actuación, también pondrá razón en el expediente de haber notificado en esa forma

especificando que no encontró persona idónea o que habiéndola encontrado esta se negó a recibir la cedula...”

f) Impugnación de las resoluciones de la administración tributaria.

Los recursos de la actividad tributaria son 2 específicamente: a) Recurso de Revocatoria y b) Recurso de Reposición. El Licenciado Hugo Calderón indica:

“que la aplicación de estos recursos contra la administración tributaria, cuando se trate exclusivamente de resoluciones de carácter tributario se aplican los regulados en el código tributario, pero cuando se trate de otro tipo de resoluciones se deberán aplicar los recursos regulados en el decreto 119-96 del Congreso de la República (Ley de la Contencioso Administrativo), esto lo encontramos fundamentado en el artículo 45 del decreto 1-98 del Congreso de la República (Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT)”. Dicho artículo literalmente establece: “Los recursos administrativos que los contribuyentes o sus representantes pueden interponer contra las resoluciones de la SAT, en materia tributaria, son los que establece el código tributario y las leyes aduaneras”. (Hugo H. Calderón Morales. Ob. Cit Pag. 204.)

Los recursos administrativos que se interpongan contra las resoluciones de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT); en materia no tributaria o aduanera son los establecidos en la Ley de lo Contencioso Administrativo. En materia tributaria, contra lo resuelto por el directorio, procede el recurso de reposición; contra lo resuelto por el Superintendente y los Intendentes procede el recurso de Revocatoria. Ambos recursos se regularán por las disposiciones del código tributario”.

Los recursos administrativos de carácter tributario se nominan de igual manera Revocatoria y Reposición, que los de la administración centralizada, no obstante haberse hecho un esfuerzo en la ley de lo contencioso administrativo para unificar en toda la administración dichos recursos administrativos; pero al haberse reformado dicha ley exceptúa que en materia tributaria se aplicará el trámite en su ley tributaria; es por esa razón que el procedimiento es distinto relacionado con los plazos y también lo relativo a la substanciación de los recursos en mención.

El capital humano en los procedimientos administrativos tributarios

De la falta de talento humano especializado

La Superintendencia de Administración Tributaria hoy en día ha colapsado debido a la excesiva carga de trabajo que posee, es decir que es necesario que dicha institución fortalezca la debilidad del talento humano que posee, se ha visto que los expedientes en el trámite administrativo de verificación del cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes prescriben, por la excesiva carga de trabajo que

posee, el capital humano es muy poco, y eso refleja que las obligaciones tributarias no sean las adecuadas porque se pierden ingresos tributarios por falta de cobro administrativo y por consiguiente judicial, cuando se hace el cobro del adeudo tributario ya transcurrió la obligación de pagar por la inacción del ente recaudador de los tributos, esa es la problemática que hoy en día afronta la Superintendencia de Administración Tributaria, y de allí la importancia del presente trabajo de poder coadyuvar a dar una posible solución para tener una adecuada recaudación con un ente recaudador que sea eficiente en todas sus áreas pero fundamentalmente el fortalecimiento del capital humano, a efecto de evitar que por falta del mismo el cobro tributario sea ineficaz, con un adecuado talento humano se evitaría la prescripción de los cobros de las obligaciones tributarias, y con ello mejorar la recaudación tributaria, para que el Estado de Guatemala cumpla con sus fines primordiales.

Es necesario que la Superintendencia de Administración Tributaria, esté dotada de suficiente capital humano, a efecto de desempeñar con eficiencia administrativa el cobro de los impuestos que los contribuyentes afectos están obligados a pagar dentro de los plazos que la ley tributaria establece, y evitar así el descuido de expedientes que por el transcurso del plazo, el Estado pierde el derecho a cobrar los adeudos tributarios.

No obstante lo manifestado es necesario que las personas que estén a cargo de la recaudación tributaria estén capacitadas a efecto de poder controlar el tiempo en que los cobros tributarios prescriben por falta de requerimiento o por falta de activación por el ente recaudador, esa capacitación debe ser constante relacionada con aspectos legales tributarios y aquí la importancia en virtud que en el departamento encargado de la recaudación tributaria debe contar con personal debidamente calificado, con formación en auditoría pública y el área de. Esas áreas del derecho el ente recaudador no las debe descuidar y mantener una constante capacitación a efecto de producir resultados de calidad y por ende el cumplimiento de los fines del ente recaudador ante las exigencias que conlleva el recaudar los tributos que el estado necesita para cumplimiento de sus fines para el cual fue creado.

Es importante que la selección de los puestos de trabajo para la recaudación Tributaria se realice según la competencia y características de la persona, pero sobre todo mantener motivado al personal en base al trato y la satisfacción dentro de las organizaciones.

La prescripción

La prescripción es enemiga del ente recaudador ya que de llegar a operar o de consumarse provoca la pérdida total del derecho que tiene la administración tributaria de poder cobrar en el plazo que señala la ley el adeudo tributario, y de

conformidad con el código tributario la administración tributaria tiene un plazo de 4 años para hacer valer ese derecho de cobro por los mecanismos legalmente establecidos, lo cual está regulado en el artículo 47 del referido código el cual establece: “El derecho de la Administración Tributaria para hacer verificaciones, ajustes, rectificaciones o determinaciones de las obligaciones tributarias, liquidar intereses y multas y exigir su cumplimiento y pago a los contribuyentes o los responsables, deberá ejercitarse dentro del plazo de cuatro (4) años. En el mismo plazo ...”.

Es importante analizar el artículo citado ya que por un lado hay una obligación de hacer por parte del ente recaudador y por la otra la de exigir, y es aquí donde está la debilidad del ente recaudador porque no hay suficiente talento humano capacitado para hacer verificaciones, ajustes, rectificaciones o determinaciones de las obligaciones tributarias es demasiado el exceso de trabajo con poco personal especializado en cada uno de los temas, como se puede observar en ese lapso la SAT debe exigir el cumplimiento y pago de tales obligaciones tributarias.

Actualmente son innumerables las recaudaciones que la SAT deja de percibir, porque prescriben los derechos de poder realizar verificaciones, ajustes, rectificaciones o determinaciones de las obligaciones tributarias, liquidar intereses y multas y exigir su cumplimiento y pago a los contribuyentes o los responsables, en el plazo establecido de cuatro años.

Es lamentable que esto esté ocurriendo, sería fundamental que las autoridades de dicha institución seriamente tome medidas a efecto de contrarrestar que los expedientes administrativos estén prescribiendo en las unidades administrativas de la Superintendencia de Administración Tributarias encargadas de la realizar verificaciones, ajustes, rectificaciones o determinaciones de las obligaciones tributarias, liquidar intereses y multas y exigir su cumplimiento y pago a los contribuyentes o los responsables, en el plazo establecido de cuatro años.

Propuesta

La creación de partidas presupuestarias en la SAT, destinadas específicamente para cubrir el pago de contratos de nuevo personal a efecto, para lograr una buena recaudación y que los procesos de selección y reclutamiento de personal sea de conformidad con el perfil requerido por el puesto y no por relaciones de compadrazgo o por cuestiones políticas.

Asimismo que la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), elabore un dato estadístico a efecto establecer el número expedientes prescritos que no cumplen con el pago del adeudo tributario reclamado, cuyo objeto sería el de cuantificar el adeudo tributario que el Estado deja de percibir, remitiendo dichos

datos al Congreso de la República, para que los congresistas se den cuenta del problema y le busquen una solución.

La Superintendencia de Administración Tributaria debe interesarse por buscar los medios viables para proponer un mecanismo que permita la recuperación de los adeudos tributarios reclamados en contra de los contribuyentes en forma eficiente, con un adecuado talento humano, que haga posible una recaudación efectiva para que el Estado cumpla con los fines que la constitución establece.

REFERENCIAS

ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría general del derecho administrativo (s.e); Universidad Autónoma de México: Mexico, 1975.

AGUIRRE GODOY, Mario, Repertorio de jurisprudencia, Volumen II; Editorial Universitaria: Guatemala, 1969. 442 pags.

AMOROS, Narciso, Derecho tributario, Volumen I; Editorial Derecho Financiero: Madrid, España; 1963.

ALSINA, Hugo. Derecho Procesal. Editorial Buenos Aires. Buenos Aires. Argentina. 1957

ARAUJO FALCAO, Amilcar. El hecho generador, Ediciones Depalma: Buenos Aires, Argentina, 1964.

Apuntes de derecho tributario y legislación fiscal. Material de apoyo para el curso de Derecho III. Colección Textos Jurídicos No. 12, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala: Guatemala; 2000.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de derecho usual, Editorial Heliasta, S.R.L.: Buenos Aires, Argentina; 1981.

CALDERÓN MORALES, Hugo H. Derecho procesal administrativo. 4ª. Edición actualizada, Editorial Estudiantil Fénix: Guatemala; 2003.

CALDERÓN MORALES, Hugo H.. Derecho administrativo I. 6ª. Edición actualizada; Editorial Estudiantil Fénix: Guatemala; 2003.

CALDERÓN MORALES, Hugo H.. Derecho administrativo II. 4ª. Edición Editorial Estudiantil Fénix; Guatemala, 2003.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Tributario, Decreto No.6-91, Congreso de la República. 1991.

Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto No. 119-96. Congreso de la República de Guatemala. 1996.

Ley Orgánica de la Superintendencia de la Administración Tributaria, Decreto No. 1-98. Congreso de la República.1998.

Ley del Organismo Judicial, Decreto No. 2-89. Congreso de la República de Guatemala. 1989.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley No. 107. Jefe de Gobierno de la República. 1964.

Decreto No. 92-2005. Congreso de la República de Guatemala. 2005.

**

LA INAPLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DEL AMPARO EN MATERIA TRIBUTARIA CUANDO UN JUZGADO DE INSTANCIA CONOCE EN SU CALIDAD DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

* Edvin Estuardo López Rodríguez
Magistrado de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Peten

Desde el año de 1985 rige en nuestro país la actual la Constitución Política de la República, en la que por su contenido desarrollado proporciona muchos aspectos y ámbitos de protección, desde la parte dogmática, continuado por la parte orgánica y finalmente las garantías constitucionales. Inicia con el fin supremo: la realización del bien común, posteriormente los derechos humanos: individuales y sociales, lo relativo al Estado y el poder público, hasta llegar a las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional: exhibición personal, amparo y la constitucionalidad de las leyes.

Cada una de las garantías constitucionales tiene sus principios en los que se basa con el propósito de proteger y garantizar aspectos especiales con el fin de asegurar el irrestricto respeto a los derechos inherentes del ser humano, a la libertad de su ejercicio y a las normas fundamentales que rigen al Estado de Guatemala y para ello es necesario que se cumpla por medio de órganos especiales, en este caso los órganos jurisdiccionales: juzgados de primera instancia, las Salas de la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema de Justicia por medio de la Cámara de Amparo y el máximo órgano constitucional La Corte de Constitucionalidad.

El presente estudio es elaborado especialmente para conocer las funciones especiales que ejecutan la Corte de Constitucionalidad como máximo órgano de carácter constitucional y otros Tribunales que se constituyen en Tribunal de Amparo, rigiendo su actuar dentro del marco de las normas constitucionales y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Inconstitucionalidad Decreto 1-86 de La Asamblea Nacional Constituyente.

Así mismo es importante que los juzgados de instancia constituidos en Tribunales Constitucionales que conocen materia tributaria apliquen los presupuestos procesales del amparo como requisito básico para conocer el fondo del asunto, la falta de un presupuesto es suficiente para que mediante un auto se desestime la acción constitucional de amparo, a efecto se evite hacer dicho pronunciamiento en sentencia, como en la actualidad la mayoría de estos tribunales lo está haciendo.

LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN UN ESTADO DE DERECHO
Estado de Derecho

Toda sociedad posee un sistema de normas jurídicas que permite y garantiza la convivencia ordenada de sus miembros, surgiendo lo relacionado a ostentar el poder de los pueblos para ejercer control sobre los habitantes de un determinado lugar por medio de una forma de gobierno. Las culturas griega y romana, por medio de los pensadores Platón y Aristóteles sostenían que las leyes eran principios provenientes del raciocinio humano, el primer pensador sostenía que el raciocinio descubre y postula formas eternas y perfectas que pueblan un mundo inaccesible a los sentidos y la experiencia cotidiana de los hombres, el segundo pensador lo relaciona con las distintas formas de gobierno definidas según los distintos tipos de Constitución posibles.

La palabra derecho viene de los vocablos *directum* y *dirigere*, que significa: conducir, enderezar, gobernar, regir y llevar rectamente una cosa a un término igual. Así también es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre para ser posible la convivencia social.

El Estado de Derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en situaciones perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos.

El constitucionalismo contiene dos elementos básicos, que por mucho han sido considerados como sinónimo del Estado de Derecho: la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio del poder. La Constitución francesa de 1791 incluyó en su artículo 16 la expresión que luego se convertiría en el dogma del constitucionalismo liberal: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución" El estado de derecho se entiende como el estado en donde los poderes del estado y toda la actividad del mismo se encuentra apegada a las leyes fundamentales y constitucionales. En el estado de derecho prevalece nadie es superior a la ley y la fuente del ejercicio del poder proviene de la soberanía popular.

Características del Estado de Derecho

El Estado de Derecho es aquel en donde sus autoridades rigen sometidas a un derecho vigente (es un estado constituido y reconocido de manera formal, a diferencia del estado de facto), sin embargo no basta con que exista un derecho vigente al cual estén sometidas sus autoridades para estar en presencia de un verdadero Estado de derecho, ya que dicho ordenamiento jurídico debe reunir una serie de requisitos -Estado de derecho material o real-, estos requisitos son:

- a. Deben crearse diferentes órganos de poder del Estado entregándole a cada uno de ellos una de las funciones de gobierno.
- b. Esos órganos de poder del Estado deben actuar autónomamente unos de otros.

- c. Debe estar establecida la forma en que se nombran los funcionarios titulares del respectivo órgano, y las solemnidades y procedimientos para poner término a sus cargos.
- d. El poder debe estar institucionalizado y no personalizado, debe recaer en instituciones jurídico-políticas y no en autoridades específicas, las cuales son detentadores temporales del poder mientras revisten su cargo.
- e. El requisito más importante para que prevalezca el Estado de Derecho es que las actuaciones de sus autoridades actúan con legalidad apegados con lo estipulado en las normas jurídicas, deben respetar, promover y consagrar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de las personas y que le son inherentes.

Relación entre Estado y Derecho.

El Derecho se relaciona con el Estado porque es un elemento del mismo. Existen algunas teorías:

- a. El Estado como una realidad social. Nació de la sociedad, hay una identidad entre estado y derecho, es un formalismo jurídico. Se considera que el Estado tiene dos facetas: una jurídica y otra social; en el Estado existen realidades sociológicas y jurídicas.
- b. El orden lo brinda el Estado por medio del derecho. Si hay orden en el grupo humano, habrá paz. Considera la necesidad de coordinación de las actividades realizadas por el hombre y en las distintas instituciones del Estado especialmente por medio del Derecho. Existen la necesidad de ayuda, de aliento y eventualmente pueden suplirse las actividades estatales por medio de los entes privadas, pero cuando por alguna causa el ente privado encargada no cumple lo sule el Estado.

Funciones del Tribunal Constitucional dentro del Estado de Derecho

a. Impartir justicia constitucional

Función o tarea más importante es impartir justicia constitucional. La defensa del orden constitucional debe ser ejercido por el Tribunal Constitucional: la Corte de Constitucionalidad, garantizando jurisdiccionalmente la eficacia de la norma suprema "La Constitución Política de la República de Guatemala". Es necesario que el tribunal sea independiente y autónomo para que el sistema funcione eficazmente, integrado por magistrados designados por los órganos representativos del Estado, por un período determinado.

b. Resolver los conflictos políticos con criterios jurídicos constitucionales

Los conflictos políticos deben resolverse con criterio jurídicos, considerando las consecuencias jurídicas de las decisiones que se tomen y el contenido de las resoluciones que se emitan y he aquí en donde recae la importancia que todo asunto debe realizarse dentro de los límites del derecho. Si existe cualquier conflicto entre la política y el derecho, los jueces deben proceder a resolver y decidir conforme el estricto marco del contenido de las normas constitucionales, extendiendo de esta forma la influencia y el alcance las normas constitucionales en la vida política y social. El principal objeto es mantener la plena vigencia de la Constitución e

inmediatamente debe dejarse sin efecto cualquier acto o disposición que la contradiga.

c. Resuelve y decide el juez constitucional

Los asuntos políticos son delicados y se debe buscar soluciones jurídicas para resolverlos, los jueces realizan un proceso de valoración de las normas que pueden aplicarse, la justicia debe aplicarse en forma efectiva logrando la justa solución. Las controversias que se sometan a su conocimiento y que tengan una carga política, deben resolverse jurídicamente, conforme el sentido de justicia y buena fe, con imparcialidad y sin influencia alguna, que la decisión no tenga carga política, incluso sus propias creencias partidistas, ideológicas e intereses personales no contamine su razón.

d. No se sustituye la justicia ordinaria ni se interfiere en ella

La defensa del orden constitucional es lo que prevalece, pero debe diferenciarse y marcar un parámetro firme y claro para determinar hasta qué extremo procede la facultad de revisión en cuanto a lo que se refiere la justicia ordinaria, que en ningún momento se sustituye ni se interfiere de lo contrario se convertiría en una tercera instancia que está prohibida en la Constitución. La facultad primordial y labor exclusiva es revisar el acto reclamado sin sustituir la actividad del juez ordinario, de quien se debe respetar su valoración, análisis y criterio interpretativo, salvo que exista una manifiesta violación a los derechos fundamentales de las personas o al imperio del régimen de legalidad, si esto sucede pues se debe reconducir a la autoridad al orden constitucional evidenciado si existe una actividad en la que se ha producido una lesión a la norma suprema, para mantener y garantizar el orden constitucional.

e. Ejerce el control constitucional y la defensa de los derechos fundamentales de las y los ciudadanos

Estas dos son las funciones más importantes y relevantes que cumplen los tribunales constitucionales. Es de gran trascendencia cuando ejerce el control de constitucionalidad preventivo, como cuando se somete a su conocimiento una opinión sobre la constitucionalidad de una ley o tratado; o bien cuando es reparador, cuando se protege los derechos fundamentales de las personas. Con dicha actividad se preserva el orden constitucional.

Finalmente se resume la actividad de los tribunales constitucionales con la acertada explicación que el abogado guatemalteco Juan Luis Cano nos brinda, que dichos tribunales en su función de velar por el cumplimiento de la Constitución, tienen caracteres especiales y entre las más importantes se encuentran:

a. El carácter difuso del control de constitucionalidad: todos los jueces están habilitados para controlar la conformidad de las leyes a la Constitución, en el ejercicio de su actividad judicial ordinaria; en efecto, el Tribunal Supremo no ostenta el monopolio de la judicial review.

b. Selección discrecional de los casos a examinar. Por medio de los writ o certiorari, por medio de los cuales la Corte Suprema de Justicia decide qué casos entra a conocer y cuáles no de los que le son presentados, atendiendo a la importancia e impacto de los mismos.

c. El acto jurídico declarado inconstitucional pierde su validez. Si bien la jurisdicción constitucional es ejercida por todos los órganos jurisdiccionales, en base al stare decisis, los tribunales inferiores deberán considerarse vinculados a los pronunciamientos de los jueces superiores, por lo que el acto legislativo declarado inconstitucional pierde totalmente su eficacia.

LA INAPLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DEL AMPARO EN MATERIA TRIBUTARIA CUANDO UN JUZGADO DE INSTANCIA CONOCE EN SU CALIDAD DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Definición de los Presupuestos Procesales:

Los presupuestos procesales constituyen una serie de requisitos formales y legales de obligado cumplimiento previo a la incoación de cualquier proceso. Su inobservancia apareja la imposibilidad para el órgano jurisdiccional de conocer el fondo del conflicto que se somete a su conocimiento y decisión.

En el ámbito constitucional los presupuestos procesales son requisitos cuya observancia se torna ineludible y de primer orden para que la garantía constitucional instada adquiera la viabilidad necesaria a efecto de que el tribunal competente estudie y resuelva, constatado el hecho de que fueron cumplidos, la esencia o fondo del asunto en el que se reclama su tutela.

Los presupuestos procesales en materia de garantías constitucionales son los siguientes: a) Temporalidad b) Definitividad c) legitimación activa y d) legitimación Pasiva, cada uno de los cuales opera de manera distinta según la garantía de que se trate.

a) Definitividad

El amparo, como una acción constitucional extraordinaria, su naturaleza no es de ser otra instancia revisora, por lo que previamente de interponerse, debe agotarse todo recurso ordinario, para su procedencia, esto fundamentado en la ley constitucional de la materia, como un supuesto que se debe de cumplir, el agotamiento de todo recurso ordinario judicial y administrativo de conformidad al principio del debido proceso, y si al realizarse los mismos, aún subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan, se habrá cumplido con el presupuesto de definitividad, abriéndole la puerta al sujeto activo a efecto de interponer la acción constitucional de amparo.

El pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad respecto a este presupuesto como requisito de procedencia del amparo, requiere que previo agotamiento de los recursos ordinarios judiciales y administrativos, para que el acto tenga carácter de definitivo y pueda ser examinado por esta vía, se requiere que los medios de

impugnación hechos valer en su contra hayan sido debidamente resueltos, es decir, que no esté pendiente pronunciamiento alguno. (Flores Juárez, Juan Francisco; Constitución y Justicia Constitucional/ Apuntamientos; 1ra. Impresión; Guatemala; Publicación de la Corte de Constitucionalidad; 2005; pág. 147)

b) Legitimación

El presupuesto de legitimación procesal en el amparo es la posición que se encuentran las partes en la relación jurídica del amparo, haciéndolas aptas para comparecer, ya sea como sujeto activo o pasivo, siendo las partes dentro del amparo las siguientes: el solicitante, la autoridad impugnada, los terceros interesados, el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos, cuando haya intervenido. Siendo quien posee la legitimación activa, quien promueve el amparo y haya sufrido el agravio directo y tenga interés personal y directo con el asunto a excepción de los casos contemplados en la ley y la legitimación pasiva, contra quien se promueve el amparo.

La determinación de la calidad de sujeto dentro del amparo se determina a través del proceso ordinario, ya que la persona que resulta ser agraviada de la resolución dictada es quien interpone y el acto de autoridad o quien emitió la resolución es quien obtiene la legitimación pasiva.

c) La temporalidad

Este presupuesto procesal consiste en que la acción de amparo debe de interponerse dentro del plazo establecido, tomando en cuenta que en los procesos de carácter constitucional todos los días y horas son hábiles. La ley de la materia establece el plazo de treinta días contado a partir de la última notificación, y cinco días durante el proceso electoral, existiendo excepción en el caso que el amparo se promueva en contra del riesgo de aplicación de leyes o reglamentos inconstitucionales a casos concretos, así como la posibilidad manifiesta que ocurran actos violatorios a los derechos del sujeto activo.

En sentencia de fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete expediente 2119-2016 de la Corte de Constitucionalidad, resuelve que como cuestión inicial, estima pertinente mencionar que no comparte el criterio sostenido por el a quo respecto a la improcedencia del presente amparo por la extemporaneidad en su planteamiento, en virtud que tal argumento se aleja del criterio asentado por este Tribunal en anteriores oportunidades, en el que se ha considerado que, en los casos como el presente, no es posible establecer parámetros de temporalidad, toda vez que la existencia de inscripciones registrales de procedencia aparentemente anómala provocan, en todo caso, agravio continuado, por no poder establecerse en forma concreta una fecha o un punto de partida para computar el plazo de ley para su presentación, siendo esta una de las excepciones al plazo expresamente regulado en el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Inconstitucionalidad, y su presentación extemporánea, provoca la suspensión en definitiva del amparo

En sentencia de fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete expediente 2119-2016 de la Corte de Constitucionalidad, resuelve que como cuestión inicial, estima pertinente mencionar que no comparte el criterio sostenido por el a quo respecto a la improcedencia del presente amparo por la extemporaneidad en su planteamiento, en virtud que tal argumento se aleja del criterio asentado por este Tribunal en anteriores oportunidades, en el que se ha considerado que, en los casos como el presente, no es posible establecer parámetros de temporalidad, toda vez que la existencia de inscripciones registrales de procedencia aparentemente anómala provocan, en todo caso, agravio continuado, por no poder establecerse en forma concreta una fecha o un punto de partida para computar el plazo de ley para su presentación, siendo esta una de las excepciones al plazo expresamente regulado en el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Inconstitucionalidad.

Su Inaplicabilidad

En la actualidad está sucediendo que un juzgado de instancia constituido en Tribunal de Amparo, no aplican los presupuestos procesales del amparo para suspenderlo en definitiva y esto se manifiesta en virtud que se ha visto que el juzgado de instancia de cualquier ramo dicte la sentencia en donde su principal consideración es la aplicación de un presupuesto procesal, situación que se pudo visualizar al momento de solicitarle los antecedentes o informe circunstanciado a la autoridad impugnada y por consiguiente emitir auto en donde se suspende el amparo por la carencia de un presupuesto procesal, no comprendiendo el actuar de estos tribunales constitucionales al emitir la sentencia y su principal argumento para denegar la acción de amparo sea la aplicación de un presupuesto procesal.

La inaplicación de los presupuestos procesales en materia tributaria por los juzgados de instancia provoca más carga de trabajo al órgano jurisdiccional y retardan un proceso de amparo que puede ser desestimado mediante auto que suspende el amparo evitando el factor tiempo, inversión de recursos humanos y financieros, asimismo provoca el riesgo de decretar amparo provisional y afectar a la autoridad impugnada de que se trate.

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre la suspensión del amparo, considerando que cuando el Tribunal recibe los antecedentes del caso o el informe circunstanciado, al percatarse mediante el examen depurativo del caso particular, in limine puede suspender en definitiva el trámite a que se ha hecho referencia, dado que el amparo ha sido presentado sin cumplirse uno de los presupuestos procesales, y siendo así, no tiene sentido ni objeto continuar el trámite de la acción porque el amparo ha quedado irreversiblemente inhabilitado y el tribunal no podrá conocer ni pronunciarse sobre el fondo del asunto, en esas circunstancias debe suspenderse el trámite del amparo sin conceder la vista a que se refiere el artículo 35 de la Ley constitucional de Amparo. Haciendo para ello, aplicación del artículo 22 de esta ley que, interpretado contrario sensu, permite suspender dicho trámite cuando se hubiere determinado fehacientemente la inexistencia insubsanable de un presupuesto procesal. (Corte de Constitucionalidad; Incidencias Procesales, Acciones de Amparo,

Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos; Guatemala; Corte de Constitucionalidad; 2004; pág. 14)

De lo anteriormente expresado se puede determinar que es necesario que se cumplan los presupuestos procesales, de legitimación, temporaneidad y definitividad, individual o conjuntamente, deviniendo innecesario e inútil que el tribunal conozca el fondo de las actuaciones, si no se cumple con lo requerido, aun cuando la petición inicial estuviere bien planteada, o en caso contrario, se subsane dentro del plazo estipulado, si de entrada no cuenta con la información referente a los presupuestos anteriormente mencionados, el trámite del amparo debe suspenderse.

Ya que como anteriormente se planteó, la justicia constitucional, se logra la plena vigencia de las disposiciones contenidas en la norma suprema dentro de la estructura del Estado de derecho, para que pueda reconducirse a cada uno de los integrantes del aparato estatal que violente el marco jurídico constitucional.

Como se ha manifestado anteriormente los presupuestos procesales constituyen una serie de requisitos formales y legales de obligado cumplimiento previo a la incoación de cualquier proceso, hay imposibilidad del Tribunal Constitucional de conocer el fondo del asunto si la acción constitucional de amparo carece de un presupuesto procesal, pero eso es un estudio que dicho tribunal constitucional debe hacer al inicio del proceso de amparo, por qué fundar la sentencia en un presupuesto procesal que pudo utilizar mediante un auto que suspenda en definitiva el amparo, eso provoca no solo trabajo para el propio tribunal constitucional y las partes, sino que el daño que provoca, peor aún en algunos casos decretan el amparo provisional, afectan a la autoridad impugnada, el tiempo valioso que se pierde en fin esa es la problemática que está pasando en los juzgados de instancia que se constituyen en tribunales constitucionales.

Debiéndose de aplicar los presupuestos procesales como requisitos esenciales previo a conocer el fondo del amparo, y emiten auto de suspensión definitiva del amparo por considerar que carecen de los presupuestos procesales tales como: a) Temporalidad b) Definitividad c) legitimación activa y d) legitimación Pasiva, cada uno de los cuales opera de manera distinta según la garantía de que se trate.
Momento oportuno para su planteamiento

La suspensión definitiva del trámite de la acción constitucional de amparo, puede dictarse cuando el Tribunal de Amparo, tiene a la vista los antecedentes o informe circunstanciado emitido por la autoridad reprochada o contra quien se interpuso el amparo, a partir de este momento se puede determinar si el interponente ha cumplido con los requisitos antes analizados y determinado el presupuesto procesal se procede a suspender en definitiva el trámite del amparo, ya que con los antecedentes o informe circunstanciado, ayuda a esclarecer algunos puntos confusos.

Solución a la problemática planteada

La inaplicación de los presupuestos procesales del amparo en los órganos de instancia constituidos en tribunales de amparo es sencilla, ya que a través de una capacitación a todos los jueces de instancia, se les instruya que en el trámite de la acción de amparo es fundamental como requisito esencial la aplicación de los presupuestos procesales a efecto de que si la acción de amparo interpuesto carece de algún presupuesto procesal no debería de entrar a conocer el fondo del asunto ante tal carencia y consiguiente dicho tribunal constitucional debe emitir auto suspendiendo en definitiva dicho trámite.

La Corte Suprema de justicia a través de la Cámara de Amparo y Antejuicio debe proporcionar material actualizado a todos los jueces de instancia que contenga las gacetas de los casos de amparo que dicha cámara suspende a través de autos, así mismo se debe capacitar constantemente a efecto de que los jueces puedan aplicar los presupuestos procesales como requisitos previos a entrar a conocer el fondo del amparo y no aplicar un presupuesto procesal como argumento en la sentencia para denegar la acción de amparo que se trate.

Con esto se evitaría la acumulación de procesos, la mora judicial y el desgaste que conlleva la tramitación del amparo, ya que no es necesario entrar a conocer el fondo del asunto si al mismo le hace falta los presupuestos procesales, siendo de mucha importancia conocer lo que conlleva cada presupuesto y estar al tanto de los fallos emitidos por el máximo órgano en materia constitucional que es la Corte de Constitucionalidad, en cuanto a las innovaciones o criterios emitidos en cuanto a la concurrencia de los presupuestos procesales.

Este tema ha sido discutido en reiteradas ocasiones, pero en la práctica hoy en día, los juzgados no aplican la suspensión en definitiva por la falta de presupuestos procesales, y lo llevan hasta sentencia, lo cual lleva consigo la acumulación de procesos y lo que se pretende es dar a las partes una justicia pronta y cumplida, y eso conlleva que los juzgadores conozcan a profundidad este tema, como mecanismo para descongestionar los órganos jurisdiccionales de amparos improcedentes y que se conozcan aquellos que realmente exista una amenaza o violación a los derechos garantizados en las normas jurídicas.

Referencias

Libros

Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. 23ª edición. Editorial Heliasta. Argentina, 1994

Criterios Jurisprudenciales “Presupuestos de Viabilidad de las Garantías Constitucionales e Incidencias Procesales en su Trámite” del Instituto de Justicia Constitucional, Adscrito a la Corte de Constitucional.

Conferencia dictada por el Licenciado Rodolfo Rohmoser. Presidente de la Corte de Constitucionalidad. La Jurisdicción Constitucional en Guatemala. Guatemala, 2001.

Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Argentina, 1981

Pereira-Orozco, Alberto y otros autores. Derecho Procesal Constitucional. 2ª. Edición. Ediciones de Pereira. Guatemala, 2012.

Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. No. 60. Enero – junio 2010.

Colección Parlamentaria 2009

Normativa

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala, 1985.

Asamblea nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Guatemala, 1986.

Decreto No. 2-89 del Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Judicial. Guatemala, 1989.

**

PARÁMETROS JURÍDICOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

* Flor de María García Villatoro

Magistrada de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones del Quiché

El sistema de penas que sigue el Código Penal de Guatemala, establece límites mínimos y máximos para la imposición de las penas, dentro de los cuales concede al juez un espacio en juego para aumentar o disminuir el monto de la pena, sea esta de prisión o multa. Este espacio en juego está condicionado por las circunstancias conglobantes en que se desarrolló la conducta típica, fijadas por el propio Código Penal, como agravantes, atenuantes, mayor intensidad del daño causado y la extensión del móvil.

Si bien es cierto el referido código establece tales circunstancias, también lo es que no determina el valor que le corresponde a cada una de ellas con relación al espacio en juego para la fijación de la pena; de tal cuenta que la práctica advierte que cada juez le da el valor que a su prudente arbitrio considera más acercado a la justeza del fallo, no dejando de ser este “arbitrario”, por no tener otro fundamento más que la propia sensibilidad e intuición de quien resuelve.

Por tal razón, surge la interrogante sobre cómo los juzgadores deben calcular el valor de estos parámetros, las agravantes por ejemplo para la imposición de la pena, a la cual es necesario dar respuesta de conformidad a la doctrina, el derecho vigente, el derecho comparado, la experiencia y realidades de la justicia en Guatemala.

Académicamente no existen estudios específicos sobre el valor que debe dársele a las agravantes para la imposición de las penas, habida cuenta que la vasta bibliografía está concebida a la naturaleza, fines, características, clases y hasta efectos de las penas; de tal forma que, el tema resulta ser un apéndice de un tema más amplio, lo que conlleva que no se profundice sobre el aspecto central del valor que le corresponde a las agravantes, fijando la doctrina la explicación de la naturaleza y contenido de las agravantes. Por tal razón, se justifica realizar un análisis de la cuestión, pretendiendo constituir un referente teórico en el quehacer judicial, sobre como considerar el valor de cada elemento que determina la pena. Se debe constituir un instrumento de análisis y discusión en el plano teórico, pero sobretudo en una herramienta práctica tanto para abogados litigantes como fiscales y jueces, que en su función profesional deben requerir, objetar o aplicar las agravantes en las sentencias de condena. Se necesita para realizar tal análisis recurrir a la consulta de la bibliografía requerida, así como a la información documental y criterios jurisprudenciales de la Cámara Penal, Corte de Constitucionalidad y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

La arbitrariedad judicial aplicada en los regímenes dictatoriales y el establecimiento del principio de legalidad en los sistemas democráticos, obtuvieron el resultado que las penas se establecieran para cada delito y se contemplaran en los Códigos

Penales, estableciéndose el Sistema de Determinación Legal de la Pena, el que no conlleva la fijación de una pena exacta e inamovible para cada conducta sino el señalamiento de unos márgenes de un máximo y un mínimo, entre los cuales el juez debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor. Muñoz Conde. 1999. (Págs. 581-582).

La determinación de la Pena es la fijación, que el legislador hace de la pena para cada delito. Ello comprende la decisión de la clase de pena que ha de imponerse y la cantidad de la que se señale.

En un sentido amplio se incluye también en la determinación de la sanción, la decisión acerca de la suspensión de la misma o su sustitución por otras penas. Díez Ripollés, Giménez-Salinas i Colomer. 2001. (Pág. 655). Por el contrario, la individualización de la pena, llamada también determinación judicial de la pena, constituye el acto jurisdiccional por el cual, el órgano competente fija la pena en el caso concreto, dentro de los parámetros establecidos en la ley por el legislador.

El tratadista Francisco Muñoz Conde señala que los sistemas de Determinación Legal de la Pena son el de Determinación Legal Absoluta, mediante el cual la ley establece una cantidad genérica de pena para el delito, sin distinguir las peculiaridades de la gravedad del hecho y las características de su autor.

Este sistema establece una pena fija, inamovible, invariable para cada caso aún y cuando existan situaciones que los hacen diferentes. Es un sistema que violenta el principio de culpabilidad al no ubicar el reproche social del imputado para fijarle la pena. Muñoz Conde. 1999. (Pág. 582).

En cuanto a dicho principio Claus Roxin, ha señalado:

“c) El principio de culpabilidad como medio para la limitación de la injerencia de todos modos, sin perjuicio de renunciar a toda retribución, debe incorporarse un elemento decisivo de la teoría de la retribución, también en la teoría preventiva de la unión: el principio de culpabilidad como medio para la limitación de la pena. La falencia que es propia de todas las teorías preventivas, el hecho de que su punto de partida no contenga los límites al poder penal necesarios en un estado de la mejor manera mediante una prohibición de superar la culpabilidad. De acuerdo con esto, la pena no puede ir más allá de la medida de la culpabilidad en su duración, tampoco cuando intereses de tratamiento, de seguridad, o de intimidación hicieran parecer deseable un encarcelamiento más prolongado. En tales casos, se quiebra el poder de injerencia del estado frente al interés de la libertad del condenado, el cual debe someterse a las necesidades del estado no según su libre arbitrio, sino sólo en el marco de su culpabilidad. El principio de culpabilidad tiene, por lo tanto, una función liberal, independientemente de toda retribución, y, en favor de la libertad del ciudadano, debe ser conservado también en un derecho penal moderno. Claus Roxin, Mary Beloff, Mario Magariños, Patricia S. Ziffer, Eduardo Andrés Bertoni, Ramón Teodoro Ríos. 1993. (Págs. 37 y 38).

En este sistema, las agravantes, atenuantes y otras variables, son irrelevantes al no variar la pena a imponer.

Mientras que el Sistema de Determinación Legal Relativa es la posición intermedia entre la inexistencia ilegal de límites o indeterminación legal absoluta y la fijación de penas exactas en la ley o determinación legal absoluta. Muñoz Conde, 1999. (Pág. 582). Sistema que permite descender al escenario concreto del caso, analizar las

variables que admiten hacer individual o particular la pena, atendiendo las circunstancias que indican una mayor o menor sanción, dentro de los parámetros legales. Es un sistema que asegura, en mayor medida, el verdadero principio de igual: trato igual a las situaciones iguales y desigual a las situaciones desiguales.

La Determinación de la Pena consiste en un proceso de concreción de la sanción que va desde que el legislador señala el marco penal del delito hasta que la pena se cumple definitivamente, cuyas fases son:

a) La determinación Legal de la Pena corresponde al legislador y consiste en el establecimiento del marco penal genérico, por ejemplo: prisión de dos a cuatro años, que corresponde a cada delito, y predominan criterios de prevención general y proporcionalidad; señalando una cantidad genérica de pena que considera necesaria y suficiente para la intimidación, con el propósito de evitar que los ciudadanos cometan el hecho en cuestión; regulando una pena proporcionada a la gravedad abstracta del mismo.

Los diferentes sistemas dejan mayores o menores márgenes a la discrecionalidad de los tribunales para concretar la pena. Los jueces no tienen la absoluta libertad para concretar la pena dentro del marco genérico, sino que se establecen una serie de reglas relativas al cómputo y consideración de las circunstancias agravantes y atenuantes.

La individualización de la pena se ha caracterizado como una decisión judicial que conlleva la aplicación de reglas complicadas que han llegado a ser denominadas “parte artística del código” y han caracterizado al sistema como “Aritmética Penal”. El Código Penal español actual ha simplificado enormemente las reglas de determinación de la pena, ampliando el arbitrio judicial y en tal medida los márgenes de la Individualización judicial de pena.

b) La Individualización judicial de la pena es la tarea llevada a cabo por el Juez o tribunal sentenciador, definiendo el marco penal de la ley hasta la elección de la pena a imponer. Primeramente realiza la determinación cualitativa o elección del grado de la pena que tiene lugar, siempre que la ley obliga a imponer penas inferiores o superiores en grado a la prevista para el delito, y en aquellos casos en que se permite sustituir una pena por otra; por ejemplo en la legislación española, en las penas de prisión inferiores a dos años o cuando se señalan penas alternativas, tal es el caso del artículo 184 del Código Penal que establece pena de multa o arresto de fin de semana. Posteriormente se procede a la determinación cuantitativa de la pena, consistente en la elección de la extensión o cantidad concreta de pena a cumplir.

En todo este proceso el juez o tribunal toma en consideración las reglas establecidas en la ley que, por tanto pertenecen a la individualización legal, pero que en la medida en que dejan márgenes de ejercicio del arbitrio, configuran el ámbito de la individualización judicial. Muñoz Conde, 1999. (Págs. 582-584).

Las legislaciones penales señalan criterios generales bajo los cuales el juez debe de llegar a concretar la pena a imponer, evitando así una excesiva discrecionalidad que podría conducir a abusos. Estos criterios suelen dividirse en dos grandes grupos, aquellos que se refieren a la gravedad del hecho cometido, a su contenido de injusto, y los que hacen alusión a la persona del autor, a su culpabilidad. Díez Ripollés, Giménez-Salinas i Colomer. 2001. (Pág. 656).

Criterios Generales de la Individualización Legal de la Pena

En la individualización legal del marco penal las legislaciones se ubican en dos grandes sistemas:

a) Sistemas de pena indeterminada: la pena prevista para el delito carece de límites máximos y mínimos, o de límite máximo, haciéndose depender su duración de las necesidades de reforma del delincuente. Este sistema fue defendido por el correccionalismo y por la escuela positiva, pero en la actualidad ha perdido vigencia ya que se considera contraria al principio de legalidad.

b) Sistemas de pena determinada: se asigna la pena prevista para el delito, mediante una pena fija, una pena con un límite mínimo y otro máximo, o, cuando menos con un límite máximo.

La segunda alternativa de los sistemas de pena determinada es la más acreditada, pues frena los posibles abusos por parte de los juzgadores, sin impedirles al mismo tiempo que ejerzan una discrecionalidad limitada.

El Código penal guatemalteco ha optado por ella, estableciendo penas elásticas para cada delito, con un límite mínimo y otro máximo, dentro de los cuales ha de moverse el juzgador para la individualización. No existen, por consiguiente penas indeterminadas pero tampoco fijas; Diez Ripollés, Giménez-Salinas i Colomer. 2001. (Págs. 656–657), salvo casos excepcionales, como el regulado en el artículo 255 Bis del Código Penal, que establece el delito de Hechos Sacrilegos, que señala una pena fija de 20 años de prisión para el Robo y de 12 años para el Hurto y, en ambos casos dispone el legislador una multa de no menos del doble del valor de dichos objetos.

Aumento y disminución de límites

En algunas legislaciones cada pena o la mayoría de ellas, contiene legalmente dentro de sí dos o tres grados, que se denominan mínimo, medio o máximo, y que deben ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de apreciar los preceptos que permiten graduar la pena en función de las circunstancias modificativas. Ello da lugar en ocasiones a complicadas operaciones, acentuándose el problema cuando las diversas penas están agrupadas en diferentes escalas sin comunicación, o con escasa relación entre ellas. Diez Ripollés, Giménez-Salinas i Colomer. 2001. (Pág. 657).

Siendo necesario que el espacio en juego que se fije entre el mínimo y el máximo de la pena debe ser menor, a efecto de reducir el arbitrio judicial, tal es el caso de España, Salvador y Ecuador.

El Código penal de Guatemala permite la aplicación de penas entre un límite mínimo y máximo muy extenso, teniendo el juez un espacio entre ambos márgenes demasiado grande, que confiere al juez una amplia discrecionalidad. Por ejemplo, en cuanto al delito de homicidio establece la pena de prisión mínima de quince años y máxima de cuarenta años, por lo que pueden surgir penas arbitrarias si no se razona y justifica la determinación judicial de la pena.

