



Edición 8



Revista **tribuna** *Jurídica*

Guatemala, octubre 2023





Bajo la coordinación de:

- Magistrada Irma Judith Arrazate Centeno

Consejo Editorial:

- Magistrada Reina Isabel Teo Salguero
- Magistrada Karina Beatriz González Escobar
- Magistrada Esmeralda Judith Orozco Navarro
- Magistrado Rafael Morales Solares
- Magistrado Rogelio Can Si

Con el apoyo de:

- Magistrada Silvia Patricia Valdés Quezada
Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia
- Magistrado Oscar Ruperto Cruz Oliva
Presidente del Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones
del Organismo Judicial

Con la colaboración de:

- Licda. Kimberly Yuman Ovalle

Diseño y diagramación:

- Perla Sofía Guzmán

 Revista
Tribuna
Jurídica

CONTENIDO

Junta Directiva	4
Editorial	5
Sección Académica	7
<hr/>	
Deficiencias de las Leyes de lo Contencioso Administrativo Común o Materia Tributaria	
Teoría de La Pena - Theory Of Punishment	
La Responsabilidad Jurídica y la Responsabilidad Moral	
Misoginia, Elemento Normativo del Delito de Femicidio	
Justicia, La Vía para los Cambios Climáticos en la Región Centroamericana	
Judicatura con Perspectiva de Género	
Generalidades del Derecho Penal Premial	
Análisis sobre la Validez y Eficacia de los Artículos 6º. y 9º. Constitucional	
Deberes de los Jueces Guatemaltecos en Observancia a la Aplicación del Control de Convencionalidad	
Comentario sobre las Faltas Disciplinarias Establecidas en la Ley de La Carrera Judicial	
Análisis Jurisprudencial sobre el Proceso Contencioso Administrativo	
“La Intervención de la Procuraduría General de la Nación, como Querrelante Adhesivo de Oficio en el Ejercicio de la Acción Penal en Materia de Género”	
<hr/>	
Actividades	116

JUNTA DIRECTIVA 2023-2024



- **Magistrado Oscar Ruperto Cruz Oliva**
Presidente
- **Magistrado Rogelio Can Si**
Protesorero
- **Magistrado Gustavo Adolfo Dubón Gálvez**
Primer Vicepresidente
- **Dasma Janina Guillén Flores**
Vocal Primero
- **Magistrado Rafael Morales Solares**
Segundo Vicepresidente
- **Irma Judith Arrazate Centeno**
Vocal Segundo
- **Magistrada Reyna Isabela Teo Salguero**
Secretaria
- **Hilda Aydeé Castro Lemus**
Vocal Tercero
- **Magistrada Karina Beatriz González Escobar**
Prosecretaria
- **Flor de María Gálvez Barrios**
Vocal Cuarto
- **Magistrado Noé Adalberto Ventura Loyo**
Tesorero
- **Edvin Estuardo López Rodríguez**
Vocal Quinto

EDITORIAL

Para el Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial, es una satisfacción presentar a la familia del Organismo Judicial, a la comunidad académica y en especial a la sociedad guatemalteca, la edición número ocho de la revista Tribuna Jurídica que se ha convertido en un espacio jurídico de encuentro que permite conocer los avances y nuevas corrientes en materia de derecho, a través de la difusión de temas que se generan en el ejercicio de la función jurisdiccional.

De esa cuenta, se continúa divulgando como parte de la excelencia profesional y académica de las magistradas y magistrados que conforman las diferentes Cortes de Apelaciones, temas vitales que permiten visualizar el avance y fortalecimiento de la administración de justicia, como producto de la visión e interpretación de los elementos del derecho. Además de cumplir con los objetivos que persigue esta revista, entre otros, incentivar la investigación científica dentro de los agremiados, servir como un foro para discutir problemas que surgen en el ejercicio de la magistratura, así como contribuir a la proyección social y académica del Instituto de Magistrados.

En esta oportunidad y en el marco del día del abogado, celebrado el pasado veinticuatro de septiembre del presente año, es oportuno reflexionar respecto de la función esencial que ejercen los abogados en la administración de justicia, reconocimiento que es encomiable enfatizar, porque a través de las decisiones judiciales que apegadas estrictamente a la Constitución Política de la República y las demás leyes cotidianamente dictan, permite fortalecer el estado de derecho en Guatemala.

Desde este espacio jurídico un agradecimiento especial al valioso apoyo que brinda la Magistrada Silvia Patricia Valdés Quezada, Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia y a las Magistradas y Magistrados que integran el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en el cumplimiento de los fines y objetivos del Instituto de Magistrados de Corte de Apelaciones.

Con la certeza que con esta publicación se contribuye con la difusión de valiosos aportes jurídicos de los agremiados, un reconocimiento a las y los autores de los artículos que forman parte del contenido de la revista Tribuna Jurídica.