Existen legislaciones que determinan un espacio menor en juego, de tal manera que se reduce el arbitrio judicial en la imposición de la pena de forma controlada. Tal es el caso de España, que el artículo 138 del Código penal en relación al delito de homicidio y sus formas, establece la pena de prisión de diez a quince años. Determinando casos concretos en que la misma varía, tales como cuando concurren

circunstancia del apartado 1 del artículo 140, que se refiere a que la víctima sea menor de dieciséis años de edad o se trate de una persona vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, estableciendo que los hechos serán castigados con la pena superior en grado.

También determina en relación al delito de homicidio, que cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550, precepto éste que contiene los ilícitos de los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia; determinando que los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses, si el atentado fuera contra autoridad.

Además establece la pena de prisión de seis meses a tres años, en los casos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.

Señalando expresamente los casos en que se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, siendo los siguientes:

Si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal.

En cuanto al Salvador, el Código Penal en el artículo 128 sobre el delito de homicidio y sus formas establece la prisión de diez a veinte años.

En cuanto al homicidio agravado el artículo 129 señala que es el cometido con alguna de las circunstancias siguientes:

1) En ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente; 2) Cuando el homicidio ocurriere, en su caso, para preparar, facilitar, consumir u ocultar los delitos de secuestro, violación, agresión sexual, robo, extorsión, actos de terrorismo, asociaciones ilícitas, comercio ilegal y depósito de armas, contrabando, lavado de dinero y activos. Los ilícitos penales comprendidos en el Capítulo II del Código Penal relativo a los delitos de la corrupción y, Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos o la impunidad para el autor o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar cualquiera de los delitos mencionados. 3) Con alevosía, premeditación, o con abuso de superioridad; 4) Con veneno u otro medio insidioso; 5) Con ensañamiento o aumento deliberado del dolor del ofendido; 6) Por precio, recompensa, o promesa remuneratoria; 7) Por motivos abyectos o fútiles; 8) Cuando fuere ejecutado por autoridad civil o militar, prevaleciéndose de tal calidad; y, 9) Cuando estuviere precedido de desaparición forzada de personas. 10) Cuando fuere ejecutado en la persona de un funcionario público, autoridad pública o agente de autoridad, siempre que estén en ejercicio de su cargo y con ocasión de sus funciones. En estos casos la pena será de treinta a cincuenta años de prisión.

En relación a la pena señalada en Ecuador, el Código Penal regula un espacio en juego menor entre el mínimo y el máximo de la pena, por lo que se reduce el arbitrio

judicial para la determinación judicial de la pena, en vista de que establece con relación al delito de Homicidio en su artículo 144, que la persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, en su artículo 54 establece la Individualización de la pena, preceptuando “La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente: 1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes. 2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos. 3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.”

De los casos anteriormente señalados, se aprecia que independientemente de que se trata de penas elásticas para cada delito, los límites establecidos no son amplios, por lo que dentro del mínimo y máximo determinado, el espacio que tiene quien juzga es reducido y controlado, y los ilícitos similares que se juzgan conllevarían penas semejante y no tan dispares como suele suceder en nuestro país.

Reglas de Aplicación de la Pena en Atención a las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad

En Guatemala las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que determinan la individualización de la pena, de conformidad a lo establecido en el artículo 65 del Código Penal. En cuanto a las atenuantes, están contenidas en el artículo 26 de dicho Código, las cuales pueden originar en el caso de que concurran una atenuación en la pena.

Las circunstancias agravantes son 24, y se encuentran establecidas en el artículo 27 del Código Penal, y su efecto es que provocan agravación de la sanción. La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado qué se entiende por cada una de ellas. Sin embargo, por la brevedad del presente artículo no son consideradas de manera individualizada, pudiéndose consultar en el Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial -CENADOJ- puesto que se encuentran compiladas.

Asimismo señala el Código Penal en su artículo 31 que puede darse atenuación o agravación de la responsabilidad penal, de acuerdo a las circunstancias mixtas. Dicho precepto legal establece que podrán ser apreciadas como circunstancias atenuantes o agravantes, según la naturaleza, los móviles y los afectos del delito. Estableciendo las situaciones siguientes: Ser el agraviado cónyuge o concubinario, o pariente del ofensor por consanguinidad o por afinidad dentro de los grados de ley; así como las relaciones de respeto, amistad, gratitud, dependencia u hospitalidad que existan en el imputado con respecto al ofendido.

Determinado que en caso de error en persona lo siguiente:

“para la sanción no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes que provengan de la naturaleza del ofendido o de vínculos con éste. Las circunstancias atenuantes concurrentes si el delito lo hubiere cometido en la persona, contra quien se lo había propuesto, se apreciarán en favor del responsable.”

Señala dicho precepto legal que en principio tales efectos no autorizan a partir hacia arriba o hacia abajo, para los límites máximos y mínimos de la pena prevista para

el delito correspondiente o, en su caso, de la pena resultante por apreciar las reglas del artículo 66, que determina el aumento y disminución de límites en una cuota o fracción determinada, estableciendo que cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo 65. Diez Ripollés, Giménez-Salinas i Colomer. 2001. (Págs. 658–659). El Código Penal español señala Muñoz Conde, en cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, en el artículo 66 establece que pueden sistematizarse así:

“a) Concurrencia de circunstancia atenuantes. Cuando concurriere solo alguna circunstancia atenuante, los jueces o tribunales no podrán rebasar la mitad inferior de la pena fijada para el delito (artículo 66, 2ª.). Como se señaló en los supuestos de determinación cualitativa, si concurre más de una atenuante o una muy cualificada, puede imponerse la pena inferior en uno o dos grados (artículo 66, 4ª.), debiendo excluirse este régimen a las eximentes incompletas (y a la minoría de dieciocho años mientras siga vigente el artículo 65 del código penal anterior), que posee regulación especial. b) Concurrencia de circunstancias agravantes. Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes los jueces y tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley (artículo 66, 3ª.). Tanto en esta regla como en la anterior, deben concurrir “solo” circunstancias atenuantes o bien agravantes, puesto que si concurren unas y otras, viene en aplicación la regla 1ª. Del artículo 66. c) Ausencia de circunstancias modificativas o concurrencia de atenuantes y agravantes. Las circunstancias del hecho y del autor. Esta situación, regulada conjuntamente en la regla 1ª. Del artículo 66 contiene, como puede verse dos supuestos: El caso sin circunstancias y aquel en que concurren de una y otra clase. Tanto en uno como en otra los jueces o tribunales individualizaran la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.” (Pág. 592-593).

Criterios para la Graduación Legal de la Pena

En la etapa de Individualización Judicial de la pena lo que se pretende es la obtención de una pena concreta fija. Esta tarea la realiza el juez verificando si se configuran las circunstancias descritas en el artículo 65 del Código Penal, una vez que se ha ajustado a las reglas previas de determinación legal de la pena, las cuales siguen dando lugar a penas elásticas, en cuanto poseen un límite mínimo y otro máximo, permitiendo así un vasto margen para decidir el monto de sanción.

Como se ha señalado, el artículo 65 del Código Penal establece varios elementos a considerar para la determinación judicial de la pena. Preceptuando que debe tenerse en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho, apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia.

Situación que suele permitir que se impongan penas sin que se justifique debidamente que se dan los presupuestos legales necesarios que justifican elevar

el mínimo de la pena asignada al delito que se juzga, porque es muy general y abierta la normativa.

Sin embargo, a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fermín Ramírez Vs. Estado de Guatemala, los criterios de la Corte de Constitucionalidad y de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, se puede concretar que son solo cuatro los parámetros a considerar para la individualización, que son: circunstancias atenuantes, circunstancias agravantes, móvil y mayor extensión e intensidad del daño causado.

En Guatemala para la determinación de la pena no se exige un análisis individualizado de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, labor judicial que permitirían valorar por separado el efecto de cada una de ellas en la graduación de la pena. Por el contrario, se propugna una estimación conjunta de todas las presentes, lo que precisa la ley al afirmar que las atenuantes y agravantes concurrentes se valoraran teniendo en cuenta tanto su número como su entidad e importancia.

Con el propósito de ponderar la imposición de una pena susceptible de control judicial, se debe recurrir a la doctrina sustentada por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, tribunal que ha considerado:

«En la imposición de la pena, el tribunal de juicio debe realizar una labor ponderativa de las circunstancias contenidas en el artículo 65 del Código penal que hayan sido probadas en la sentencia, y que se desprendan de los hechos acreditados, los cuales deben guardar correlación con los hechos acusados. De esa cuenta, el Tribunal puede modificar la responsabilidad penal del encartado si de los hechos se extraen circunstancias agravantes o atenuantes enunciadas o no en la acusación. En el presente caso, la pena de un año de prisión inconvertibles por el delito de Defraudación Tributada, se basa en las agravantes de premeditación y artificio para realizar el delito, y aunque sólo las dos últimas hayan sido formalmente consignadas en la acusación, es válido que el Tribunal asociara la primera, toda vez que la misma se extrae de los hechos acreditados, previamente acusados." Sentencia de Casación expediente número 1806-2011, de fecha 24/11/2011.

Se deben desarrollar debidamente los presupuestos que justifican elevar el mínimo de la pena asignada al delito que se juzga. En cuanto a las agravantes se debe corroborar que, dichas circunstancias no hayan sido consideradas por el legislador como elementos del tipo penal, o sean parte del iter criminis en la comisión de determinados delitos, como lo ha considerado la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, señalando:

"...Los recurrentes, (...) manifiestan que, ante la sala recurrida denunciaron interpretación indebida de los artículos 27 y 65 del Código Penal e inobservancia del artículo 26 del mismo cuerpo legal, toda vez que, la pena es excesiva, y el razonamiento del tribunal de alzada no tiene nada que ver con el motivo de fondo planteado. (...) Del estudio de los antecedentes se establece que, las penas para los delitos relacionados, fueron graduadas tomando en consideración la extensión e intensidad del daño causado, y en el caso de los delitos de plagio o secuestro y robo agravado, el sentenciante también tuvo por acreditadas las agravantes de alevosía, premeditación conocida, abuso de superioridad, preparación para la fuga y artificio para realizar el delito. De lo anterior se evidencia que, la sala no analizó el

agravio a cabalidad, no se percató de que, la extensión e intensidad del daño causado, no puede considerarse para graduar la pena, si se soporta en el daño que ha sido considerado por el legislador como elemento del tipo penal, pues, para que pueda considerarse agravante para graduar la pena, debe tratarse de un daño que es extensión del que ha sido contemplado en la figura delictiva, y por ello, mediato al daño inicial; desde esa perspectiva, se aprecia que, tanto el juez sentenciante como el tribunal de alzada, han incurrido en error al elevar la pena aplicando dicho parámetro, especialmente en el delito de encubrimiento propio, uso de documentos falsificados y conspiración. En relación a las agravantes que, según el tribunal de sentencia concurrieron en los delitos de plagio o secuestro y robo agravado, es evidente que, el ad quem no realizó la labor intelectual necesaria en cuanto a escudriñar los razonamientos del tribunal de sentencia, para establecer la legalidad de la decisión asumida por el a quo, principalmente corroborar que dichas circunstancias no hayan sido consideradas por el legislador como elementos del tipo penal, o sean parte del iter criminis en la comisión de determinados delitos, ello con el fin evitar la vulneración del artículo 29 del Código Penal. Es necesario hacer referencia que, la determinación de la pena es una facultad del juez que le da libertad para decidirla, pero deberá graduarla entre el máximo y mínimo señalado en la ley, tomando en cuenta los parámetros contemplados en el artículo 65 del Código Penal, y consignar expresamente los que ha considerado determinantes para medir la pena, apreciados todos esos elementos en su conjunto. Esta tarea exige de parte del juzgador la comprensión del significado de los parámetros establecidos en el artículo 65 del Código Penal, que no otorga poderes discrecionales en esta esfera de la función jurisdiccional. En virtud de lo analizado, el recurso de casación por este agravio debe declararse procedente y en consecuencia, se deberán reenviar las actuaciones a la sala impugnada, a efecto de corregir los errores aquí apuntados...". Expediente No. 1584-2012 Sentencia de Casación del 26/11/2012.

De ahí la necesidad de contar con normativa que le hubiere asignado un determinado efecto penal a la concurrencia de una o varias atenuantes o agravantes, y también un tratamiento al caso de darse circunstancias de ambas circunstancias. En relación a la imposición de la pena, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado:

«Cámara Penal, al descender a la plataforma fáctica de la sentencia de primera instancia, establece que no se acreditaron existencia de antecedentes penales, ni la peligrosidad del acusado; y sí se acreditaron las circunstancias agravantes de alevosía, premeditación, artificio para realizar el delito, abuso de superioridad, nocturnidad y despoblado, y menosprecio a la ofendida, contenidas en el artículo 27, numerales 2, 3, 6, 9, 15 y 18 del Código Penal. En relación a que no se tomó en cuenta la carencia de antecedentes penales y que la peligrosidad no fue acreditada, cabe advertir que, respecto a los primeros, el artículo 65 del Código Penal no regula la acreditación de antecedentes penales de manera específica, sino que se refiere a antecedentes personales, dentro de los cuales los primeros tienen sólo un mínimo nivel de relevancia, y los más importantes son los factores sicosociales del sujeto activo que motivaron la comisión del ilícito. De ahí que, al no haberse acreditado éstos, el juzgador no pudo disponer de medios que expliquen la relación entre ese

tipo de factores y el motivo para delinquir, y por lo mismo, ello no influyó a su favor para la graduación de la pena. En cuanto a lo segundo, la peligrosidad sólo debe considerarse para el efecto de aplicar medidas de seguridad, según su encuadramiento de estado peligroso conforme a lo regulado en el artículo 87 del Código Penal. Es por ello que el tribunal no lo tomó en cuenta la ausencia de dichas circunstancias para imponer la pena mínima, por lo que no se convierten en atenuantes, idóneas para graduar la pena. Respecto a las circunstancias agravantes reguladas en el artículo 27 del Código Penal, cabe advertir que el objeto de éstas es modificar la responsabilidad penal, su apreciación y aplicación es ajena a la descripción sustancial del tipo, porque surgen como circunstancias concomitantes para la graduación de la pena, que es un acto procesal posterior a la calificación del tipo y la determinación de la comisión del delito. Es por ello que, al haberse acreditado las circunstancias agravantes referidas, éstas son susceptibles de graduar la pena en perjuicio del condenado, y siendo que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un parámetro para elevar la pena, según cada circunstancia agravante, se justifica que el sentenciante no haya impuesto la pena en su rango mínimo...». Expediente No. 2008-2011, Sentencia de Casación del 27/04/2012.

El Tribunal de Casación Penal guatemalteco con relación a las circunstancias que atenúan y agravan la pena, ha sido del criterio siguiente:

"...Cuando se reclama equivocación en la imposición de la pena, la labor del tribunal de casación consiste en determinar si ésta fue determinada con base en los hechos acreditados en relación con el artículo 65 del Código Penal. En cuanto al primer motivo sustentado, [Artículo 440 inciso 1) Código Procesal Penal] el casacionista pretende hacer ver que la sala faltó en resolver el argumento en el que denunció errónea interpretación de los artículos 27 y 65 del Código Penal. En su momento el apelante indicó que no obstante se determinó la concurrencia de circunstancias agravantes, resulta que existieron condiciones que le favorecían, lo que impedía graduar la pena más allá del límite mínimo establecido en la ley. Agravio que a juicio de este tribunal fue abordado y resuelto adecuadamente, pues tal y como lo indicó el entonces apelante, no solo fue acreditada su participación en el hecho, sino también, la concurrencia de circunstancias agravantes, lo que permitió al tribunal de juicio, graduar la pena de acuerdo a la apreciación que hizo de cada una de ellas. Que no se acreditó ninguna circunstancia atenuante, más que el haber destacado por parte del A quo, que el procesado carecía de antecedentes penales y que no presentaba peligrosidad social, condiciones que integran los elementos que el tribunal de juicio consideró para fijar la pena. En virtud de no concurrir el vicio señalado por el casacionista, se estima declarar improcedente el motivo sustentado. Analizado el segundo motivo de forma, [Artículo 440 inciso 6)] señala el recurrente que el fallo carece de una debida fundamentación, pues la sala no entró a conocer el fondo del planteamiento. En este caso se encuentra que al haber resuelto el agravio manifestado dentro del recurso de alzada, el Ad quem consideró que los preceptos señalados como vulnerados habían sido correctamente interpretados, pues al haber advertido la concurrencia de agravantes, lo correspondiente era aumentar la gradación de la pena, fijándola según la consideración propia del tribunal de sentencia. En este caso, el tribunal de juicio determinó que concurrieron

circunstancias agravantes como la premeditación, la nocturnidad y preparación para la fuga, razón por la que fijó en diez años de prisión. Debe destacarse que de éstas circunstancias agravantes, la premeditación y preparación para la fuga, no resulta posible determinarlas como tales, pues la primera de ellas lógicamente forma parte de la preparación del hecho mismo, y en el caso de la preparación para la fuga, fue necesario del vehículo para consumar el hecho al llevar las mercaderías robadas. Distinto el caso de la nocturnidad, que fue evidente que el sindicado y coprocesados, buscaron de propósito un horario nocturno para favorecer la comisión del hecho y lograr la impunidad del mismo. Circunstancia que hace merecer fijar la pena en diez años de prisión, pues fue impuesta conforme a uno de los parámetros que establece el artículo 252 del Código Penal, el cual establece una pena de seis a quince años de prisión, por lo que fijarla en diez resulta siendo una pena intermedia, y no la pena máxima, como alega el recurrente. En cuanto al argumento que existieron condiciones que le favorecían al procesado, es totalmente claro que éstas no constituyen circunstancias atenuantes que hubieran favorecido en la reducción de la pena, pues el carecer de Antecedentes penales, no ser considerado como peligro social y que el daño es reparable, no son circunstancias que influyan en la gradación de la pena. Por lo anteriormente considerado, se advierte que no le asiste la razón al recurrente, por lo que debe declararse improcedente el recurso interpuesto...". Expediente No. 1834-2011 Sentencia de casación del 20/02/2012.

De igual forma el Tribunal de Casación Penal guatemalteco ha manifestado que, es del criterio que las atenuantes son las únicas circunstancias que en el marco de la responsabilidad penal permiten compensar las agravantes, señalando: "...Al revisar la sentencia del Tribunal de Juicio, avalada en el fallo de Apelación Especial, se aprecia que el reclamo de casación es infundado, pues la pena impuesta al acusado, misma que supera los rangos mínimos establecidos en los tipos penales, se sustenta en circunstancias agravantes que fueron acreditadas en juicio, como las establecidas en los numerales 2, 6 y 18 del artículo 27 del Código Penal, y a la extensión del daño causado como lo establece el artículo 65 del mismo cuerpo legal. (...) concurren las agravantes de alevosía, abuso de superioridad y menosprecio al ofendido, las que de conformidad con el artículo 65 del Código Penal son apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia, porque resultaron ser de trascendental relevancia para la comisión del delito (...). Las anteriores son circunstancias agravantes que este Tribunal de casación pondera como suficientes para justificar las penas de prisión (...) y la multa (...). Este Tribunal es del criterio que las únicas circunstancias que en el marco de la responsabilidad penal permiten compensar a las agravantes, son las atenuantes. De ahí que sea incorrecto pretender que circunstancias como la ausencia de comprobación de peligrosidad social o que el acusado haya sido reo primario, tengan el efecto de atenuantes, ya que tales aspectos solo tienen relevancia en la imposición de la pena cuando son efectivamente comprobadas; de no serlo, devienen irrelevantes. En ese sentido, las circunstancias invocadas por el casacionista no demeritan ni compensan las consecuencias de las agravantes precitadas en la pena impuesta (...) el recurso de casación interpuesto por motivo de fondo deviene

improcedente...". Expediente No. 1585-2012 Sentencia de Casación del 12/10/2012.

En la estimación de la pena deben combinarse además la extensión e intensidad y daño causado. La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado lo siguiente:

«Los parámetros que establece el artículo 65 del Código Penal para graduar la pena, tienen todos que acreditarse en el debate. Particularmente el referido a la extensión e intensidad del daño causado por el delito, que debe distinguirse tanto de los elementos propios del tipo delictivo como del hecho en sí y deben verse como el resultado mediato del hecho ilícito»; sentencia de casación, expedientes acumulados: 123-2010 y 133-2010, de fecha: 15/02/2011.

Es necesario para sustentar válidamente elevar la pena más allá del mínimo establecido en la ley, también una argumentación fundada sobre un daño secundario o anexo al contemplado en la figura delictiva, y por ello mediato al daño inicial. Cabe señalar que la extensión e intensidad del daño causado según la doctrina consiste en:

«trata de una referencia acertada al grado en que ha sido lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido en el delito de que se trate. Este criterio no pretende ayudar a graduar la pena comparando la mayor o menor importancia del bien jurídico lesionado en el delito de que se trate con el que se lesiona en otras figuras delictivas, pues tal comparación ya la realiza el legislador al prever penas distintas para los diversos delitos en función del bien jurídico al que afectan. De lo que se trata es de valorar la mayor o menor intensidad o extensión del daño causado al bien jurídico protegido en el delito correspondiente. Así, no todas las lesiones graves del artículo 147 tienen la misma trascendencia para víctima según las circunstancias del caso concreto.» Héctor Aníbal de León Velasco, José Francisco de Mata Vela, Carlos Roberto Enríquez Cojulún, Carlos Enrique Estrada Arispe, Augusto Eleazar López Rodríguez, Luis Rodolfo Ramírez García, Alejandro Rodríguez Barillas. 2001. (Págs. 661 y 662).

De ahí que se si se determina que los hechos delictivos acreditados, por sí mismos constituyen los elementos del tipo penal por el cual fue condenado el procesado, se imposibilita sustentar válidamente elevar la pena más allá del mínimo establecido en la ley, puesto que si no se determina el daño secundario o anexo al contemplado en la figura delictiva, y por ello mediato al daño inicial corresponde imponer la pena mínima, si solo este parámetro se tiene como presupuesto para tal determinación judicial.

Rojas Báez hace una recopilación sobre consideraciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado en cuanto a las clases de daño, siento las siguientes:

“El daño físico se refiere al conjunto de afectaciones físicas y daños severos, e irreversibles en muchos casos, que sufren las víctimas de violaciones de derechos humanos.” “El daño material comprende, por un lado el lucro cesante o lucro cessans, el cual se refiere a la pérdida de ingresos de la víctima, así como también el daño emergente o *damnum emergens*, que enmarca los pagos y gastos en que han incurrido la víctima o sus familiares durante la investigación de la violación y el

destino final de víctimas desaparecidas o ejecutadas. En cuanto al lucro cesante, la Corte ha mantenido que la compensación debe ser acordada por el daño sufrido por la víctima o sus familiares por el tiempo en el que se han visto impedidos de trabajar debido a la violación. Sobre este particular, la Corte ha tomado como puntos de referencia para determinar el monto, la expectativa de vida en el país al momento de los hechos, las circunstancias del caso, el salario mínimo legal, y la pérdida de una chance cierta. El lucro cesante se refiere mayormente a la interrupción de ingresos, salarios, honorarios, y retribuciones. En este sentido, refleja el perjuicio sobre condiciones concretas de las que realmente disfrutaba la víctima, así como la probabilidad de que tales condiciones continuasen y progresasen si la violación no hubiera tenido lugar. El lucro cesante tiene referente automático en el nivel de educación de la víctima, sus calificaciones profesionales, salarios y beneficios laborales. En un criterio bastante favorable para las víctimas y sus familiares, la Corte considera que un “adulto que percibe[] ingresos y tiene familia, destina[] la mayor parte de dichos ingresos a atender las necesidades... de ésta. Respecto del daño emergente, la Corte ha establecido que este debe englobar gastos que incurrieron las víctimas o sus familiares con el fin de dar con la verdad. La Corte es de criterio que dentro de estos gastos se incluyen visitas a instituciones, gastos por concepto de transporte, hospedaje, y por la búsqueda de la víctima. En caso de que se esté ante un caso de ejecución extrajudicial o desaparición forzada de personas, se podrán incluir ingresos dejados de percibir por alguno de los familiares durante la búsqueda a nivel interno o por asistir a las audiencias ante sede internacional. Igualmente, se incluyen gastos por tratamientos médicos recibidos por la víctima o por sus familiares por los diversos padecimientos en su salud como resultado de los hechos del caso, gastos por el desplazamiento de familiares a otras comunidades como consecuencia del hostigamiento que sufrieron por los hechos del caso, y gastos por sepultura. Es decir, la Corte ha establecido que debe existir un nexo causal entre los daños y los gastos.” “La Corte Interamericana entiende que el daño moral o inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.” En primer lugar, la Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia.” Rojas Báez. 2008. (Págs. 105-109). Además, es necesario referir que el artículo 65 del Código Penal contempla para la gradación de la pena, como uno de los parámetros los antecedentes personales del victimario y de la víctima. Sobre los antecedentes personales del sujeto activo del delito cabe destacar que en materia de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, en la sentencia de fecha 20 de junio de 2005 señala:

« (...) b) la necesidad de contemplar en la acusación penal las circunstancias que demuestren la peligrosidad del agente y la pertinencia, desde el ángulo de la legalidad penal, de que la descripción legal del delito o la determinación de sus consecuencias incorporen referencias a la peligrosidad del agente, que influyan en la fijación judicial de la pena; y (...)» (Pág. 45).

De tal manera que los factores sicosociales que motivaron la comisión del ilícito, y el motivo para delinquir son determinantes en la graduación de la pena, máxime cuando son aplicados en sentido desfavorable para el acusado, ya que en la práctica la constancia de antecedentes penales del procesado se suele tomar como prueba idónea para elevar la penalidad mínima establecida para el tipo penal acreditado, lo cual resulta arbitrario puesto se debe fundar la imposición de la pena en la culpabilidad de la persona y no basada en condiciones de su personalidad, las cuales no conllevan a la objetividad puesto que las mismas son sumamente discutibles, olvidándose el juzgador de que se trata de imponer una pena la cual contiene la privación de derechos de la persona.

En cuanto a las características de las penas Carlos Santiago Nino señala:

“Como resultado de propuestas de autores como Flew y Hart, se acepta corrientemente que los casos de pena presentan las características siguientes: a) la pena implica la privación de derechos normalmente reconocidos u otras medidas consideradas no placenteras; b) es consecuencia de un delito; c) es aplicada en contra del autor del delito; d) es aplicada por un órgano del mismo sistema que ha convertido en delito el acto de que se trata.” Carlos Santiago Nino. 1980. (Págs. 198-199).

También la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre el móvil del delito, ha considerado que se refiere al hecho de que el sujeto activo del delito actúa por estímulos insignificantes o desproporcionados, que hace que el reproche de su conducta sea mayor, (Expediente No. 955-2012 Sentencia de casación del 03/05/2012).

En cuanto a la reincidencia aplicada a la imposición de la pena, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado:

«Cámara Penal, al descender a la plataforma fáctica de la sentencia de primera instancia, establece que no se acreditaron existencia de antecedentes penales, ni la peligrosidad del acusado; y sí se acreditaron las circunstancias agravantes de alevosía, premeditación, artificio para realizar el delito, abuso de superioridad, nocturnidad y despoblado, y menosprecio a la ofendida, contenidas en el artículo 27, numerales 2, 3, 6, 9, 15 y 18 del Código Penal. En relación a que no se tomó en cuenta la carencia de antecedentes penales y que la peligrosidad no fue acreditada, cabe advertir que, respecto a los primeros, el artículo 65 del Código Penal no regula la acreditación de antecedentes penales de manera específica, sino que se refiere a antecedentes personales, dentro de los cuales los primeros tienen sólo un mínimo nivel de relevancia, y los más importantes son los factores sicosociales del sujeto activo que motivaron la comisión del ilícito. De ahí que, al no haberse acreditado éstos, el juzgador no pudo disponer de medios que expliquen la relación entre ese tipo de factores y el motivo para delinquir, y por lo mismo, ello no influyó a su favor para la graduación de la pena. En cuanto a lo segundo, la peligrosidad sólo debe considerarse para el efecto de aplicar medidas de seguridad, según su encuadramiento de estado peligroso conforme a lo regulado en el artículo 87 del Código Penal. Es por ello que el tribunal no lo tomó en cuenta la ausencia de dichas circunstancias para imponer la pena mínima, por lo que no se convierten en atenuantes, idóneas para graduar la pena. Respecto a las circunstancias agravantes reguladas en el artículo 27 del Código Penal, cabe advertir que el objeto

de éstas es modificar la responsabilidad penal, su apreciación y aplicación es ajena a la descripción sustancial del tipo, porque surgen como circunstancias concomitantes para la graduación de la pena, que es un acto procesal posterior a la calificación del tipo y la determinación de la comisión del delito. Es por ello que, al haberse acreditado las circunstancias agravantes referidas, éstas son susceptibles de graduar la pena en perjuicio del condenado, y siendo que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un parámetro para elevar la pena, según cada circunstancia agravante, se justifica que el sentenciante no haya impuesto la pena en su rango mínimo...». Expediente No. 2008-2011 Sentencia de Casación del 27/04/2012.

Asimismo, la individualización de la pena conlleva la obligación de fundamentar la decisión, expresando los extremos que se tomaron en consideración para graduar la pena, así como la medida en que éstos fueron determinantes para regularla. En cuanto a la fundamentación de las resoluciones, regulada en el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, la Corte de Constitucionalidad ha manifestado el criterio siguiente:

“La decisión que asuma el Tribunal de Casación, al resolver sobre las alegaciones realizadas por el recurrente, debe ajustarse a lo prescrito en el Artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, que establece: “(...) los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión (...) la fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes, no reemplazará en ningún caso a la fundamentación. Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal”. (El resaltado no aparece en el texto original). La debida motivación de una resolución judicial se encuentra en el análisis exhaustivo de los puntos expresamente manifestados concernientes a la litis puesta en conocimiento de las autoridades judiciales; es decir, en el estudio de lo argumentado y las constancias procesales, apoyando su decisión y adecuando la normativa legal aplicable al caso concreto. Para ello, el juez o tribunal debe de exponer de forma concreta las circunstancias especiales, razones particulares o causas tomadas en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, como se apuntó anteriormente, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso.” Expediente No. 5412-2017 Sentencia de Amparo en Única Instancia de fecha 02/05/2018.

Dicha exigencia de fundamentar las decisiones judiciales deviene de la observancia del derecho de defensa. Esa exigencia resulta necesaria en un sistema de pena elástica, con límites mínimo y máximo, como el actual, frente al que estuvo vigente anteriormente, alrededor de cuarenta años, y que se basaba en un sistema de penas fijas o rígidas. Díez Ripollés, Giménez-Salinas i Colomer. 2001. (Pág. 665).

Método Aritmético de Fijación de la Pena

Es un punto medular del trabajo, puesto que se refiere a cómo debe considerarse el valor de cada elemento que determina la pena, ya que en Guatemala el Código

Penal no establece de forma concreta el monto que se le debe asignar a los elementos que comprenden la determinación judicial de la pena. Por lo que se debe recurrir a las circunstancias propias del caso que se juzga, analizar los parámetros que permiten concretar la pena, para así imponer una pena mayor, intermedia o mínima. Consignando en la sentencia, de forma concreta las razones que se tomó en consideración para la individualización de la pena.

Es por ello, si existen circunstancias agravantes la pena se aleja del límite mínimo señalado para el tipo penal por el cual se condena, considerando su importancia, teniendo en cuenta también la cantidad de las que concurren, así como su entidad e importancia. Es decir, si una sola circunstancia es la que se configuró en el caso que se juzga, conllevaría la imposición de una pena cercana a la mínima.

Sin embargo, si son varias las circunstancias agravantes que se determinan en el caso, las mismas denotan para que el fallo sea justo la imposición de una pena intermedia. Asimismo si son numerosas las circunstancias establecidas y de entidad grave, la pena a imponerse para el delito cometido podría ser el límite máximo o cercano a éste, ya que es de tomar en consideración que el espacio en juego que tiene el juzgador es demasiado amplio, pues en este caso no se justificaría que quien juzgue imponga la pena en su rango mínimo.

Esta función debe ser bien desarrollada por el juzgador, puesto que si bien es cierto no existe un mecanismo aritmético para determinar el monto de la pena, también lo es que se tiene la obligación legal de fundamentar la decisión que se emita, en resguardo de los derechos de los sujetos procesales, del derecho de defensa, la tutela judicial efectiva que le asiste a persona agraviada y el ejercicio de la acción penal.

Asimismo, se debe establecer si concurren circunstancias atenuantes en la responsabilidad penal, puesto que las mismas tienen el efecto de compensar las agravantes que hayan concurrido en el caso, tal como se ha señalado que lo ha considerado la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, el establecimiento de circunstancias atenuantes concede a quien juzga, la posibilidad de mantener la pena en el límite mínimo señalada para el tipo penal o permiten que se imponga una pena intermedia y no la máxima, que correspondería imponer con la sola concurrencia de agravantes.

De igual manera, otro parámetro que el sentenciante debe analizar, después de haber determinado la comisión del ilícito penal y de darle la calificación jurídica a los hechos acreditados, es la extensión e intensidad del daño causado. Debe tomarse en cuenta que no lo constituye propiamente los elementos propios del tipo delictivo, no es el daño que provocó la comisión del delito, sino se refiere al daño secundario o anexo al contemplado en la figura delictiva, mediato al daño inicial, y al verificar que en efecto se dio esta afectación, dependiendo de su extensión e intensidad, así se pondera la pena a imponer.

De ahí que estas circunstancias son las que permiten a quien juzga imponer una pena intermedia o en el límite máximo de la asignada por el legislador, puesto que el daño es una circunstancia que permite graduar la pena, y es extensión del daño inicial. Sin embargo, cuando no se establece la existencia de ese daño más allá del daño provocado por el hecho en sí, se justifica la imposición de la pena mínima.

El móvil del delito es otro elemento que se debe apreciar en la pena a imponer, analizando los motivos por los cuales actuó el condenado, y si se considera que su

conducta se dio por estímulos insignificantes o desproporcionados, se impondrá una sanción superior a la pena mínima señalada para el tipo penal.

Ahora bien, en cuanto al aumento y disminución de límites de la pena, cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumenta el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuye, según sea el caso, fijando así la nueva pena.

Posteriormente, dentro de esos límites se graduará la determinación judicial, procediendo a considerar la pena a imponer de conformidad a los cuatro elementos ya señalados, el establecimiento de las circunstancias atenuantes, agravantes, móvil, y mayor intensidad del daño causado.

CONCLUSIONES:

El sistema penal guatemalteco, adopta la determinación relativa de las penas, salvo las excepciones citadas.

Ese sistema, fija un mínimo y un máximo, quedando en la libertad del juzgador establecer técnicamente su aumento o disminución en el caso concreto.

El sistema adoptado por Guatemala, no establece una forma específica y determinada para graduar la pena en el caso concreto, no le asigna un valor a las agravantes ni a las atenuantes, como tampoco a la mayor o menor intensidad del daño causado, y menos al móvil del delito, siendo el juzgador que debe fijarla, para lo cual debe proceder prudentemente.

El sistema penal guatemalteco, concede un amplio margen de discrecionalidad a los jueces para fijar la pena en el caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

Diez Ripollés Jose Luis, Giménez-Salinas i Colomer Esther. Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General. Librerías Artemis Edinter, S. A. 2001. Guatemala.

Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. 2001. Madrid.

Muñoz Conde Francisco. Derecho Penal, Parte General, Tirant lo blanch. 1999. Valencia.

Zafaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ediar. 1979. Buenos Aires.

Rojas Báez, Julio José. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. 2008. República Dominicana.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José.

Constitución Política de Guatemala.

Código Penal de Guatemala.

**

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA

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

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1.- ESTUDIO PRELIMINAR. 1.1. Según la Declaración Universal de Derechos Humanos 1.2. Según el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos 1.3. Según la Convención Americana de derechos humanos 2.- PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN 2.1. Máxima publicidad 2.2. Buena fe 2.3. Transparencia 2.4. Gratuidad 2.5. Sencillez y celeridad 3.- CONCEPTOS RELEVANTES 3.1. Derecho de acceso a la información pública 3.2. Sujeto activo y sujeto obligado 3.3. Elementos del derecho humano de acceso a la información 3.4. La libertad de expresión, acceso a la información e Internet. 4.- ¿CUÁL ES LA REGLA Y CUÁL LA EXCEPCIÓN? 5.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN VERSUS LA PROTECCIÓN DE DATOS 6.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. CONCLUSIONES BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Es innegable la trascendencia que tiene hoy en día el acceso a la información pública como un derecho humano, mismo que está contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual constituye un marco legal internacional que permite conocer este derecho, establecer cuáles son sus alcances en aplicación y sus limitaciones en ese mismo sentido, aunado al derecho interno guatemalteco que ha sido desarrollado con el fin de brindar máxima protección, establecido a partir de la Constitución Política de la República, en ese sentido está la Ley de acceso a la información Pública y las leyes especiales que contemplan ese derecho tal cual lo ha desarrollado el derecho internacional.

Por lo que conviene a través del presente ensayo, establecer un conjunto de conceptos básicos que permitan al lector conocer, comprender y aplicar este derecho humano denominado "Derecho de acceso a la información pública o derecho de acceso a la información", conocer los principios en que se inspira, sus alcances y límites.

De tal manera que se presenta este trabajo esperando cubra las expectativas del lector e influya el contenido como un derecho actual y necesario.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA

1.- ESTUDIO PRELIMINAR

El estudio del derecho de acceso a la información, se hace necesario, dentro del marco de protección y defensa de los derechos humanos, con relevancia ante la política de vida de cada uno de los países latinoamericanos, en donde el sistema

de gobierno democrático y republicano es el establecido y bajo el que vive la sociedad.

Por lo que el derecho de acceder a la información pública, viene siendo una herramienta que garantiza al individuo ejercer cierto control sobre la función administrativa, la cual es servir a la población con transparencia y eficacia.

Este derecho coexiste junto con otros derechos como lo son el de privacidad e igualdad, seguridad.

Hoy en día se ha fortalecido dicho ejercicio del derecho, ante el marco legal internacional o convencional el cual impone a los Estados partes, en base al cumplimiento de los compromisos adquiridos, establecer la legislación nacional, la infraestructura adecuada, la ejecución del acceso a la información, la instalación de las oficinas que den cumplimiento a este derecho y demás acciones que permitan al Estado, cumplir a cabalidad con este compromiso convencional.

En ese sentido cabe mencionar el marco internacional y el cual contiene y abraza este derecho el cual lo impulsa y obliga posteriormente a su observancia y cumplimiento. Teniendo como base los siguientes:

1.1. SEGÚN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

Acceder a la información, obtener información hoy en día es una práctica de lo más común, pero para que ello sea tal cual lo vivimos hoy, tiene un antecedente legal de carácter universal como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, regulado en el artículo 19, que expresa: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Dicho artículo y máximo antecedente contienen los elementos básicos de este derecho de información y que han permitido a su vez su desarrollo, crecimiento y expansión, así como su propia problemática y freno en cuanto lo que se puede o no se puede, sin olvidar las diversas polémicas que ha generado debido a sus efectos. Los elementos que se encuentran son: a) no ser molestado; b) investigar; c) recibir y d) difundir.

Estos cuatro elementos son sin límites, prácticamente sin límites, de tal suerte que se pueden utilizar sin fronteras, por cualquiera, etc., elementos que otorgan derechos básicos en el desarrollo de este artículo y también se presta a confrontaciones en cuanto que no limita y si permite, constituyéndose en libertades totales, que siendo parte de un derecho, conllevan cuatro libertades absolutas que le otorgan a su vez otros derechos al sujeto actor de este derecho, por lo mismo y la naturaleza un empoderamiento para ejercer ese derecho, con el que puede trabajar, hacer, recolectar y obviamente difundir, aunque su labor no sea en secuencia lógica temporalmente hablando, pues puede investigar hoy, recibir hoy pero difundir en cualquier otro momento.

Ahora bien, la confrontación que ha recibido este derecho en su ejercicio es que a la luz del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aprecia que tiene un contenido demasiado extenso, que da para girar en distintas aristas, pues desde el punto de vista de adentro de la persona hacia afuera, el derecho de expresión, de opinar, de afuera para adentro, el derecho que no lo molesten por esas expresiones, de afuera para adentro investigar y recibir, y de adentro para afuera difundirlas.

Encontrando una interconexión de diversos elementos que forman parte de un solo derecho denominado Derecho a la Información, el cual le confiere a mi criterio al titular de ese derecho humano, derechos y libertades, toda vez que al leer una y otra vez el texto, no es una norma típica conformada por silogismos o premisas, sino constituye un texto complejo que envuelve derechos y libertades, todas en distintos puntos de divergencia, de adentro hacia afuera y de afuera hacia adentro.

Los cuales se logra describir están todos interconectados y a la vez pueden actuar independientes, todos bajo un mismo título que es el derecho a la información.

Lo cual, es bueno, de conformidad con el que ostente ese derecho, como sujeto activo del mismo, pues la norma contenida en este estándar universal le confiere todos esos elementos y aunado a ello, se derivan principios y reglas que acompañan el correcto ejercicio de este derecho humano de tercera generación llamado derecho a la información, el cual he logrado apreciar, que dicha denominación de derecho a la información, ha ido cambiando y añadiendo palabras a efecto de ser más amplio cada día, como se encuentra derecho al acceso a la información o derecho al acceso a la información pública, o derecho a la libre acceso a la información.

Sin limitación de fronteras, llama la atención en este pequeño estudio esta frase que es parte de la norma universal, pues, contiene sin limitación de fronteras, y ello, quizá previendo que la tecnología avanzaría de forma gigantesca y que por ende, el divulgar una información con limitación fronterizas implicaría un problema a todas luces su esta saliera, pero ahora bien se debe tener la medida de esta exportación de información sin fronteras ante la delincuencia organizada, pero, bueno, también lo relativo a “por cualquier medio de expresión.”, la tecnología hoy en día a envuelto a todo el mundo y al tener información sin necesidad de recolectarla sino solo acceder a ella, se cuenta con herramientas tecnológicas para difundirla, compartirla por cualquier medio lo que implica que la misma llegue en cuestión de segundos a su destinatarios.

1.2. SEGÚN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El derecho a la información, se ha convertido en una actividad frecuente y bajo el amparo de la disposición legal de carácter internacional como lo es El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Asamblea General aprobada en 1966, regulado en el artículo 19, que expresa: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser

necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

De la disposición legal antes consignada, en relación a la contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aprecia que existen otros elementos que tratan de regir las circunstancias y eventualidades que pudieran suscitarse con el ejercicio de este derecho humano, y aquí se encuentran palabras o frases tales como: a) deberes y responsabilidades; b) ciertas restricciones; c) respeto y reputación, y d) la seguridad nacional.

De tal manera que aprecio que existen divergencias en cuanto al reconocimiento de este derecho humano concretamente entre la declaración universal y el pacto, lo que conlleva a un problema en el ejercicio de este derecho, pues de libertades sin límites se contemplan ciertas restricciones.

1.3. SEGÚN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el artículo 13 de la convención establece: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2... 3... 4... 5...” así también el artículo 14 de la misma, está concatenado y reza: “1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio... tiene derecho a efectuar... su rectificación o respuesta...; 2... 3... “

En ese sentido, se aprecia que se encuentra aún más desarrollado este derecho el cual también logra desarrollar tanto la regla como la excepción la libertad y la restricción, la libertad como los límites, lo cual es bueno, puesto que son varias vertientes que integran este derecho.

2.- PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

2.1. PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD.

“Se debe maximizar el acceso a la información pública, con un régimen muy limitado de excepciones que tienen que estar regladas de manera clara y precisa en una ley. Esto quiere decir que el Estado tiene que dar explicaciones cuando restringe el acceso a determinada información”. (Botero, 2017, pág. 31)

Este principio que inspira la interpretación del derecho de acceso a la información, es contundente, debido a que pretende dar directrices en cuanto a que la publicidad es un deber del Estado, y de los funcionarios o de los sujetos que están obligados para brindar tal situación. El compromiso que ha adquirido el Estado parte, conlleva a darle esta garantía a sus ciudadanos a efecto de que participen en la fiscalización de sus actos, pero a pesar de ello, va aún más allá de sus fronteras, pues lo preceptuado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, “sin limitación de fronteras” otorga esa máxima publicidad, principio que se ha venido desarrollando y va concatenado en cuanto a que es la regla y que es la excepción.

2.2. PRINCIPIO DE BUENA FE

“... el Estado debe actuar de manera tal que realmente satisfaga el espíritu y la finalidad del derecho de acceso a la información, y si no puede entregar una información tiene que explicar porqué.” (Botero, 2017, pág. 31)

Ahora, con relación a este principio, cabe explicar que la buena fe aplica y es reprochable para el Estado en cuanto a la obligación que tiene de cumplir y dar la información, o sea el acceso a la misma, al respecto la el PIDCYP regula en el artículo 19 tal derecho, e indica que sí existen ciertas restricciones pero que deben estar expresadas y desarrolladas en la ley nacional, tal sería el caso de respeto a los derechos o a la reputación de los demás así como la protección de la seguridad nacional y el orden público, la salud o la moral.

Pero, también al ser desarrollado este derecho por el pacto, también se puede apreciar el principio de buena fe por los sujetos activos de este derecho, pues establece aquí el respeto a los derechos y la seguridad nacional, orden público, salud y moral, como elementos que deben considerarse al ejercer el derecho de difundir.

De tal manera que en mi análisis considero que es ya el Pacto el que regula este derecho y trata de moderarlo, dándole un equilibrio al respecto de buena fe, obligación, respeto y reserva, pues no existían en la Declaración Universal de DH.

2.3. TRANSPARENCIA

El fin de este derecho es permitir a todo ciudadano que tenga participación activa en la fiscalización de todos los funcionarios y actos, de tal manera que ese principio de transparencia es el que se ejerce al momento de accionar el derecho de acceso a la información. Se encuentra desarrollado en el “Considerando” de la Ley de acceso a la información pública, Decreto 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala, concatenado con los estándares internacionales que obligan a los Estados a cumplir con este derecho.

La transparencia de todos los actos del gobierno y de los funcionarios, es parte de un sistema democrático, que hace que a través de este derecho humano, el ciudadano pueda estar enterado del que hacer y del gobierno, pues tiene derecho como ciudadano que es, constitucionalmente también el artículo 2, 28 y 29 permiten ese acceso y le obligan transparentar todos sus actos públicamente.

2.4. GRATIUDAD

Toda información que se solicite, no puede ser remunerada o cobrarse algún monto para extenderla o poner como pretexto el pago previo, aun sea en los banco del sistema o en forma sistematizada, con este principio se garantiza el acceso totalmente libre y gratuito.

Este derecho humano como tal, obliga al Estado a proporcionar sin mayor complicación lo requerido, en ese contexto la facilitación conlleva que sea gratuito y por el contrario sea el Estado quien cargue con los costos que dicha información acarrea, también desprovisto de formalismos, pues al solicitar la información, el Estado a través de marco normativo no puede imponer cargas imposibles de cumplir, pues el ejercicio de este derecho e interpretación así lo establecen.

2.5. SENCILLEZ Y CELERIDAD

Como uno de los principios básico la sencillez opera de tal manera que la petición formulada en base al artículo 28 constitucional bastará para lograr su objetivo, no necesita rigorismos y menos cumplir con requisitos previos a este tema, en consecuencia se aprecia que debe facilitarse esa forma de pedir la información,

ahora bien, deberá ser clara, concreta y precisa a efecto de que lo que se pretende sea efectivamente lo que se reciba. La celeridad también es importante, pues, deberá de darse un plazo razonable para extender y entregar a información solicitada.

3.- CONCEPTOS RELEVANTES

Primero que nada, es resaltar la importancia del derecho humano de acceso a la información, por lo que el presente ensayo ha logrado desarrollar los temas tanto de la mano de la doctrina como de los estándares internacionales, los cuales solamente emiten la norma tal cual y se desarrolla de conformidad con sus requerimientos, por lo tanto también el estudio de la jurisprudencia constitucional guatemalteca, ayudará a comprender ciertos temas y casos en concreto.

3.1. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Concepto ampliamente desarrollado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los estándares internacionales ya relacionados, según (Coordinador Ferrer Mac-Gregor, 2014, pág. 340)

Por lo que de conformidad con el Decreto 57-2008, dice: “El derecho que tiene toda persona para tener acceso a la información generada, administrada o en poder de los sujetos obligados descritos en la presente ley...” Apreciándose tanto el derecho del titular como la obligación de la autoridad o el Estado en general, toda vez que es sobre la base de información pública.

Aquí se aprecia que no existe discrecionalidad alguna respecto de este derecho, limitación o restricción sino más bien lo expresa como toda, toda persona, y por el otro lado a tener, sin excepción de ninguna clase.

Dentro de este estudio se podrá apreciar la gran apertura que tiene este derecho, respecto de sus elementos componentes pues de otorga varias prerrogativas.

Como lo ha referido el autor Ferrer Mac-Gregor, evidentemente los estándares internacionales regulan y explica, por lo que el sujeto titular de este derecho puede desarrollar capacidades inimaginables y sin límite para desarrollar el mismo, encontrando expedito el camino para actuar, inclusive sin fronteras.

3.2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO OBLIGADO

Como es un derecho humano, pues el sujeto activo es toda persona humana, que tenga la intención de accionar este derecho.

A los sujetos del derecho, tales como el sujeto titular y el sujeto obligado de este derecho, los regula tanto la ley internacional como la nacional, debido a que tanto los estándares internacionales como la legislación nacional refieren que puede ser cualquier persona, por lo que en ese contexto, puede ser cualquier persona o ciudadano sin anteponer algún requisito para ejercer ese derecho. Los artículos 4, 5 y 6 de la Ley de acceso a la información pública, regular a los sujetos.

Pero, se aprecia una amplitud en los titulares y pocos límites en su desarrollo, al respecto, se ha planteado en Guatemala una Acción de Inconstitucionalidad pues la ley refiere eso, cualquier persona, y la Corte Constitucional ha resuelto que no es constitucional y por ende también es convencional, porque no se puede discriminar a ninguna persona sobre ese derecho de pedir de acceder de obtener.

El obligado, pues al respecto de este sujeto la misma ley enumera un listado inclusive con número apertus, al indicar que son los organismos del Estado y “todas”

la dependencias, las cuales se mueven a través de personas, en ese contexto, son todas las personas que ejercen una labor como funcionarios públicos, en este punto está obligado a dar la información y en su momento a dar su propia información personal, con el fin de transparentar su labor.

Este último tema ha generado diversos temas polémicos pues no se ha compartido del todo que se publique toda a la información del funcionario puesto que puede chocar con la protección de sus datos personales, pero, ante este problema el tema coyuntural o mediático siempre va a prevalecer, pues, si es tema del momento va a concluir que en se debe dar la información, pese a poner en riesgo la vida privada de la persona.

En ese contexto puede ser desde funcionarios del organismo ejecutivo hasta particulares que desarrollen actividades privadas que tengan manejo de fondos para fines públicos con apartes del Estado. OJ; OL; USAC; MP; MUNICIPALIDADES; SAT; SIT; ONG; etc., et., una vez ejerzan funciones públicas y manejen fondos públicos, debido a que se deben al servicio público.

3.3. ELEMENTOS DEL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Ya se ha dado la definición del mismo, tal como lo ha referido Eduardo Ferrer MacGregor y ya se ha abordado desde la perspectiva de los estándares internacionales, por lo que considero que sus elementos son:

Libertad de expresión, de opinión, investigar, recibir, difundir, sin fronteras, y por cualquier medio.

Derecho de expresión, de opinión, investigar, recibir, difundir, sin fronteras, y por cualquier medio.

Por lo que presento un cuadro comparativo de como esos elementos fueron aumentando entre uno y otro estándar internacional:

DECLARACIÓN UNIVERSAL			
DE DERECHOS HUMANOS. Art. 19.	PACTO	INTERNACIONAL	DE DERECHOS
CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 19.			CONVENCIÓN AMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS. Art. 13.			
1	libertad de opinión	sus opiniones, sin ser molestado	libertad de pensamiento
2	expresión sin ser molestado	libertad de expresión	expresión.
3	investigar y recibir informaciones y opiniones		
	la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole		
4	libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.		
	difundirlas sin limitación de fronteras,	sin consideración de fronteras,	sin consideración de fronteras,
5	por cualquier medio de expresión.		
	ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.		
	Ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.		
6	No existe		

No existe No lo regula

entrañados deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones,” no puede estar sujeto a previa censura responsabilidades ulteriores.

7 No lo regula

No lo regula

No lo regula deberán, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias

a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás,

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública

8 No lo establece

No lo establece No se puede restringir el derecho de expresión

Los espectáculos si están sometidos a censura previa.

Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio

incitaciones a la violencia

Por lo que se concluye que es la Convención Americana de Derechos Humanos, la que reguló de forma más amplia este derecho humano, por el cual establece libertades, derechos y restricciones, pero también censura y prohibiciones, lo que lo hace un artículo muy complejo y en aplicación al principio de congruencia, pues no tan congruente, debido a esos últimos componentes que se contradicen.

También de conformidad con la argumentación, se convierte en un derecho con un amplio margen de interpretación lo que pone en discusión y confrontación el derecho de acceso a la información y el derecho de protección de datos.

3.4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ACCESO A LA INFORMACIÓN E INTERNET

Siendo el internet una herramienta al alcance de los ciudadanos y con un uso primordial, se unifica con el tema de acceso a la información y libertad de opinión y expresión, en este contexto, es descontrolado el uso del internet por lo que no se puede dejar pasar por alto su importancia y trascendencia, debido a que a través del uso de esta herramienta la información se puede obtener y se puede difundir, a una velocidad impresionante.

El autor Haideer Miranda Bonilla, en la obra titulada (Miranda Bonilla, 2019, pág. 28) citando el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión Frank Le Rue, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y dice: “El uso del internet se está convirtiendo en una herramienta imprescindible para la libertad de expresión y para el acceso a la información. Más que una posibilidad de comunicación, se está convirtiendo en una necesidad al periodo de globalización que hoy se vive”

Y Guatemala, no es la excepción, la población guatemalteca y de Latinoamérica día con día en su pobreza y problemática socioeconómica no puede vivir sin el internet, puesto que lo utiliza para informarse y para informar, y al estar contemplado en los estándares internacionales que puede ser por cualquier forma, esta herramienta no se queda atrás sino da un excelente acompañamiento a este derecho humano.

En este aspecto, se ha usado la palabra de forma precisa y concreta “internet”, para ser utilizada por el titular del derecho y obligando al Estado a garantizar esta herramienta, viendo como este derecho se convierte en más complejo y amplio.

Avanzando en el tema, las denominadas “Redes Sociales”, que dan acompañamiento a la información y que subsisten solamente a través del internet, hoy por hoy informa con inmediatez y rapidez y sin límite de fronteras, con imágenes y de forma escrita u oral, pero también se logra apreciar que no respeta muchas veces el tema de seguridad nacional, en ese orden de ideas muchos ejemplos existen en donde a través de esta herramienta tecnológica se violenta derechos y se quebranta con el derecho de información.

Un caso reciente lo tuvo Guatemala, en el fallo conocido por la Corte de Constitucionalidad, en donde otorga amparo provisional en contra del gobierno guatemalteco, ordenando que se abstenga de hacer la compra de AVIONES PAMPA III, toda vez que la acción constitucional la plantean sobre la base de información contenida en internet, específicamente en redes sociales mas no sobre la base de datos concretos y precisos y violentando a todas luces el tema de la restricción de este derecho cuando sea por aspectos de seguridad nacional, en este caso, no se llevó a cabo el acceso a la información sino que con la velocidad de las redes sociales e internet, se obtuvo una información y la misma permitió que se amparara, por sobre la seguridad de nacional toda vez que según las redes sociales eran para combatir el narcotráfico, dicho fallo se emitió por mayoría ante el voto razonado de la ex - presidenta de esa corte Dina Ochoa.

Observando los alcances que puede tener el internet en conexión con el acceso a la información pública.

4.- CUÁL ES LA REGLA Y CUÁL ES LA EXCEPCIÓN?

Cuando se habla del derecho de acceso a la información, cabe analizar hasta donde está la dimensión de este derecho, en ese sentido se ha logrado establecer y desarrollar tanto por estándares internacionales y leyes nacionales que el derecho a acceso es la regla a seguir, es lo general, y el secreto o la reserva es la excepción, de tal manera que las limitaciones a este derecho son la excepción, puesto que no se debe limitar el acceso, por ningún motivo y al darse deberá explicarse ampliamente la razón, pero para evitar una violación en ese sentido, se han determinado excepciones claras y precisas que desarrollan esa razón excepcional.

“El derecho de acceso a la información, solo puede limitarse en casos excepcionales y estrictamente necesarios, que deben estar previamente fijados por la leyes claras y limitadas.” (Botero, 2017, pág. 32). En consecuencia de ello, cuando se limite una información ha de justificarse claramente por parte d quien tenía la obligación de hacerlo, exponiendo los motivos para fundamentarse y no hacerlo de forma simple, puesto de que hacerlo estaría violando el derecho de acceso.

Determinar si la limitación a la información es temporal y explicar el tiempo que sea necesario esperar, pero que si se dará, o si es definitiva la negativa explicarel marco legal de esa justificación y en segundo plano las manifestaciones poderosas que determinen que efectivamente el publicar causaría perjuicio nacional o estatal, por seguridad o por pacto de reserva.

De tal manera que para la interpretación de este derecho la regla es la información pública de datos, tener acceso, buscar e investigar y que se proporcione la misma y luego la excepción será la restricción de ese derecho sobre la interpretación del pacto internacional y la convención americana:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 19. Establece a parte de las libertades y derechos, deberes y responsabilidades, por lo que regula las siguientes restricciones:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 13 establece, que no hay previa censura a excepción de los espectáculos; lo cual genera cierta contradicción, pero también establece deberes y responsabilidades:

- a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Antes este caso, Guatemala, en opinión consultiva responde a un asunto concreto resuelto por la Corte de Constitucionalidad en el proceso 2819-2004, explicando en que consiste la regla y en que consiste la excepción a la regla y al someterla a establecer si es la literal “b” de la convención y artículo 30 constitucional, arribó a la conclusión de despejar la duda cuando se está bajo un asunto de seguridad nacional y cuando no.

5.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN VERSUS LA PROTECCIÓN DE DATOS

Este derecho, tal cual fue creado e incorporado tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contiene vertientes que pueden conducir a distintos caminos, de tal manera que el acceso a la información nos puede llevar a la protección de datos, ante la contraposición de estas dos instituciones que forman parte de un derecho humano.

Y, no es que estén en contra de forma directa, sino que lo están de forma indirecta en vista de ser parte de un mismo derecho humano y de pronto otorgarle la titularidad a dos sujetos distintos, el que quiere la información y el que pretende proteger sus datos, por lo que en algunos casos concretos se ha logrado apreciar esta confrontación.

Como caso de análisis, también se puede traer a colación lo manifestado en la por el autor Ángel R, Pagán Ocasio, quien hace una relación sobre el experimento, que

así llamó de Puerto Rico, respecto al acceso de medios de transmisión a los procesos judiciales que se ventilaban en los tribunales, y al respecto dijo: (Pagán Ocasio, 2015, pág. 454) “El Tribunal Supremo de Puerto Rico es el máximo intérprete de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y sus leyes. Sus decisiones son fuente de derecho y constituyen precedente en el ordenamiento jurídico...”

De tal manera que se logra ver el alcance de los fallos de este tribunal, poder que en su momento puede ser constitucional y absoluto, el caso concreto se da al momento que el Tribunal en referencia establece el “Protocolo para Facilitar el Acceso de la Prensa a los Tribunales de Puerto Rico y el Acceso a la información sobre los procesos Judiciales”. (Pagán Ocasio, 2015, pág. 456).

Protocolo que fue en línea con los medios de comunicación o periodísticos quienes pretendían tener acceso a dicha información judicial y en ese contexto pues efectivamente lograron su fin.

La confrontación entre el derecho de acceso y el derecho de protección de datos, se encuentra al momento que refiere el autor (Pagán Ocasio, 2015, pág. 458), “el ex Juez Asociado al Tribunal Supremo de Puerto Rico, Hon. Antonio S. Negrón García, hizo pública su opinión... titulado “Derecho a la propia imagen”. Además de expresar su preocupación por la posible violación al derecho a la intimidad de los jueces y juezas, plantea que el dilema requiere balance. El derecho a un juicio público a favor de la ciudadanía y la prensa no es absoluto, pues puede encontrar su límite en intereses gubernamentales apremiantes.”

De tal manera que expone tanto la exposición extrema de los jueces y juezas como de los derechos de las personas sujetas a procesos criminales “vis a vis” el derecho del pueblo a estar informado.

Lo cual se ha convertido en una generalidad en toda América Latina y en Guatemala tampoco es la excepción, pues regresamos a la antigua Roma a aquellos tiempos en donde el Emperador romano exponía públicamente el criminal y lo condenaba ante la aclamación pública de toda la ciudadanía, bajo el concepto de democracia, en el sentido que el gobernante hacía lo que el pueblo le pedía, pero en un estándar de derechos humanos, no podemos irnos de lleno con un solo derecho sino que debe hacerse la llamada ponderación de derechos a efecto de ver quienes están involucrados y salvaguarda de una forma mínima la protección de imagen de todos los partícipes o en su caso la intimidad de estos.

Cuando se estudia el concepto de acceso a la información, pasa por la mente el hecho que puede transgredir la privacidad de las personas, en consecuencia debe tenerse un mecanismo de control a efecto de no caer en violentar la privacidad de la persona o del sujeto que está obligado, en cuanto a ello, cabe mencionar a la autora Silvia Verónica García Molina, quien en la obra (García Molina, 2013, pág. 7) dice: “Lo privado es el ámbito restringido de lo doméstico y lo familiar, de aquellos asuntos del sujeto, que no necesariamente deben ser divulgados masivamente.” De tal manera que la autora estudia ese elemento de privacidad que debería protegerse como parte del derecho humano.

Se puede considerar que el desarrollo del derecho de acceso a la información desde la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha ido moderando, toda vez que sus competencias venían con derechos y libertades, y hoy en día existen reservas o cláusulas de reserva en

casos concretos, ahora bien que pasa si la información que no entra en el renglón de reserva legalmente establecida, violenta la privacidad de una persona, ante el ejercicio pleno del derecho de acceso a la información y divulgación, en ese sentido la ponderación deberá entrar a jugar un papel muy importante a efecto de brindar un equilibrio entre ambos y dar una justa protección a los derechos.

6.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Si se ha hablado del marco legal internacional, ahora conviene hablar sobre el marco legal constitucional y leyes ordinarias, que regulan lo relativo al derecho de expresión, derecho de acceso a la información, derecho de opinión entre otros elementos que contemplan dicho derecho humano, en tal sentido, la Corte de Constitucionalidad, ha resuelto varias acciones legales de rango constitucional que le ha permitido asentar su jurisprudencia, basados en derecho interno y derecho internacional, considerando obviamente que es un derecho humano, por lo que a continuación se citará el proceso y se analizará brevemente el mismo:

Expediente

No. 2819-2004 Opinión consultiva Secreto de Estado

Insumos del ejercito

Art. 30. Constitucional

En el marco de sus competencias, el Presidente de la Junta Directiva del Congreso de la República de Guatemala, formula la opinión consultiva a la CC, a efecto de que se pronuncie en cuanto a mantener como secreto o reserva los dato relativos a las compras del ejercito por concepto de insumo, ya que la constitución así lo establece.

El artículo 30 va en congruencia con el marco internacional, y se aprecia claramente la reserva o restricción que se tiene cuando son asuntos por seguridad nacional o militares, la corte analiza el texto y la petición emitiendo opinión en el sentido de explicar cuál es la regla y cual la excepción, por lo que formula un test a efecto de responderlo en base a ese control constitucional y convencional, arribando a la conclusión cómo se debe entender la excepción, pero en el caso concreto sujeto a opinión y análisis no logró pasar el test, debido a que no es de seguridad nacional.

Expedientes

No. 1373-2009

1412-2009 y

1413-2009. Inconstitucionalidad general total y parcial Respecto de la Ley de Acceso a la Información Pública.

Dto. 57-2008

Los expedientes acumulados resolvieron las inconstitucionalidades planteadas contra la citada ley, toda vez que a criterio de los postulantes la normita es inconstitucional. Manifestando que los artículos 1, 2, 5, 9, 16 y 41 son inconstitucionales lo mismo que la ley en cuestión.

La CC resolvió que la ley no es inconstitucional, expresando como un derecho humano todos los administrados en Guatemala, tiene derecho sin discriminación o excepción alguna, realizando un análisis doctrinario y en control convencional.

Expediente

No. 2075-2015 Inconstitucionalidad general Art. 21 de la Ley de

Probidad en congruencia con el art. 30.
Constitucional

En el presente caso, se pretendía la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma contenida en una ley especial, como lo es la Ley de Providad y con ello como consecuencia que se declarara inconstitucional la regla de “confidencialidad de la declaración patrimonial”

Ante este planteamiento se analizó que la norma no es inconstitucional y que en caso de ser requerida se deberá de contar con la orden judicial correspondiente, a efecto de acceder a esa información, por lo que se estaría explicando a prima fase las razones de confidencialidad y posteriormente se estaría dando la información solicitada, pero previamente atravesar la solicitud y autorización judicial respectiva, ello a efecto de garantizar los datos de los funcionarios.

Con este pequeño análisis se puede apreciar que el control constitucional para proteger el derecho humano de acceso a la información por parte de la CC, se ha venido realizando, de tal manera que el Estado de Guatemala ha cumplido paulatinamente con los compromisos adquiridos al ratificar los estándares internacionales.

Existe un marco constitucional, una ley ordinaria y leyes especiales que hay introducido normas concretas y precisas que regulas lo relacionado al derecho de acceso a la información y a habeas data, puesto que tanto el acceso como la protección de datos, están dentro de un mismo marco legal de protección.

CONCLUSIÓN

Al haber finalizado la elaboración del presente ensayo, puedo concluir que queda mucho por hablar, analizar, estudiar y comentar sobre este derecho humano de acceso a la información.

Tanto desde el punto de vista doctrinario, pues son varias las perspectivas que envuelven este derecho, como articular, como funcionario, como organismo, como derecho, como libertar, como restricción.

También desde el punto de vista legal, puesto que entre el marco internacional existen ambigüedades y contradicciones que desde mi muy particular punto de vista pude advertir en el desarrollo del ensayo, y la forma como la CADH ha desarrollado este derecho, permite también hacer un estudio jurisprudencial de la corte interamericana en cuanto a su interpretación.

En Guatemala a través de redes sociales, se divulgó la compra de aviones Tampa III, por parte del gobierno, ello haciendo uso de derecho de acceso a la información pública, dicha información concluyó en que el Tribunal Constitucional otorgara amparo a favor de prohibir la compra de los mismos.

El punto es, poder comprender si dicha protección por amparo se dio en base al estándar internacional convencional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al permitir ese derecho de acceso a la información pública y divulgarla, pese a que el tema era relativo a seguridad del Estado por la lucha con el narcotráfico.

En conclusión, falta mucho que hablar sobre este derecho que en su regulación ha ido creciendo y en la dinámica de la sociedad, se ha visto desarrollado y conducido por herramientas que no pueden tener un control, puesto que ya lo dice la misma norma, acceso sin límite de fronteras y hacerlo de cualquier forma que el interesado,

administrado o ciudadano elija, en consecuencia, es un derecho muy amplio que incluye libertades y reglas muy amplias de interpretar y por el contrario reglas y excepciones con un margen corto de interpretar, debiendo desarrollar paralelamente el derecho de protección de datos, por correr peligro todos los particulares, pues en ese contexto no solo afectaría a los funcionarios sino a los administrados.

BIBLIOGRAFÍA

Acnudh y Scjn. Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad. México, D.F., 2012.

Albanese, Susuna (coordinadora). El control de convencionalidad. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina, 2008.

Ayala Corao, Carlos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. Editorial Porrúa. México, 2013.

Botero, C. (2017). El derecho de acceso a la información pública. Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina, 29-38.

2009). Normas Constitucionales. Su elaboración. Buenos Aires: Legis Argentina S. A.

Coordinador Ferrer Mac-Gregor, E. M. (2014). Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Tomo I. . México: Universidad Autónoma de México.

García Molina, S. V. (2013). El Derecho a la Autodeterminación Informativa versus el Libre Acceso a la información privada en Guatemala. Opus Magna Constitucional Tomo VIII, 3-30.

Miranda Bonilla, H. (2019). Constitución e Internet. Opus Magna Constitucional Tomo XV , 25-38.

Pagán Ocasio, A. R. (2015). ¿Acceso a la información o acceso a las imágenes?: la transmisión por medios electrónicos de los procesos judiciales, el experimento de Puerto Rico. Opus Magna Constitucional. Tomo X., 451-459.

Pereira-Orozco, A. y. (2012). Derecho Constitucional. Guatemala : De Pereira.

Urrioste Braga, Fernando. (2008) Derecho de la Información.

Vigo, R. L. (2018). Los neoconstitucionalismos: cuatro veriones. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Villalta, Ludwin. (2009). Declaraciones, pactos, convenciones sobre derechos humanos y directrices de la ONU aplicables en el proceso penal.

**

CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN JURISDICCIONAL EN GUATEMALA

* Estuardo Cárdenas

Magistrado de la Sala Séptima de la Corte de Apelaciones Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente

SUMARIO

- I) Introducción
- II) Generalidades
- III) Precisiones conceptuales
 - a) Control de Constitucionalidad
 - b) Control de Convencionalidad
 - c) Control Judicial de Constitucionalidad y Convencionalidad
- IV) Aplicación Jurisdiccional de los Controles de Constitucionalidad y de Convencionalidad en el Estado de Guatemala
- V) Conclusiones
- VI) Bibliografía

AUTOR: Estuardo Cárdenas. Doctor en Derecho por la Universidad de San Carlos de Guatemala; Doctorando en Derecho Constitucional Internacional, en la misma Universidad; y, actualmente, Magistrado –Titular– de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial de la República de Guatemala.//Mes de octubre, del 2019.–

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es común escuchar hablar, o leer bibliografía, sobre lo concerniente al denominado Control de Constitucionalidad y, más reciente aún, sobre la llamada Doctrina del Control de Convencionalidad; y, si bien es cierto, en algunos aspectos ambas instituciones coinciden y hasta confluyen en su aplicación, así también lo es que, a su vez, también tienen sus peculiaridades que tienden a diferenciarlas.

En ese orden de ideas, aunque el presente trabajo por su extensión no pretende ser una monografía al respecto, sí busca determinar, con claridad y precisión, aunque de manera general, en qué consiste cada una de dichas instituciones, cómo se han originado, cómo se aplican y, a su vez, cuáles son las condiciones para su ejercicio.

En ese orden de ideas, en el presente trabajo, lo que se pretende es abordar en qué consisten ambos controles y, al mismo tiempo, cómo se llevan a la práctica; aunque con la salvedad de que, por razón de la naturaleza del presente ensayo y sus fines,

se hará especial énfasis concreto en lo concerniente al “ámbito judicial” de ambos controles, dejando por un lado el análisis de los mismos desde los demás ámbitos.

Y, en ese sentido, lo anterior será examinado desde el contexto de su aplicabilidad en el Estado de Guatemala, a efecto de poder determinar cómo se aplican y cómo influyen en nuestro Sistema de Justicia, ambos controles, partiendo del hecho de que, en efecto, ambos tienen aceptación y reconocimiento en Guatemala; siendo relevante determinar los medios y procedimientos normativos y jurisprudenciales a través de los cuales es factible practicar los mismos, especialmente en Guatemala, atendiendo a las disposiciones normativas, tanto nacionales como internacionales.

GENERALIDADES

Para los efectos del presente, necesariamente se parte del conocimiento previo de determinadas instituciones jurídicas por parte del lector; y, en ese orden de ideas, no se entra a profundizar en aquellas que constituyen el punto toral del tema de que se trata, abordando generalidades de las mismas para llegar al aspecto central y de fondo, el cual está constituido por: el ejercicio de los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad, especialmente en el ámbito judicial en el Estado de Guatemala.

En ese sentido, resulta que partiendo de la denominada “Jerarquía Normativa”, que en términos generales alude a la posición que cada disposición normativa ostenta en un determinado sistema jurídico, resultando normal y comúnmente representada mediante la alegoría de la “Pirámide Kelseniana” -en alusión a su creador, el jurista Hans Kelsen-, nos encontramos con el concepto de la “Supremacía Constitucional” que, en su caso, parte del reconocimiento mismo de la aludida Jerarquía Normativa y no al contrario como, incluso, lo ha señalado la propia Corte de Constitucionalidad.

Sobre dicho particular, el autor Julio César Cordón Aguilar, en su libro intitulado “El Tribunal Constitucional de Guatemala”, en cuanto a la Supremacía Constitucional nos manifiesta: “...La Constitución es la norma suprema, la ley fundamental del sistema jurídico y político del Estado... Es así como se destaca la noción de supremacía constitucional, como elemento determinante que precisa la superlegalidad que caracteriza a la Constitución; superlegalidad que lo es tanto formal como material... Cabe acotar que la supremacía que caracteriza a la Constitución, aunado a que reconoce en ésta el parámetro de validez del resto de normas, determina también la rigidez de sus disposiciones, exigiéndose un procedimiento agravado para su modificación o reforma...” (2009: 14,19-20).

Por su parte, el tribunal constitucional -Corte de Constitucionalidad de Guatemala-, entre otros tantos fallos, por citar uno a manera de ejemplo, en la sentencia de fecha uno de octubre de dos mil quince, dictada en el expediente número 4822-2014, nos expresa: “...El principio de supremacía de la Constitución y su fuerza normativa vinculante para todo el ordenamiento jurídico implica, por una parte, que la ley debe adecuarse a las normas constitucionales y, por la otra, que los tribunales tienen el deber de observar en toda resolución o sentencia el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley. Del principio de supremacía se deriva el de jerarquía normativa, que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez de la inferior...” (Pág.: 8).

Ahora bien, así como en lo relativo al tema central abordado, no se puede dejar de aludir a Hans Kelsen y, especialmente, a su Teoría Pura del Derecho, así también lo es que no es factible tratar lo tocante a la supremacía constitucional sin referirse a la Judicial Review y su enigmática sentencia emitida por el Juez estadounidense John Marshall, en el caso conocido como “Marbury Vrs. Madison”, en el cual, en 1803, éste recurrió al denominado “Control de Constitucionalidad” y, en un caso concreto, declaró la inconstitucionalidad de una disposición y acto de autoridad que contrariaba la Constitución de los Estados Unidos de América, sentando el criterio de que todos los jueces estaban obligados -y ostentaban la facultad- a examinar que las leyes inferiores a la Constitución no contraríen la misma, so pena de declarar su oposición a dicha Ley Suprema y, por ende, su inaplicabilidad para el caso en concreto; es decir, surgiendo así el llamado Control Difuso de Constitucionalidad, que, distinto del control concentrado -propugnado por el Kelsen mediante tribunales constitucionales-, podía y debía, ser ejercido por todos los jueces del Poder Judicial.

Siendo el anterior, precisamente, el precedente judicial y vinculante más conocido sobre el control de constitucionalidad, independientemente de aspectos políticos y demás temas subyacentes a la emisión del fallo, y lo cual no es objeto del presente. Siguiendo el mismo iter, en cuanto al subtema abordado -supremacía constitucional como integrante de la citada jerarquía constitucional-, el autor Marcos Francisco del Rosario Rodríguez, en su artículo denominado “Supremacía Constitucional”, y que está inserto en el “Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional” –Tomo II–, menciona lo que a continuación se menciona: “...Este rasgo cualitativo es inherente a todo texto constitucional, ya que el hecho de que sea suprema, es precisamente lo que la hace ser una Constitución verdadera... Esto significa que la expresión ‘supremacía constitucional’ evoca la noción de que la Constitución es el parámetro único de legitimación y validez en todo sistema jurídico... Se considera que las normas constitucionales son jerárquicamente superiores bajo dos perspectivas: lógica y axiológica. Bajo una perspectiva lógica, la Constitución se entiende como ley jerárquicamente suprema, cuando existe un reconocimiento expreso de la primacía que posee dentro de la estructura normativa de un Estado, teniendo como consecuencia lógica que todo acto jurídico se adecue a su contenido. En cambio, una Constitución será jerárquicamente suprema desde una vertiente axiológica, cuando se asume como depositaria de los principios fundamentales y derechos humanos de las personas...” (2014: 1198-1199).

Advirtiendo, como corolario de lo anterior, que actualmente –e independientemente de la existencia del denominado “Bloque de Constitucionalidad” y, a su vez, del llamado “Control de Convencionalidad”, que también se abordará ulteriormente- dicha supremacía constitucional –como un principio toral derivado del de jerarquía normativa- es un rasgo esencial de la Constitución misma, y no simplemente por su ubicación en la pirámide jurídica sino más bien, a su vez, por su derivación directa del Poder Constituyente -en el caso de la formal- y, especialmente, por contener la positivización de los valores y principios que se consideran fundamentales para la convivencia social de la población que forma parte del Estado en el que la misma rige; teniendo, como parte coadyuvante de esa hegemonía, la rigidez de la que está

revestida, así como su fuerza normativa, en cuanto a sus preceptos, estén estos contenidos formalmente en la misma o solo formen parte de su contenido material. Si bien es cierto, el control de constitucionalidad es de amplia aplicación en cuanto a los asuntos objeto de su ejercicio, atendiendo a que se encuentra sujeta al mismo cualquier disposición o decisión del poder público, especialmente las del legislativo, así también lo es que su realización conlleva relevante importancia cuando lo que se examina es la constitucionalidad de un acto que afecta derechos fundamentales.

Y, en ese sentido, cuando lo afectado son precisamente derechos de tal naturaleza, surge la obligación -al menos vinculante para los Estados Parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos- de ejercer, además del ya citado Control de Constitucionalidad, también un Control de Convencionalidad, cuyo objeto mismo, y a la vez también su fin, lo constituye: la protección de los Derechos Humanos.

Siendo así como, en el presente ensayo, se aborda lo relativo al denominado control de constitucionalidad, pero a su vez también el de convencionalidad, para a su vez determinar la aplicabilidad que ambos han tenido en el ámbito jurídico guatemalteco.

Resultando relevante, en ese orden de ideas, referir que la Constitución Política y su Supremacía le es al control de constitucionalidad, lo que, por su parte, la propia Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el Corpus Iuris Internacional de los Derechos Humanos, y la interpretación de éstos contenida en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos le es al control de convencionalidad; puesto que, como se analizará posteriormente, este último control debe ejercerse partiendo de la hegemonía que dicho Pacto de San José ostenta sobre el “Derecho Interno” de los Estados Parte del mismo inclusive de la propia Constitución de éstos, por virtud de los compromisos y responsabilidad internacional de los mismos, y en congruencia con el Principio de Derecho Internacional: “Pacta Sunt Servanda”.

PRECISIONES CONCEPTUALES

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Al respecto, no se pretende entrar a analizar detenidamente los diversos Sistemas de Justicia Constitucional existentes –concentrado, difuso, híbrido, dual, etcétera–, sino más bien simplemente mencionar lo que su ejercicio conlleva.

Además, como se expresó al inicio, en el presente ensayo necesariamente se parte del conocimiento previo de las distintas instituciones jurídicas tratadas en el mismo; ya que sin su conocimiento general sería difícil comprender el sentido del trabajo y la extensión y fines del mismo no permiten profundizar en ellas; verbigracia: el poder constituyente, poder constituido, justicia constitucional, supremacía constitucional, jerarquía normativa, etcétera.

Al respecto, el autor Enrique Carpizo, en su artículo “El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos”, contenido en la obra Opus Magna Constitucional 2013, Tomo VIII, manifiesta que: “Hablar de control constitucional implica conocer el concepto actual de Constitución,

sus tipos, la manera en que se interpreta y los medios existentes para su defensa. Entender al control judicial de constitucionalidad difuso o concentrado, envuelve a su vez la comprensión del sistema de pesos y contrapesos vigente en un Estado Constitucional de Derecho, donde el tema de los tratados internacionales, su jerarquía, su aspecto vinculante y el sistema de protección a derechos humanos: trasciende” (2013: 217)

En ese sentido, resulta que, como antes ha sido mencionado, aunque ya existían ciertos antecedentes, se parte de la famosa sentencia que el Juez estadounidense John Marshall pronunciara en el año 1803, en el “Caso Marbury Vrs. Madison”, para referirse al Control Judicial de Constitucionalidad, conceptualizada en el Derecho Anglosajón como la doctrina de la “Judicial Review”; relacionado con el control de carácter difuso en el que todos los jueces pueden y deben ejercer dicho control, en contraposición al control concentrado, europeo o kelseniano, en el cual existe un solo órgano competente para tales efectos, normalmente un tribunal constitucional.

En tal orden de ideas, para los efectos prácticos perseguidos, basta con decir que, como lo señala el jurista Humberto Nogueira Alcalá en su artículo “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad”, contenido en la aludida obra llamada Opus Magna, Tomo V: “...El control de constitucionalidad... este tiene como parámetro el texto de la respectiva Carta Fundamental...” (2012: 313). Es decir, consiste en la confrontación que el órgano llamado a ejercer dicho control debe llevar a cabo entre la disposición -de la naturaleza que esta sea- jerárquicamente inferior a la Constitución y el contenido de ésta, que dicho sea de paso dicho análisis debe tener en cuenta no solamente los aspectos formales de la misma sino también los materiales, o sea, aquellos que son subyacentes a su propia promulgación y vigencia.

El expresidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Juan Francisco Flores Juárez, en su obra “Constitución y Justicia Constitucional/Apuntamientos”, al respecto del control de constitucionalidad refiere: “...la supremacía constitucional... las leyes ordinarias no pueden contravenir los principios de la ley superior, determinando que es obligación del juez inaplicar las normas inconstitucionales...” (2009: 183).

Advirtiendo que, en síntesis, el control de constitucionalidad consiste en el “examen de compatibilidad” entre la Constitución y las demás leyes y/o decisiones que los poderes públicos adopten, independientemente que se acepte y reconozca o no la denominada doctrina del “Bloque de Constitucionalidad”, en su acepción respectiva.

Siendo importante también mencionar que, no obstante lo anterior, y que hoy en día el control de constitucionalidad es admitido y aceptado en la mayoría de sistemas jurídicos, en la actualidad lo que se tiende a cuestionar, cada vez con más énfasis, es precisamente el ámbito judicial de dicho control, es decir, el denominado control judicial de constitucionalidad, básicamente por considerarlo antidemocrático.

En ese orden de ideas, resulta que un considerable número de juristas, doctrinarios, filósofos, etcétera, se oponen -parcial o totalmente- a que dicho control sea llevado

a cabo por los jueces -independientemente del sistema de justicia constitucional en el que se realice-, partiendo del argumento toral de que éstos no han sido electos popularmente, sino más bien designados, nombrados o elegidos gremialmente, y, en consecuencia, no pueden ni deben tener la “última palabra” en cuanto a validez y constitucionalidad de los actos emanados de los otros poderes del Estado, en especial de las leyes promulgadas por el Poder Legislativo o bien el Parlamento.

Entre otros tantos, se pueden citar a Mark Tushnet, Larry Kramer, Lawrence Solum, Jeremy Waldron, Richard Fallon Jr., Alexander Bickel, Sebastian Linares, Roberto Gargarella, etc.; quienes, en conclusión, partiendo del argumento contramayoritario, propugnan por un control judicial de constitucionalidad que sea mesurado, prudente y excepcional, que evite la discrecionalidad y hasta arbitrariedad en dicho ámbito; partiendo, cada uno de ellos, desde la experiencia propia que tal control ha tenido en sus países, aunque refiriéndose, a su vez, al de los Estados Unidos de América.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Con relación a esta doctrina, actualmente es abundante la bibliografía existente; por ser un tema en boga, cuyo fundamento y consolidación aún es motivo de discusión en diversos ámbitos; a saber: jurídico, político, filosófico, etcétera.

Existe el consenso generalizado en que es precisamente a partir de la sentencia emitida por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2006, en el “Caso Almonacid Arellano Vrs. Chile” que dicho tribunal internacional empieza a utilizar el término y concepto de: “Control de Convencionalidad”; a lo que, en todo caso, constituye su qué hacer jurisdiccional, puesto que dicho control siempre se ha ejercido por la Corte en mención desde su creación misma y las distintas decisiones que ha adoptado a lo largo de su vigencia, sin embargo es precisamente a partir del fallo en mención que ello empieza a recibir la denominación apuntada, ya que con anterioridad solamente en los Votos Razonados del juez Sergio García Ramírez se había hecho acopio a tal concepto, pero no de manera colegiada por la propia Corte.

Al respecto, el jurista mexicano y actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en su artículo denominado “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, contenido en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano –2016–, manifiesta que: “...el principal objetivo que busca la existencia del control de convencionalidad es incrementar la efectividad del corpus juris interamericano a nivel nacional...”; y, en el mismo, sigue indicando: “...Se trata de una institución jurídica creada de manera pretoriana que internacionaliza categorías constitucionales, específicamente la noción del ‘control difuso de constitucionalidad’, en contraposición al ‘control concentrado’ que se realiza en altas jurisdicciones. El control de convencionalidad fue, de esa forma, diseñado para coadyuvar a que los jueces y en general todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José (del poder ejecutivo, legislativo y el judicial) cumplan con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano...”; y, en ese sentido, concluye en que: “...el control de convencionalidad tiene una vocación práctica: servir como una herramienta

procesal para que todas las autoridades de los Estados, ahí en el ámbito de sus competencias, y considerando las regulaciones procesales correspondientes, tomen todas aquellas medidas legislativas y de otro carácter (p. ej., interpretativas), para garantizar la mayor protección posible de los derechos humanos...” (2016: 338, 340, 343).

Es decir, si en el caso del control de constitucionalidad lo que debe garantizarse es la supremacía de la Constitución del Estado, en el control de convencionalidad lo que se busca es garantizar la hegemonía de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como del resto de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos que, en su conjunto, conforman el denominado “Corpus Iuris Interamericano de Derechos Humanos” –“Bloque de Convencionalidad”–; al que, de igual manera, debe sumarse la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, contenida en sus fallos emitidos, que también es vinculante.

Relevante resulta señalar, además, que mientras el control de constitucionalidad se ejerce con respecto a cualesquiera normas y/o disposiciones inferiores a la propia Constitución, de la naturaleza que sean, el control de convencionalidad se realiza únicamente en relación a Derechos Humanos, ya que precisamente lo que se busca a través de su implementación es la máxima protección en esa materia, vinculando a todos los poderes públicos, de todos los Estados Parte, a su irrestricta observancia y defensa, partiéndose de una interpretación pro homine, y de efecto útil (effet utile).

CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN JURISDICCIONAL EN GUATEMALA

Ab initio, se había intentado implantar un sistema de control de constitucionalidad a través de la implementación de la Corte de Constitucionalidad preestablecida por la Constitución del año 1965, que resultaba ser un tribunal no permanente y que, en su caso, únicamente se constituiría al existir un planteamiento de tal naturaleza, y a su vez estaba integrada de manera ad-hoc.

Al respecto, el autor Mynor Pinto Acevedo en su obra “La Jurisdicción Constitucional en Guatemala”, menciona lo siguiente: “...El proyecto aprobado por el III Congreso Jurídico Guatemalteco sirvió de marco de referencia a los constituyentes de 1965, quienes incorporaron el Tribunal Constitucional con el nombre de Corte de Constitucionalidad (Arto. 262), de carácter transitorio y no autónomo, integrado por doce magistrados, incluyendo al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien lo presidía, cuatro magistrados de la misma y los siete restantes por sorteo global que se practicaba entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo” (1995: 26).

No obstante lo anterior, no fue sino hasta en la Constitución Política de la República de Guatemala, de 1985, que en realidad se estableció un tribunal constitucional de carácter permanente, con competencias definidas, siempre con el nombre de Corte de Constitucionalidad, así como un modelo mixto de justicia constitucional de control judicial de constitucionalidad, teniendo matices del control concentrado y del difuso, y siempre la “última palabra”, en ambos casos, por parte del precitado alto tribunal,

ya sea en única instancia -control concentrado- o bien en apelación -control difuso- dependiendo del planteamiento general o bien de su interposición en caso concreto. Es así como, a lo largo de más de tres décadas ya se ha ejercido en el Estado de Guatemala un control de constitucionalidad hasta cierto punto híbrido, es decir, de forma mixta; sea por los jueces de la jurisdicción ordinaria en función de tribunales constitucionales o bien por la propia Corte de Constitucionalidad, según el caso y sus respectivas competencias.

Ahora bien, no obstante que el control judicial de constitucionalidad, en términos generales, se ha llevado a cabo para corroborar la compatibilidad de cualesquiera normas jurídicas jerárquicamente menores a la Constitución y ésta misma, sin que ello implique realmente un problema mayor de aplicación e interpretación jurídica, no ha sucedido lo mismo cuando se ha cuestionado la supremacía constitucional con respecto a los tratados y/o convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, atendiendo a que éstos, según el Art. 46 de nuestra Constitución, deben prevalecer sobre el “Derecho Interno”, aunque, a su vez, el Art. 204 -y en su caso el 175- de la misma, establece el deber de observar que nuestra Constitución deberá tener preeminencia sobre cualquier ley o tratado, en términos generales.

Lo anterior ha sido motivo de múltiples discusiones y criterios jurisprudenciales, a lo largo de la historia de nuestro Tribunal Constitucional; el cual no siempre ha tenido coherencia, continuidad y permanencia en su perspectiva al respecto; al extremo de que, dependiendo de la conformación del mismo, en ocasiones ha determinado que la Constitución es superior inclusive a tales tratados, en otras que los convenios son los superiores y, en unas más, que ambos están al mismo nivel de jerarquización, partiendo de que la Constitución Política no puede estar comprendida en la dicción de “Derecho Interno”, y que, por lo mismo, Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos tienen la misma jerarquía normativa y, por ende, supremacía jurídica ante el resto del ordenamiento jurídico guatemalteco e inclusive sobre los demás tratados o convenios internacionales ya ratificados pero que no sean de Derechos Humanos. No fue sino hasta en la sentencia de fecha 17 de julio del año 2012 que la Corte de Constitucionalidad, a través de la introducción del “Bloque de Constitucionalidad”, prácticamente dio por terminada la discusión relacionada con anterioridad; ya que, mediante la incorporación y reconocimiento -por vía jurisprudencial- del mismo, fijó el criterio de interpretación constitucional de que: “...El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia...//Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.//El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de

esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos...” (2012: 15/Expediente No. 1822–2011).

Debiéndose entender que, a partir de dicho reconocimiento e incorporación, y por sus efectos eminentemente procesales, el control de constitucionalidad, ya sea en caso concreto o de manera abstracta y general, también puede llevarse a cabo en confrontación con los tratados o convenios internacionales en materia de Derechos Humanos. Zanjando, con ello, la Corte de Constitucionalidad, las discrepancias e incertidumbre anterior sobre el tema, independientemente de que se comparta o no; ya que, para algunos, ello conllevaría una implícita reforma constitucional ilegítima. Lo anterior, si bien es cierto, tiene connotación directa y específica en cuanto a dicho control de constitucionalidad, para los efectos y fines del presente ensayo, repercute en cuanto al análisis del control de convencionalidad, a lo interno de Guatemala, y en especial en lo relativo al que se practica en el ámbito estrictamente jurisdiccional.

Como ya se ha indicado, en cuanto a los orígenes y evolución jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad emanada de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado de Guatemala como Parte del Pacto de San José también está obligado y es responsable internacionalmente de la implementación y aplicación de dicho control por todas sus autoridades, en especial por sus jueces. Siendo oportuno recordar que, inclusive, fue precisamente en un caso contencioso llevado ante la citada Corte en contra del Estado de Guatemala -Myrna Mack Chang Vrs. Guatemala- en el que, a partir de un Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, se empezó a gestar y difundir el concepto de control de convencionalidad, cuya aplicación venía dándose, de hecho, desde el primer fallo del Tribunal en 1988.

Ahora bien, si bien es cierto ambos controles judiciales -el de constitucionalidad y el de convencionalidad-, a pesar de tener ciertas similitudes, parten de supuestos y parámetros diferentes; y, precisamente en ello, radica la importancia de abordar los mismos en el presente trabajo, atendiendo a que, no obstante su independencia y autonomía, pareciera que en Guatemala, en los términos relacionados en el fallo de la Corte de Constitucionalidad, al que anteriormente se ha hecho mención, dicho control de convencionalidad se legitima en atención al bloque de constitucionalidad, puesto que es el mismo el que permite y jerarquiza los tratados y convenios que, en materia de Derechos Humanos, Guatemala ha suscrito a nivel internacional; aunque a su vez debe tenerse presente que ello obedece a fines eminentemente procesales según el propio texto del fallo, es decir, para efectos de poderse establecer o no la constitucionalidad de un acto jurídico determinado, y, en especial, de la legislación. Al respecto del control de convencionalidad, la propia Corte de Constitucionalidad ha ido sentado su jurisprudencia y doctrina legal correspondiente, siendo así como, a manera de ejemplo, recientemente en la sentencia de fecha 7 de marzo del 2018, dictada dentro del expediente número 5181-2017, al respecto, expresó lo siguiente: “...Esta Corte parte de que la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, es un control que debe realizar ex officio todo juez dentro de sus respectivas

competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes. La viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos... En el caso del control de convencionalidad que debe hacerse en las resoluciones judiciales en las que puedan verse afectados derechos e intereses... es la realización de dicho control lo que evidencia una correcta observancia de lo regulado en los artículos 44 y 46 de la Constitución...” (2017: 13).

Como puede advertirse, ambos controles -de constitucionalidad y convencionalidad- funcionan paralela e interdependientemente en el Estado de Guatemala, y cobran especial relevancia en el ámbito judicial; al punto de que, en su caso, eventualmente tienden a confundirse y a pretenderse el ejercicio del segundo por vía del primero, cuando, en realidad, éste último tiene un espectro mucho más amplio y garantista y, a su vez, exclusivamente funciona en cuando a protección de derechos humanos.

Determinándose que, en todo caso, si bien es cierto el control de constitucionalidad solo puede realizarse mediante las acciones judiciales respectivas y no por todos los jueces, así también lo es que, por su parte, el control de convencionalidad debe realizarse, en general, por todos los funcionarios públicos y, en especial, por todos los jueces, sin que se promueva acción alguna de inconstitucionalidad, atendiendo a la naturaleza de la institución y la responsabilidad internacional del propio Estado. Por último, especialmente por la coyuntura en la que actualmente nos encontramos, pertinente deviene insistir en que, en todo caso, los controles -de constitucionalidad y de convencionalidad- cuando se ejerzan en el ámbito jurisdiccional, deben llevarse a cabo de forma mesurada, tomando en cuenta el denominado “Principio de Thayer” y, a la vez, que su decisión al respecto, de ejercerse en contra de actos jurídicos y/o políticos de los Poderes Ejecutivo o Legislativo, resultará un acto contramayoritario.

Al respecto, el jurista Daniel Mendonca en su libro intitulado “Análisis Constitucional. Una Introducción”, de manera perspicua nos ilustra de la siguiente manera: “...Se ha estimado, sobre esa base, que la revisión judicial constituye una anomalía del régimen democrático, desde que el control de las leyes (emitidas conjuntamente por órganos del poder establecidos democráticamente) es ejercido por un tribunal que no ha sido directamente elegido por el pueblo” (2018: 213).

Agregando, de forma contundente, que: “Además, ni siquiera hay garantía absoluta acerca de la corrección de las decisiones: semejante tribunal no está libre de abusar políticamente de su poder, frustrando o anulando decisiones de los otros órganos, elegidos y controlados por el pueblo” (2018: 213).

Y, si bien es cierto, no puede descartarse la necesidad de ambos controles para el resguardo de la Supremacía Constitucional y protección de los Derechos Humanos, así también lo es que, cuando los mismos se ejercen por los jueces –ordinarios y/o constitucionales-, especialmente en relación a actos emanados de los otros poderes del Estado, su práctica deberá ser siempre con la prudencia debida a efecto de que, en congruencia con el Principio de Corrección Funcional, a través de los mismos no

se vacíe de contenido la función y competencia de los mismos; teniéndose siempre una actitud deferente a éstos partiendo de la presunción de legitimidad de sus actos.

CONCLUSIONES

Como colofón puede afirmarse que, en el Estado de Guatemala, se aplican de forma simultánea, paralela e interdependiente el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, especialmente en el ámbito judicial; el primero por los jueces ordinarios -excepto por los jueces de paz en cuanto a las acciones constitucionales, propiamente dichas-, el segundo por todos los jueces -ordinarios y constitucionales- sin distinción alguna.

En cuanto al control de constitucionalidad, se ejerce de manera difusa por los jueces del poder judicial -con la salvedad antes apuntada-, y de forma concentrada por la Corte de Constitucionalidad; mientras que el control de convencionalidad se aplica en forma difusa por todos los jueces del Estado de Guatemala -jueces ordinarios y constitucionales- y, en su caso, de manera concentrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; conforme a la Doctrina del Control de Convencionalidad.

Mereciendo especial análisis determinar si, mediante la aceptación, reconocimiento e incorporación del denominado “bloque de constitucionalidad” -a través del fallo de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, antes relacionado-, determinándose que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos sí pueden utilizarse como “parámetros de constitucionalidad” para establecer, en esa materia, si una norma ordinaria o de menor jerarquía -o en su caso una decisión de orden jurídico, en general- es o no constitucional; a su vez el denominado control de convencionalidad también debe realizarse, a lo interno, de la misma manera, es decir, por medio del aludido bloque de constitucionalidad y no de manera directa; lo cual, conforme a lo antes analizado, pareciera ser así. Sin embargo, dicha cavilación deberá hacerse de una forma más detenida que, el presente ensayo, no posibilita.

BIBLIOGRAFÍA

Acnudh y Scjn. Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad. México, D.F., 2012.

Amaya, Jorge Alejandro. Control de constitucionalidad. Editorial Astrea. Buenos Aires-Bogotá, 2015.

Bazán, Víctor y Nash, Claudio. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad. Colombia (s.e.), Unión Gráfica Ltda. 2012.

_____. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Colombia (s.e.), Opciones gráficas Editoriales Ltda. 2014.

Brewer-Carias, Allan. La jurisdicción constitucional en América Latina, en

García Belaunde, Domingo; y Fernández Segado, Francisco (coords.): La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Editorial Dykinson. Madrid, 1997.

Bidart Campos, German J. Compendio de derecho constitucional. Ediar, Sociedad Anónima. Editora comercial, industrial y financiera. 1a. Edición. Buenos Aires, Argentina, 2004.

Burborgue-Larsen, L. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana. Revista de Estudios Constitucionales, (s.e.), 2014.

Casal H., Jesús María y Coautores. Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia. Editorial Texto. Venezuela, 2005.

_____. Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. Editorial Colson, C.A., Venezuela, 2010.

_____. Los Derechos Humanos y su Protección. Editorial Impresos Miniprés, C.A., Venezuela, 2014.

Cordón Aguilar, Julio César. El tribunal constitucional de Guatemala, en Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad; Opus Magna constitucional guatemalteco, tomo II; publicación de la Corte de Constitucionalidad, (s.e.). Guatemala, 2011.

Fernández Segado, Francisco. El tribunal constitucional español como legislador positivo. Revista pensamiento constitucional, Vol. XV, no 15. Pontificia Universidad Católica del Perú, (s.e.). Lima, 2011.

Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta. Madrid, España, 2009.

_____, Derecho y razón. Editorial Trotta. Madrid, España, 1997.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Fundap. México, (s.e.). México, 2012.

_____, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.). Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, dos tomos, Consejo de la Judicatura Federal del poder judicial de la federación e IIJ de la Unam, (s.e.). México, D.F., 2014.

Flores Juárez, Juan Francisco. Constitución y Justicia Constitucional/ Apuntamientos. 2a. Edición. Ed. Talleres gráficos de impresos. Guatemala. 2009.

Fix-Zamudio, Héctor. Introducción al derecho procesal constitucional. Fundap./Colegio de Secretarios de la SCJN. México, 2002.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. Procedimiento en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Colombia, 2016.

Hitters, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Estudios Constitucionales, año 7, núm. 2. (s.e.), 2009.

Quinche, M. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional, 12. (s.l.) (s.e.). 2012.

Rey Cantor, Ernesto. El control de convencionalidad de las leyes y los derechos humanos. Editorial Porrúa. México, D.F., 2008.

Sagüés, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad, en Jurisprudencia Argentina. Ed. Buenos Aires Astrea, 2014.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 5a. Edición. Ed. Trotta. Madrid, 2003.–

**

BREVES APUNTES DEL RECURSO CASACIÓN PENAL EN GUATEMALA

* Karen Jaquelina Sierra Castillo
Magistrada de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán, Alta
Verapaz

Referencia medios procesales y recursos

Según Oré Guardia: “Las impugnaciones se dirigen a atacar las resoluciones judiciales con las que los litigantes no están conformes... La impugnación, por lo tanto, implica una declaración de la parte afectada, que busca la revisión de un pronunciamiento judicial, por parte del mismo órgano lo emitió de su superior en grado, por considerar que afecta sus intereses o pretensiones, sobre la base de un incorrecto análisis jurídico, o bien de una deficiente valoración de la prueba, o simplemente de la inobservancia de normas procesales, bajo sanción de nulidad. En ese orden de ideas, todos los medios de impugnación de las resoluciones judiciales tienen como objeto evitar vicios y errores en ellas, y minimizar la posibilidad de una resolución injusta.” (Oré Guardia, Arsenio. Medios impugnatorios. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre los medios impugnatorios. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima, Perú. 2,010. Págs. 11 y 12).

Del concepto vertido se destaca que el término impugnación es un concepto genérico que se emplea en el ámbito procesal, en el que se impugna una resolución judicial que es susceptible de ser atacada por las partes en un proceso. Es de hacer notar que, ante la imperfección del ser humano el juzgador puede incurrir en errores por lo que las impugnaciones no deben ser limitadas a las partes con engorrosos procedimientos o criterios, sino constituir mecanismos sencillos para garantizar el reproche a una resolución, resaltando con ello la tutela judicial efectiva para todos los sujetos procesales.

En el ámbito del derecho los medios de impugnación tradicionalmente se han dividido en remedios procesales y recursos. Los remedios son los mecanismos con los que se cuentan para que el mismo órgano jurisdiccional que realizó el agravio después de un nuevo análisis lo corrija y como recursos a la revisión que realiza un tribunal superior de las actuaciones realizadas por un tribunal inferior, con el mismo objetivo de corrección.

En Guatemala existen regulados en el Código Procesal Penal como recursos: queja, reposición, apelación, apelación especial, casación y revisión. Según la doctrina como remedio procesal el de reposición.

Recursos

Recurso es vuelta o retorno de una cosa al lugar donde salió. Proviene del latín jurídico recursos-us, de igual significado (en el lenguaje común de la época clásica significaba solamente retroceso, del verbo recorro-ere, correr hacia atrás, o de vuelta) (Ayán, Manuel N., Recursos en materia penal. Principios Generales, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1985, página 38).

La finalidad asignada a los recursos en inmediata, mediata y remota. En cuanto a la finalidad inmediata se tiene el buscar una respuesta del tribunal superior, respecto a la impugnación realizada, dentro de los parámetros objetivos y subjetivos que se especifican en cada una de las normas. La finalidad mediata sitúa la obtención de la revocación, modificación o anulación de la resolución impugnada, o bien que la pretensión sea acogida o rechazada; por último, la finalidad remota o de política procesal, cumple una función política de notificación y de orientación a la jurisprudencia.

Breves apuntes de su historia

En el derecho romano, específicamente en el periodo republicano no se concebía que una sentencia pudiera ser atacada por vía de impugnación, pero se admitía el ejercicio de una acción de nulidad por violaciones formales no sujeta a término, que llevaba a la declaración de inexistencia de la sentencia; este es el único y fundamental aporte que ha sido considerado la idea principal para la estructura de la institución o sea la distinción de los errores. Tras la caída del imperio romano, la legislación italiana restaura lo que era la nulidad de la sentencia.

Los antecedentes históricos de la Casación en Francia, país creador del recurso, por la revolución francesa ante los pensamientos e ideas de Robespierre, Merlin, Tronche y otros revolucionarios más de la época expresaron sus opiniones y proyectos, y fue así que hasta el doce de agosto de mil setecientos noventa se dispuso un decreto en el que se disponía que el tribunal de casación sería único y estaría instalado físicamente cerca del cuerpo legislativo, es de hacer notar que en dicha época se crean las fuentes de riquezas para todo el derecho. Derivado de la idea de división de poderes, propuesta por Montesquieu y Rousseau se crea el nuevo estado Conseil des Parties, surgiendo así la creación del tribunal de cassation quien tenía la única finalidad de erradicar la desconfianza que inspiraba los jueces de dicha época.

Principios de los Recursos

1. Legalidad

Los medios impugnatorios deben estar contenidos en la ley. El principio de legalidad regulado en el proceso penal se puede encontrar en latín con la fórmula nulla poena sine iudicio. Su fundamento descansa en los artículos 12 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Se trata de que la actividad judicial no exceda de lo que estrictamente establece la ley y de excluir toda posibilidad de arbitrariedad en el proceso.

2. Trascendencia

La afectación debe nacer de los actos procesales (agravio real) al impugnante, el cual trasciende y afecta a sus derechos

3. Dispositivo

Derecho individual de las partes para atacar las resoluciones que contengan vicios. Por esa razón es que los recursos no son de carácter obligatorio ni de oficio por los

órganos jurisdiccionales sino, como ya se indicó, solo si algún sujeto procesal se considera agraviado, tiene la facultad de hacer uso de los mismos.

4. Doble instancia

La posibilidad que un tribunal superior pueda revisar lo resuelto en primera instancia. Es una garantía esencial de un proceso acusatorio, la posibilidad de que un tribunal superior pueda revisar en una segunda instancia lo resuelto en primera instancia, pero además de que existan recursos extraordinarios como el de casación para que no existan violaciones constitucionales en contra de los sujetos procesales. Este principio, consagrado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, refleja el control que puede ser ejercido sobre la legalidad de las resoluciones.

5. Inmediación

Únicamente cuando se argumenta frente al tribunal superior, si bien este principio en materia de impugnaciones no se aplica del todo, las partes que argumentan en audiencia sí hacen uso del principio.

6. Intangibilidad de la prueba

No puede hacerse mérito de la prueba o de los hechos probados conforme las reglas de la sana crítica razonada.

7. Prohibición de la Reformatio in peius

Consiste en la prohibición al tribunal de alzada de agravar la situación del condenado cuando solamente él es el recurrente.

Recurso de casación penal. Definiciones

Fernando de la Rúa afirma que la casación penal es: "Un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio". (La casación penal, Ed. Depalma, Bs. As., Argentina, 1994, pág 23)

Para Vivas Ussher significa: "La casación casación es un recurso extraordinario que en todos los casos se concede para ante el tribunal de superior jerarquía del ordenamiento judicial respectivo, y aún cuando desde el punto de vista de la tramitación se pueda poner el escrito de interposición por ante la Sala, no deja de ser cuestión de mero trámite, ya que tan pronto como sucede esto se han de elevar a la Corte Suprema de Justicia. Ello permite alcanzar la unificación de los criterios jurídicos, y avanzar en la doctrina de la ley de fondo y de forma, lo que significa una mayor garantía en el servicio de administración del derecho que el Estado a través de sus órganos brinda a la comunidad organizada jurídicamente.

Su fundamentación se limita exclusivamente a motivos de derecho, sean de fondo o de forma. De aquí que el campo de los hechos fundadores de la pretensión queda excluido del central en casación” (Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Vías impugnativas en el proceso penal guatemalteco Ad-hoc S.R.1. Buenos Aires Argentina. 1997, págs. 261 y 262)

Es una institución que garantiza la interpretación sustancial y la legalidad del juicio penal, resalta su función unificadora de criterios cuando se refiere exclusivamente a los errores de derecho. Ostenta el carácter extraordinario, su conocimiento debe estar a cargo de un tribunal de jerarquía superior, por motivos expresados en la ley y por errores sustantivos penales o sobre leyes procesales aplicadas en el proceso penal.

Está establecido contra las sentencias definitivas y los autos que ponen fin a la acción, a la pena o que hacen imposible su continuación; no obstante, también se conocen los reenvíos decretados por las Salas de Apelaciones, situación que se tratara más adelante.

Diferencia de la apelación especial

Los recursos se clasifican según su procedencia en ordinarios y extraordinarios, por ello se puede considerar que el recurso de apelación especial es ordinario y el de casación como extraordinario.

Dentro de las características que ostenta el recurso de apelación especial, es que constituye un control de mera legalidad, ante todo respeta los hechos declarados por probados por el tribunal de primera instancia quien los valoró de acuerdo a las reglas de la sana crítica razonada, su declaración está limitada a esa declaración probatoria y no permite la incorporación de prueba alguna. Su efecto es provocar un segundo examen a lo resuelto por el tribunal de sentencia.

El recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo en contra de las sentencias que acusan errores de actividad o de juicio, tiene como fin el garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal de juicio.

Sus diferencias estiban en una línea muy delgada, si bien los dos recursos constituyen la máxima expresión del principio dispositivo, también lo es que los fallos dictados por la Cámara Penal sustentan criterios jurisprudenciales en materia penal que, si bien no son obligatorios, constituyen la base conceptual para elaborar requerimientos o para dictar resoluciones.

Competencia del tribunal de casación

La competencia material del tribunal de casación está determinada por la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal guatemalteco y otras leyes que rigen la materia, la competencia funcional en el recurso está expresamente delimitada por la ley procesal penal, la que está limitada a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios.

Se insta a la funcionalidad del recurso de casación a través de los casos establecidos en la ley, pero únicamente puede examinarse una sentencia siempre y cuando se haya cumplido con la etapa del examen de la admisibilidad formal del recurso de casación. Es de hacer notar, que la apertura de la competencia de la Cámara se da a través de los casos legalmente establecidos, es por ello que ella puede realizar una evaluación de la admisibilidad formal del recurso instado. La

importancia de revisar la referida admisibilidad es porque al tribunal de casación le compete fiscalizar el razonamiento lógico seguido por el juzgador o bien por la sala de apelaciones según sea el caso; controla la observancia de las reglas del pensamiento humano, el adecuado encuadramiento de la norma a los hechos acreditados por el tribunal de sentencia, en fin que, la fundamentación vertida en la resolución impugnada no sea de mera apariencia.

La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia creó el Acuerdo 1-2011 “Reglamento de Gestión y Organización del Despacho Judicial de la Cámara Penal”; en el cual desarrolla la metodología de trabajo para conocer del recurso de casación, así como la estructura del tribunal de casación, con el único objetivo según se desprende de sus considerandos, de ser una resolución más justa y apegada a los plazos legales.

Dentro de la estructura que menciona el referido acuerdo, se encuentra la unidad de admisibilidad, la cual se encarga dentro de otras actividades, de revisar si un recurso de casación cumple con los requerimientos mínimos establecidos en la ley procesal penal vigente, diseñando para ello las resoluciones de admisibilidad, otorgamiento del plazo de tres días o bien la aceptación del recurso para que sea conocido por otra unidad de apoyo al análisis jurídico del recurso de casación penal. Empero dicho acuerdo, otorga la estructura del tribunal de casación, no obstante, la importancia del presente artículo tratará de la admisibilidad o rechazo del recurso de casación en Guatemala, ello en atención a la teoría de la subsanación, según lo regulado en el artículo 444 del Código Procesal Penal y lo expuesto por la doctrina emanada de la Corte de Constitucionalidad.

La citada norma procesal penal, preceptúa que el recurso de casación debe interponerse por escrito, lo que provoca el control de admisibilidad formal o procedencia formal por parte del tribunal de casación.

Motivos de Casación

Los motivos son las causales o agravios; esto es, los defectos que pueden invocar los titulares del derecho a recurrir una decisión por vía de casación. Uno y otro motivo, implican violación de la ley fondo o de forma. (María C. Barberá de Riso, Manual de Casación, pág 92)

Es el caso que, la ley puede violarse y da motivo para denunciar por forma o bien por fondo, El artículo 439 del Código Procesal Penal establece que: “Motivos. El recurso de casación puede ser de forma o de fondo. Es de forma, cuando verse sobre violaciones esenciales del procedimiento. Es de fondo, si se refiere a infracciones de la ley que influyeron decisivamente en la parte resolutive de la sentencia o auto recurridos”.

a) In procedendo

Consiste en el error que se comete en la actividad procedimental o sea que se considera un fallo cometido durante el procedimiento.

La actividad desarrollada de manera defectuosa le concierne al derecho proceso penal, por lo que es la violación a normas al comportamiento jurisdiccional que deben observar los juzgadores en el proceso.

Este error se refiere a la forma de resolver caso, es decir ante la inobservancia del trámite previsto para resolver o para llegar a decidir, hay que tener

claro que este vicio se refiere a la actividad, a los actos propios del proceso, ausencia de trámites que influyen en el pronunciamiento del caso en definitiva.

Es necesario que, para invocar este caso de procedencia, deben conculcarse normas procesales de carácter imperativo, pues su incumplimiento provoca un agravio procesal para el sujeto afectado. Para ello habrá que hincar el vicio estructural de la decisión, la valoración inadecuada de los medios de prueba, la resolución tiene como presupuesto procesal un acto inválido, la misma no cumple los requisitos que la ley manda para su validez y otras circunstancias que provoquen la renovación del acto.

El Código Procesal Penal en el artículo 440 indica que el recurso de casación por motivo de forma procede: “1) Cuando la sentencia no resolvió todos los puntos esenciales que fueron objeto de la acusación formulada, o que estaban contenidos en las alegaciones del defensor. 2) Si la sentencia no expresó de manera concluyente los hechos que el juzgado tuvo como probados y los fundamentos de la sana crítica que se tuvieron en cuenta. 3) Cuando es manifiesta la contradicción entre dos o más hechos que se tienen por probados en la misma resolución. 4) Cuando la resolución se refiere a un hecho punible distinto del que se atribuye al acusado. 5) Cuando el fallo del tribunal de sentencia o de la sala de apelaciones ha existido incompetencia por razón de la materia que no haya sido advertida”. Es de hacer notar que los motivos antes descritos son los que taxativamente deben enunciarse para la apertura recursiva, los que deben ir aparejados con la denuncia de una norma procesal transgredida, casos excepcionales la norma procesal se encontrará en el texto de un artículo sustancial, por lo que el buen discernimiento del recurrente podrá hacer notar que aunque la violación se encuentre en una norma sustantiva, la misma surge inequívocamente que en realidad se recurre por el motivo formal.

b) In iudicando

Este caso surge por medio de la estructuración legal de la figura aplicada por el Tribunal de Sentencia o bien por la Sala de Apelaciones, su atinada aplicación se produce ante una adecuada inteligencia, es decir la subsunción del hecho declarado como probado por parte del Tribunal y lo estatuido en la norma sustantiva.

Se materializa con la violación de una norma de naturaleza sustantiva y no procesal, esto sin importar del código que la contenga. Existen vicios de este tipo en los hechos cuando el tribunal comete el error al fijar el hecho de forma errónea con la prueba que ha valorado y será en el derecho cuando la ley sustantiva escogida no concuerda con la realidad probada, error de calificación, subsunción, definición y fijación.

Cuando el Código Procesal aborda los motivos por los cuales podría proceder el recurso de casación por motivo de forma, señala en su artículo 441 los siguientes casos: “1) Cuando la resolución recurrida se incurrió en error de derecho al tipificar los hechos como delictuosos, no siéndolo. 2) Cuando siendo delictuosos los hechos, se incurrió en error de derecho en su tipificación. 3) Si la sentencia es condenatoria, no obstante existir una circunstancia eximente de responsabilidad, o un motivo fundado para disponer el sobreseimiento definitivo. 4) Si la sentencia tiene por acreditado un hecho decisivo para absolver, condenar, atenuar o agravar la pena, sin que se haya tenido por probado tal hecho en el tribunal de sentencia. 5) Si la

resolución viola un precepto constitucional o legal por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación, cuando dicha violación haya tenido influencia decisiva en la parte resolutive de la sentencia o del auto”. Ponderante es que, ante la denuncia de un caso de violación por motivo de fondo, la norma aparejada es y será de carácter sustantivo, derivado del análisis intelectual que provoca la norma en subsunción con la acción u omisión realizada y entonces pertenece al campo de la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva en que puede incurrir el tribunal de sentencia.

Delimitados los motivos de casación es importante acotar sobre cuestiones formales que apareja el recurso extraordinario de casación, de suyo es que existen requisitos de impugnabilidad que son imprescindibles para la presentación del recurso.

Impugnabilidad objetiva y subjetiva

En el caso de la impugnabilidad objetiva, es el límite o la condición que debe reunir una resolución para que pueda ser objeto de casación, es de hacer notar que no todas las resoluciones son impugnables, por lo que la ley de manera taxativa establece cuáles pueden ser sujetas al recurso y en otras, ofrece una serie de características que deben de cumplir para revisarlas; y, la impugnabilidad subjetiva constituye los requisitos que la ley establece para determina qué sujetos procesales tienen la facultad de plantear el recurso, en una forma coloquial es el sujeto activo de la impugnación.

En el Código Procesal Penal se señalan para la impugnabilidad objetiva el artículo 437 y para la segunda mencionada el artículo 438, este último si no es del todo claro para indicar quiénes son las personas que tengan un interés procesal legítimo, habrá que entender que puede interponer el recurso la parte procesal que le afecte la resolución.

Forma y Plazo

Código Procesal Penal en su artículo 443 contempla que, debe cumplir con los requisitos de forma y plazo; deberá ser interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia dentro del plazo de quince días de notificada la resolución que lo motiva, con expresión de los fundamentos legales que lo autorizan solo se tendrá por debidamente fundado cuando se expresen de manera clara y precisa los artículos e incisos que autoricen el recurso, indicando si es por motivo de forma o de fondo.

Asimismo, los artículos e incisos que se consideren violados de las leyes respectivas. El recurso también podrá ser presentado, dentro del plazo indicado, al tribunal que ha emitido la resolución, quien lo elevará de inmediato a la Corte Suprema de Justicia. Razón por la cual también es un recurso técnico.

Trámite del Recurso de Casación en Guatemala

Como se esgrimiera anteriormente, el recurso de casación debe interponerse dentro del plazo de quince días de notificada la resolución que lo motiva, expresando las razones por las que se recurre en casación un fallo de manera clara y precisa, con expresión de fundamentos legales mostrando el interés real en recurrir, con un agravio concreto no hipotético, invocación correcta del motivo en congruencia con

la norma violada y las que pretende hacer valer; no mezclando los argumentos que son de uno u otro motivo.

La procedencia del recurso se da en contra de las sentencias o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones, es decir, en contra de las sentencias de recurso de apelación especial; o sea, los fallos que ponen fin al proceso, lo que anteriormente se había descrito como la impugnabilidad objetiva.

Que el recurso contenga todos los requisitos que por ley debe contener, la Corte Suprema de Justicia deberá admitir el recurso, como se indica en el artículo 444 del Código Procesal Penal que establece que: “Si el escrito de interposición del recurso contuviere todos los requisitos mencionados, la Corte Suprema de Justicia declarará la admisibilidad, pedirá los autos y señalará día y hora para la vista”.

En caso contrario, al no interponerse el recurso en el tiempo y las condiciones, el mismo deberá rechazarse, así lo regula el artículo 445 del Código Procesal Penal: “Si el recurso se interpusiere fuera del término fijado o sin cumplir los requisitos anteriores, el tribunal lo desechará de plano”.

Partiendo de lo anterior, el artículo 399 del Código Procesal Penal establece: “Interposición. Para ser admisibles, los recursos deberán ser interpuestos en las condiciones de tiempo y modo que determine la ley. Si existiesen defecto u omisión de forma o de fondo, el tribunal lo hará saber al interponente dándole un plazo de tres días, contados a partir de la notificación al recurrente, para que lo amplíe, o corrija, respectivamente”, por lo que siempre debe otorgar el plazo para la respectiva corrección, previo al rechazo.

Señala el artículo 444 del Código Procesal Penal que, si el escrito de interposición del recurso contuviere todos los requisitos ya mencionados con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia declarará la admisibilidad, solicitará los autos y señalará día y hora con el objeto de llevar a cabo la vista. Esta será pública como lo estipula el artículo 445 del mismo cuerpo legal y con citación de las partes. El acusado podrá nombrar un defensor específico para que comparezca a la audiencia. Señala también dicho artículo que en la audiencia se leerá la parte conducente de la sentencia o auto recurrido y los votos disidentes y se concederá la palabra, por su orden al recurrente, y a las otras partes. En cualquier caso, podrán presentar sus alegaciones por escrito. El tribunal de casación debe resolver dentro del plazo de quince días.

En cuanto a los efectos, el artículo 447 de la misma ley indica que si el recurso de casación fuere de fondo y se declara procedente, el tribunal casará la resolución impugnada y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina aplicables. Ahora, si fuere de forma, según el artículo 448 señala que se hará reenvío al tribunal que corresponda para que emita nueva resolución sin los vicios apuntados.

El artículo 449 del Código Procesal Penal al hablar sobre la situación jurídica del procesado establece que cuando por efecto de la casación deba cesar la prisión del acusado, se ordenará inmediatamente su libertad.

Regulándose en el artículo 450 de la misma ley sobre el desistimiento como un derecho de los impugnantes, e indica que, en cualquier estado del recurso, antes de pronunciarse sentencia, la parte que interpuso puede desistir de él.

Algo muy importante para acotar para la resolución del recurso de casación, es la cláusula de intangibilidad, según el artículo 430 del Código Procesal Penal, la sentencia no podrá en ningún caso hacer mérito de la prueba o de los hechos que

se declaren probados conforme a las reglas de la sana crítica razonada. Únicamente podrá referirse a ellos para la aplicación de la ley sustantiva o cuando exista manifiesta contradicción en la sentencia recurrida. No obstante, que se encuentra regulado dentro de la apelación especial, por integración y lógica jurídica es de aplicación para el recurso de casación, ya que su actuación está sujeta a los hechos que se hayan tenido como probados por el tribunal de sentencia. Existe un análisis indirecto del fallo de primer grado.

Importancia del estudio de las resoluciones que admiten o rechazan el recurso de casación penal

Existen criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en materia penal, que si bien no son obligatorios, no dejan de ser jurisprudencia con un valor similar a la ley y otras fuentes del derecho que también pueden complementar.

Estos criterios son muchas veces la base conceptual que poseen tanto los tribunales como los juzgadores, para tomar en cuenta, al elaborar sus requerimientos o dictar las resoluciones, por lo que existe basta información sobre los rechazos llevados a cabo por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a recursos de casación penal, que no cumplen con los requisitos de admisibilidad impuestos, se omite darle el rango de jurisprudencia en virtud de que la propia norma procesal penal no le da ese carácter. No obstante, al existir una serie de sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia que se encuentran en un mismo sentido, en materia procesal podemos indicar que de la motivación emanada se puede utilizar el término de jurisprudencia.

Dentro de la motivación emanada, al revisar los autos de rechazo del recurso de casación, se puede estudiar cada uno de los requisitos de admisibilidad, con el objeto de superar las deficiencias en el planteamiento del recurso de casación, así como lo determinado como doctrina por la Corte de Constitucionalidad.

A guisa de ejemplo, el recurso de casación procede contra las sentencias o autos definitivos dictados por las Salas de la Corte de Apelaciones, sobre las sentencias dictadas la Corte de Constitucionalidad señala: "(...) la tarea de revisar el fallo de apelación especial que ordena el reenvío del proceso penal no constituye una tarea propia del tribunal de amparo y acceder a ello implica desnaturalizar su finalidad, al pretender asignarle funciones inherentes de la jurisdicción ordinaria, sobre todo si la ley procesal establece los mecanismos legales idóneos –casación para que el tribunal superior pueda conocer y resolver los posibles vicios o errores cometidos por las Salas jurisdiccionales (...)"(expediente 69-2016). Es por ello, que la Corte de Constitucionalidad mediante doctrina asigna a los casos de reenvío una impugnabilidad objetiva de la que antes carecía este tipo de resoluciones, igual suerte corre los autos definitivos que ponen fin al proceso o provocan una suspensión en él, tales como los obstáculos a la persecución penal, sobreseimiento y clausura provisional.

En cuanto a los motivos de casación, es importante tener en cuenta al momento de plantear el mismo, los siguiente presupuestos: 1. de exigencias formales de modo, lugar y tiempo; 2. ausencia de presentación de un agravio concreto; 3. por carecer de un interés real en recurrir; 4. la invocación incorrecta correcta del motivo; 5. ausencia de fundamentación con argumentos veraces, suficientes y propios para cada agravio, claros, precisos, con la cita correcta de las normas violadas y de las

que pretende hacer valer, entre otros que ya fueron citados; los cuales al invocarse en un determinado motivo ya sea de forma o fondo, permiten la admisión del recurso y la consecuencia sería la provocación del estudio de la causa.

En estas líneas se esbozaron a grandes rasgos, elementos imprescindibles a tener en cuenta al momento del planteamiento de un recurso extraordinario de casación, la materia es extensa debido a que habrá de realizarse un estudio por cada motivo y caso de procedencia, para lograr un verdadero éxito en la interposición del mismo. Como corolario a lo ya expuesto, es importante resaltar que, al presentar un recurso por motivo de forma debe determinarse el campo de acción del submotivo indicado, desarrollar un alegato, señalar normas vulneradas y los defectos de procedimiento por parte del tribunal de apelación. Para los motivos de fondo, debe señalarse la pretensión, que la normativa sea congruente con el caso de procedencia invocado, el desarrollo del argumento, las argumentaciones de la sala recurrida, puesto que el análisis debe ser crítico para cada caso de procedencia observando en todo momento que los hechos declarados por probados son intangibles y lo reprochable es la subsunción de éstos en el tipo penal aplicado.

Al tener presente estos pequeños esbozos adecuados para la presentación de un recurso de casación, se contribuye a lo regulado en el artículo 8.2h de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de consagrar el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

**

NATURALEZA JURÍDICA ADMINISTRATIVA DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL -IGSS-

* Carlos Rodimiro Lucero Paz
Magistrado de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Familia de
Guatemala

1. Análisis de descentralización, autonomía y autarquía

1.1. Descentralización

El maestro guatemalteco Castillo González expone: “La descentralización es lo opuesto a la centralización. Al iniciar el estudio del tema, debe saberse que universalmente, la centralización es considerada obsoleta y destinada a limitar la eficiencia, eficacia y efectividad de la administración pública.” (2005: p.233). Este autor añade también que la descentralización hace que se distribuya la autoridad en la estructura organizacional de la institución pública, llegando al punto en que al no delegar la autoridad, puede decirse que la misma se está centralizando.

En la descentralización se debe establecer una política determinada, se aplica a cierta realidad sustantiva, esa realidad, es la administración pública. Esta, constituye el objeto de la descentralización. En la administración pública, la descentralización de autoridad, equivale a distribuir las tres principales funciones públicas en tres organizaciones principales o fundantes del Estado de Guatemala, denominadas organismos: organismo legislativo, organismo ejecutivo y organismo judicial. Esta distribución se lleva a cabo en la Constitución Política, artículo 141. Posteriormente, cada Organismo de Estado, efectúa su propia distribución de autoridad. Entonces, la política de descentralización fue definida en la Constitución Política. (Castillo González, 2005, p.234)

La descentralización implica que la competencia se ha distribuido a un nuevo ente separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente.

Consuelo Sarría, citado por Lucero (1996), define la descentralización como “la transferencia de competencias y de funciones administrativas a personas jurídicas públicas distintas del Estado sobre las cuales se ejerce el control administrativo.” (p. 58)

Para Dieter Nohlem, citado también por Lucero, el concepto más complejo de la descentralización “significa reconocer determinadas competencias a organismos que no dependen jurídicamente del Estado. Para que ello pueda ser así, los

organismos descentralizados necesitan tener personalidad jurídica propia, presupuesto propio y normas propias de funcionamiento.” (1996: p. 58)

La Ley General de Descentralización, Decreto número 14-2002 del Congreso de la República de Guatemala, contiene una definición legal de la descentralización, en los siguientes términos:

Se entiende por descentralización el proceso mediante el cual se transfiere desde el Organismo Ejecutivo a las municipalidades y demás instituciones del Estado, y a las comunidades organizadas legalmente, con participación de las municipalidades, el poder de decisión, la titularidad de la competencia, las funciones, los recursos de financiamiento para la aplicación de las políticas públicas nacionales, a través de la implementación de políticas municipales y locales en el marco de la más amplia participación de los ciudadanos, en la administración pública, priorización y ejecución de obras, organización y prestación de servicios públicos, así como el ejercicio del control social sobre la gestión gubernamental y el uso de los recursos del Estado.

Al respecto de la definición anterior, Castillo González (2005: n.d.) comenta: “si la descentralización dependiera de la emisión de una ley y de una definición oscura y confusa, la descentralización se impondría fácilmente, pero en el año 2005, tres años después de la emisión de la ley, el país continúa igual de centralizado.”

1.2. Autonomía

La autonomía es definida por los diccionarios jurídicos, en el marco de un Estado, como la potestad de la que gozan municipios, provincias, regiones y otras entidades de este para la administración de intereses peculiares de su vida anterior, por medio de órganos y normas de gobierno propios. Asimismo, en la autonomía debiera existir unidad entre los entes autónomos dentro del Estado único.

1.3. Autonomía y autarquía

Tradicionalmente se distinguen dos conceptos escalonados, el de autarquía y el de autonomía. En el caso de la autarquía, esta significa exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para administrarse así mismo; por su lado, la autonomía, agregaría a la característica anterior, la capacidad para dictarse sus propias normas dentro del marco normativo general dado por un ente superior.

De tal manera, el Estado sería soberano, las provincias autónomas, y los municipios y demás entes descentralizados autárquicos. (Lucero Paz, 1996: n.d.).

Como lo indica Agustín Gordillo (2013: p. 186)

Cuando se dice que la autonomía implica las posibilidad de darse sus propias normas dentro de un marco normativo superior, tal definición abarca no solo a las provincias, sino también a los entes autárquicos, pues estos, dentro del marco de sus estatutos, también se dictan sus propias normas; dicho de otra manera, la

autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse así mismo, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre, necesariamente, el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento. (Dentro, por supuesto, de lo establecido por las leyes y reglamentos que le hayan sido dados por el Estado a través de su órganos.) Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas “autarquía” o “autonomía” de un ente determinado. Muchos autores suprimen por ello la denominación de “ente autárquico” y hablan directamente de “ente autónomo” o viceversa, en rigor de verdad, pues, habría que entender que autarquía y autonomía significan más o menos lo mismo y pueden usarse indistintamente, como sinónimos.

2. Fundamento constitucional de la descentralización y la autonomía

El artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula la descentralización y la autonomía al establecer que:

El municipio y las entidades autónomas y descentralizadas, actúan por delegación del Estado. La autonomía, fuera de los casos especiales contemplados en la Constitución de la República, se concederá únicamente, cuando se estime indispensable para la mayor eficacia de la entidad y el mejor cumplimiento de sus fines. Para crear entidades descentralizadas y autónomas, será necesario el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República.

Como se desprende de la lectura del artículo 134 Constitucional, en Guatemala existen Instituciones o entes de Estado con categoría de descentralizadas o autónomas por el reconocimiento que de ellas hace la misma constitución. Como ejemplo de instituciones descentralizadas y autónomas podemos mencionar las siguientes: 1) La Contraloría General de Cuentas, institución descentralizada según el artículo 232 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 2) la Universidad de San Carlos de Guatemala, como institución autónoma según artículo 82 Constitucional, 3) el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, como entidad autónoma de acuerdo al artículo 100 de la Constitución, 4) la Escuela Nacional Central de Agricultura, como entidad descentralizada y autónoma según el artículo 79 constitucional y 5) los municipios de la República de Guatemala, son instituciones autónomas según el artículo 253 constitucional, entre otras entidades.

Puede decirse que la Constitución Política de la República de Guatemala, no contempla como forma de organización administrativa la autarquía y que si bien es cierto regula muy específicamente la descentralización y la autonomía, también lo es que tanto el municipio como a las entidades a las que se les otorga dicha categoría, actúan por delegación del Estado y que la organización de la administración pública es obra de la ley. Es preciso además, que la Constitución Política de la República de Guatemala establece como obligaciones mínimas, tanto del municipio, como de las entidades descentralizadas y autónomas las siguientes:

- a. Coordinar su política con la política del Estado y, en su caso, con la especial del Ramo a que correspondan;
- b. Mantener estrecha coordinación con el órgano de planificación del Estado;

- c. Remitir para su información al Organismo Ejecutivo y al Congreso de la República, sus presupuestos detallados ordinarios y extraordinarios, con expresión de programas, proyectos, actividades, ingresos y egresos. Se exceptúa la Universidad de San Carlos de Guatemala. Tal remisión será con fines de aprobación, cuando así lo disponga la ley;
- d. Remitir a los mismos organismos, las memorias de sus labores y los informes específicos que les sean requeridos, quedando a salvo el carácter confidencial de las operaciones de los particulares en los bancos e instituciones financieras en general;
- e. Dar las facilidades necesarias para que el órgano encargado del control fiscal pueda desempeñar amplia y eficazmente sus funciones; y
- f. En toda actividad de carácter internacional, sujetarse a la política que trace el Organismo Ejecutivo.

Como se dijo, estas son las obligaciones mínimas con las que deben cumplir las instituciones autónomas y descentralizadas, porque de considerarse inoperante el funcionamiento de una entidad descentralizada, será suprimida por el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República de Guatemala, todo lo anterior, siempre al tenor del artículo 134 de la Constitución.

Con fundamento en lo anterior, puede decirse que para el Caso del Estado de Guatemala, constitucionalmente ya existen instituciones autónomas y descentralizadas como los ejemplos que se citaron anteriormente, es decir que si en el futuro quisieran crearse instituciones o entidades con esas naturalezas, tiene que ser a través del voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República de Guatemala, a través de leyes ordinarias.

3. Características de los entes estatales descentralizados

Todos los entes estatales descentralizados (entes autárquicos) tienen algunas características básicas comunes. Ellas son:

- Tienen personalidad jurídica propia, esto es, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, estando en juicio como actores o demandados, celebrando contratos en su nombre, etc.
- Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos, o sea, que tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o, por fin, los han recibido en el momento de su creación aunque después se manejan exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad.
- Su patrimonio es estatal, o dicho de otra manera, estas entidades son de propiedad del Estado, en el sentido que el Estado central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como si fueran propios. Si bien, pues, el ente aparece formalmente como el propietario de sus propios bienes, en rigor de verdad por la razón preindicada, resulta serlo el Estado general.

- Tienen capacidad de administrarse a sí mismos: es una consecuencia lógica de las características anteriores, y constituye uno de los datos administrativos típicos de la descentralización. Cuenta con la asignación de competencia específica para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente, sin tener que recurrir a la administración central más que en los casos expresamente previstos por sus estatutos.
- Son creados por el Estado, aunque se discute si el medio idóneo para la creación de los mismos es una ley formal o un Decreto del Poder Ejecutivo.
- Están sometidos al control de la administración central. Esto supone al mismo tiempo que no puede admitirse la total independencia del ente, ya que su actividad debe necesariamente coordinarse con el resto de la actividad estatal, ni tampoco un control demasiado rígido, que frustre en la práctica la finalidad perseguida al crearlo.

3.1 Algunas consideraciones respecto de las características descritas anteriormente

Para el caso de las instituciones descentralizadas y autónomas que regula la Constitución Política de la República de Guatemala, la misma norma constitucional les otorga personalidad jurídica y algunas otras. Aparte de la personalidad jurídica les otorga patrimonio propio como el caso del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, para ser específico; así también se dijo con anterioridad que los entes autónomos y descentralizados tienen obligaciones mínimas que cumplir, esto como parte del control que ejerce la administración central. Lo anterior se debe ya que de ser consideradas inoperantes en cuanto a su funcionamiento, se pueden suprimir mediante el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República.

En cuanto al aspecto del patrimonio, las instituciones descentralizadas y autónomas están sujetas al presupuesto general de ingresos y egresos del Estado aprobado para cada ejercicio fiscal, estableciendo en algunos casos, que las entidades descentralizadas y autónomas podrán tener presupuestos y fondos privativos. Cuando la ley así lo establezca, sus presupuestos se enviarán obligatoria y anualmente al Organismo Ejecutivo y al Congreso de la República, para su conocimiento e integración al presupuesto general, y además, estarán sujetos a los controles y fiscalización de los órganos correspondientes del Estado.

Para el caso de Guatemala, la fiscalización de los ingresos y egresos de los entes antes mencionados la ejerce la Contraloría General de Cuentas, la cual también es una institución descentralizada. Por último, como también se mencionó anteriormente, ya existen dentro de la Constitución Política instituciones descentralizadas y autónomas, se podría decir creadas por la Constitución, pero si en el futuro se quisieran crear nuevas instituciones descentralizadas y autónomas será necesario el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República de Guatemala, a través de decretos de este organismo, bajo el nombre de leyes ordinarias.

4. Condiciones de la autonomía

Se conocen como condiciones de la autonomía las siguientes:

4.1 Designación de sus propias autoridades

La designación se lleva a cabo por medio de elecciones con el objeto de garantizar la autonomía y la separación entre el ejecutivo y la organización autónoma, separación sin alcance de independencia y con sentido de vinculación, la cual se hace efectiva a través de la relación con algún Ministerio de Estado, dependiendo de la actividad o materia administrativa de la organización autónoma, por ejemplo, el Ministerio de Educación, sin autonomía, y la Universidad de San Carlos, con autonomía, se vinculan entre sí.

4.2 Gozar de personalidad jurídica

El reconocimiento de la personalidad jurídica genera competencia para ejercitar poder y autoridad propia, que a su vez, permite adquirir derechos y obligaciones directamente, igual que cualquier particular. La legislación guatemalteca, al respecto, no es uniforme en cuanto al reconocimiento de personalidad jurídica. La Constitución Política reconoce personalidad jurídica a determinadas organizaciones, entre ellas, Universidad de San Carlos de Guatemala e Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

4.3 Gozar de patrimonio e ingresos propios y disponer de los mismos libremente

Esta condición se refiere a la denominada “autonomía financiera”, el punto más débil de la autonomía en Guatemala. Las organizaciones autónomas deben contar con patrimonio propio y disponer del mismo, pero, normalmente carecen de suficientes ingresos propios, lo cual, las obliga a buscar apoyo financiero en el Ejecutivo y este proporciona fondos públicos mediante acuerdos y negociaciones, equivalentes a concesiones y renuncias en favor de los intereses del Gobierno. El Ministerio de Finanzas Públicas se encarga de formular programas de entregas presupuestarias con puntualidad y retraso, y se encarga de recortar e incrementar presupuestos, dependiendo del sometimiento de las autoridades de las organizaciones autónomas necesitadas de recursos.

En cuanto a las condiciones de la autonomía, es preciso acotar que independientemente de que dichas organizaciones eligen a sus propias autoridades, gozan de personalidad jurídica y principalmente gozan de patrimonio e ingresos propios y disponen de los mismos. Dichas condiciones no escapan al control y a las condiciones mínimas reguladas en el artículo 134 constitucional y principalmente al control de los ingresos propios, que ejerce la Contraloría General de Cuentas al tenor del artículo 232 de la Constitución Política de la República.

5. Análisis de la naturaleza jurídico administrativa del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social en la Constitución Política de la República de Guatemala y en su ley orgánica

En Guatemala la autonomía es reconocida por la Constitución Política de la República o por las leyes, como se anotó anteriormente. La Constitución otorga autonomía a varias instituciones del Estado, de esa cuenta resulta que en el artículo 100, tercer párrafo de la referida Constitución, regula que:

La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada.

5.1 Naturaleza Jurídica

En cuanto a la naturaleza del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, fueron los mismos legisladores quienes se encargaron de determinar expresamente la naturaleza del mismo al señalar que se instituía como una entidad de derecho público con carácter autónomo.

Ya en el decreto número 295 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, de fecha treinta de octubre de 1946, se definía al Instituto como

una institución autónoma, de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es la de aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala, un régimen nacional, unitario y obligatorio de seguridad social de conformidad con el sistema de protección mínima.

Dicho lo anterior, se puede deducir fácilmente que, en cuanto a la naturaleza jurídica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, por ser esta una institución autónoma, goza de ciertas condiciones, siendo ellas: tiene patrimonio propio, es decir dispone de sus propios bienes y sus recursos, tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (personalidad jurídica).

La personalidad jurídica es una condición jurídica, indispensable para que una organización pública autónoma, pueda ejercitar autoridad propia, autonomía, contrayendo derechos y obligaciones directamente, sin injerencia del Ejecutivo; emite sus propias disposiciones (reglamentos). Esta facultad reglamentaria que tiene el instituto, se encuentra regulada en el artículo 19 de la Ley Orgánica que establece:

De conformidad con los artículos 3 y 15, son atribuciones de la Junta Directiva y, también, normas que regulan las relaciones de ésta con la Gerencia. a) Dictar, a propuesta del gerente los reglamentos necesarios para la correcta aplicación de esta ley, así como los que requiera el funcionamiento interno del Instituto.

Además posee capacidad legal para comparecer en juicio, así también representación legal y suficiente para litigar, es decir actúa por delegación propia que le otorga la ley. Podría decirse que uno o varios de los puntos vulnerables de la autonomía que posee el IGSS, lo constituye el hecho que no elige a sus propias autoridades, que es uno de los fines de la autonomía, sino más bien la gerencia,

que es el órgano ejecutivo del instituto, es nombrado por la Junta Directiva por una mayoría representada por un mínimo de cinco votos, según el artículo 16 de la Ley Orgánica del IGSS. Por su parte, la Junta Directiva como órgano superior, también tiene su propia designación al tenor del artículo 4 de la Ley Orgánica del Instituto.

Cabe mencionar que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social no cuenta con autonomía financiera, toda vez que la constitución y la ley no le otorgan esa condición, pues al tenor del artículo 237 de la Constitución Política de la República de Guatemala, refiere que:

Los Organismos, las entidades descentralizadas y las autónomas podrán tener presupuestos y fondos privativos, cuando la ley así lo establezca, sus presupuestos se enviarán obligatoria y anualmente al Organismo Ejecutivo y al Congreso de la República, para su conocimiento e integración al presupuesto general

es decir que el IGSS no cuenta con presupuesto propio y fondos privativos, sino más bien dependen del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado, como lo refiere el artículo antes consignado.

Castillo González, al referirse al reconocimiento legal de la autonomía manifiesta: El Congreso de la República, por medio de leyes denominadas Decretos, ejercita la facultad de conceder autonomía, según el artículo 134. En relación con esta condición, algunos académicos y casi todos los funcionarios del Gobierno, sostienen el criterio que la autonomía otorgada por el Congreso es puramente funcional. Este criterio excluye otras condiciones de Vedel. “Funcional”, en el sentido de operar con cierta autonomía administrativa, sin eliminar la independencia e injerencia del Ejecutivo. Semejante criterio elimina toda posibilidad real de autonomía. Este criterio se ha aplicado al IGSS con la finalidad de mantener intervenido el Seguro Social y controlar sus cuantiosos recursos financieros, de parte del Gobierno central. (2005: n.d.)

Se considera este último criterio como acertado, puesto que como se indicó anteriormente, es el Ejecutivo el que controla el presupuesto de ingresos y egresos del IGSS al igual que controla los Órganos Superiores del mismo.

La Corte de Constitucionalidad, al respecto de lo regulado en el artículo 100 de la Constitución, interpreta lo siguiente:

Acerca de la cuestión planteada -concretada al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social- se parte de las premisas que el concepto “autonomía” no se encuentra definido en el texto constitucional y de las dificultades que ofrece la doctrina para caracterizarlo, puesto que, como forma de descentralización, es cuestión de grado determinar sus alcances, tanto de la territorial como de la institucional. No obstante tales problemas, como consecuencia del Estado de Derecho y del principio de unidad, debe entenderse que la ley podrá regularla siempre en concordancia con las normas constitucionales. Otra premisa a tener en cuenta es que frente a las llamadas “autonomía técnica” y “autonomía orgánica” (entendiendo que esta supone la existencia de un servicio público que tiene prerrogativas propias, ejercidas por autoridad distinta del poder central), la Seguridad Social debe considerarse investida del último carácter, porque ella está concedida a nivel constitucional, lo

que le otorga ese alto grado, puesto que la autonomía técnica bien podría haber sido concedida a nivel ordinario, que no goza de la especial protección que le otorga no solo la figura en la parte orgánica que establece la constitución, sino la rigidez propia de esta. Quiere esto decir que la autonomía que la Constitución reconoce no podría ser una simple atribución administrativa, sino que conlleva una toma de posición del constituyente respecto de ciertos entes a los que les otorgó por sus fines, un alto grado de descentralización. Es evidente que la Seguridad Social puede ser objeto de regulación legal, siempre que la misma no disminuya, restrinja o tergiverse la esencia de su autonomía y la de sus organismos rectores y administrativos, y ello implica que no intervenga fijando pautas ínsitas a la competencia institucional y sin cuya exclusividad el concepto de autonomía resultaría meramente nominal pero no efectivo. (Gaceta No. 57, expediente No. 16-00, página No. 71, sentencia: 05-09-00).

Según la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, se establece que los órganos superiores de la institución son:

- a. La Junta Directiva
- b. La Gerencia
- c. El Consejo Técnico

Así también la Ley Orgánica indica que la Junta Directiva es la autoridad suprema del Instituto y, en consecuencia, le corresponde la dirección general de las actividades de este.

La Gerencia es el órgano ejecutivo del Instituto, y en consecuencia, tiene a su cargo la administración y gobierno del mismo de acuerdo con las disposiciones legales, y debe también llevar a la práctica las decisiones que adopte la Junta Directiva sobre la Dirección General del Instituto, de conformidad con las instrucciones que ella le imparta.

El Consejo Técnico, según la Ley Orgánica forma parte de la organización del Instituto. El Consejo Técnico debe estar integrado por un grupo de asesores de funciones consultivas, quienes bajo su responsabilidad personal, deben sujetar su actuación a las normas científicas más estrictas y modernas que regulan sus respectivas especialidades y dentro de sus funciones primordiales se tienen:

- Sus miembros pueden ser extranjeros mientras en Guatemala no haya suficientes expertos que puedan llenar idóneamente los cargos respectivos a juicio de la Junta Directiva y deben ser nombrados o contratados por el Gerente, con aprobación por lo menos de cuatro miembros de dicha junta, la cual queda obligada a velar porque esas personas reúnan ampliamente los requisitos de capacidad, título, experiencia y ética profesional que en cada caso debe exigirse;
- Dentro del Consejo Técnico debe haber por lo menos, expertos en cada uno de los ramos de Actuariado, Estadística, Auditoría, Inversiones y Médico Hospitalarios, quienes pueden tener también carácter de Jefes de los respectivos departamentos administrativos;

- Ni la Junta Directiva, ni la Gerencia, pueden resolver ningún asunto que tenga atingencia directa con problemas de orden técnico sin recabar de previo el criterio escrito del miembro o miembros del Consejo Técnico que corresponda.

Además de los órganos señalados, y que constituyen el elemento jerárquico superior de la institución, el organigrama estructural del IGSS cuenta, entre otros, con los siguientes:

- a. Dirección General de Planificación;
- b. Dirección General Administrativa;
- c. Dirección General Financiera;
- d. Dirección General de Informática;
- e. Departamento de Auditoría Médica;
- f. Departamento de Abastecimientos;
- g. Departamento de Auditoría Interna;
- h. Dirección General de Prestaciones Pecuniarias, y
- i. Dirección General de Prestaciones en Salud.

Todos los anteriores se dividen a su vez en departamentos y unidades de ejecución con el propósito que el Instituto, a través de su función administrativa, cumpla con la finalidad que le otorga su Ley Orgánica, como la es la de aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala, y con fundamento constitucional, un régimen nacional, unitario y obligatorio de seguridad social de conformidad con el sistema de protección mínima.

Establece el artículo 19 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad social que:

De conformidad con los artículos 3 y 15, son atribuciones de la Junta Directiva y, también, normas que regulan las relaciones de ésta con la Gerencia. a) Dictar, a propuesta del gerente los reglamentos necesarios para la correcta aplicación de esta ley, así como los que requiera el funcionamiento interno del Instituto.

Es por ello que en la actualidad el IGSS ha emitido una serie de acuerdos a través de su Junta Directiva, haciéndose mención en esta oportunidad a alguno de ellos, desde luego, sin ningún orden de importancia, sino más bien para enfatizar en la finalidad del instituto; estos son:

- a. Acuerdo número 410: Reglamento sobre Protección Relativa a Enfermedad y Maternidad;
- b. Acuerdo número 466: Reglamento de Asistencia Médica;
- c. Acuerdo número 468: Reglamento de Prestaciones en Dinero;
- d. Acuerdo número 1002: Reglamento sobre Protección Relativa a Accidentes;
- e. Acuerdo número 1118: Reglamento sobre Recaudación de Contribuciones al Régimen de Seguridad Social;
- f. Acuerdo número 1123: Reglamento de Inscripción de Patronos en el Régimen de Seguridad Social;

- g. Acuerdo número 1124: Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia;
- h. Acuerdo número 1235: Reglamento del Programa Especial de Protección para Trabajadoras de Casa Particular -PRECAPI-, y
- i. Acuerdo número 1401: Reglamento del Programa Relativo a Enfermedades Profesionales.

Sin la anterior reglamentación no sería posible para el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social poder llevar a cabo la función encomendada en el artículo 100 Constitucional, como lo es la aplicación del régimen de seguridad social, que con la participación del Estado, de los patronos y los empleados, hace posible el principio que la inspiró, y que se constituye para elevar en forma paulatina y sistemática el nivel de vida del pueblo, superando las condiciones de atraso y de miseria; y que su objetivo final, es el de dar protección mínima a toda la población del país.

6. Conclusiones

En Guatemala, tanto la descentralización como la autonomía es otorgada por la ley, (decretos del Congreso de la República de Guatemala), no obstante lo anterior, el artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala ya regula la descentralización y la autonomía, manifestando que las entidades descentralizadas y autónomas actúan por delegación del Estado. Dentro de la misma constitución ya se crean instituciones descentralizadas y autónomas, como es el caso de la Contraloría General de Cuentas que se concibe como una institución descentralizada, así también el artículo 100 en cuanto a la seguridad social se refiere, le otorga autonomía al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social para la aplicación del régimen de seguridad social que es el caso que nos atañe en el presente estudio.

Es oportuno mencionar que también la Constitución Política de la República de Guatemala, así como otorga autonomía y descentralización a algunas instituciones del Estado de Guatemala, también la misma Constitución refiere que de considerarse inoperante el funcionamiento de una entidad descentralizada, será suprimida mediante el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República (artículo 134 Constitucional). Vemos que dicha norma se refiere a la inoperancia de las instituciones descentralizadas, pero no menciona las autónomas. Sin embargo, por deducción lógica, las instituciones autónomas, de considerarse inoperantes, también corren la misma suerte.

Con fundamento en el artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es preciso anotar que en nuestro país, dentro de la administración pública guatemalteca, no existen instituciones autárquicas, es decir, que tengan la capacidad o que la ley les haya otorgado la capacidad para administrarse por sí mismas. Tampoco se considera que en el futuro se vayan a crear, pues de todos es sabido que la administración pública guatemalteca es eminentemente centralizada.

En cuanto a la naturaleza del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, si bien la ley y la Constitución Política de la República de Guatemala la designan como una institución autónoma, con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias, es posible afirmar que dicha autonomía es de carácter funcional para el ejercicio y la aplicación del régimen de seguridad social, pues es en el aspecto económico y la elección de sus autoridades donde se encuentra la flaqueza a dicha autonomía. En todo caso, la autonomía otorgada al IGSS, bien le sirve para cumplir funcionalmente con las atribuciones conferidas por la ley y la Constitución para poder llevar a cabo la finalidad de aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala un régimen nacional, unitario y obligatorio de Seguridad Social de conformidad con el sistema de seguridad mínima.

Por mucho tiempo en Guatemala se ha señalado que la autonomía es una condición que por intermedio de la Constitución y normas ordinarias se ha otorgado a ciertos entes o instituciones que por sus características especiales necesitan gozar de un amplio margen de independencia económica, estructural o funcional. Es así como se ha pretendido, por razones técnicas o políticas, colocar a la autonomía como cuarto sistema de organización de la administración pública guatemalteca, a la par de la centralización, desconcentración y descentralización administrativa. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, podría decirse que se encuentra dentro de estos casos, pues como se anotó anteriormente, tanto la ley como la Constitución le otorgan autonomía. Sin embargo, vale la pena preguntarse: ¿desde un punto de vista estrictamente técnico, aunque el Instituto, sea autónomo, es capaz en lo jurídico, en lo político, en lo económico y técnico de controlarse y administrarse por sí mismo, para los fines que fue creado?

7. Recomendaciones

Si bien es cierto, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social goza de autonomía dada por la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 100 también lo es que uno de los puntos vulnerables o una de las condiciones de la autonomía que se consideran vulnerables, lo constituye la autonomía financiera. En consecuencia, lo recomendable sería que a dicho instituto se le otorgara autonomía total, es decir, que se le permita gozar y disponer de su propio presupuesto para que no esté supeditado al presupuesto general de ingresos y egresos del Estado de Guatemala, con el veinticinco por ciento que establece la ley orgánica.

Asimismo, para que se hable de una verdadera autonomía, debería de dotársele de la capacidad, como condición de la autonomía, que elija o designe a sus propias autoridades, toda vez que la ley orgánica de dicho instituto, en cuanto a los órganos superiores, se encuentra la junta directiva y dentro de sus integrantes está conformada por un propietario y un suplente nombrado por el Presidente de la República, mediante acuerdo emanado por conducto del Ministerio de Economía y Trabajo, quienes a su vez nombran al gerente como órgano ejecutivo. Es decir que para el mejor funcionamiento del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, sería recomendable que tuviese una autonomía real o su equiparación a una autarquía para poder administrarse a sí mismo.

Desarrollo temático

1. Análisis de descentralización, autonomía y autarquía
2. Fundamento constitucional de la descentralización y la autonomía
3. Características de los entes estatales descentralizados
4. Condiciones de la autonomía
5. Análisis de la naturaleza jurídico administrativa del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social en la Constitución Política de la República de Guatemala y en su ley orgánica
6. Conclusiones
7. Recomendaciones

8. Referencias bibliográficas

- Libros

Castillo González, J. (2005). Derecho Administrativo Guatemalteco, Tomo I. (16 ed.) Guatemala: Editorial Impresiones Gráficas.

Gordillo, A. (2013). Tratado de derecho administrativo y obras selectas (1ª ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Lucero Paz, C. (1996). La descentralización y desconcentración de la función fiscalizadora de la Contraloría General de Cuentas en los gobiernos municipales. Guatemala, Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala.

- Legislación Nacional

Constitución Política de la República de Guatemala aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente y sus reformas.

Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Decreto 14-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley General de Descentralización.

* Carlos Rodimiro Lucero Paz

Magíster en Administración Tributaria y Tecnologías de Aseguramiento. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Actualmente desempeña el cargo de Magistrado Presidente de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Familia de Guatemala.

**

EL DEBER DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA SANCIÓN DE LAS NORMAS

* Elvia Ester Velasquez Sagastume
Magistrada de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y
Mercantil

Sumario

1. Introducción. 2. El control de convencionalidad 3. La aplicación del control de convencionalidad en el proceso de sanción de las normas. 4. Conclusión

Resumen

La verificación o la conciliación de las normas jurídicas de derecho interno y la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los parámetros interpretativos acuñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe hacerse por los funcionarios públicos, no solamente comparar la compatibilidad de las normas ordinarias con la Constitución, sino que además concorra la normativa convencional de manera que se logre la garantía de protección de derechos fundamentales bajo un estándar internacional, que debe hacerse desde la función legislativa.

1. INTRODUCCIÓN

Buscando realizar los principios constitucionales y establecer un Estado de Derecho Constitucional es imprescindible que tengamos presente que los derechos fundamentales, pues de ellos es que parten el contenido y alcance de los principios de nuestra ley suprema. Determinar cuáles son los mecanismos contenidos en el ordenamiento jurídico guatemalteco para lograr su adecuada aplicación en la resolución de controversias que obstaculizan la convivencia o cooperación social fundamenta los sistemas jurídicos se hacen realidad la armonización jurídica, siendo necesario su estudio y comprensión del cómo alcanzarse la garantía plena de los derechos fundamentales.

La Constitución Política de la República regula que el Estado se constituye para proteger a la persona y a la familia, asimismo busca garantizar a todos sus habitantes la vida, la seguridad, la justicia y el desarrollo integral de las personas, señalando para que el respeto de supremacía constitucional también opera en la búsqueda de la optimización de las garantías a los derechos humanos, por lo que para su verdadero respeto genera la posibilidad de mantener un adecuado desarrollo en reconociendo de ese bienestar, pues permite que en materia de derechos humanos tengamos abierta la contingencia de aplicar los estándares internacionales que devienen de un tratado o convención.

Es significativo e imprescindible la aplicación de la supremacía de la Constitución y conforme a ella el ejercicio del control constitucional que debe cumplirse de las leyes para salvaguardar los derechos fundamentales que en ella se consagran, estando plenamente consistentes que tienen el llamado para esta aplicación en la función

judicial por todo juez o tribunal constitucional, verificación que tiene como fin la proclamación de la Constitución como la norma suprema y fundamental del Estado, pues sin ella los actos contrarios no pueden cobrar vigencia en el mundo jurídico y por tanto son nulos de pleno derecho.

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es una institución del derecho procesal constitucional que surge de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El control de convencionalidad se encuentra fundamentado en las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, así tenemos que el artículo 1.1 indica: “Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

El artículo 2 a su vez señala: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Establece el artículo 29 que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Estos artículos nos ilustran que la guía para determinar que el respeto a los derechos humanos debe ser la actuación de los Estados, por ello es que debe existir esa comprensión para la aplicación del control de convencionalidad, no quedando únicamente la obligación en efectuar un control de legalidad y constitucionalidad en los asuntos sometidos a jurisdicción de los jueces. Sin embargo actualmente esta obligación de garantía se traduce también en una obligación del Estado de garantizar en todo su aparato estatal que el poder público asume el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades que conlleva el Pacto signado.

Según Gregorio Badeni “El control de constitucionalidad no consiste en analizar las bondades o defectos de una ley, así como tampoco su utilidad o conveniencia, que son funciones reservadas a los órganos políticos. Consiste, simplemente, en verificar jurídicamente si media o no oposición con los principios contenidos en la Constitución.

Es comprensible que de acuerdo a lo señalado corresponde prestar atención siempre, para la determinación de aplicación de compatibilidad de las normas la comparación entre la norma suprema y las normas ordinarias o actos del poder están siempre sujetos a un control que permite establecer la preeminencia de la Constitución; pero para no violentar los derechos fundamentales, además debemos hacer la concordancia con lo que determina la Convención Americana de Derechos Humanos.

El deber de los tribunales de justicia que tienen facultad específica para conocer del control de constitucionalidad y la Corte de Constitucionalidad, para ejercer dicho control general por mandato constitucional, es a quienes en el ejercicio de su cargo, están obligados a analizar en cada caso concreto cuando le es planteado una oposición o una vulneración en las disposiciones constitucionales, debiendo en todo caso, prevalecer la Constitución sobre toda norma o acto cuando sus disposiciones se vean reducidas, y dejen en estado de indefensión los derechos fundamentales que garantizan la efectiva tutela a los particulares.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos (Sagüéz, 2014) .

En cuanto al ejercicio del control judicial, se encarga al Organismo Judicial la facultad de velar por la supremacía de la Constitución dicha facultad la ejercen los jueces de todos los niveles que forman parte de la administración de justicia, el que se conoce mediante la acción de constitucionalidad en caso concreto; y corresponderá en razón de materia jurisdiccional, conocer la inconstitucionalidad general a la Corte de Constitucionalidad de acuerdo a lo regulado en el artículo 268 de la Constitución Política que indica: “La acción de inconstitucionalidad es una de las formas de asegurar la preeminencia constitucional, que la propia Carta Magna confiere a las personas, para que puedan plantear ante esta Corte, los vicios que encuentren en las leyes y demás disposiciones de carácter general que contravengan los mandatos constitucionales para que este tribunal se pronuncie sobre ellos; cumpliendo, así, la función que le es propia, de defender el orden constitucional.” (Constitucionalidad, 27 de junio de 1991)

Para Carl Schmitt “La protección de la Constitución involucra todos los medios, instrumentos e instituciones que el Poder Constituyente ha estimado necesarios para mantener a los poderes políticos dentro de sus atribuciones, lo que permite un desarrollo armónico de sus actividades y repercute en el respeto de los derechos fundamentales de la persona. (México, Pág. 14)

Con el desarrollo del derecho procesal constitucional moderno, la adecuación de control de la constitucionalidad de las leyes se ha utilizado de forma progresiva, de manera que pueda observarse una garantía internacional, es por ello que para se ha desarrollado la incorporación de nuevos derechos humanos al ordenamiento jurídico.

Dentro del desarrollo garantizar la aplicación de la protección de derechos humanos encontramos que se ha desarrollado en la jurisprudencia no solo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también en la jurisprudencia aplicada

por la Corte de Constitucional guatemalteca la expresión de bloque de constitucionalidad, fue acuñada a mediados de la década de los setentas por Luis Favoreu, quien la utilizó para explicar una “Decisión del Consejo Constitucional Francés”, a nivel constitucional aplicando la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789” y el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, ya que el texto de la Constitución francesa de 1958 carecía de un reconocimiento expreso de derechos fundamentales (Arango Olaya, Pág. 79).

En esencia, el denominado bloque de constitucionalidad permite que al realizarse ese control de constitucional de las leyes no se ejercite el mismo sólo en cuanto a un texto formal de la Constitución, sino que también todas aquellas disposiciones normativas que aun cuando no son parte del texto supremo pero que se reconocen como derechos humanos, en especial, debemos indicar que se refiere a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En nuestro sistema interamericano se cita por primera vez por el Magistrado Sergio García Ramírez, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - en adelante Corte IDH o Tribunal Interamericano- en su voto concurrente razonado proferido en la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sin embargo podemos indicar que el origen del concepto de “control de convencionalidad” se da en el año 2006, al resolver el caso Almonacid Arellano y otros respecto del Estado de Chile, al declarar dicha Corte que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables. En dicha oportunidad, la Corte Interamericana consideró el supuesto en el cual “el [Poder] Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”, frente a lo cual “el [Poder] Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella” (Chang, 2003).

La misión clásica del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, consistió en cumplir un papel típicamente represivo: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica (Sagüéz, 2014), sin embargo tal en rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de bloque de convencionalidad, como agudamente lo denomina, (Ferrer 2012).

Con respecto a esa función de control convencional es preciso señalar que la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha indicado en el Caso Tibi vs. Ecuador, indico: “La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”; dicho de otra manera, es que las jurisdicciones nacionales realizan el control de la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. (IDH., 2004).

En el Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, el 24 de noviembre de 2006, todos los jueces del Tribunal Interamericano abordaron la cuestión del

control de convencionalidad, y especialmente el Juez Cançado Trindade añadió conceptos en el mismo asunto cuando se ocupó de la solicitud de interpretación de la sentencia. En el caso citado, la Corte se refirió a “directamente a “control de convencionalidad”, dando por sentado que ese término quedó a partir de ese momento configurado en el que hacer de esa Corte. (IDH., Caso T (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú., 2006)

En el Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, la Corte Interamericana llevó a cabo el “control de convencionalidad”- aunque no lo indicó así, designando claramente que utilizó ese sistema en la sentencia que emitió, pero en su análisis señala que entre el Pacto de San José y el Código Penal de Guatemala debe cumplirse con dicho control, pues consideró que el Código Penal infringía los postulados de dicha Convención, por lo que dispuso que el Estado de Guatemala debía modificar los fallos en virtud de que la norma punitiva que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, no puede cumplirse en tanto no se observen lo regulado en el Pacto, por lo que no puede cumplirse con tal mandato jurisdiccional y el Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro. (IDH., 2005)

3. LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PROCESO DE SANCIÓN DE LAS NORMAS

La doctrina y el derecho comparado han propuesto y aplicado en los sistemas de control constitucional de las leyes dos grandes clasificaciones, a saber: el control político y el control judicial. (Bidart Campos, 1989 Pp. 125 a 128).

En cuanto al control de convencionalidad en el ámbito jurisdiccional hemos tratado en tema anteriormente; pero en cuanto al control Político, podemos indicar que el control de constitucionalidad de las leyes y la función de vigilar por el cumplimiento de la supremacía de la Constitución, le corresponde a un órgano ordinario o especial de carácter político. Según lo expresa Gregorio Badeni, “Si bien el análisis de la concordancia entre una norma inferior y otra superior es una tarea técnica y esencialmente jurídica, los efectos de una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad son de naturaleza política por las consecuencias que deparan para la conformación del orden jurídico.

En Guatemala, un ejemplo del poder político se encuentra establecido en el artículo 183 literal h) de la Constitución Política, en el cual se hace referencia a la facultad que goza el Presidente de la República de vetar las leyes aprobadas por el Congreso, y en el artículo 272 literal h) de la misma norma suprema, se establece la opinión de la Corte de Constitucionalidad sobre el veto que ha realizado el Ejecutivo alegando la inconstitucionalidad de una ley.

En el sistema de control político, según Helio Juan Zarini, su ejercicio está a cargo de las propias Cámaras Legislativas o de órganos diferentes a los judiciales. En tanto que el control jurisdiccional está a cargo del Poder Judicial. (Zarini, 1992. Pp 68 y 69)

Del desarrollo del control de convencionalidad encontramos que por ejemplo en el voto razonado pronunciado en el Caso Vargas Areco vs. Paraguay, el ex magistrado García Ramírez precisó que el Tribunal Interamericano: “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana”, pudiendo “confrontar los hechos internos -

leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y estas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (IDH., Vargas Areco vs. Paraguay. , 2006); vemos que no solo el control de convencionalidad corresponderá en el ámbito jurisdiccional.

Con lo señalado anteriormente podemos analizar que el Tribunal Interamericano ha creado disposiciones en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad, que hoy en día discurren sobre que no sólo corresponde realizar el examen confortativo entre la Constitución Nacional y la Convención Americana; sino que ahora también ha indicado que corresponde a los Tribunales Nacionales en defensa de los derechos humanos, para que el Estado cumpla con esa responsabilidad que asume al incorporar a su legislación el Pacto de San José, deben analizar la constitucionalidad de las normas para ser aplicadas, sino que deben los otros funcionarios del Estado estar dispuestos a asumir esa función; llegando aún más allá del propio ámbito judicial, pues debe considerarse en todo ámbito del Estado.

Para Guatemala, es importante que el ejercicio de control de constitucionalidad de las leyes debe ser realizado, tomando en cuenta lo que determina el artículo 46 de la Constitución Política de la Republica, desde el principio general de supremacía que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados tienen preeminencia sobre el derecho interno. Este principio provoca que ante la eventualidad de que si una disposición legal ordinaria se encuentre en conflicto con alguna norma contenida en un tratado o convención internacional sobre derechos humanos, prevalezca esta última.

Dentro de la perspectiva de protección de derechos humanos encontramos que para hacer un control de constitucionalidad de las leyes, debe tomarse como parámetro no únicamente la nuestra norma constitutiva, sino que también las normas contenidas en los convenios o tratados internacionales sobre derechos humanos, siempre buscando que se armonice con el conjunto de normas constitucionales y ordinarias.

Considerando que para aplicar el reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos que transcurre internacionalmente, se debe comprender que la jerarquización que hace nuestra constitución política debe concordar con el conjunto del ordenamiento constitucional, pues esa preeminencia debe tener sentido si acaeciera controversia con la primera –Constitución Política- sin que se encuentre conflicto a la luz del artículo 44 constitucional que indica: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...”.

No puede dejar de tenerse presente que el poder público guatemalteco se encuentra limitado para ejercer sus funciones al marco de la Constitución Política, por lo que no puede concurrir en un tratado o convenio internacional vulnere el orden constitucional, es así como dentro de la actividad de incorporación o ratificación de los convenios o tratados debe ajustarse la función pública del Estado a ejercerla conforme a la Constitución.

De lo expuesto es importante considerar que debe realizarse entonces la formación y sanción de las normas por el Organismo Legislativo, a quien corresponde

constitucionalmente la potestad legislativa, observar la adecuadamente confrontación ejerciendo un control de convencionalidad.

El control de convencionalidad consistente en el examen de compatibilidad que se debe ejercer entre las leyes internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, corresponde hacerse para que subsistan las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos para que se garanticen y protejan de mejor manera los derechos fundamentales de los guatemaltecos.

Para garantizar ese ejercicio de control existe además fundamentación en la disposición legal contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido que un Estado debe cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que ha adquirido, no pudiendo alegar el incumplimiento de un tratado en aplicación de su normativa interna.

Para determinar ese control en el ejercicio de la función parlamentaria podemos señalar que en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte introduce nuevas disposiciones del control de convencionalidad que deben ejercer las jurisdicciones nacionales. Al respecto se indicó: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluido sus jueces, también está sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (CIDH., 2010)

El cumplir lo dispuesto en un tratado respecto del cual un Estado consintió admitir su obediencia conlleva que éste debe aplicar e implementar en su derecho interno el derecho internacional que corresponda, esto lo debe realizar mediante la creación de normas o toma de medidas que se ajusten al compromiso asumido.

En avanzar con los estándares internacionales hay necesidad de considerar que el origen, evolución y exigencias de aplicación del denominado “control de convencionalidad”, sea una medida orientada al cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para lo cual debe concurrirse a desarrollar en los funcionarios esta figura, pues como se señaló es establecida a partir de 2006 en la jurisprudencia emanada de la Corte IDH que ha referido a los Estados obligados, por lo tanto hay que tomar conciencia de la necesidad de su ejercicio sobre las decisiones mayoritarias en contextos democráticos, puesto que hay verificación por esa Corte, en el ejercicio del control de convencionalidad de manera que los Estados a nivel interno se ajusten a las normativa convencional, estando regulado ello en el artículo 1.1 de la Convención establece que “Los Estados Partes

en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones jurídicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Esta regulación internacional según la cual “todos” los órganos de un Estado están obligados a cumplir el tratado, pues para ser parte de un tratado se consintió buscar alcanzar esa igualdad entre los Estados con respecto de las normas. Este principio se ve reflejado en los párrafos siguientes de la sentencia, cuando la Corte señaló que “El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”, pues de acuerdo con la Corte, “la participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos [constitucionales] de ejercicio directo de la democracia”, como el recurso de referéndum en 198937 y el plebiscito de 200938, “se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél. ... La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. (CIDH., Caso Gelman VS. Paraguay, 2011)

Es esto que demuestra que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado como referencia las propias decisiones previas de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay sobre la aplicación de la Ley de Caducidad, como un nuevo aporte en cuanto a las implicaciones que se hacen del “control de convencionalidad”, al señalar que no solo deben atenerse los Estados a la existencia de un régimen democrático, para emitir las leyes sino que deben además sustentar en la sanción de las normas que estas sean armonizadas en el contexto de esas obligaciones internacionales, de manera que las normas contengan determinadas características, tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de estos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de éstas. En ese sentido, el Tribunal declaró que en “las instancias democráticas” también debe primar un “control de convencionalidad”, cuya aplicación caracterizó como “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. (CIDH., Caso Gelman VS. Paraguay, 2011).

En este caso Uruguay meses después de la emisión de la sentencia, mediante Ley No. 18.831 de 27 de octubre de 2011, el Senado y la Cámara de Representantes del Uruguay, reunidos en Asamblea General, “restablecieron el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en la Ley Caducidad, declarando que son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”. (Uruguay C. , 2011). Además, como parte de su fundamentación y en “diálogo jurisprudencial” con diversas altas cortes nacionales de la región, el Tribunal citó fallos en los que éstas han concluido que las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados.

En la sentencia del 20 de marzo de 2013, la Corte IDH sobre supervisión del cumplimiento del fallo “Gelman vs. Uruguay” antes citado, hace énfasis en el papel del control de convencionalidad, para que dentro de la emisión y aplicación de normas debe hacerse el citado control de la forma siguiente: a) en primer término, es un mensaje para los operadores nacionales que “emiten” normas, en el sentido amplio de este vocablo (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo, legisladores “inferiores”, como es el Poder Ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, o reglamentarios y también Tribunales habilitados a generar materialmente normas (como en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, al sancionar su “reglamento interior” a tenor del art. 113 de la constitución nacional),³ o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos, etc. Esta descripción es meramente enunciativa (Sagüéz, 2014).

Guatemala desde el año de 1978 ratificó y aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual la hace un Estado Parte de esta, después el Estado de Guatemala declaró a través del Acuerdo Gubernativo número 123-87, que reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; siendo este el contexto para acatar el ejercicio del Control de Convencionalidad.

La Corte de Constitucionalidad, órgano que, en varias ocasiones ha hecho énfasis en sus sentencias de la obligación que tiene ella misma y que tienen los demás Jueces ordinarios de observar los tratados y convenios en materia de Derechos Humanos, así como de ejercer entre éstos y la normativa interna un efectivo ejercicio del Control difuso de Convencionalidad.

Dentro de los fallos de la Corte de Constitucionalidad que ha plasmado la obligatoriedad de observar el control de convencionalidad se puede citar el expediente número 2151-2011, sentencia de apelación de amparo de trece de mayo de dos mil once, en la que en el considerando I de dicha sentencia la Corte de Constitucionalidad realizó el siguiente criterio en cuanto al control de convencionalidad: “La Constitución Política de la República de Guatemala, en la Sección Primera, Título II, Capítulo II, garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, y declara de interés social, toda acción encaminada contra la desintegración familiar. De esa cuenta, es insoslayable brindar una protección adecuada para quienes en este último contexto puedan estar en situación desventajosa, tal es el caso de los niños, quienes por razón de su edad son incapaces de hacer valer sus derechos por sí mismos, lo que apareja un riesgo de que por ello, puedan caer en estado de abandono o maltrato. Esta protección preferente tiene su fundamento en el conjunto de principios y valores que la Constitución llama a preservar respecto de la institución de la familia, y en las obligaciones convencionales que para el Estado de Guatemala dimanaban por haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Este último instrumento internacional, en su artículo 3.1 propugna porque en todas las medidas concernientes a los niños que decidan, entre otros, los tribunales de justicia, debe privilegiarse el interés superior del niño. De manera que de no advertirse aquella actitud con el alcance proteccionista que preconiza la norma convencional

internacional precitada, es procedente el otorgamiento del amparo con el objeto de que los tribunales de jurisdicción ordinaria reencausen su actuación de acuerdo con los fines y valores del instrumento normativo internacional en mención, y realicen, respecto de la aplicación de la preceptiva contenida en la legislación interna, un correspondiente control de convencionalidad en sus resoluciones, con el objeto de no soslayar, en aquella labor de aplicación, obligaciones que dimanen de normativa de superior jerarquía.”

Para señalar otro fallo respecto al tema se señala el expediente número 1097-2015, en el que la Corte de Constitucionalidad dictó sentencia de inconstitucionalidad general parcial en contra de las frases del artículo 132 del Código Penal que establecen: “sin embargo se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa”; encontramos entonces que este fallo valió para su interpretación de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a tal efecto señaló: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales, previa verificación de la efectiva existencia de la conducta típica, de tal forma que no se incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, se ha pronunciado en cuanto a la valoración de la peligrosidad del agente por parte del juzgador, considerándola un retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos, al imponer una sanción no con base en lo que ha hecho el infractor, sino en lo que es” (caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia de veinte de junio de dos mil cinco).

4. CONCLUSION.

Realizando el análisis de la aplicación del control de convencionalidad, que tal como quedó asentado no solo corresponde hacerse por los tribunales –ámbito jurisdiccional- internacionales y nacionales, sino que debe hacerse el mismo necesariamente en protección de los derechos humanos, debiendo existir la verificación o control, atendiendo al desarrollo progresivo que se ha dado en la esfera de los derechos humanos, cuya protección deviene directamente de los Estados, los que están llamados a cumplir con sus obligaciones internacionales, entre las que existe el cumplimiento de las disposiciones convencionales, así como también la interpretación que emite el máximo Tribunal Interamericano como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es por ello, que en el presente apartado podemos concluir que se hace necesario que en aplicación del control de convencionalidad, se aplique desde la sede legislativa, ese control, de manera que las normas que regula el ordenamiento jurídico este balanceadas sobre esos principios de respeto los derechos humanos, puesto que es la propia ley la que siempre debe proveer a los jueces o demás funcionarios la legalidad de su actuación.

Bibliografía

Arango Olaya, M. (Pág. 79). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte . Colombia.

Bidart Campos, G. J. (1989 Pp. 125 a 128). Jurisdicción Constitucional. Buenos Aires : Editor S.A.

Chang, M. M. (2003). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C, número 101 voto con concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez. Párrafo 27. Guatemala: Corte IDH.

SAGÚÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>

SAIZ ARNAZ Alejandro; FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.). Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa. México: Porrúa-UNAM, 2012. p. 109, 92.

CIDH. (2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. México: CIDH. .

CIDH. (2011). Caso Gelman VS. Paraguay. Paraguay: CIDH.

Constitucionalidad, S. C. (27 de junio de 1991). Gaceta No. 20 Sentencia Corte de Constitucionalidad Expedientes Acumulados 254 y 284-90. Guatemala: Corte de Constitucionalidad.

IDH. (2005). Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C, número 133. Guatemala: Corte IDH.

IDH. (2006). Caso T (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Perú: Corte IDH.

IDH. (2006). Vargas Areco vs. Paraguay. . Paraguay: Corte IDH.

IDH., C. (2004). Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Caso Tibi , serie C, número 114. Ecuador. : Corte IDH.

México, I. d. (Pág. 14). El control constitucional. México: Universidad Nacional Autonoma de Méxic.

Uruguay, C. (2011). Ley No. 18.831 sobre Pretensión Punitiva del Estado. Uruguay: Diario Oficial de Uruguay.

Uruguay, C. d. (2012). Caso Gelmans. Uruguay: Corte de Justicia de Uruguay.

Zarini, H. J. (1992. Pp 68 y 69). Derecho constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea.

**

ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO EN GUATEMALA

* Hugo Roberto Jauregui

Magistrado del Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y de Conflictos de
Jurisdicción

1. Antecedentes en Guatemala

El terrorismo ha sido uno de los temas del programa internacional desde 1934. En esa época, la Sociedad de las Naciones dio el primer paso importante para prohibir ese flagelo al analizar un proyecto de convenio para la prevención y el castigo del terrorismo. Pese a que ese convenio se aprobó finalmente en 1937, nunca llegó a entrar en vigor.

Desde 1963, la comunidad internacional ha elaborado 13 instrumentos jurídicos universales para prevenir los actos terroristas. Esos instrumentos se elaboraron bajo los auspicios de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, así como el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), y están abiertos a la participación de todos los Estados miembros. En 2005, la comunidad internacional introdujo también cambios sustantivos en tres de esos instrumentos universales para que se tuviera específicamente en cuenta la amenaza del terrorismo; el 8 de julio de ese año, los Estados aprobaron las Enmiendas a la Convención sobre la protección física de material nuclear, y el 14 de octubre aprobaron el Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y el Protocolo de 2005 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

En la Estrategia Mundial de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2006, los Estados Miembros subrayaron la importancia de los instrumentos internacionales vigentes contra el terrorismo al comprometerse a considerar la posibilidad de ser partes en ellos cuanto antes y de aplicar sus disposiciones.

Según la clasificación elaborada por David Rapoport, en materia de terrorismo se han dado históricamente una serie de ciclos de acontecimientos en un determinado período de tiempo, cada uno de estos, caracterizado por fases de contracción y expansión, en las que una serie de grupos de diferentes estados cometen acciones terroristas. Al respecto él establece cuatro etapas, ciclos o como él las denomina oleadas; la oleada anarquista, la oleada anticolonial, la oleada de la nueva izquierda y la religiosa. (“Las cuatro oleadas del terrorismo moderno” Transcripción. España. Fundación Manuel Giménez Abad. Pág.5)

En Guatemala, la figura típica del terrorismo se legislo por primera vez en el Código Penal de 1973, el cual en su artículo 391 establecía:

“Comete este delito quien, con el propósito de atentar contra el orden constitucional o de alterar el orden público, ejecutare actos encaminados a provocar incendio o causar estrago o desastres ferroviarios, marítimos, fluviales o aéreos. Cuando se emplean materias explosivas de gran poder destructor, o si a consecuencia del mismo resulta la muerte o lesiones graves de una o varias personas, tales circunstancias son consideradas como agravantes de la pena.”

Este tipo penal encuadraría en la oleada de la nueva izquierda, es el primer intento de nuestro país de cumplir con los compromisos adquiridos internacionalmente en las convenciones que sobre determinados actos terroristas se habían suscrito.

Como puede observarse la figura de terrorismo tipificada se centra en el ataque que se haga a medios de comunicación o estructura vial, aérea o fluvial del país mediante medios que causen gran daño a los mismos (estragos, incendios, etc.) que ya estaban tipificados en el Código Penal en forma individual en el Título VII de los Delitos Contra la Seguridad Colectiva, como el delio de incendio, el Estrago, Desastre Ferroviario, Desastre Marítimo, con la diferencia en cuanto a la finalidad o elemento subjetivo atentar contra el orden constitucional o de alterar el orden público, que es el elemento central para configurar la figura del terrorismo.

Esta definición de terrorismo, sin embargo no le resultaba beneficiosa al gobierno de turno que libraba un conflicto armado interno contra grupos guerrilleros de tendencia comunista, y en el cual se usó incluso tácticas de lucha anti guerrilla denominadas de tierra arrasada. Esto en virtud de que el Estado operaba contra los subversivos como enemigos de guerra e incluso implementó todo un sistema de inteligencia, similar a los que se usaron por otros países del área pues como lo menciona Kruijt:

“...las guerras internas y las luchas contra el terrorismo interno en América Latina coincidieron mayoritariamente con los gobiernos cívico-militares de mano dura. El instrumento de control por excelencia de esos gobiernos fue el conjunto de servicios paralelos: de inteligencia militar, de los cuerpos de seguridad del Estado, de los cuerpos policiales y parapoliciales, de los agrupamientos paramilitares. El sistema de inteligencia y de seguridad se expandió como cerebro y columna vertebral de la lucha contrainsurgente y antiterrorista, de tal modo que sus nexos oficiales y extra-oficiales fueron difícilmente distinguibles. La inteligencia militar y civil, casi siempre unificadas bajo órdenes del Ministerio de la Defensa fueron dirigidas contra enemigos internos dentro del territorio nacional.” (Políticos Militares, Proyectos Militares y Escuelas Cívico Militares. En: “Función Militar y Control Democrático” Arévalo de León (compilador), Pág. 76.)

En ese sentido no hubo procesos por terrorismo sino toda una guerra abierta contra los miembros activos o sospechosos de pertenecer a asociaciones comunistas pues dicha ideología estaba proscrita en el país. Como se puede apreciar de la regulación Constitucional que en su momento estableció:

“Constitución Política del a República de Guatemala de 1956.

Artículo 54. Los habitantes de la República tienen derecho de asociarse libremente para los distintos fines de la vida humana, con el objeto de promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden.

Queda prohibida, sin embargo, la organización o funcionamiento de grupos que actúen de acuerdo o en subordinación con entidades internacionales que propugnen la ideología comunista o cualquier otro sistema totalitario.

Artículo 62. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por la ley anterior a su perpetración.

Toda acción comunista individual o asociada es punible. La ley determinará lo relativo a este tipo de delitos.

Constitución Política del a República de Guatemala de 1965

Artículo 27. El Estado garantiza la libre formación y funcionamiento de partidos políticos cuyas normas y principios sean democráticos. Es prohibida la formación o funcionamiento de partidos o entidades que propugnen la ideología comunista o que por su tendencia doctrinaria, medios de acción o vinculaciones internacionales, atenten contra la soberanía del Estado o los fundamentos de la organización democrática de Guatemala.

Artículo 49. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por ley anterior a su perpetración.

Toda acción individual o asociada de carácter comunista, anárquica o contraria a la democracia, es punible. La ley determinará lo relativo a esta clase de delitos.”

No hay prisión por deudas. No podrá imponerse pena de confinamiento.

Artículo 64. Los habitantes de la República tienen derecho de asociarse libremente para los distintos fines de la vida humana con el objeto de promover ejercer y proteger sus derechos e intereses, especialmente los que establece la Constitución. Se prohíbe la organización o funcionamiento de grupos que actúen de acuerdo o en subordinación a entidades internacionales que propugnen la ideología comunista o cualquier otro sistema totalitario

Artículo 111. El trabajo es una obligación social y toda persona tiene derecho a él. La vagancia es punible. El régimen laboral del país debe organizarse conforme principios de justicia social.”

No es sino hasta la actual Constitución Política de la República que este tipo de regulaciones desaparecen en nuestro país. Sin embargo se hace referencia a esta cultura política en el país porque los gobiernos de turno, muchos de ellos defactos, bajo el pretexto de combatir una amenaza externa o interna, han aprovechado las instancias penales y no penales para reducir los derechos y libertades individuales de los ciudadanos, y el fenómeno del terrorismo y las últimas reformas en nuestra legislación penal no constituyen una excepción como se entrará a analizar seguidamente.

2. Reformas vinculadas al terrorismo a partir de la Constitución de 1985.

2.1 Reforma al artículo 132 del Código Penal.

Ya vigente la actual Constitución en enero de 1986, la primera reforma que se introduce vinculada al terrorismo fue la que se efectuara mediante el Decreto del

Congreso número 20-96 que es la adición al delito de Asesinato contenido en el artículo 132 del Código Penal de una nueva cualificante, contenida en el inciso ocho, “Asesinato. Comete asesinato quien matare a una persona:...8) cuando se diera a muerte a una persona con fines o con ocasión de actividades terroristas.”

En ese sentido la posibilidad de vincular a alguien por delito de terrorismo se entiende ampliada con la inclusión de esta causal por varias razones. El asesinato es un delito de homicidio simple al cual se le adiciona una cualificante que lo agrava. Por el principio de legalidad cuando se describe la conducta se debe concretizar en que consiste ésta, cuando se legisla que el asesinato es dar muerte a una persona con fines terroristas, sin definir expresamente que se entiende o cuales son esos fines terroristas esa norma está quedando a criterio del juez o tribunal, en el mejor de los casos, pero también permite que las agencias policiales o fiscales puedan iniciar una investigación o incluso un proceso con su propia interpretación de lo que debe entenderse por estos fines terroristas.

Si para la remisión de los fines terrorista se acude a la norma penal que tipifica el terrorismo, el artículo 391 ya comentado, la finalidad se configuraría al atentar contra el orden constitucional o de alterar el orden público, con lo cual se violenta el principio de taxatividad de la ley penal.

2.2 Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo

Guatemala suscribió y ratificó la Convención Interamericana Contra el Terrorismo, que fue adoptada en Bridgetown, Barbados, el seis de marzo de dos mil dos durante el Trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que de acuerdo a su propia normativa entró en vigor desde el siete de octubre de dos mil tres.

Como consecuencia de los compromisos adquiridos en la Convención relacionada se aprobó el Decreto Número 58-2005, del Congreso de la República de Guatemala, Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo.

Esta normativa como primera medida, modifica el artículo 391 de Código Penal el cual en esa virtud queda de la siguiente forma:

ARTÍCULO 391.- Comete el delito de terrorismo quien con la finalidad de alterar el orden constitucional, el orden público del Estado o coaccionar a una persona jurídica de Derecho Público, nacional o internacional, ejecutare acto de violencia, atentare contra la vida o integridad humana, propiedad o infraestructura, o quien con la misma finalidad ejecutare actos encaminados a provocar incendio o a causar estragos o desastres ferroviarios, marítimos, fluviales o aéreos.

El responsable de dicho delito será sancionado con prisión incommutable de diez (10) a treinta (30) años, más multa de veinticinco mil dólares (US\$ 25,000.00) a ochocientos mil dólares (US \$800,000.00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional. Si se emplearen materias explosivas de gran poder destructor para la comisión de este delito, el o los responsables serán sancionados con el doble de las penas.

2.2.1 Análisis de los elementos típicos del delito de terrorismo

Los elementos típicos que conforman el delito de Terrorismo desde su modificación por el decreto 58-2005 son los siguientes:

□ Tipo Objetivo

Sujeto Activo: El sujeto típico para esta figura es común, es decir acepta la comisión de terrorismo por una persona individual, y en consecuencia se acepta el accionar por coautores, o incluso vía una organización terrorista nacional o extranjera.

Acciones Prohibidas: ejecutar un acto de violencia, atentar contra la vida o integridad humana, propiedad. Infraestructura, o causare actos encaminados a causar estragos o desastres ferroviarios, marítimos, fluviales o aéreos.

Como puede verse las acciones que están contempladas dentro de la nueva figura de terrorismo son en extremo amplias esto porque hablar de un acto de violencia puede tener una interpretación amplísima pues implica todo tipo de uso de fuerza o coacción pues conlleva la violencia material y la psicológica según nuestra ley.

Es decir la mera amenaza configuraría ya un acto de terrorismo, con lo cual la extensión del poder punitivo se amplía en proporciones riesgosas para un derecho penal liberal. El segundo supuesto que se refiere a atentar contra la vida y la integridad de los ciudadanos, y esto parece crear una duplicidad con el delito contenido 132 inciso 8), comentado en el punto anterior de este trabajo. Esto pues en caso se de la muerte de una persona por un acto terrorista o con ocasión de éste, sería un asesinato por terrorismo, igualmente si por alguna circunstancia la muerte no se produjera sería tentativa de asesinato por terrorismo, con lo cual el supuesto aludido de atentar contra la vida, resultaría inaplicable pues ya la tentativa de muerte estaría contemplado en una figura más amplia que la subrogaría. El hecho de que se produzcan lesiones que atenten contra el orden público, situación muy común en sociedades en desarrollo como la nuestra puede obedecer a finalidades distintas de un acto terrorista en sí, por ejemplo la libre manifestación o el derecho de resistencia, que si bien pueden degenerar en actos de violencia sobre todo contra las fuerzas de seguridad, no podrían ser calificados de terroristas, aunque el gobierno y ciertos sectores se esfuercen por afirmar lo contrario. Máxime si el supuesto se refiere igualmente a atentar contra la propiedad, se entiende tanto la individual como la estatal, que tiene igual efecto expansivo, el resto de supuestos son los originalmente legislados de dañar por medios peligrosos infraestructura o aeronaves, buques, trenes y otros medios de transporte. Como se ve en cuanto a los medios de comisión, mantiene el uso de incendio, estragos o desastres de la regulación legal anterior.

□ Tipo subjetivo

La finalidad que se persigue es alterar el orden constitucional, el orden público del Estado o coaccionar a una persona jurídica de Derecho Público, nacional o internacional, y el riesgo en este tipo de finalidades es que el concepto de orden público es un concepto normativo, que constituye un significativo vacío, que puede ser desde la obstrucción de tránsito hasta una manifestación de repudio, un llamado

a sonar bocinas o cacerolas a determinada hora, una protesta estudiantil, cualquiera de estas dependiendo si se hacen a favor o en contra del gobierno de turno.

2.1.2 Análisis de los elementos típicos del delito de financiamiento del terrorismo
El delito de financiamiento del terrorismo, se encuentra regulado en una ley penal especial contenida en el Decreto 58-2005 del Congreso de la República que cobró vigencia el 5 de octubre de 2005, establece el delito de financiamiento del terrorismo de la siguiente forma:

“Artículo 4. Del delito de financiamiento del terrorismo. Comete el delito de financiamiento del terrorismo quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, por sí mismo o por interpósita persona, en forma deliberada proporcionare, proveyere, recolectare, transfiriere, entregare, adquiriere, poseyere, administrare, negociare o gestionare dinero o cualquier clase de bienes, con la intención de que los mismos se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte, para el terrorismo. Asimismo, comete este delito quien realice alguno de los actos definidos con financiamiento del terrorismo en cualquiera de los convenios internacionales aprobados y ratificados por Guatemala. Al culpable de este delito se le impondrá prisión incommutable de seis (6) a veinticinco (25) años, más una multa de diez mil dólares (US \$10,000.00) a seiscientos veinticinco mil dólares (US\$ 625,000.00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional”

Tipo Objetivo.

El Sujeto Activo es cualquier persona al igual que en el terrorismo y se acepta que actué en forma individual o con coautores u otros partícipes, incluso en asociación ilícita.

El núcleo del elemento objetivo, como algo común en este tipo de delitos contra la seguridad lo integran diez verbos rectores con la idea de que cualquier acto tendiente a captar fondos o bienes para darlo al terrorismo, no quede impune. Y aún más remite a cualquier otra convención aprobado y ratificado por Guatemala que contemple cualquier otro acto catalogado como de financiamiento contra el terrorismo.

Tipo Subjetivo

La finalidad está definida “con la intención” de que los fondos o bienes “se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte, para el terrorismo” esto busca igualmente eliminar la posibilidad de escape contra aquellos que pudieran alegar el desconocimiento del destino de esos bienes para fines terroristas.

Punibilidad de ambos delitos

El margen de pena a imponer es bastante severo para ambos delitos de diez a treinta años de prisión para el delito de terrorismo y de seis a veinticinco años, para el financiamiento de terrorismo.

Pero lo que realmente resulta alarmante es la pena de multa que se impone en ambos casos, para el delito de Terrorismo esta oscila de veinticinco mil dólares (US\$ 25,000.00) a ochocientos mil dólares (US \$800,000.00), y para el delito de financiamiento del terrorismo, va de diez mil dólares (US \$10,000.00) a seiscientos veinticinco mil dólares (US\$ 625,000.), de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional, pues de acuerdo a la conversión regulada en el Código Penal de Guatemala, al no hacer efectiva la multa esta se convierte en prisión a razón de un día por un rango que va de cinco a cien quetzales diarios.

En este sentido si a alguien se le condena a la pena intermedia en el caso de terrorismo de veinte años de prisión y una multa de cuatrocientos mil dólares, o en caso de financiamiento del terrorismo a diez años de prisión y se le impone una multa intermedia de trescientos cincuenta mil dólares, convertibles por el máximo de cien quetzales al día, al día de hoy que el cambio está a 7.67193 (Tipo de cambio consultado en el portal del Banco de Guatemala, que fija el tipo de cambio oficial. <http://www.banguat.gob.gt/cambio/default.asp>. Consultado el 24 de agosto de 2019) por cada dólar, la multa a pagar ascendería a tres millones ciento sesenta y ocho mil setecientos setenta y dos quetzales (Q.3,068,772), por el delito de terrorismo; y de dos millones seiscientos ochenta y cinco mil ciento setenta y cinco quetzales con cincuenta centavos (Q. 2685,175.50), por el de financiamiento, que dividido a cien quetzales por día, se convertirían en un aproximado de ochenta y cuatro años más de prisión para el terrorista y; para el financista del terrorismo en setenta y cuatro años de prisión, que se reducirían a cincuenta años por el ser el máximo a aplicar, pero que supera con creces la pena a afrontar para el autor de un asesinato por terrorismo, que recibiera la condena intermedia por treinta y siete años.

Conclusiones:

1. La creación de delitos por parte del Congreso de la República de Guatemala, para cumplir con compromisos de convenciones internacionales, sin un estudio previo de su compatibilidad con las normas constitucionales y ordinarias en materia de derecho penal, puede violentar principios penales constitucional y universalmente reconocidos.
2. Los delitos de Terrorismo siempre han constituido un riesgo al derecho penal liberal, democrático y respetuoso de los derechos humanos, por la posibilidad de que los gobiernos en un momento los puedan usar para reprimir manifestaciones ciudadanas de resistencia a su accionar o a sus políticas de gobierno por lo que su aplicación requiere de una interpretación muy restrictiva de su alcance por parte de los órganos jurisdiccionales.
3. Los delitos de Terrorismo y Financiamiento contra el Terrorismo, regulados mediante el decreto 58-2005 del congreso de la República, por lo expuesto contienen serias falencias técnicas y violentan principios penales como el de legalidad y proporcionalidad.

Referencias

Kruijt, Dirk 2000. Políticos Militares, Proyectos Militares y Escuelas Cívico Militares. En: "Función Militar y Control Democrático" Arévalo de León (compilador). Guatemala. Editorial Amanuense.

Rapoport, David 2004. "Las cuatro oleadas del terrorismo moderno" Transcripción. España. Fundación Manuel Giménez Abad.

<http://www.banguat.gob.gt/cambio/default.asp>.

Leyes

Constituciones Políticas de la República de Guatemala de 1956, 1965 y 1985.

Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto 58-2005 del Congreso de la República de Guatemala.

**

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

* Carlos Patricio Rodríguez Meza
Magistrado de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones Penal, Narcoactividad y
Delitos contra el Ambiente

1. Carga de la prueba

Por responsabilidad legal, corresponde al Ministerio Público el deber de procurar las pruebas que tiendan al esclarecimiento de la verdad procesal, para consecuentemente determinar la responsabilidad penal de un acusado; sin embargo, el dinamismo de la prueba revela que este criterio no puede ser ni mucho menos simple, y propone interpretar el onus probandi urgido a quien tiene mayor facilidad de prueba. En tal virtud, si la defensa tiene pruebas de descargo más a mano de lo que lo están las pruebas de cargo para el ente investigador, entonces es el primer sujeto procesal de los dos indicados quien debe presentarlas y aclarar con ello, el hecho punible que se investiga. Esto y no otra cosa, es lo que comporta lo dinámico de la carga probatoria en la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Tales argumentos tienen relevancia en toda acriminación jurídica, pero más especialmente en el caso de delitos como el de lavado de dinero, cuya investigación en transacciones sospechosas, pudieran provocar la necesidad en el encartado de demostrar la licitud entre otros aspectos, acerca de la naturaleza y la obtención de sus activos.

Para determinar más exactamente lo que propone esta audaz teoría del derecho probatorio y sus implicaciones; especialmente en materia del proceso penal, es necesario ir por partes y analizar cada uno de los componentes de dicho tema. En tal virtud se tratan a continuación los elementos teóricos más generales que sean de utilidad interpretativa al mismo. No obstante esto, será preciso realizar otra acotación previa, y es que la carga dinámica de la prueba es un tema que si bien es cierto tiene relativa difusión y aceptación en la mayor parte de la doctrina, también lo es el hecho que en cada legislación en donde se verifica su observancia o aplicación, se le interpreta y matiza con ciertas especificidades.

2. La prueba

Para establecer hechos del pasado, revisar acciones ya realizadas y comprobar que se dieron exactamente como lo afirma determinado sujeto, el proceso penal desarrolla su actuar en torno a la búsqueda de la verdad procesal y su demostración pende especialmente del instituto de derecho penal material conocido con la denominación y concepto de: prueba.

Las pruebas son medios legales para lograr el grado de convicción en el órgano juzgador y que este emita fallo en favor de la postura del sujeto procesal que lo propone; por supuesto, sobre la base de una aplicación e interpretación correcta de

la ley penal. Efectivamente los medios de convicción sirven de sustento a la sanción penal o bien a la absolución.

La prueba es el medio más confiable para describir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. La búsqueda de la verdad, fin inmediato del proceso penal, debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico sobre el cual aquél versa. La prueba es el único medio seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable. (Cafferata Nores & autores, 1996)

En el sistema acusatorio, la prueba tiene una especial relevancia. El estado de inocencia con que se debe tratar a cualquier persona acusada de cometer delito, provoca relevancia grande para los medios probatorios, por cuanto se convierten en la única forma legalmente autorizada para acreditar la culpabilidad o demostrar inocencia.

No solo es el medio más importante aplicable hasta hoy en el proceso penal en el camino de la búsqueda de la verdad, sino que constituye el único medio para lograrlo, de manera que esto demuestra su importancia y relevancia jurídica y penal. “Prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación” (Vélez Mariconde, 1992)

El medio de prueba es en esencia, un procedimiento penal que tiene por objeto la introducción de un elemento de prueba al proceso penal; mismo que se encuentra normado por el Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. Se encuentra informado por un conjunto de garantías procesales en favor del sindicado. “Es el procedimiento regulado en el CPP (sic), y presidido por un conjunto de garantías del sindicado, para poder ingresar un elemento de prueba en el proceso” (Calderón Menéndez, 2013) Ahora bien, el elemento de prueba es: la prueba misma.

Según estatuye el Artículo 184 del Código Procesal penal, todo puede ser probado y de ahí el principio de libertad probatoria. Este elemento del objeto de la prueba resulta indispensable en la concepción de la teoría de la carga dinámica de la prueba, por cuanto se trata de la demostración que efectivamente las partes no tienen limitación alguna para la aportación de elementos de prueba al proceso con lo que se garantiza la posibilidad de encontrar la verdad material y procesal.

A la libertad probatoria es que se refiere el concepto de dinámica en la carga de la prueba, lo que se retomará más adelante pero dicho sea de paso, si los sujetos procesales y especialmente los encartados tienen la necesidad de probar determinados extremos en el proceso penal, lo que sin duda puede contribuir a formar la convicción en el órgano juzgador de que sus afirmaciones son las correctas; además, teniendo los elementos probatorios para proceder, es que procede la libertad de prueba y concede dinamismo a la carga probatoria.

En todo caso, no hay de desdeñar que la libertad probatoria también tiene sus límites.

En efecto, la libertad de prueba es una aspiración ideal del proceso penal, no obstante se encuentra subordinada también a aspectos determinantes como el hecho de que no cualquier medio o cualquier método es permitido, lo que queda evidenciado en temas como la prueba impertinente, la prueba ilegal etc. En el año de 1914, “el Tribunal Supremo de los EE UU, formuló la doctrina conocida como regla de exclusión” (Calderón Menéndez, 2013) Por virtud de esta, la Corte prohibió la utilización de prueba obtenida en una búsqueda y secuestro ilegales en un proceso federal, por cuanto violaba derechos constitucionales. Según algunos sectores de la doctrina, esto generó la discusión sobre los límites y alcances de la regla sobre libertad probatoria, y que generó el fortalecimiento de doctrinas como la del fruto del árbol venenoso.

En la legislación nacional guatemalteca, queda determinada la prueba prohibida y su sanción en el Artículo 183 del Código Procesal Penal, Decreto Número 51-93 del Congreso de la República de Guatemala, referido a la violación en la adquisición de prueba de los derechos constitucionales, más propiamente a los individuales, al mismo tiempo que preceptúa su inadmisibilidad.

3. La prueba indiciaria

El segundo párrafo del Artículo 2 Bis de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, misma norma jurídica que fue adicionada por el Artículo 59 del Decreto Número 55-2010, también del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Extinción de Dominio, estatuye que la prueba del conocimiento de la procedencia u origen ilícito de los bienes, dinero u otros activos, requerido en los delitos de lavado de dinero, se podrá hacer por cualquier medio probatorio, de conformidad con el Código Procesal Penal incluyendo las inferencias que se desprendan de las circunstancias objetivas del caso. Es a ésta última línea a la cual es preciso hacer referencia con mayor ahínco; por cuanto se trata de la introducción de un término eventualmente novedoso en la jerga de la labor probatoria en materia procesal penal, cual es: inferencias. Estas, tienen una especial relación con respecto a las presunciones, y a la prueba indiciaria. Es preciso hacer referencia al término indiciario, para poder comprender algunos aspectos de la carga dinámica de la prueba.

Entre los medios probatorios se encuentra irrefutablemente la de los indicios. Siendo que la particularidad de las pruebas yace en su función de comprobación y esclarecimiento de la verdad concreta, entonces prevalece una relación entre la prueba concreta y la verdad concreta, sobre el hecho objeto de averiguación penal.

En tal virtud, la prueba directa tiene como objeto inmediato al delito, especialmente en su relación con los elementos de delito sin establecer jerarquía entre ellos. En cuanto a la prueba indirecta, esta se presenta si se llega al delito únicamente por medio del raciocinio que deriva de algo distinto del ilícito que se investiga.

Si un fallo judicial condenatorio, se basa en prueba indirecta, significa que el ente acusador ha ejercido su raciocinio acerca de determinado análisis. Pero esto provoca a favor del defensor, la posibilidad de que atacar cualquier defecto en ese proceso analítico del fiscal. En tal virtud, se puede evidenciar la presencia de la prueba indiciaria. Un caso muy similar ocurre con la sentencia que se construye sobre la base de la prueba directa.

El concepto de prueba indiciaria se encuentra construido sobre la base etimológica de la voz indicio. Éste último término puede ser concebido desde un punto de vista de elemento probatorio o bien como objeto de prueba. De esta manera puede nombrarse como indicio al objeto de prueba, es decir a la impresión de una huella dactilar, o rastro o bien un signo en la escena del crimen. Por otro lado, el indicio también puede constituir una forma de nombrar al elemento de prueba en sí.

Tal como afirma Florián: “el indicio por lo tanto, antes que un medio de prueba es un hecho que, como los demás se establece con medios de prueba, peor tiene una posición característica particular respecto al tema fundamental de la prueba” (Florian, 1992), en consecuencia, el indicio sirve para nombrar tanto un hecho indicador y en este sentido es un objeto que hay que probar, tanto como a la relación lógica causal entre éste y el hecho delictivo.

En tal virtud, el indicio no es más que el raciocinio probatorio indirecto que, mediante la relación de causalidad, es decir, que ciertas causas producen determinados efectos y, que ciertos efectos son consecuencia de determinadas causas nada más; y entonces se deduce lo desconocido de lo conocido y resulta una suerte de circunstancia cierta de la que se puede obtener la llamada inducción lógica o conclusión al respecto de la inexistencia de un hecho a probar. El indicio de esta forma constituye una prueba lógica, aun siendo basado en un hecho o circunstancia material. Uno de los temas que tienden a confundirse son aquellos que relacionan a las presunciones con los indicios.

Ciertamente las presunciones se basan en razonamientos deductivos, lo que a su vez implica un silogismo, basado en el principio jurídico de identidad, recurriéndose para explicar este tema en forma muy general al peligro de fuga de los sujetos acusados de delitos de alto impacto. El razonamiento o silogismo en tal virtud conduce a la aplicación de lo ordenado por el Artículo 264 del Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala con la siguiente línea de pensamiento: los implicados en delitos graves ha de presentar peligro de fuga. En tal virtud, el individuo sometido a proceso por delito grave, presenta peligro de fuga.

Este tipo de pensamiento lógico también es aplicable al caso del principio de presunción de inocencia: Si todos los hombres son tomados como inocentes, cualquier hombre en particular debe considerarse como inocente en tanto no se demuestre lo contrario.

El Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de

Guatemala, permite por vía de la libertad probatoria, la aplicación de presunciones por parte del juzgador. De hecho los códigos que regularon en su oportunidad histórica el proceso penal guatemalteco, contienen algunos el concepto: prueba de presunciones.

Sin embargo, las presunciones sirven en este caso para poder establecer su diferencia con el de indicio. En cuanto a las presunciones, estas son de carácter deductivo como quedó explicado; el indicio por el contrario es inductivo.

El proceso lógico del indicio es por inducción, y está regido por el principio de causalidad. En este caso se afirma que en el indicio, la cosa que se presenta como conocida es siempre distinta de la cosa que se quiere hacer conocer. Una cosa conocida no puede probar una cosa desconocida, por ello, debe presentarse como causa o como efecto de ésta, ya que entre cosas distintas sólo la relación de causalidad puede conducir de la una a la otra.

El proceso mental en la prueba indiciaria resulta de esta manera, inductivo. El objeto de prueba, el cuerpo del delito, obra en las manos del sujeto X, entonces puede relacionarse a esta persona con la escena del crimen. Se trata de un caso particular que puede llegar a universalizar su conclusión, por vía del proceso inductivo.

Diferente en el caso de la presunción, en que deben ocurrir varios casos para determinar en forma deductiva el razonamiento. En el caso del ejemplo planteado, para concretar la deducción, se necesitaría que el objeto de delito esté en poder del sujeto X pero además que haya sido en forma inmediata a la comisión del hecho y además, que dicha tenencia tenga lugar muy cerca de la escena del crimen. Con esto, estaría completa la deducción en gran medida y tendría cabida la llamada presunción. De esta manera, solo cabe la presunción en el caso de la tenencia del cuerpo del delito, cuando la ley así lo considera y se diferenciaría con otras formas probatorias consistiría precisamente en que la fuente de su carácter probatorio se encontraría en términos de ley, contrario al indicio que debe llegar a constituir un elemento de prueba, pleno.

En el indicio se tiene que probar todo, partiendo no de la ley sino de un hecho que puede tener diversos grados de complejidad y avanzar por medio de la razón deductiva a establecer una relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido. Ciertamente el Código Procesal Penal guatemalteco, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala no contempla la prueba de presunciones como si lo hicieran las leyes anteriores; sin embargo, el indicio o prueba indiciaria en toda su riqueza de materialización como medio de prueba, determina la relación de causalidad necesaria para tal efecto.

La ley guatemalteca no regula en forma específica el término presunciones, ni como elemento de prueba ni de otra manera, por otro lado la Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, como quedó citado anteriormente, si hace relación a las inferencias, cuya estructura es virtualmente similar a la de las presunciones, por cuanto las

primeras también se desprenden de las características objetivas de cada caso, y constituyen en sí una serie de procedimientos de razón que están constituidas por la deducción.

La presunción en determinados casos se convierte en categoría lógica, es decir como una forma de silogismo para algunos autores, por lo cual es posible encontrarla como tal en algunos estudios. Por ello, “la prueba por presunciones constituye un silogismo en el que la premisa mayor es el principio general, la premisa menor es el hecho conocido y la conclusión es el hecho que se desea conocer” (Rocha Degreeef, 1997). Sin embargo, si se toma en cuenta todo lo anterior puede llegar a determinarse que la prueba indiciaria desde su categoría de indicio como objeto de prueba, puede llegar a constituirse en una presunción. El indicio también es punto de partida de la inferencia.

La prueba indiciaria se construye como un objeto o un elemento de prueba. En el primer caso, el del objeto de prueba se trata de un hecho indicador es decir, el objeto con lo que se va a probar algo. En el segundo, en cuanto al indicio como prueba, éste trata del hecho indicado, es decir lo que se quiere probar. Prueba indiciaria de un homicidio o asesinato por ejemplo, no puede constituir la simple amenaza de muerte previa al hecho criminal, por cuanto se trata de una situación que puede producirse por diversos motivos inclusive a los que finalmente desencadenaron la comisión delictiva resultante. La relación causal entre amenaza y asesinato resulta entonces muy endeble como para constituir indicio probatorio, prueba indiciaria. Y si no logra materializarse como elemento de prueba, mucho menos podrá provocar o desencadenar una presunción o bien una inferencia.

En todo caso, el indicio descrito en el párrafo precedente, se queda en la escala de la probabilidad. Por supuesto cada caso comporta sus propias circunstancias y condiciones como para determinar nexos lógicos con otras consecuencias de presunción o inferencia. Entre los condicionantes más comunes se pueden indicar las de tiempo y lugar. Estas circunstancias o condiciones tienen la aptitud de sumar o restar fuerza incriminatoria para el sujeto encartado. Si por ejemplo, el indicio es recabado inmediatamente de realizado el hecho, tanto en tiempo como a inmediaciones de la escena del crimen, entonces la fuerza incriminatoria tiende a aumentar. Si por el contrario, el indicio es obtenido por el ente investigador mucho tiempo después de cometido el delito y su incautación de produce lejos del lugar en donde se cometió, entonces la fuerza incriminatoria podría pasar a ser débil.

Otro de los elementos que pueden constituir condicionantes o circunstancias que elevan la intensidad del fuerza incriminatoria del indicio o bien se la disminuyen, son aquellos que están ligados al móvil para la comisión del delito. Por ello se dice que el nexo ordinario de la relación causal, admite muchas gradaciones; por lo que puede pasar a hablarse de indicio probable. Pero toda categorización de indicio, no hay que olvidar que cobra relevancia jurídica según a situación concreta del caso.

Antiguamente existía un paralelismo o bien una relación de sinónimo entre indicio y

presunción. “Indicios razonables de culpabilidad”. “Se presume culpable”. Por ello, hoy día, la presunción resulta rigurosamente relevante desde el punto de vista procesal si se puede establecer legalmente. Esto la convierte en un proceso inferencial, aceptado en ley como el caso de las inferencias en los procesos de lavado de dinero u otros activos. Actualmente entonces, el indicio difiere de la presunción en que el primero es válido cuando se convierte en prueba, en caso contrario la segunda sustituye a la primera.

3. Carga de la prueba

Carga de la prueba es un tema procesal referido en particular a la noción probatoria. El concepto de carga, se refiere a la responsabilidad de las partes de presentar prueba. “La noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la auto responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados...”(Parra Quijano, 2004) Este concepto debe proveer al juzgador de la idea adecuada de cómo tiene que fallar y cómo afecta la situación penal del sujeto procesal que no cumpla con probar debidamente su postura frente a los hechos.

La prueba es un elemento procesal de mucha relevancia en materia penal, por cuanto de su debida sustanciación, proposición, aceptación y valoración, depende al futuro del acusado. Su importancia es tal que en algunas legislaciones en donde aún se aplica la pena de muerte, la misma vida del acusado depende probarlo. La prueba en materia penal tiene relevancia, sin embargo en igual medida puede pensarse en la importancia de la responsabilidad de las partes en aportar elementos probatorios y en el mismo sentido, la necesidad de establecer para el juzgador la determinación de valorarla o ponderarla para apoyar el fallo.

La carga de la prueba está diseñada histórica, doctrinaria y legalmente de manera que corresponde al actor o acusador en el caso del proceso penal, demostrar la razón de sus aseveraciones. En ese contexto, la carga probatoria, el onus probandi corresponde a quien afirma, el que niega está exento de ella. En tal virtud el ente acusador está obligado a probar los hechos en que basa su acusación. Lo que debe probarse es lo anormal, porque la normalidad se presume. No existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas. Según estos criterios, que además constituyen la estructura normativa del proceso penal moderno, inspirado en un sistema liberal, clásico y además acusatorio, cuya característica fundamental es el garantismo constitucional y de Derechos Humanos, en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

La carga de la prueba no es un principio procesal o bien una regla procedimental, por cuanto se trata más bien de responsabilidad. El sujeto procesal juega un rol que debe estar urgido en demostrar la veracidad de sus afirmaciones o negaciones, sin embargo tal carga probatoria no significa que la responsabilidad confronte únicamente al actor con su demanda o ente acusador en el caso de la notitia criminis, sino que debe concebirse algo más dinámico en relación con esta responsabilidad.

En efecto, si un sujeto procesal tiene a mano elementos probatorios que pueden demostrar la razón de sus aseveraciones, no debe esperar tener la obligación legal y en caso contrario omitir su presentación. Hay que tomar en cuenta que la carga de la prueba significa una responsabilidad, y que en tal virtud si el sujeto que tiene más a mano las pruebas, procede a presentarlas, está contribuyendo con aplicación de justicia por cuanto fortalece la celeridad, la economía procesal y la conducción sobre la base de la verdad. Se evidencia el respeto a la aplicaci

4. Teoría de la carga dinámica de la prueba

Las inferencias que la autoridad judicial pueda desprender de las pruebas que aporta el ente acusador acerca de transacciones sospechosas que no guardan congruencia con el perfil económico del acusado, en relación con el origen y naturaleza posiblemente ilícita de dinero o patrimonio de su propiedad o en su tenencia, en el caso de delito de lavado de dinero u otros activos, resultan determinantes al efecto de la deducción conclusiva en un fallo condenatorio. Sin embargo, este es el principal argumento para realizar una interpretación más extensiva de la responsabilidad de la carga de la prueba y aplicar un análisis con más dinamismo de ésta. Lo que produce en la ciencia del Derecho la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Tal teoría ha sido incluida en el texto normativo de algunas leyes en legislaciones comparadas como el caso de Colombia y desde hace décadas viene generando debates necesarios en el ámbito de los juristas más consolidados del Derecho Laboral, Civil, Administrativo, Sancionatorio, pero especialmente para éste análisis, en el del Derecho Procesal Penal.

La regla del Derecho Procesal Penal determina que la carga de la prueba, como ya quedó apuntado, corresponde al ente acusador. Es éste último quién debe probar los hechos sobre los cuales basa la acusación que formula en contra de un ciudadano o ciudadana de la República, sobre todo, porque con tal acción procesal podrá causar un cambio significativo o acaso definitivo en la vida de esta persona.

Según un amplio sector de la doctrina procesal penal moderna, e inclusive de muchos profesionales del derecho en la práctica forense guatemalteca, esta regla es incambiable, inmodificable. No puede invertirse la carga de la prueba y que sea la defensa en quien recaiga tal responsabilidad. Sin embargo para un sector más involucrado en la moderna persecución penal, la situación puede trascender esa interpretación y provocarse una concepción más extensiva o dinámica, sin que eso signifique alterar principios procesales torales de la ciencia procesal o especialmente, del sistema probatorio clásico liberal.

Todo radica en la necesidad de probar al ente juzgador los hechos que demuestren la razón que se alega por cada parte en el proceso penal. De esta cuenta, Foucault advierte que: “la prueba no sirve para nombrar o determinar quién es el que dice la verdad, sino para establecer... quien tiene la razón” (Urbano Martínez, 2006) Esto

conlleva al principio de necesidad de la prueba; por virtud del cual, se puede dar respuesta a la cuestión de por qué se prueba en un proceso.

La necesidad de prueba depende del hecho de que la prueba debe obrar en el expediente correspondiente, a nivel de enunciación, pero por otro lado también debe existir prueba física de su existencia. No basta con alardear exclamando un hecho, sino que debe haber prueba en forma material dentro del proceso o causa del mismo, para garantizar que efectivamente existe en el mundo real. Lo que no existe en el mundo real, no existe en el proceso para el juez.

La decisión del ente juzgador se fundamenta en un hecho controvertido sometido a su conocimiento. En el fallo que profiera, tiene especial relevancia la limitación de su experiencia. Un tribunal sentenciador no tiene libertad para aplicar lo que se nombra como libre albedrío, sino sujetar sus análisis, inducciones y deducciones a las reglas de la sana crítica razonada. Esto con base en la legislación nacional guatemalteca. Lo que garantiza impedir la arbitrariedad, las decisiones con base en criterios personales.

En el principio de necesidad de la prueba se presentan dos aspectos determinantes: Primero, la necesidad de demostrar un hecho que influye directamente en el caso por lo que la prueba debe llegar al expediente o causa procesal; y el otro, la necesidad de que la prueba aparezca contenida físicamente en el proceso, es decir, se trata de que el objeto de prueba se encuentra materializado en el proceso.

La prueba resulta necesariamente vital para la demostración de los hechos. De la razón de la parte que la aporta al proceso penal. Sin ella, existiría verdadera arbitrariedad en la toma de la decisión judicial. Por ello, cuando hay necesidad de prueba, no puede haber libertad de decisión al punto de que el fallo judicial debe ser razonado y congruente con la comunidad de prueba.

Por las razones anteriores, la teoría de la carga dinámica de la prueba se sustenta sobre la base de que quien está en mejores condiciones de probar, por deber y responsabilidad, tiene que aportar la prueba correspondiente. Pese a ello, no existe una norma jurídica todavía en la legislación nacional guatemalteca que contenga una ordenanza con la cual se pueda comprender que tal situación es la que debe interpretarse, sin embargo, las circunstancias investigativas en cierta clase de delitos, como el expresado del lavado de dinero u otros activos, es lo que constituye la justificante para comprender la imperiosa necesidad de su aplicación en tales condiciones.

La formulación de la misma es sencilla: sobre la adecuada ponderación de las circunstancias del caso y, en forma excepcional, las cargas probatorias deben desplazarse de actor a demandado, o viceversa, según correspondiere, y ello en función de cuál de las partes se encontrare en mejores condiciones (técnicas, profesionales o fácticas) de suministrar la prueba, con absoluta independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de los hechos que aleguen (De Diego, 2008)

Por lo que, la característica de dinámica en la carga de la prueba, obedece a la distribución más inmediata que por ley determina la necesidad de probar al juez los hechos y garantizarle los insumos suficientes para tomar la decisión más adecuada. La carga dinámica de la prueba significa en tal sentido, que el onus probandi recae en aquel sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de aportar la prueba pertinente para demostrar su afirmación, sin consideración de su posición dentro del proceso penal.

No se trata de obligar a la defensa para que aporte pruebas de descargo, sino más bien la prevención de la lucha por llegar a la verdad procesal. A la razón que confiera la aplicación de justicia. “Las falencias de quien detenta el onus probandi no pueden reclamarse a quien no le imponen las normas procesales o de fondo, la exigencia de que debe oponer medios que refuten la postura del reclamante” (De Diego, 2008) Si el acusado y su defensa técnica tiene pruebas que demuestran la razón de su postura, no debe dudarse y en descargo de la acriminación formulada por la otra parte del juicio, debe proponerse la prueba para que el ente juzgador la considere, valore y la integre al elenco probatorio.

En el ámbito penal guatemalteco, la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, fue el detonante de una serie de acciones legislativas, judiciales y administrativas que han venido a conformar toda una estructura legal en la lucha contra el crimen organizado. En este contexto, se establecieron parámetros para medir la actividad financiera, patrimonial y económica de las personas. De tal manera que, todo sujeto comporta un perfil económico constituido por sus ingresos lícitos declarados y justificados por actividades productivas concretas. En tal virtud, la persona declara cierto monto de ingresos por razón de actividades comerciales o laborales, pero si luego el monto de estos ingresos no guarda congruencia con los bienes patrimoniales que adquiere o bien con los gastos, tenencia de dinero o transacciones económicas que desarrolla, entonces evidencia movimientos irregulares que obligan al ente encargado de la persecución penal a instruir pesquisas en su contra, especialmente cuando las entidades bancarias y comerciales del país como sujetos obligados de conformidad con la ley, reportan dichos movimientos ante la Intendencia de Verificación Especial de la Superintendencia de Bancos y esta entidad denuncia al Ministerio Público.

En este caso, la defensa no debe esperar a conocer las del ente acusador, o bien ampararse en su derecho al silencio, sino desarrollar una actitud más propositiva más proactiva frente a la acriminación. Pero esta actitud no proviene de la contravención a los principios y garantías constitucionales, sino de desarrollar efectivamente una actividad más dinámica en relación con la carga de la prueba. En otras palabras, si se tienen pruebas de que el origen y naturaleza de la procedencia del dinero que constituye el objeto del delito de lavado de dinero u otros activos o prueba indiciaria incriminativa, es lícita, entonces deben presentarse sin importar que el Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal, tenga la obligación de demostrar la culpabilidad.

Diversos procesos penales en la práctica judicial de Guatemala, tanto de reciente como de antigua data, pueden servir para ilustrar mejor lo expuesto anteriormente, puesto que los condenados por delito de lavado de dinero se esfuerzan en redargüir o desvirtuar las pruebas aportadas por el ente acusador, en vez de concentrarse en aportar aquellos elementos que demuestran la procedencia lícita de los fondos que constituyen el objeto material con el que se formula la acusación. En tal virtud, el tribunal sentenciador y con base a que los acusados no cumplen con probar la licitud del dinero o patrimonio, llegan al fallo conclusivo de culpabilidad, en sentencia debidamente razonada, sobre la base del concepto de inferencias, contenido en el texto del Artículo 2 Bis de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, motivando para el efecto la prueba en circunstancias que infieren objetivamente como consecuencia de la prueba aportada por el Ministerio Público que en muchas ocasiones se refiere a declaraciones de impuestos que resultan negativas en perjuicio del acusado, información sobre trabajo con una remuneración inferior a montos por los cuales se efectúan transacciones en el sistema financiero, incongruencias en lo declarado en los formularios IVE de inicio de relación en los bancos en cuanto a los montos que supuestamente se perciben en forma mensual y las cantidades por las cuales se realizan transacciones, vínculos transaccionales con terceras personas con las cuales no existe relación de parentesco, ni comercial; adquisición de bienes muebles e inmuebles sin que se justifique la forma de obtención por medio de transacciones económicas revestidas de licitud; así como otras circunstancias indiciarias que conllevan a los tribunales a la determinar la responsabilidad penal con juicios valorativos atendiendo a la sana crítica razonada al no aportarse prueba alguna de la licitud de los fondos o bienes adquiridos. Encuadrando obsecuentemente todo lo expuesto con anterioridad: Normativa penal, prueba indiciaria, inferencias del ente juzgador, y especialmente, la falta de dinamismo por parte de la defensa material y técnica, al asumir una actitud inmutable frente a la acusación.

El argumento principal de la teoría de la carga dinámica de la prueba no contraviene ningún principio ni garantía constitucional, o bien las reglas del sistema probatorio clásico liberal sino que contribuye a desarrollar una estructura procesal para los sujetos procesales, más dinámica, especialmente la que se desarrolla en contra de las actividades de lavado de dinero u otros activos y el crimen organizado.

La teoría de la carga dinámica de la prueba confronta la práctica judicial, la gestión penal y las estrategias desarrolladas por los sujetos procesales, pero más propiamente las de la defensa, cuyo proceder debe ser revisado en torno a asumir una actitud más proactiva en relación con la acusación penal y no acomodarse en la inmutabilidad al amparo del derecho al silencio; esto es esencialmente oportuno de indicar, sobre todo cuando se tienen pruebas que demuestran la inocencia y desvirtúan el elenco probatorio que aporta la acusación, incluso antes de su producción en el proceso penal guatemalteco. Esperar que los elementos probatorios del Ministerio Público tengan falencias visibles al tribunal sentenciador o bien que no sean suficientemente convincentes para una sentencia condenatoria, no es ejercitar una defensa adecuada, sobre todo cuando el sistema penal

coyuntural en estos días, no solo el guatemalteco, sino el global, está diseñado para un basamento en prueba indiciaria que conlleva a inferencias que hacen deducir la culpabilidad.

Bibliografía

Cabanellas de Torres, G. (2014). Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires, Argentina: Heliasta SRL.

Cafferata Nores, I., & autores, y. o. (1996). Valoración de la prueba. Guatemala: Fundacion Mirna Mack.

Calderón Menéndez, R. A. (2013). La prueba en materia penal. Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal.

De Diego, J. (2008). La carga de la prueba. Buenos Aires: Rubinzal Culoni.

Florian, E. (1992). Proceso penal. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Muñoz Conde, F. (1993). Teoría del delito. Barcelona: Tirant lo Blanch.

Parra Quijano, J. (2004). Manual de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda.

Rocha Degreeef, H. (1997). Presunciones e indicios en el juicio penal. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Urbano Martínez, J. J. (2006). Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.

Vélez Mariconde, A. (1992). Derecho procesal penal. Buenos Aires, Argentina: Heliasta SRL.

**

LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LOS ESTÁNDARES DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

* Gilma Esperanza Valladares Orellana
Magistrada de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil

1. LOS DERECHOS POLÍTICOS

Por “derechos políticos” debe entenderse el conjunto de facultades pertenecientes al ser humano que le permiten el ejercicio pleno de la participación política. Los derechos políticos se distinguen de los derechos civiles porque mientras estos se refieren a los asuntos de índole privado, aquellos aluden a los asuntos de la vida pública de una comunidad política.

Jellinek manifiesta que “los derechos políticos permiten al ciudadano expresar de forma directa la voluntad estatal, o bien contribuir a la manifestación de ésta” (Jellinek, 1998, Pp. 217). Kelsen manifiesta que: “la esencia de los derechos políticos es dar al individuo un lugar en la formación de la voluntad social; son derechos humanos” (Kelsen, 2010, Pp. 239).

De esa forma, los derechos políticos como derechos fundamentales deben estar regulados y protegidos por los ordenamientos jurídicos por medio de los instrumentos procesales idóneos y además, requieren de un desarrollo de garantías y el fortalecimiento institucional que los hagan efectivos. Los derechos políticos poseen una estructura que incluye elementos de los derechos de libertad, ya que su ejercicio contribuye a la formación de la voluntad popular y a la integración de los órganos del Estado y en consecuencia, se refieren a la restricción del Estado de impedir su ejercicio de manera arbitraria o discrecional.

Asimismo, los derechos políticos son derechos de participación individual pero de trascendencia colectiva. De esta manera, en el ámbito de estos derechos se encuentran los que se ejercen de manera directa como el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, la iniciativa ciudadana, y también en la incorporación del propio ciudadano a los poderes del Estado; los de forma indirecta, mediante la elección de representantes, así como la participación en los asuntos públicos.

1.1 TIPOLOGÍA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

La tipología de los derechos políticos, generalmente coincidente en la doctrina, se centra en el reconocimiento de los derechos de voto (elegir libremente a sus representantes), ser votado (la posibilidad de ser electo para un cargo), de

asociación (el derecho para formar agrupación) y de afiliación (formar partidos políticos y contar con los derechos y obligaciones reconocidos en su normatividad).

Se consideran también derechos políticos, otros derechos humanos que estén vinculados con el ejercicio de aquellos; por ejemplo los de igualdad, de libertad de expresión, de petición, de información, etc. Además, los derechos políticos están estrechamente relacionados al concepto de democracia, principalmente de las democracias constitucionales que reconocen un mínimo de derechos.

1.2 GÉNESIS DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

En la teoría jurídica, los derechos políticos están catalogados como derechos de primera generación, es decir, en los derechos civiles y políticos. Surgieron de las dos grandes revoluciones, la norteamericana, con la Declaración de Independencia de 1776, y la francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Durante los siglos XVIII, XIX y XX, época de gestación de los derechos políticos, los Estados han configurado diversas limitaciones para su ejercicio, inclusive, todavía hace algunas décadas, sectores como las mujeres, los grupos raciales, las etnias, la posición económica o social, la falta de instrucción o determinado nivel de alfabetización, entre otros, constituyen impedimentos para su ejercicio.

La expresión derechos políticos también refiere a expectativas, principalmente de no sufrir lesiones, adscritas a los ciudadanos por las normas jurídicas, relacionadas con la participación de estos en la toma de decisiones públicas, las que en su conjunto fundan la representación política.

En décadas recientes con respecto a los derechos políticos (de mediados del siglo XX hasta la fecha) los Estados han reconocido a grupos históricamente vulnerables en sus legislaciones e implementado cuotas para facilitar y garantizar su inserción en los asuntos públicos y con la finalidad de que estén efectivamente representados. Las cuotas que generalmente se reconocen son las referentes al género, las raciales, las de comunidades o etnias indígenas, las de personas con capacidades diferentes, entre otras.

1.3 ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Actualmente no existe uniformidad en cuanto a los límites a los derechos políticos. La regulación al respecto atiende al contexto de cada país; sin embargo, existe coincidencia respecto a que en la imposición de esos límites se deben establecer medidas en contra de restricciones o suspensiones indebidas, aun por motivos de edad, residencia, nacionalidad, capacidad civil o psíquica, por causa de condena penal, por causa antidemocrática, de orden público, de seguridad nacional o del bien común.

En cada caso, esas restricciones deben reunir, entre otras características, la de ser proporcionales, idóneas, necesarias, jurídicas, racionales, objetivas, así como el de tener un fin y efecto útil.

La progresiva constitucionalización y posteriormente su internacionalización, fueron otorgando a los derechos políticos la entidad de derechos humanos, ya que reúnen características comunes a estos, como son: la universalidad (son aplicables a todo el género humano); la interdependencia (son un haz indivisible que merece un integrada consideración jurídica; es decir, que no existe un número cerrado y preciso de estos derechos); la indivisibilidad (no deben ignorarse en su defensa a los demás derechos); la progresividad (debe preferirse la norma que restrinja, en menor medida su ejercicio); la inherencia (al ser humano); la imprescriptibilidad (no están sujetos a plazo); la irrenunciabilidad (constituyen bienes indisponibles); y la integralidad (la contravención presume la violación de los demás).

En opinión de algunos autores como Ferrajoli, Bobbio y Garzón Valdés, los derechos políticos funcionan como límite de la actuación estatal, es decir, el Estado tiene la obligación de no hacer, de no impedir su ejercicio. Estos límites de la actuación del Estado también están estrechamente relacionados con los principios de mínima intervención y del bien jurídico. El reconocimiento del libre y efectivo ejercicio de los derechos políticos constituye un elemento condicionante para la legitimación del Estado democrático.

1.4 RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Los derechos políticos como visión integral del Derecho en un Estado constitucional, están reconocidos en diversos instrumentos tanto internacionales como regionales de derechos humanos entre los que se encuentran: a) La Carta Democrática Interamericana (arts. 2º, 3º y 6º); b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23); c) La Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art. XX); d) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21); e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1993 (art. 25); f) El Protocolo Número 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 3º); g) la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos -Carta de Banjul- (art. 13); h) El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (arts. 2º, 4º y 12); i) La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º inciso c); j) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 42, párrafo 3); k) La Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (art. 1); l) La Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, y m) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La transformación y continua mutación sociológica de los Estados ha conducido, en las últimas décadas, a la necesidad de replantear la titularidad de los derechos

políticos, entre otros aspectos se explora la posibilidad de su titularidad por los extranjeros.

2. LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LOS ESTÁNDARES DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Los derechos políticos como derechos fundamentales están reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 23:

Artículo 23. Derechos políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

A continuación, se analiza alguna jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Políticos:

2.1 DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

a. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (Art. 23.1.a de la CADH)

El artículo 23.1.a señala la universalidad de participación en los asuntos políticos directamente o por medio de representantes debidamente elegidos.

Este caso implica una contravención grave a los derechos políticos, en virtud de que comprende violaciones a los derechos humanos como el caso de desaparición forzada. Aborda una violación a los derechos políticos relacionados con la desaparición forzada de un dirigente político maya-Kaqchikel de Guatemala. El caso se consideró grave no solo por los efectos sobre la víctima, sino por la situación amenazante sobre las desapariciones de líderes comunitarios y políticos.

El Estado de Guatemala reconoció parcialmente su responsabilidad internacional por la violación de los derechos políticos. Este caso se ha considerado como representativa la limitación a los derechos políticos lato sensu, porque la víctima participaba en política electoral, pero a la vez, era un líder comunitario. Su

desaparición se dio en 1981, en el gobierno del General Romeo Lucas García, en el cual se implementó de manera fuerte una doctrina de seguridad nacional que desarrollaba la noción del concepto de enemigo interno, y en un contexto bastante fuerte de conflicto armado.

Especialmente a inicios de los años ´80 se realizaron actos de diversa naturaleza con la intención de limitar el sistema organizativo indígena, entre los que se dio la desaparición forzada de líderes comunitarios. La víctima ocupaba el cargo de Alcalde del Municipio de San Martín Jilotepeque, habiendo sustituido al Alcalde anterior quien también fue desaparecido. La utilización del terror como instrumento de represión amedrentando a la comunidad, se daba en coherencia con la política del Estado de Guatemala de señalar a algunas comunidades indígenas como cooperantes de la guerrilla o grupos insurgentes. En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que a la víctima se la desapareció por la razón de que se le consideraba un enemigo interno debido a sus actividades como dirigente político y líder comunitario.

En este caso particular, la Corte Interamericana desarrolló el concepto de desaparición forzada como forma de represión absoluta de los derechos políticos. Así, la Corte consideró que se presentaba una doble violación de los derechos políticos. Por un lado, la privación completa de su ejercicio individual y por otro, la aniquilación de las estructuras políticas. Los solicitantes alegaron que se había limitado el derecho de la comunidad indígena Quimal de San Martín Jilotepeque, de una forma similar al de la comunidad Yatama, al haberse afectado el derecho de participación política de la comunidad.

Al analizar las pruebas, la Corte dedujo que el móvil de la desaparición de la víctima fue la desarticulación de la forma de representación política en función de preservar la doctrina de seguridad nacional imperante en el Estado de Guatemala. También, la Corte entendió que la representación política es un prerequisite para la realización de aspectos básicos de la inclusión de grupos en condiciones de desigualdad, así como para garantizar su autodeterminación y el desarrollo de los pueblos indígenas dentro de un Estado plural y democrático.

2.2 DERECHO AL VOTO Y A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICO-ELECTORAL EN CONDICIONES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

a. Caso Yatama vs. Nicaragua (art. 23.1.b CADH)

El artículo 23.1.b establece el derecho de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

En el caso Yatama se señala que el derecho a ser elegido al regularse mediante ley, debe garantizar condiciones de igualdad en circunstancias de participación y de representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias. En este

caso, la distinción discriminatoria consistió en impedir la presencia electoral a organizaciones alternativas a los partidos políticos, que eran propias de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua.

Este caso se refiere a la violación de los derechos políticos-electorales de la organización indígena Yatama, a la que el Estado le impidió participar en las elecciones municipales del año 2000, a través de candidatos elegidos de conformidad con sus propios usos y costumbres, omitiendo consideraciones particulares sobre la presencia de la comunidad indígena en los municipios vinculados a procesos electorales.

Los miembros de la comunidad indígena buscaban presentarse a puestos de carácter local, como candidatos a Alcaldes, Vicealcaldes y Concejales representados por el partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanuh Asla Takanka o Yatama, el término significa hijos de la madre tierra; en las regiones autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur. En este caso existe un marco de reconocimiento de la autonomía indígena en Nicaragua que fortaleció el argumento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la violación al artículo 2 de la Convención Americana, debido a que el Estado no había previsto normas de carácter electoral para facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de acuerdo con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de dichos pueblos indígenas, que además, diferían considerablemente del proceso de elección de los candidatos en los partidos políticos, al constituirse de forma comunitaria con base en asambleas integradas por la Asamblea de Familias y dirigida por el Consejo Comunal.

Yatama ya había participado bajo fórmulas permitidas en la legislación electoral anterior, concretamente como Asociación de Suscripción Popular, institución que desapareció por una reforma a la ley electoral en el año 2000.

La Corte IDH manifestó que el derecho al sufragio pasivo se regularse mediante ley, debe garantizar condiciones de igualdad en circunstancias de participación y de representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias, como ha sido impedir presencia electoral de organizaciones alternativas a los partidos políticos, que eran propias de las comunidades indígenas de la costa atlántica de Nicaragua.

La Corte IDH recurrió a dos criterios primordiales en la resolución de casos de derechos humanos por parte de tribunales internacionales:

a) El criterio consensual: es el criterio de apreciación mediante el cual el tribunal internacional acude a las instituciones de Derecho interno para la aplicación de los tratados; al marco normativo doméstico, especialmente de tipo constitucional, de tal suerte que atenderá al contexto de esta legislación para verificar la amplitud o restricción de determinado derecho.

Así lo manifestó en el párrafo 205:

De conformidad con lo establecido en el art. 29.b de la Convención Americana, la Corte considera que para garantizar la efectividad de los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica como lo son las presuntas víctimas en este caso, Nicaragua debe tomar en cuenta la protección específica establecida en los artículos 5, 49, 89 y 180 de la Constitución Política y en el artículo 11.7 del Estatuto de Autonomía de las regiones de la Costa Atlántica.

b) El criterio de interpretación pro persona: las normas sobre los derechos humanos se consideran como un conjunto de estándares mínimos que generan sistemas normativos de reenvíos hacia otros ordenamientos con los que se integran en la medida que se amplía su cobertura a favor de las personas; es el sentido de la integración en un bloque de constitucionalidad, y del principio de interpretación conforme, que han sido asumidos por una buena parte de las constituciones de la región, y el criterio que en función de estos diseños normativos permite determinar la norma prevalente en caso de antinomias. Las cláusulas que posibilitan este reconocimiento se han establecido en las cartas fundamentales sobre derechos humanos (tratados internacionales o constituciones) y en el caso concreto implicaría que la CADH remite a los ordenamientos nacionales si encuentra fundamento protector en ellos, como establece el criterio interpretativo del artículo 29.b y da cuenta también el citado párrafo 205.

Además, la Corte Interamericana señaló que ante la exclusión de Yatama en las elecciones sin una justificación objetiva y razonable, estaba de por medio también la contravención al artículo 24 sobre el derecho a la igualdad frente a la ley, y que la vulneración de ambos dispositivos -23 y 24- de la CADH constituyen una contravención al principio de igualdad como prohibición de discriminar, categoría que ha ingresado en el dominio del *ius cogens*, como lo ha señalado a partir de la jurisprudencia dictada en la opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

En este caso, el Juez Sergio García Ramírez emitió un voto concurrente en el que resalta la necesidad de superar una mera igualdad formal, que deja intacta o solo disimula la discriminación. El concepto que ha tratado de desarrollar en su voto es el de una igualdad que supere la simulación de lo que ha definido como declaraciones de igualdad inexistentes e inaplicables, siendo necesario crear una circunstancia para que sea posible alcanzar los objetivos que persiguen los derechos humanos en el terreno político.

2.3 ACCESO Y PERMANENCIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LOS CARGOS POLÍTICOS

a. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela (art. 23.1.c CADH)

En este caso se aborda la destitución arbitraria de la Juez María Cristina Reverón Trujillo en octubre del año 2004 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Si bien la Comisión IDH no incluyó dentro de los artículos que consideraba violados de la CADH el artículo 23, los interesados solicitaron su inclusión, alegando su violación en virtud de que la señora Reverón fue tratada de manera desigual frente a su derecho a ingresar y permanecer en funciones públicas, en este caso, al negársele participar en el proceso en que podría haber adquirido el carácter de juez titular.

Continuando con la jurisprudencia en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH reiteró que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, implica también el acceso directo a la participación en funciones públicas, refrendando su criterio de que los Estados deben generar condiciones e implementar mecanismos para que los derechos políticos se ejerzan de manera efectiva, respecto al principio de igualdad y no discriminación.

En virtud de que este caso se refiere al cese de una funcionaria, el Estado en su momento manifestó que la protección del artículo 23.1.c no se extendía a la permanencia en el servicio público. Sin embargo, la Corte IDH, siguiendo la misma línea jurisprudencial del caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, manifestó que el Derecho se extiende a la permanencia, ya que solo garantizar el acceso sería insuficiente. Asimismo, estimó que la diferencia de trato entre jueces titulares y provisionales no respondía a un criterio de razonabilidad, y que por tanto, se había violado el artículo 23.1.c de la CADH en relación con las obligaciones de respeto y garantía del artículo 1.1 de dicho instrumento.

2.4 LAS CALIDADES DE LOS SUJETOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

a. Caso *Castañeda Gutman vs. México*

En este caso, puede representarse una reivindicación desde sujetos que no encuadran en el tradicional sistema de representación electoral. Se trata de un candidato independiente buscando espacios en el terreno de la contienda electoral monopolizado por los partidos políticos, aunque, a diferencia del caso *Yatama vs. Nicaragua*, sin representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones.

Este caso evidencia la dificultad para ampliar distintas formas de ejercicio del sufragio pasivo mediante excepciones a la normativa interna que no se han considerado discriminatorias para efectos de la Convención Americana. Se trata de una colisión entre los derechos contenidos en el artículo 9 (derecho de asociación) y el artículo 35 fracción 2 (derecho al sufragio) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; esto es, si el derecho al voto pasivo requiere

necesariamente la dimensión asociativa como se infiere de la legislación de la materia, concretamente el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de la normativa interna mexicana que señalaba en su artículo 176 párrafo 1 (actualmente artículo 218.1) que corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular.

La conclusión de la Corte IDH, además de que las causales taxativas de regulación pueden permitir ampliaciones compatibles con la CADH, ha sido que los modelos electorales que permiten o prohíben las candidaturas independientes, no vulneran la CADH, siempre y cuando se garantice el derecho y oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad.

En este caso se está frente a la institución del margen de apreciación nacional que la Corte IDH ha sido reticente a aceptar en su desarrollo jurisprudencial, pero que se ve con claridad en esta resolución.

A través de este principio, se permite que el Estado establezca sus propios criterios de actuación respecto a temas no muy desarrollados aun por el Derecho común inherente a los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos. De esta manera, utilizando este principio, para la Corte IDH un sistema que prohíbe, o que permite las candidaturas sin vinculación a partido político alguno, puede ser compatible con la CADH:

Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en término de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. La Corte considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente de cómo se regulen los aspectos mencionados anteriormente de las candidaturas independientes o de la regulación de las candidaturas presentadas por partidos. (Párr. 200)

Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cual sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales (Párr. 204)

No obstante, el caso Castañeda ha develado la necesidad de incluir el acceso a la justicia como condición indispensable para el ejercicio de los derechos políticos, al estimar la Corte IDH que la prohibición de candidaturas independientes no constituya una violación a esa disposición (art. 23 CADH), si desarrolló las condiciones del derecho de acceso a un recurso judicial efectivo para dotar de

contenido las condiciones de ejercicio de los derechos políticos de cara a este derecho previsto en el artículo 25 de la CADH.

2.5 INHABILITACIONES Y DERECHOS POLÍTICOS

a. Caso López Mendoza vs. Venezuela

Este caso trata sobre la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por vía administrativa del señor López Mendoza y su subsecuente participación en las elecciones regionales del año 2008. Las víctimas también ampliaron las violaciones en lo que se refiere al artículo 23 de la CADH para incluir el derecho a ser elegido por voto secreto que garantizara la libre expresión de la voluntad de los electores, y la no limitación de los derechos políticos más que por sentencia definitiva emitida por juez competente y bajo las reglas del debido proceso.

Leopoldo López Mendoza se desempeñó como Alcalde del Municipio de Chacao, del año 2000 al año 2008, periodo en el que ganó dos elecciones. Posteriormente buscó postularse para la alcaldía del Estado mayor de Caracas; sin embargo, pendían sobre él dos sanciones de inhabilitación impuestas por la contraloría, una por su participación en la empresa estatal Petróleos de Venezuela, S.A. y otra por su labor como Alcalde.

El centro de la disputa recae sobre las restricciones a postularse a cargos públicos debido a la inhabilitación de la contraloría y sin la condena firme de un Juez penal competente de conformidad con el artículo 23.2 de la Convención Americana, lo que significó, según la Comisión Interamericana, una restricción al derecho al sufragio pasivo.

La Corte IDH señaló que en Este caso se está ante una restricción de los derechos políticos contenidos en el artículo 23.1 (sufragio pasivo concretamente), sin tomar en cuenta los requisitos del artículo 23.2, por lo tanto, se está ante una interpretación integrada de la disposición. No obstante ello, el juez García Sayán emitió voto concurrente desmarcándose de la apreciación taxativa del artículo 23.2 al señalar que la referencia a un juez penal no es taxativa y que otros órganos, entre ellos menciona específicamente a la justicia electoral, pueden establecer restricciones a los derechos políticos de conformidad con la Convención Americana y ser también compatibles con esta.

Debido a que la Corte IDH señaló que se vulneraron los derechos políticos del señor Leopoldo López Mendoza, dentro de las reparaciones se incluye su rehabilitación política y, por tanto, que se garantizará la posibilidad de que participe en los próximos comicios electorales.

3. ALGUNOS COMENTARIOS SUCINTOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN MATERIA DE DERECHOS POLÍTICOS

Los derechos políticos en el ámbito interamericano están previstos en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales implican, entre otros aspectos, el derecho a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, así como al de acceder a las funciones públicas. El contenido y alcances de estos derechos han sido objeto de interpretación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH ha señalado que los derechos políticos propician el fortalecimiento de la democracia y fomentan pluralismo político (Yatama vs. Nicaragua). En los derechos políticos, conforme a la jurisprudencia interamericana, se encuentran: el de participación política, que puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, como el de influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. En cuanto al derecho a ser elegido y el de votar, la CIDH ha señalado que están íntimamente ligados entre sí, y constituyen la expresión de las dimensiones tanto individual como social de la participación política (Yatama vs. Nicaragua; Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos)

Para la CIDH, el Estado tiene el deber de garantizar el goce de los derechos políticos, deber que no se satisface únicamente con la expedición de la norma que los reconozca formalmente, sino para ello se requiere que el propio Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran determinados sectores o grupos sociales (Yatama vs. Nicaragua y Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos).

Los derechos políticos no deben limitarse en cuanto a su alcance pleno, de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria esa participación; lo que privaría a los derechos políticos de su contenido esencial.

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen por sí mismo una restricción indebida. La CIDH ha establecido que los derechos políticos" no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones; su reglamentación debe observar, al menos, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. Las restricciones a los derechos políticos deben preverse en una ley; no ser discriminatorias; basarse en criterios razonables; atender a un propósito útil y oportuno que torne necesaria esa norma, y estar encaminadas a satisfacer un interés público imperativo y proporcional a ese objetivo (Yatama vs. Nicaragua).

Para la CIDH, la democracia representativa es determinante en todo sistema, constituye un principio reafirmado por los Estados americanos y previsto en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). La relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos, en particular, quedo plasmada en la Carta Democrática Interamericana.

El Estado tiene la obligación de garantizar, con medidas positivas, que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos, para ello, señala la CIDH, es indispensable que el Estado genere condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ejercer de forma efectiva. En ese sentido, la CIDH ha expuesto que la CADH se limita a establecer determinados estándares, dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos. El ejercicio de los derechos políticos, en su vertiente de acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, está referido tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

En cuanto a la posibilidad de que los Estados puedan reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, exclusivamente en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal, la CIDH ha sostenido que la finalidad de estas previsiones es evitar la discriminación de los individuos en el ejercicio de los derechos políticos, aunado a que se trata de la imposición de condiciones habilitantes que la ley puede imponer para su ejercicio, las cuales son comunes en la región. La CADH impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas encaminadas a cumplir con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos políticos, así como el deber de adoptar medidas en su derecho interno. Para que los derechos políticos puedan ejercerse, los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones, formalidades y directrices que hagan posible el ejercicio de esos derechos, como el de votar y ser votado.

La obligación de los Estados de garantizar los derechos políticos resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y de la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el art. 23 de la CADH Sin esa acción, en términos de la CIDH, los derechos políticos, como también otros previstos en la CADH (protección judicial), son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque por su misma naturaleza resultan inoperantes sin una detallada regulación normativa, e incluso sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les de la eficacia que reclaman (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). La obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos políticos, reconocidos en la CADH, también implica el deber de organizar el aparato gubernamental y sus estructuras, a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. Así, para la CIDH los titulares de los derechos políticos son los ciudadanos (*López Mendoza vs. Venezuela*).

La CADH ha establecido lineamientos generales que determinan el contenido de un mínimo "derechos políticos" y permite a los Estados, para que dentro de los parámetros convencionales, que los regulen de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las cuales pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad en distintos momentos históricos (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*); no obstante ello, la CIDH ha validado condiciones de inelegibilidad, con base en que las limitaciones o

prohibiciones para el ejercicio de los derechos políticos constituyan una norma de defensa común internacional para la consolidación democrática de la región.

REFERENCIAS

1. Jellinek, Georg. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.
2. Hans, Kelsen. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. UNAM. México. 2010.
3. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C. No. 212.
4. Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C. No. 127.
5. Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C. No. 197.
6. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C. No. 184.
7. Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C. No. 233.

**

¿SERÁ NECESARIO REFORMAR LA CONSTITUCIÓN GUATEMALTECA PARA FORTALECER EL SISTEMA JUDICIAL?

* Benicia Contreras Calderón
Magistrada de la Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal en Materia
Tributaria y Aduanera

INTRODUCCIÓN

Con el presente ensayo, se realiza un estudio de los procedimientos que contempla la Constitución de Guatemala para reformar aquellas normas contenidas en ésta y que lo permitan, además que órganos serían los competentes para hacerlo, marcándose la diferencia entre poder constituyente y poder constituido.

Los mecanismos de reforma constitucional siempre van a estar regulados en la propia Constitución, como una vía de control político y jurídico convalidado dentro de un contexto de libertad y democracia, con la previsión de dar una respuesta ante una probable crisis de índole política, jurídica, social o económica.

En Guatemala, en el año 2015 se dio una crisis política de mucha trascendencia nacional, derivada de acusaciones de actos de corrupción cometidos por funcionarios del gobierno de turno, encabezados por el Presidente y la Vicepresidenta de la República, lo que originó una serie de manifestaciones públicas y pronunciamientos recios de diferentes sectores y se vino la discusión y cuestionamiento sobre sí la Constitución y su forma de regular el poder ejecutivo, legislativo y judicial, cumplía con su cometido de una vida democrática en búsqueda del bien común de la persona humana.

A partir de ese año, hasta la presente fecha, diferentes sectores tienen en sus agendas algunas iniciativas de reforma constitucional, y por supuesto, que el poder judicial no escapa de ello, porque se tiene la percepción que el Organismo Judicial, inclusive la Corte de Constitucionalidad, por la forma en que se conforman sus Cortes y el tiempo limitado en su ejercicio, no imparte una justicia acorde a la Constitución y sus leyes, sino conforme a las circunstancias de factores externos, dejando de ser el pilar fundamental de peso y contra peso para los otros poderes del Estado. Y la zozobra política continúa con un ambiente de ataque en cuanto oportunidad pueda surgir y aprovecharse para lograr una reforma constitucional.

De estos sucesos, surge la inquietud de nuestra pregunta, para el presente análisis: ¿será necesario reformar la Constitución para fortalecer el sistema judicial? Y su enfoque está dirigido al Organismo Judicial, como un Poder del Estado, por

considerar que sí en éste hay fortaleza, no hay necesidad de reforma en el Poder Ejecutivo y Legislativo.

La metodología del trabajo, comprendió diferentes lecturas de carácter constitucional en cuanto a su fuerza normativa y los procedimientos de reforma contemplados, apreciándose la mayor o menor complejidad de cada país para su reforma constitucional.

Por otro lado, también se hace acopio de nuestra experiencia judicial, por veintiocho años en el ejercicio de la judicatura, actualmente en la magistratura de corte de apelaciones, lo cual se estima que nos permite exponer con propiedad la temática de este trabajo.

Referiremos para una mejor comprensión, los procedimientos de reforma constitucional que regula la Constitución de Guatemala; luego, por su pertinencia, los antecedentes de la carrera judicial en Guatemala, para concluir con nuestra postura sobre esa necesidad de reforma constitucional del poder judicial.

PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL REGULADOS EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

La Asamblea Nacional Constituyente, como poder constituyente por supuesto, pretendía dejar bases o cimientos firmes para consolidar un Estado democrático, republicano, representativo y con visión de país civilizado, vigente en

el tema de los Derechos Humanos y en pro de la finalidad del bien común, pues como poder constituyente originario era su deber y obligación, para que el poder constituyente derivado no derrumbara fácilmente aquéllas bases ni se sujetara a los vaivenes políticos o sociales que pudieran surgir. La intención de toda Constitución, al menos así debe ser su pretensión, es perdurar y prolongarse durante el mayor tiempo posible.

¿Por qué? Es de considerar que no es fácil elaborar normas constitucionales, pues constituyen el pacto social de la República o del Estado, también su proceso de construcción demanda una organización nacional y un gasto público oneroso, además de todo el recorrido que implica su génesis, acuerdos y visiones de larga data que van desde lo político, jurídico, social y económico, factores determinantes y que no pueden ignorarse en un momento crucial de elaboración de una norma de esta clase y alcances diversos.

Luego, otro factor también a consideración, es la redacción y claridad que debe caracterizar a una norma constitucional, porque vendrá otro momento de esa norma al adquirir vigencia, que es la interpretación de la norma, ahí adquiere vida propia y ya veremos si fue acertada o desacertada su elaboración, porque aquí intervienen otros actores, entiéndase Corte Suprema de Justicia y en Guatemala como intérprete supremo de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad.

Toda Constitución contiene cláusulas con características, de rígida, flexible o pétrea, la de Guatemala corresponde con algunas normas de esta clasificación.

Guatemala, como Estado independiente y República, comienza su ruta constitucional con la primera constitución del 11 de octubre de 1825; para efectos del trabajo de investigación, nos interesa la Constitución de 1985, vigente a la fecha.

LA CONSTITUCION Y MODALIDAD DE SUS CLAUSULAS

La Constitución como pacto social de una nación, tiene su estructura que, dentro de una concepción clásica, se encuentra comprendida por el preámbulo y la parte dogmática y orgánica. Sus normas vienen a ser cláusulas, que en atención a sí pueden ser objeto de reforma o no, además de quien puede hacer esa tarea, también la doctrina les ubica dentro de una clasificación, denominándolas así: Rígidas, Flexibles y Pétreas.

La Cláusula Constitucional Rígida, es aquella que no puede modificarse mediante procesos ordinarios o incorporan procesos que dificultan su modificación. Crean tensión jurídica y social, sin embargo, es necesaria para crear la estabilidad política, y es de permitir su vigencia por un largo período.

En tanto una Cláusula Constitucional Flexible, es aquella que puede ser reformada a través de una ley ordinaria. Puede crear caos, sin embargo, se aduce como ventaja, el hecho de la dinámica en los cambios que se producen dentro de la sociedad, éstos son inevitables y la Constitución debe estar también al día con la dinámica social.

A estimación nuestra, esa flexibilidad representa más un riesgo que un beneficio, por el elemento político, propio y característico de una Constitución.

Una Cláusula Constitucional Pétreo, es aquella que no puede ser reformada. Se mantiene la potestad originaria de la asamblea constituyente. Es intocable por el legislador ordinario.

Las Constituciones de diversos países, están conformadas con cláusulas constitucionales como las referidas, regularmente las ubican en el último título del cuerpo constitucional, por supuesto, Guatemala también contiene una regulación similar, como se especifica a continuación.

LA CONSTITUCION DE GUATEMALA Y LA MODALIDAD DE SUS CLAUSULAS

Normas Constitucionales Rígidas, en atención a lo que establece el artículo 278, corresponden el propio artículo 278 y los relativos a los derechos individuales, comprendidos del artículo 3 al 46. Pueden reformarse, pero únicamente a través de una Asamblea Nacional Constituyente, con la aclaración que el artículo 277, regula quienes tienen el poder de iniciativa para proponer reforma constitucional, limitándolo al Presidente de la República en Consejo de Ministros; diez o más diputados al Congreso de la República; la Corte de Constitucionalidad; y el pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por los Registros de Ciudadanos.

Con respecto a la petición de reforma constitucional por parte del pueblo, Guatemala tiene una experiencia sobre la misma, con resultado negativo, pese a que se acudió a la Corte de Constitucionalidad, planteándose la respectiva acción de amparo contra el Congreso de la República, toda vez que el Congreso no cumplió con el trámite de dicha petición.

La Corte de Constitucionalidad se pronunció de esta manera:

“En el último de los supuestos de ese artículo (277), que es el que interesa para el caso en particular, la iniciativa para proponer reformas al Texto Fundamental ha sido otorgada a no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos. Debe entenderse que tal facultad, por el tenor literal del precepto, es necesario que sea ejercitada en forma conjunta por el número de ciudadanos que se refiere. Esa misma razón provoca que las acciones que de aquella facultad deriven también deban ejercitarse conjuntamente o bien por delegación expresa que todos los legitimados efectúen en una o en varias personas. En el caso que se analiza José Roberto Ibarra Rodríguez, Arne Rainer Sapper Cordua, Guillermo Waldemar Méndez López, Andrés Ayau García, José Carlos Pomes Timeus y Ricardo Sagastume Morales comparecen a pedir amparo asegurando que: “el 27 de marzo de 2009, la asociación Pro-Reforma presentó al Congreso de la República una petición proponiendo reformas a la Constitución Política de la República. En una iniciativa del pueblo soberano con la firma de 73,193 ciudadanos. Esta iniciativa se conoció como Iniciativa 4028.” (Folio 5 del expediente del proceso de amparo.)

Acuden a solicitar amparo asegurando que el Congreso de la República incumplió con dar a esa solicitud, el trámite que el Texto Fundamental establece para el efecto. En la parte inicial de su escrito, específicamente en el apartado de “OBJETO” afirmaron: “Con la calidad ya acreditada, promovemos amparo contra el Congreso de la República...” (folio 2 del expediente de amparo). Pese a la anterior afirmación –de que acreditaban la calidad con que actuaban- no aparece en el expediente formado ante esta Corte, documento en el que conste que por lo menos cinco mil de los ciudadanos que ejercieron su derecho de solicitar reforma al Texto constitucional hayan conferido representación a los ahora postulantes. Este extremo impide que pueda reconocerse legitimación a los presentados para ejercer, en lo individual, un derecho que la Constitución reconoce que debe ejercitarse en forma conjunta por un número determinado de ciudadanos. Tal como quedó asentado al inicio de este considerando, los entes a los que aquel precepto constitucional legitima para gestionar ante el Congreso de la República para que se modifique el texto constitucional deben ejercer su derecho cumpliendo las condicionantes que ese mismo precepto impone.”

Gaceta 112. Expediente 3265-2012. Fecha de sentencia: 30/04/2014.

Estimamos que la realidad subyacente de la anterior resolución, obedeció a un desinterés político, escudándose en la ausencia de un requisito formal, que podría mandarse a subsanar de haber existido interés o voluntad política. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en muchas de sus resoluciones deja entrever su interés político, más que jurídico, algunas veces para o bien, otras no tanto.

Esta asociación Pro Reforma, pretendía una reestructura de los poderes del Estado, a la presente fecha continúa vigente esa necesidad de reforma constitucional, sin embargo, por diversas razones queda en agenda pendiente.

En cuanto a lo regulado por el artículo 278: Se permite la reforma de este artículo y los relativos a los derechos individuales de la persona humana, comprendidos del artículo 3 al 46. Pero pueden reformarse, bajo estas condiciones:

- Es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoquen a una Asamblea Nacional Constituyente.
- En el decreto de convocatoria señalará el artículo o los artículos que haya de revisarse.
- Comunicará al Tribunal Supremo Electoral para que fije la fecha en que se llevarán a cabo las elecciones dentro del plazo máximo de ciento veinte días, procediéndose en lo demás conforme a la Ley Electoral Constitucional.

De esta norma constitucional, también la Corte de Constitucionalidad, ha dado su interpretación, bastante explícita y didáctica a nuestro criterio, marcando la diferencia del poder constituyente y el poder constituido, siendo pertinente ésta, porque dicha norma faculta al Congreso de la República con determinado número de diputados, (poder constituido) únicamente ejercer un poder de convocatoria; siendo una Asamblea Nacional Constituyente (poder constituyente) quien deberá aprobar las reformas constitucionales que correspondan.

Señaló la Corte de Constitucionalidad, lo siguiente:

“La posibilidad de acudir a reforma, total o parcial, de la normativa constitucional lleva a advertir la línea que separa al poder constituyente del poder constituido o de reforma, partiendo del principio de que ambos tienen diferente sustento. En efecto,

el primero es el poder originario en sentido estricto, creador del texto fundamental por un acto unilateral supremo, de carácter predominantemente político, en tanto que el segundo es poder derivado o constituido, creado por el primero y, por ende, con limitaciones de carácter jurídico por su vinculación con los límites de procedimiento que, para la reforma constitucional, es preciso respetar. De ahí que para reformarla se deba cumplir con el procedimiento establecido y respetar los límites que la propia norma fundamental establece.

Esta distinción entre poder constituyente y poder constituido viene precisada no sólo por la doctrina contemporánea (...) sino por jurisprudencia de tribunales en países de similar estructura constitucional que el nuestro, a cuyo efecto puede citarse la sentencia setenta y seis diagonal mil novecientos ochenta y tres (76/1983) de cinco de agosto de mil novecientos ochenta y tres del Tribunal Constitucional de España, que afirmó: *Lo que las Cortes (equivalentes de Congreso) no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente.

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente, objetivadas en la Constitución, no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador.

Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél(...) Sobre el particular se debe, en primer lugar, reconocer que el Congreso de la República tiene facultad para constituirse en poder constituyente derivado, con capacidad para aprobar textos de reforma de la Constitución Política, exceptuando los referidos en el Capítulo I del Título II y sus artículos 278 y 281 (...)."

Gaceta 51. Expediente 931-98. Fecha de sentencia: 08/02/1999.

Asimismo, se contempla otra modalidad de reforma constitucional, que no sean las normas antes indicadas, pero también se manifiesta la dificultad de la reforma, toda vez que le permite esa facultad al Congreso de la República, según el artículo 280, realizar reformas de otras normas constitucionales, con la condición de contar con el voto afirmativo de la mayoría calificada de diputados, que son las dos terceras partes del total de diputados, (160 en Guatemala) empero, tales reformas deben ser ratificadas mediante consulta popular. Aquí está la cuesta arriba, difícil hacerlo realidad. Ya se tuvo una experiencia en 1999, cuya consulta popular tuvo una respuesta del NO.

Normas Constitucionales Pétreas, en atención a lo estipulado en el artículo 281, el cual estipula que no son reformables, en ningún caso, los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186, 187, éstos se refieren a la forma de gobierno, soberanía, desconocer al presidente de la república, una vez vencido su período constitucional, prohibición de optar a la presidencia o vicepresidencia, la prohibición de reelección presidencial.

Aquí, es necesario resaltar que esta norma (281) es de carácter flexible; si bien es cierto que se regula la no reforma, en ningún caso y por ninguna vía, también lo es, que no le dieron carácter de pétreo al propio artículo 281, como lo establecieron para el artículo 278; lo pétreo lo especificaron para determinados artículos; entonces en un plan de “abogado del diablo”, podría intentarse una reforma constitucional del 281 y se estipularían otras condiciones.

En el ámbito político todo puede suceder, el tiempo nos lo dirá. Tal situación se logra establecer con la investigación y su análisis que implicó realizar este trabajo, para abordar la necesidad de reforma constitucional relacionada con el Organismo Judicial, por lo que es de abordarse el tema de la Carrera Judicial en Guatemala.

LA CARRERA JUDICIAL EN GUATEMALA

En el año 1986, Guatemala inició su recorrido constitucional democrático, con la promulgación de una nueva Constitución Política para regir su destino político, jurídico y económico – social; como su preámbulo lo indica, se hizo “afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social”.

En ese sentido, se crean las estructuras institucionales necesarias para la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, bajo principios democráticos, aspiración que relaciona el sistema de justicia, como pilar fundamental del mismo, por ello su regulación en el Capítulo IV lo relativo al Organismo Judicial, artículos 203 al 222 de nuestra Constitución Política.

En este apartado, se crea el marco constitucional con énfasis en el principio de independencia judicial e inamovilidad, con jueces y magistrados con cualidades de honorabilidad y calidad académica para el ejercicio del cargo; sin embargo, transcurridos los años, la experiencia nos ha evidenciado la fragilidad del sistema de justicia guatemalteco, desde la propia cúpula judicial, es decir Corte Suprema de Justicia, Corte de Apelaciones y las judicaturas de primera instancia y de paz, originada inicialmente por el período determinado de años, (5 años) que tiene tanto

un nombramiento de juez de primera instancia, como la elección de magistrado de corte de apelaciones, y nos referimos a éstos funcionarios judiciales, porque a nuestra consideración, el nombramiento o elección debería ser vitalicia, para una real independencia judicial e inamovilidad del cargo; lo cual en Corte Suprema de Justicia, cuya elección se caracteriza por su alto ingrediente político, tal condición le ubica dentro de un contexto con diferentes matices y aquí estriba la necesidad de una reforma constitucional.

Esta Constitución estableció la carrera judicial y ordenó crear la ley respectiva para regular esta materia. Fue promulgada la Ley de la Carrera Judicial, en el año de 1999 (Decreto 41-99), trece años después de la vigencia de la Constitución; desde este dato, puede apreciarse el desinterés del Estado a través de sus diferentes estamentos, en mantener la fragilidad del sistema de justicia, por razones extrañas o convenientes para algunos sectores del país, que pueden ser de fuerza política, social o económica.

En dicha ley ordinaria, se crearon mecanismos para mantener por parte de las altas autoridades, un control jerárquico, materializado a través de un sistema de ponderación o evaluación judicial del desempeño del juez de paz y del juez de primera instancia, mecanismo que permite la no renovación del nombramiento del juez, lo que se traduce en inestabilidad laboral.

En relación a las magistraturas no se realiza la evaluación del desempeño por la razón que su elección no está vinculada al desempeño del cargo, sino a otros intereses que se tiene para ser electo; otra fragilidad del sistema, a nuestro parecer, porque de igual manera, es latente la inestabilidad laboral y la falta de credibilidad en la administración de justicia.

A la presente fecha, nos encontramos bajo la regulación de una nueva Ley de la Carrera Judicial, -Decreto 32-2016- cuya vigencia se inició el 26 de noviembre del 2016, no obstante, por deficiencia legislativa hubo necesidad de su reforma inmediata y se creó el -Decreto 17-2017- cuya vigencia inició el 24 de octubre de 2017. Sobre el decreto 32-2016, se presentaron ante la Corte de Constitucionalidad, acciones de inconstitucionalidad, mismas que prácticamente fueron declaradas sin lugar, por lo que es de concluir que dicho Decreto se encuentra vigente y positivo en el ordenamiento jurídico guatemalteco, cuya intención está dirigida al fortalecimiento de la carrera judicial, con una auténtica independencia judicial en sus factores internos y externos, por lo cual nos encontramos ante una coyuntura especial en la presente fecha, los magistrados de corte de apelaciones y corte suprema de justicia, al quedar suspendidas las funciones de las comisiones de postulación, mediante resolución emanada de la Corte de Constitucionalidad, y no contar con los magistrados sustitutos para entregar el cargo, por lo contemplado en el artículo 71 de la Ley del Organismo Judicial. La pretensión es dar cumplimiento a postulados contenidos en la Ley de la Carrera Judicial, en cuanto al derecho preferente y equitativo para integrar las Cortes con los magistrados y jueces de carrera judicial. Ya veremos su desarrollo por parte de las Comisiones de Postulación.

EL CONSEJO DE LA CARRERA JUDICIAL

Guatemala, es un país con una historia de guerra civil, con un conflicto armado interno cuya duración fue bastante prolongada, aproximadamente treinta y seis años; período de guerra que permitió crear un Estado represivo, sin libertad y sin garantías constitucionales; se tenía el ordenamiento constitucional y legal, pero las instituciones no operaban, ni resolvían, por el temor y miedo imperante en esa época.

Infinidad de situaciones ilegales sucedidas en esa época, cuyos resabios o secuelas aún se viven, no obstante, los Acuerdos de Paz que se lograron firmar entre los Representantes del Estado y los correspondientes líderes de los grupos insurgentes del Estado. Los Acuerdos de Paz, obligaron a la creación de visiones políticas y de desarrollo integral del ciudadano guatemalteco, dentro de un proyecto de nación, bajo principios propios de la democracia y ciudadanía participativa.

En los Acuerdos de Paz quedó establecido el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática y, de ello deviene la Ley de la Carrera Judicial, con la idea de contarse con una administración de justicia con características de imparcialidad, objetiva y en condiciones de igualdad para los intervinientes de un proceso, siendo en 1999, que se emite la primera ley de la carrera judicial y el primer Consejo de la Carrera Judicial, con facultades para dirigir los procesos administrativos inherentes a las responsabilidades del Juzgador.

Hoy, como ya se indicó, se tiene otra Ley de la Carrera Judicial, (Decreto 32-2016 y sus reformas del Decreto 17-2017) con un Consejo de la Carrera Judicial, cuya conformación quedó integrada así:

Un representante de la Corte Suprema de Justicia, electo por el pleno de la Corte, cuyo representante no puede ser integrante de esa Corte; un magistrado de la Corte de Apelaciones; un juez de primera instancia; un juez de paz; todos ellos electos entre sus pares; culmina su integración tres personas externas al Organismo Judicial: un titular, experto en administración pública; un titular, experto en recursos humanos y un titular con licenciatura en Psicología.

Es de mencionar que cada titular debe contar con su respectivo suplente. Sus funciones para los primeros cuatro, es por un período de dos años y medio y, para los externos, es de cinco años.

Independientemente que aún se desconocen los resultados de esta nueva Ley de la Carrera Judicial, lo decisivo para el tema de una verdadera y genuina carrera judicial, lo constituirían las normas constitucionales con contenido preferente para

el funcionario de carrera judicial, y con nombramiento o elección vitalicia, de no incurrir en algún tipo de responsabilidad y la Constitución de Guatemala, no lo regula de esta manera.

El Estatuto de Juez Iberoamericano, indica en su artículo 15: Nombramiento a término de los jueces. “Con conocimiento de que algunos países admiten el nombramiento a término de jueces, se aspira a que esta situación se modifique para alcanzar la garantía de inamovilidad en los términos del artículo anterior.”

Tal situación en nuestro país se mantiene, toda vez que la Constitución lo reguló a período determinado; por consiguiente, cualquier Ley de la Carrera Judicial resulta insuficiente, por no decirse inútil para una consolidación de las garantías del Organismo Judicial, como lo establece el artículo 205: la independencia funcional; la independencia económica; la no remoción de los magistrados y jueces de primera instancia, salvo los casos establecidos por la ley; y la selección del personal.

Las consecuencias de no contarse con una carrera judicial fortalecida, nombramientos a períodos determinados, sujetos a factores subjetivos y de índole política, son de consideración gravísima para la administración de justicia; porque el usuario no ve en los tribunales o al menos esa es su percepción, el respeto a sus garantías y debido proceso que debe observarse en el trámite de un proceso; además, es de agregar, la situación personal del juzgador, que tampoco está garantizada su estabilidad laboral, provocándole un estado de afectación y por lo mismo, hacerlo proclive a emitir resoluciones tendenciosas o desviadas, apartadas de una correcta interpretación y aplicación de la ley, y en ese proceso, perdemos todos como ciudadanos de un país.

EVALUACION DEL DESEMPEÑO Y COMPORTAMIENTO PROFESIONAL

La Ley de la Carrera Judicial, contenida en el Decreto 32-2016 y sus reformas del Decreto 17-2017, en su capítulo III, artículo 32, regula el desempeño de los jueces y magistrados, por medio de la Unidad de Evaluación del Desempeño Profesional, a realizarse anualmente, bajo los siguientes aspectos:

- a) Evaluación disciplinaria y ética; b) Gestión de despacho; c) Calidad; d) Evaluación Académica; e) Evaluación directa; f) Evaluación interna y externa.

Los anteriores factores, a consideración nuestra podrán ser índices referenciales para ubicar necesidades o falencias del juzgador, de existir, la Corte Suprema de Justicia, debe adoptar una política pública de fortalecimiento al funcionario judicial, según las necesidades que demuestre la evaluación; el elemento subjetivo en el órgano evaluador se estima que está presente, difícil de separarlo y no perderse en el proceso.

Esto es lo estipulado en la ley, recién entrada en vigencia, con vicisitudes legales actualmente para las Comisiones de Postulación, por resolución dictada por la Corte de Constitucionalidad, por no contarse con el reglamento para desarrollar las normas y procedimientos para la implementación del sistema de evaluación.

De los anteriores procesos de evaluación, con la anterior ley, la experiencia vivida al menos por la autora de esta investigación, correspondiente a cuatro períodos, de cinco años cada uno, puede afirmarse que es un proceso sufrido, se crea en el entorno un ambiente de inseguridad personal y laboral, porque los sujetos a cargo de la evaluación, en primer lugar, no eran las personas más idóneas o solventes para calificar; en segundo lugar, si se ocupa una judicatura penal, se es aún más vulnerable por la trascendencia mediática que caracteriza a algunos casos, la inconformidad de la parte que le es desfavorable la resolución, le puede originar acciones de mala fe; como el planteamiento de una solicitud de antejuicio, sólo por señalar y poner en entredicho el nombre del juzgador, luego, los vaivenes políticos que no escapan en nuestro mundo jurídico y podría enumerarse más situaciones; por ello, debe existir la evaluación del desempeño pero con fines ajenos a la renovación del nombramiento o a la elección, su función debe ser preventiva y de capacitación en las necesidades a surgir en la evaluación.

El marco constitucional que rige al Organismo Judicial, relativo al tema, señalan, lo siguiente:

Lo conducente del artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. “Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.”

208: Período de funciones de magistrados y jueces. “Los magistrados, cualquiera que sea su categoría, y los jueces de primera instancia, durarán en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelectos los primeros y nombrados nuevamente los segundos. Durante ese período no podrán ser removidos ni suspendidos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la ley.”

El artículo 208 de la Constitución, lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad, con el siguiente pronunciamiento:

“...la inamovilidad implica, en principio, estabilidad y la seguridad que debe tener un funcionario para no ser removido de su cargo sin la observancia de las formalidades y por las causas establecidas en la ley; ello para mantener la independencia de criterio y la imparcialidad propias del cargo que desempeña; esta inamovilidad no es absoluta, toda vez que, eventualmente un funcionario del Organismo Judicial puede ser separado del cargo, por ejemplo, si se declara con lugar un antejuicio. La inamovilidad a que se refiere la Constitución significa que durante el período para el que fueron electos o nombrados los funcionarios, no podrán ser removidos, sino en los casos y con las formalidades legales, sin que esa ley sea exclusivamente la Ley de Servicio Civil. La norma atacada lo que contiene es una disposición que prevé el procedimiento a seguir en un caso de que la conducta del funcionario sea incompatible con el cargo que desempeña, circunstancia que no lesiona la inamovilidad consagrada en la Constitución...” Gaceta No. 37, expediente No. 261-93, página 19, sentencia: 19-07-95.

209: Nombramiento de jueces y personal auxiliar. “Los jueces, secretarios y personal auxiliar serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia. Se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascensos se harán mediante oposición. Una ley regulará esta materia.”

210: “... Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por algunas de las causas y con las garantías previstas en la ley.”

REFORMA CONSTITUCIONAL DELIMITADA AL SISTEMA DE JUSTICIA

Con lo expuesto en los apartados anteriores, ya establecimos que las cláusulas constitucionales según su modalidad, pueden ser o no reformables; asimismo, de permitirse su reforma, tal procedimiento tiene su grado de dificultad; es decir, que la misión de una reforma constitucional conlleva una serie de pasos que al final del camino no sea lograda; sin embargo, la dinámica del tiempo y de las crisis venideras durante el transcurso de la vida jurídica de una Constitución, no puede ser ignorada, por lo que toda Constitución tiene una regulación al respecto, con un diseño claro en sus límites.

Sin embargo, una propuesta de reforma constitucional, está íntimamente vinculado con lo político, una intención de reforma implica un riesgo, y éste se

incrementa al encontrarse con el sector político, porque los diálogos o consensos serían aprovechados a otros aspectos que inicialmente no estaban considerados; por ello se debe ser sumamente cauteloso con acciones de esta naturaleza; no necesariamente, la solución a las crisis políticas o sociales la va dar la reforma constitucional, incluso el tema de la corrupción, ésta sería la última opción.

Por eso la importancia de tener límites a la reforma constitucional, porque las decisiones políticas fundamentales fueron dictadas por el poder constituyente, concebidas para estar vigentes por mucho tiempo, independientemente de los vaivenes sociales o políticos.

Así lo conciben los autores SIEYÈS como SCHMITT (Colón-Ríos Joel I. Notas sobre la reforma constitucional y sus límites. Pág. 394):

“Tanto SIEYÈS como SCHMITT, pero principalmente SCHMITT, consideraban que el poder de reformar la Constitución era, por definición, un poder constituido, y por lo tanto limitado. Es decir, el poder de reforma no podía utilizarse para suprimir o abandonar lo que SCHMITT llamaba las decisiones políticas fundamentales contenidas en la Constitución pues alterar esas decisiones equivale a adoptar una Constitución nueva, cosa que, como vimos, sólo puede hacer el pueblo en ejercicio del poder constituyente”.

La concepción que tiene este último autor, sobre el respeto que debe tener el poder constituyente es de tal importancia al considerar “que el hecho de que la Constitución pueda ser reformada a través del procedimiento ordinario de reforma, o que la misma no tenga cláusulas pétreas no quiere decir, “que las decisiones políticas fundamentales puedan ser suprimidas y sustituidas por otras”. (ibídem, Pág. 395).

En Guatemala, la crisis política sucedida en el año 2015, generó colectivamente un sentimiento y deseo de reforma constitucional, cuyo principal objetivo se dirigió al Organismo Judicial, al calificarse por parte de algunos sectores que éste se encontraba cooptado y de rodillas ante sectores políticos, por la forma de elegirse las distintas Cortes del país.

A nuestro parecer, efectivamente este modelo bloquea abiertamente la carrera judicial y obviamente el principio de inamovilidad que debe observarse en el cargo de juez o magistrado, para ser garante de los principios constitucionales y procesales contenidos en un proceso judicial.

No obstante, podrá emitirse una Ley de la Carrera Judicial, sus reglamentos y demás acuerdos que pueda emitir la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, la carrera judicial no despegará ni será realidad; porque el origen del mal no se encuentra dentro de las leyes o reglamentos propios del Organismo Judicial, se encuentra en la Constitución de la República, iniciándose ese mal con el bajísimo presupuesto asignado a este poder del Estado, fue fijado en un 2%; (artículo 213) en tanto la universidad estatal lo tiene en un 5%, (artículo 84); esta realidad

financiera se traduce en no contar con independencia económica y ello constituye una debilidad o quiebre en la administración de justicia, al estar restringido en sus funciones de crecimiento en presencia en toda la República, por no contar con presupuesto para infraestructura, plazas nuevas y de ser necesario mejorar las condiciones de trabajo de los empleados y funcionarios judiciales.

La crisis política dada en el año 2015, focalizada en el sistema de justicia, tenía su justificación y razón de ser, primero, porque el diseño constitucional sufrió su propio desgaste político, luego, pese a la bondad que puede creerse que posee una Comisión de Postulación, integradas por diferentes sectores (académicos, magistrados de corte suprema de justicia y de corte de apelaciones, abogados del Colegio de Abogados y Notarios) para elegir las nóminas de magistrados de corte suprema de justicia y de las cortes de apelaciones, también sufrieron su contaminación política y le resta pureza al proceso.

Dicho proceso de por sí resulta sumamente complicado, y todavía viene la mayor dificultad; esa nómina de aspirantes, electos por la Comisión de Postulación, se traslada al Congreso de la República, siendo este ente eminentemente político, quien elige finalmente a los titulares de corte suprema de justicia y de corte de apelaciones. Ahí se despiertan todas las suspicacias del proceso, pese a contarse con profesionales honorables y de experiencia e idóneos para el cargo, la credibilidad no es una cualidad inherente a los mismos.

Esta estructura constitucional, también hace veda para los jueces de carrera judicial, por no existir constitucionalmente un sistema preferente y de escalafón conforme a su antigüedad que le asegure un ascenso a magistratura de sala y de forma vitalicia; todo lo contrario, son quienes menos oportunidad tienen y al final los resultados terminan siendo negativos para la administración de justicia.

La propuesta de reforma constitucional instada por la sociedad civil, circunscrita al ámbito del sistema de justicia, a nuestra consideración es una necesidad imperiosa para mantener la gobernabilidad del país, asimismo, el establecimiento de la carrera judicial efectiva hasta las cortes de apelaciones, y quizá hasta la magistratura de corte suprema de justicia. ¿Será factible lograr este cometido con las leyes ordinarias que tenemos, como la Ley de Comisión de Postulación y la Ley de la Carrera Judicial?

Nuestra respuesta sería afirmativa; pero, el desgaste sufrido por las Comisiones de Postulación desde su creación ya no puede recuperarse; además una carrera judicial fortalecida, obliga a que sus principios sean regulados en la Constitución, para su obligado cumplimiento, como un sistema de escalafón que permita el ascenso a magistraturas en función al puesto escalafonario; asimismo, la inamovilidad del juez o magistrado, que sea de carácter vitalicio, para que no haya duda de la independencia judicial e imparcialidad de las resoluciones judiciales, sobre todo en asuntos de carácter político; que en cada resolución pueda apreciarse que los funcionarios judiciales se encuentren sujetos solamente a la Constitución Política de la República y las leyes.

El ejercicio profesional en la Judicatura, debe verse fortalecida con varias garantías, como las de aspecto económico, social, con autonomía e independencia judicial, que al final del día, viene a constituir una garantía para el usuario del sistema. Tal situación no sucede en el tiempo presente, la función jurisdiccional puede verse en riesgo, porque las presiones tanto interna como externa existen, lo que amerita y justifica la reforma constitucional para el Organismo Judicial, como un pilar fundamental en el desarrollo democrático y republicano, dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

CONCLUSIONES

1. La propuesta de reforma constitucional instada por la sociedad civil, circunscrita al ámbito del sistema de justicia, a nuestra consideración es una necesidad imperiosa para mantener la gobernabilidad del país, asimismo, el establecimiento de la carrera judicial efectiva, por lo menos hasta las Cortes de Apelaciones y por un período por lo menos de nueve años.

2. La carrera judicial en su verdadera concepción, debe quedar regulada en la Constitución, para su obligado cumplimiento, con un sistema de escalafón que permita el ascenso a magistraturas en función al puesto escalafonario; asimismo, la inamovilidad del juez o magistrado de corte de apelaciones, que su nombramiento o elección sea de carácter vitalicio o bien por un período de nueve años, para que no haya duda de la independencia judicial e imparcialidad de las resoluciones judiciales, sobre todo en asuntos de carácter político; que en cada resolución pueda apreciarse que los funcionarios judiciales se encuentran sujetos únicamente a la Constitución Política de la República y las leyes.

REFERENCIAS

Ley de la Carrera Judicial de Guatemala. Decreto 32-2016 (vigente)

Ley de la Carrera Judicial de Guatemala. Decreto 41-99 (derogada)

Paz, C. (2003). La Carrera Judicial en Guatemala. Fundación Myrna Mack. 1era. Edición.

Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales. Guía para profesionales No. 1. Comisión internacional de juristas.

Vásquez, G. (2000). Independencia y Carrera Judicial en Guatemala. Primera Edición.

Sagües, N. La Interpretación Judicial de la Constitución. Segunda Edición. Editorial Lexis Nexis.

Universidad Externado de Colombia. Juan Carlos Henao. Diálogos Constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional.

**

LA EXTRADICIÓN

* Carlos Horacio Castillo García
Magistrado Suplente de la Corte de Apelaciones

I. Desarrollo temático

Hoy en día la delincuencia común y la delincuencia organizada están alcanzando niveles no suscitados en la historia de los Estados, pues existe una ausencia de autoridad que se ve reflejado en la facilidad que tienen esos grupos delincuenciales, de poder operar casi sin límite alguno; y derivado de ello, es que se hace más difícil para los países poder combatir esos flagelos, sobre todo, cuando los delincuentes se movilizan u operan en distintos Estados, puesto que los tentáculos de esas organizaciones son internacionales y transnacionales, lo que deviene en que el brazo de la justicia local no pueda alcanzar de forma eficaz a los integrantes de esas organizaciones, derivado a que la jurisdicción y la competencia de las autoridades de un país, solo tienen fuerza coercitiva dentro de su territorio, y para extender su alcance es necesario acudir al auxilio judicial, como una herramienta adecuada para someter a proceso penal a una persona, sin quebrantar la soberanía de otro Estado.

Es necesario tener presente que los Estados en general, en el pleno ejercicio de su *ius puniendi*, pueden decidir que conductas son tipificadas como delitos, para luego poder juzgar a cualquier persona que cometa ese hecho delictivo dentro de su territorio, y que riñe con la ley penal; sin embargo, en ocasiones, el sometimiento de una persona a un proceso penal por la comisión de un delito, puede tornarse complicado, sobre todo en aquellos casos en que las personas involucradas en ese hecho delictivo rehúyen del país donde fue cometido, por lo que el Estado aún con esa facultad sancionadora que posee, se ve incapaz de poder someter a dicha persona a proceso penal, pues las decisiones de sus autoridades solo tienen fuerza coercitiva dentro del territorio del Estado, en respeto a la soberanía que tiene cada país, y en ejercicio de la jurisdicción y competencia que atañe a las autoridades de cada Estado.

Tal como se sostuvo en un artículo anterior, el Estado se encuentra conformado por varios elementos, siendo dos de ellos: el territorio y la soberanía. Esto trae aparejado que las leyes de un país solo pueden cumplirse dentro de su territorio, con algunas excepciones que no abordaremos en el presente artículo, y tal como ya se mencionó, sus autoridades solo pueden actuar dentro de ese mismo territorio, por lo que, las decisiones de sus autoridades se encuentran limitadas y son de aplicación local.

Ahora bien, qué sucede cuando una persona que está siendo buscada para ser juzgada dentro de un Estado por la comisión de un hecho delictivo, ha huido del territorio donde fue cometido el delito, con el propósito de evadir a la justicia y que el hecho delictivo quede impune; precisamente para abordar esta problemática, los

Estados cuentan con varias herramientas para superar dicha situación y para ello deben acudir al auxilio de otros Estados; de esa cuenta, para lograr ese fin, existen varias formas en el ámbito internacional para hacer que el brazo de la justicia de un Estado, alcance a los involucrados en un hecho delictivo, y hacer que sean entregados a sus autoridades y luego sometidos a juicio.

La primera forma de cooperación internacional es la que se refiere al auxilio policial, que se lleva a cabo a través de la Policía Internacional conocida como Interpol, la cual tiene presencia en muchos países con sedes adscritas a las instituciones policiales locales de cada país.

Esta primera forma es una herramienta útil debido a su agilidad, pues permite que la policía local pueda dar aviso a las demás oficinas de la policía internacional ubicadas en cada país parte, a través de la emisión de una alerta roja, también conocida como difusión roja o nota roja, que no es más que el aviso policial sobre la necesidad de ubicar a una persona que está siendo requerida y buscada por un Estado, por la comisión de un hecho delictivo, a efecto que al ser ubicado en cualquier Estado parte, se dé aviso al país que lo busca para iniciar con los trámites de rigor según cada legislación, para ser entregado al país que emitió dicha difusión roja.

Esta forma de auxilio internacional es en el plano estrictamente policial y funciona de formas distintas en cada país, dependiendo de su legislación interna.

La segunda forma de poder superar el obstáculo que implica que una persona huya del territorio donde es buscado, es acudir al auxilio jurídico internacional a través de la figura conocida como extradición, la cual tiene lugar en el plano estrictamente judicial, cumpliendo con ciertos requisitos para que pueda darse esa cooperación jurídica. Precisamente sobre esta segunda forma de auxilio o cooperación se enfocará el desarrollo del presente artículo, derivado de la importancia que tiene dicha figura en el ámbito internacional.

1.1. La cooperación jurídica internacional

La cooperación jurídica internacional se ha desarrollado más en las últimas décadas del siglo XX, debido a la proliferación de bandas delincuenciales que han aparecido en los últimos años del siglo pasado y cuya expansión continúa hoy en día, pues sus operaciones delictivas y sus tentáculos operan a nivel internacional y transnacional, fenómeno que ha sido producto de la globalización.

Por ello, para contextualizar la cooperación jurídica internacional, se debe abordar en qué consiste dicho fenómeno mundial de expansión conocido como globalización, y para ese efecto se trae a colación la definición que da el profesor James H. Mittelman, quien afirma que la globalización es una fusión de procesos transnacionales y estructuras domésticas que permiten que la economía, la política, la cultura y la ideología de un país penetre en otro u otros.

Sin embargo, cabe resaltar que la globalización como un fenómeno de expansión es mucho más que lo afirmado por el gran maestro James H. Mittelman, puesto que dicha mundialización también ha permitido que la delincuencia organizada se internacionalice y de esa cuenta sea más difícil poder combatirla, lo cual a su vez ha provocado que la respuesta jurídica a ese fenómeno, también se globalice, a través de la expansión del derecho penal y el derecho penal internacional, como una respuesta global que la comunidad internacional ha encontrado para combatir ese flagelo, por todo ello, la cooperación jurídica internacional ha tomado relevancia como un mecanismo de auxilio entre países, pues es la única manera que ha encontrado la comunidad internacional para poder combatir de manera eficaz la delincuencia común, la delincuencia organizada y así evitar que la movilidad de que gozan los actores delincuenciales sea un obstáculo para someterlos a juicio y así también evitar que se genere impunidad.

En este punto preciso es que toma relevancia la cooperación jurídica internacional, puesto que ha sido un tema de preocupación mundial desde los siglos pasados, especialmente los XIX y XX, lo cual se evidencia con la cantidad de convenios y tratados internacionales en materia de extradición, que se han negociado tanto a nivel bilateral como multilateral, como una forma de combate a la criminalidad en cualquiera de sus vertientes; textos jurídicos que se encuentran vigentes, con el propósito de contrarrestar la brecha existente de quienes en busca de impunidad, rehúyen de su país de origen o cometen actos delictivos en países ajenos a su nacionalidad para hacer más difícil su detención.

El quid de abordar el tema de la cooperación jurídica internacional especialmente la que se refiere a la búsqueda y entrega de fugitivos, radica entonces, en conocer cuáles son los mecanismos y requisitos establecidos para llevar a cabo la entrega de personas requeridas, vía la extradición.

Es importante tomar en cuenta que la cooperación jurídica internacional entre los Estados surge por varias circunstancias, siendo las tres más importantes, las siguientes:

- a. Para combatir la criminalidad organizada;
- b. Por la dificultad que tienen las autoridades de un país de poder perseguir a los delincuentes fuera de sus fronteras;
- c. Porque la competencia y jurisdicción de las autoridades locales es limitada.

Según Gregorio Garzón Clariana, la cooperación jurídica internacional para que se materialice requiere de la concurrencia de 3 elementos (Garzón Clariana, 1976, p. 33):

- a. Dos o más sujetos cooperantes, es decir, como mínimo requiere la participación de dos Estados;
- b. Una actividad
- c. Unos fines determinados.

El maestro RAÚL CERVINI, ha definido a la cooperación jurídica internacional de la siguiente forma:

“Una de las variedades de entre ayuda penal internacional, que se concretiza cuando el aparato judicial de un estado que no tiene imperio sino dentro de la porción de territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le pueden prestar otros estados a través de su actividad jurisdiccional”. (Cervini, 1994, p.6).

Mientras que el profesor Gregorio Garzón Clariana define a la cooperación jurídica internacional como: “El conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa, que involucra a 2 o más estados y que tienen por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio de uno de ellos”. (Garzón Clariana, Gregorio, 1976, p. 33)

La cooperación jurídica penal es la forma que han encontrado los Estados para brindarse apoyo en 3 formas de auxilio jurídico:

- a. Procedimiento de extradición;
- b. Tramitación y diligenciamiento de cartas rogatorias y de asistencias legales mutuas;
- c. Traslado de condenados.

Derivado de la importancia que tiene la extradición como una forma de cooperación jurídica internacional, es que se aborda dicho tema a continuación.

1.2. La extradición

La extradición es un mecanismo de auxilio entre países, como una de las formas de cooperación jurídica internacional más importantes, el cual tiene unos propósitos y fines claramente definidos y se lleva a cabo bajo reglas internacionales aceptadas.

Por ello, el maestro HURTADO POZO, ha señalado sobre la figura de la extradición, lo siguiente:

“En sus inicios, la extradición constituía un acuerdo entre soberanos que se entregaban sus enemigos políticos. Esta índole contractual supervivió hasta después del siglo XVII, a pesar de que se amplió a los delitos de derecho común. Su regulación legislativa comenzó con la dación de la ley belga sobre extradición de 1833. Se uniformizó el régimen de extradición para todos los justiciables de un mismo país y estatuyeron algunas garantías a favor de la persona concernida. En esa época, fueron establecidos los principios básicos, por ejemplo, la doble incriminación, la exclusión de los delitos políticos y que serían afirmados en numerosos tratados bilaterales. Después de la Segunda Guerra Mundial, se llevaron a cabo esfuerzos para instaurar un sistema convencional multilateral”. (Hurtado Pozo.2005, p. 275).

En la Enciclopedia Jurídica Mexicana, se define la extradición como:

“Es el acto por medio del cual un Estado hace entrega a otro que la reclama, de una persona refugiada en su territorio por estar inculpada, procesada o convicta por

algún delito, para que sea sometida a juicio o recluida para cumplir con la pena impuesta”. (Rodríguez y Rodríguez, 2002, p.927).

Según Colín Sánchez, en su libro intitulado “Procedimientos para la extradición”, define a la extradición como una institución de derecho internacional que se implementa entre Estados que firman un tratado para lograr el auxilio o colaboración recíproca en la entrega de un indiciado, procesado, acusado o sentenciado por una de las partes.

Cuando se busca literatura jurídica sobre el tema de la extradición, se advierte que no son demasiados los textos jurídicos que abordan el tópico bajo análisis, razón por la cual dicho abordaje se hace a la luz de esos pocos textos y de la experiencia adquirida a través de los años de ejercicio profesional como fiscal en asuntos internacionales.

Se debe partir en primer lugar, que la cooperación jurídica internacional en materia penal, no es una cuestión impositiva, sino que es un asunto que se propone entre los diferentes Estados, a través de la negociación, siempre tomando en cuenta las necesidades de cada país y respetando la soberanía de un país, así como, la jurisdicción y competencia de sus autoridades; sin embargo, no en todos los casos existen tratados de extradición, por ello es importante tomar en cuenta que la extradición puede llevarse a cabo de varias formas, siendo estas las siguientes:

- a. Mediante el principio de reciprocidad;
- b. Mediante tratados bilaterales;
- c. Mediante tratados multilaterales.

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Para el caso de la cooperación jurídica penal, este principio es utilizado en ausencia de tratado o convenio internacional en materia de extradición, pues dicha reciprocidad consiste en la manifestación hecha por un Estado de forma unilateral a otro Estado, por medio del cual, al solicitar la entrega de un fugitivo, a su vez, ofrece que en un caso similar dará un trato recíproco al país requerido, si este último atiende su pedido; es decir, si me apoyas aún en ausencia de tratado, bajo este principio te ofrezco a futuro darte el mismo trato si accedes a mi petición. En este caso el pedido de extradición es sobre un caso concreto y ofrece darle el mismo trato si el país requerido, accede.

Se utiliza el principio de reciprocidad en ausencia de tratado o convenio de extradición, sin embargo, una característica importante es que al invocar este principio, no existe obligatoriedad del país requerido de prestar el auxilio judicial, pues la respuesta a la petición está sujeta a la voluntad de las autoridades en dar el apoyo o no, y el país requirente no tiene forma de obligar al país requerido a prestarle el auxilio. Un claro ejemplo de la utilización o invocación de este principio jurídico y político internacional, es la petición de extradición que formuló el gobierno de los Estados Unidos de América al gobierno de Rusia, para la entrega del fugitivo Edward Snowden por ser buscado para enfrentar cargos por la filtración de secretos

de la Agencia de Seguridad Nacional estadounidense; sin embargo, tomando en cuenta que entre ambos países no existe tratado o convenio de extradición, los Estados Unidos de América se vio en la necesidad de invocar el principio de reciprocidad, pero como ya se dijo en líneas anteriores, no existe obligatoriedad de acceder a una petición formulada bajo el principio de marras, Rusia negó la solicitud y no entregó al fugitivo Edward Snowden.

TRATADOS BILATERALES

En el ámbito internacional los diferentes Estados pueden firmar tratados o convenios internacionales con otro país, lo cual puede hacerse solo con un país, en este caso, el cumplimiento de lo establecido en el tratado es de carácter obligatorio para ambos países, y obviamente también se encuentra inmerso el principio de reciprocidad, pero con una connotación distinta, y el país requerido podrá negar la entrega de un fugitivo solo bajo ciertas excepciones claramente definidas en el tratado.

En los tratados bilaterales cada país da su anuencia para establecer una normativa específica sobre las condiciones bilaterales en las cuales procederá la extradición, los alcances del tratado, sus límites, sus excepciones y en general todo lo que permita llevar a cabo la cooperación jurídica internacional de una buena manera, respetando siempre la soberanía, jurisdicción y competencia de las autoridades del otro país.

TRATADOS MULTILATERALES

En la actualidad en el ámbito internacional derivado de la globalización de la criminalidad los diferentes países han visto en la cooperación jurídica internacional, la solución al problema de la soberanía, la jurisdicción y la competencia, pues la extradición es el mecanismo bajo el cual se pueden superar esos escollos; razón por la cual se han negociado tratados o convenios de extradición de manera multilateral, lo que permite tener mayor alcance, pues al existir mayor cantidad de países partes del tratado o convenio, los Estados cuentan con mayor posibilidad de perseguir a los fugitivos.

En el caso de los tratados multilaterales en materia de extradición, el cumplimiento de lo establecido en el tratado es de carácter obligatorio para todos los países parte, y en este caso, también se encuentra inmerso el principio de reciprocidad, pero con una connotación distinta, y el país requerido podrá negar la entrega de un fugitivo solo bajo ciertas excepciones claramente definidas en el tratado.

Los tratados o convenios internacionales en materia de extradición se negocian de manera regional, pero los organismos más activos en este tema son los siguientes:

- a. La Organización de Estados Americanos; y,
- b. La Organización de las Naciones Unidas.

Los tratados o convenios multilaterales normalmente abordan temas de preocupación mundial generalizada, como son los siguientes:

- a. Narcotráfico;
- b. Lavado de dinero u otros activos;
- c. Corrupción
- d. Trata de personas;
- e. Delincuencia organizada, entre otros.

LA EXTRADICIÓN EN GUATEMALA

En el caso de la República de Guatemala, la extradición no se puede llevar a cabo invocando el principio de reciprocidad, puesto que el artículo 27 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece de manera taxativa, que la extradición se rige por lo dispuesto en tratados internacionales; lo anterior excluye para el caso nacional, el uso del principio de reciprocidad, por ello, la extradición se puede llevarse a cabo, únicamente por medio de tratados bilaterales o multilaterales, de los cuales Guatemala sea parte.

En la Constitución Política República está de forma meridiana que la extradición solo procede cuando existe tratado o convenio, y una ley desarrolla el procedimiento de extradición que debe llevarse a cabo para hacer la entrega de un fugitivo.

En Guatemala hasta antes del año 2008, la extradición se llevaba a cabo bajo ciertos parámetros establecidos en algunos artículos que estaban contemplados en la Ley contra la Narcoactividad, sin que existiera un procedimiento plenamente establecido.

Es mediante el decreto número 28-2008 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición, que se establece un procedimiento taxativo para llevar a cabo este tipo de cooperación jurídica internacional, tanto para el caso que Guatemala sea el Estado que requiere o que Guatemala sea el país requerido; constituyendo dicha normativa un avance para la agilización de las solicitudes de extradición, sin embargo, debe tomarse en cuenta que dicha ley tiene el carácter de subsidiaria de conformidad con el artículo 1, pues establece que el procedimiento de extradición se regirá primero por el tratado o convenio del cual Guatemala sea parte, y en lo no previsto se aplicara dicha ley.

En el plano nacional, es usual escuchar de abogados reconocidos, juristas, jueces y fiscales, que se ha emitido la orden de captura internacional en contra de una persona, figura jurídica que es inexistente en el sistema de justicia y en la legislación nacional, puesto que su existencia es imposible, pues sería darle alcances distintos a una orden de captura emitida por un juez local, tomando en cuenta que la validez de dicha orden solo es dentro del territorio guatemalteco, y pretender darle un alcance internacional es antitécnico.

Por ello, técnicamente solo podemos hablar de una solicitud de extradición o una solicitud de detención provisional con fines de extradición, por medio de las cuales se solicita a un país, detener a una persona que se encuentra en su territorio para ser sometida a proceso penal en el país requirente, sin que se le dé a la orden de

captura local, alcances distintos a los que intrínsecamente conlleva, sino que se acude al auxilio judicial para la detención y entrega, de conformidad con lo mencionado en líneas anteriores, en cuanto al territorio, la soberanía, la jurisdicción y la competencia; pues la soberanía no permite que una orden de captura girada por un juez nacional puede ser ejecutada en el extranjero, pues carece de validez la autoridad judicial fuera de las fronteras guatemaltecas, es decir, que un juez local no puede ordenar la captura internacional de nadie, pues otro Estado no va a ejecutar una orden de captura girada por un juez guatemalteco. La única forma técnica que puede hacerse valer es a través de la extradición como una forma de cooperación jurídica internacional entre Estados, por ello, es antitécnico hablar de orden de captura internacional.

II. Conclusiones

a. La extradición como un mecanismo de cooperación jurídica internacional es de suma importancia para impedir que un hecho delictivo quede impune, pues a través de esta figura jurídica se puede lograr que una persona que está siendo buscada para ser juzgada, sea entregada al país que lo requiere por la comisión de un hecho delictivo, siendo precisamente esta figura, el mecanismo más eficaz para someter a una persona que ha huido con el propósito de evadir su juzgamiento.

b. La extradición se puede llevar a cabo a través de la invocación del principio de reciprocidad, o a través de tratados o convenios internacionales en materia de extradición, sean estos bilaterales o multilaterales.

III. Referencias Bibliográficas

Rodríguez y Rodríguez, Jesús. Extradición en la Enciclopedia Jurídica Mexicana, tomo III, 1ª. edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM- editorial Porrúa, México, 2002.

Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª Edición. Lima. 2005.

Garzón Clariana, Gregorio. Sobre la noción de cooperación en el derecho internacional, Revista Española de Derecho Internacional N° 1, España 1976

Colín Sánchez, Guillermo. Procedimiento para la extradición, 1ª. edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

Cervini, Raúl. La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección, en Curso de Cooperación Penal Internacional. Carlos Álvarez Editor. Río de Janeiro, 1994.

Bodin Jean (1997) Los seis libros de la República. Editorial: Rogar, Madrid.

Carreter, Lázaro Fernando (2013) Cómo se comenta un texto literario. Editorial Cátedra. 202 p.

De Pina Vara, Rafael. (1984) Diccionario de Derecho de Editorial Porrúa, México D.F. 23ª. Edición: 19. Pág. 457,

García Máynez Eduardo (2001) Introducción al Estudio del Derecho”, de Editorial Porrúa, México D.F. 52ª. Edición. Pág. 103.