Doctor Oscar Ruperto Cruz Oliva

Presidente del Instituto de Magistrados de Corte de Apelaciones
del Organismo Judicial

SECCIÓN ACADÉMICA





Deficiencias de Las Leyes de lo Contencioso Administrativo Común o Materia Tributaria

Reina Isabel Teo Salguero

Magistrada Vocal I

Sala 4ª. De lo Contencioso Administrativo

Introducción

En Guatemala, son dos las leyes administrativas que regulan el proceso contencioso administrativo, la Ley de lo Contencioso Administrativo –común- y el Código Tributario -materia tributaria-.

No obstante que estas dos normas citadas prevén lo concerniente al proceso contencioso administrativo –común y tributario-, se aprecia que abordan someramente las etapas de este proceso y dejan al Juzgador en la discrecionalidad de resolver en aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil, por analogía o supletoriedad, esto a pesar de que corresponden a derechos distintos, pues el código citado corresponde al Derecho Civil que está clasificado en el Derecho Privado, por lo que rige relaciones entre particulares; en cambio el Derecho Administrativo es parte del Derecho Público.

Además, también son incompatibles en muchos aspectos, como lo son que los principios y objetivos que persiguen no son los mismos y amén de que presentan la existencia de desacoplamiento de instituciones jurídicas (reconvención, allanamiento, entre otros)

Las leyes contenciosas deben prever varias instituciones jurídicas que solo le son atinentes al derecho administrativo y que sean acordes a sus principios y objetivos, como lo son el acto administrativo, el silencio administrativo, medios de prueba pertinentes, procedimiento, lo cual no contiene ninguna de la normativa contenciosa administrativa común o especial, lo que genera deficiencias.

1. Regulación Legal del Proceso Contencioso Administrativo

1.1. Ley de lo Contencioso Administrativo

La primera ley que reguló el proceso contencioso administrativo –común-, en Guatemala, fue el Decreto número 1550 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, el 5 de junio de 1928; a este le siguió el Decreto número 1881, emitido el 28 de septiembre de 1936, por Asamblea Legislativa de la República de Guatemala.

El proceso contencioso administrativo –común- se regula por la Ley de lo Contencioso Administrativo, emitida con el objeto de estructurar un proceso, sobreentendiéndose que

ese proceso sería único y exclusivo para todo el ámbito administrativo, que garantizaría la tutela judicial tanto administrativa como jurisdiccional y aseguraría, entre otros, el derecho de defensa, el principio del debido proceso y aplicación de los principios fundamentales que protege la Constitución Política de la República de Guatemala.

No obstante estimar que una ley no debe ser extensa, cabe señalar que, en este caso, la mencionada ley, respecto al proceso contencioso administrativo –común-, es hasta el Título II, capítulo I, donde comienza su desarrollo, es decir del artículo 18 al 46, solo utiliza 26 artículos para referir las etapas de ese proceso, lo cual se estima demasiado lacónico; en el artículo 19 prevé los casos de procedencia del referido proceso y en el artículo 20 establece las características que debe tener la resolución que se impugnará por la vía contenciosa administrativa, siendo estas: a) que haya causado estado y b) que haya vulnerado un derecho reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior.

En el artículo 21, prevé los asuntos que se excluyen en el proceso contencioso administrativo, siendo estos los de orden político, militar o de defensa, las disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas, cuestiones cuya competencia sean de otros tribunales (ámbito laboral es uno de ellos, que conoce un Tribunal de Trabajo y Previsión Social), los originados por denegatorias de concesiones de toda especie, salvo lo dispuesto en contrario por leyes especiales y los casos en que una ley excluya la posibilidad de ser objetados por esa vía (El Código Municipal).

Prevé la aplicación de la Ley del Organismo Judicial y del Código Procesal Civil y Mercantil (artículo 26), por integración. En el artículo 27, regula que son admisibles los recursos que contemplen las normas del proceso civil, incluyendo el de casación, descartando el de apelación, porque las Salas de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo conocen en única instancia.

En el capítulo II, dispone los requisitos que debe cumplir el memorial contentivo de la demanda contenciosa administrativa; en el capítulo III prevé la subsanación de faltas en la demanda o su rechazo, también el emplazamiento a las partes procesales, si se admite la demanda.

En el capítulo IV, regula lo concerniente a la actitud que puede asumir la parte demandada, como la interposición de excepciones previas de incompetencia, litispendencia, demanda defectuosa, falta de capacidad legal, de personalidad o de personería, caducidad, prescripción, cosa juzgada y transacción (artículo 36); contestar la demanda en sentido negativo o positivo –allanamiento- e interponer excepciones perentorias o planteamiento de la reconvencción.

Además de las excepciones previas mencionadas, debe mencionarse que también se puede interponer la excepción previa de inconstitucionalidad, con fundamento en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en caso concreto,

tanto en el proceso judicial como en el administrativo, en cualquier instancia y aún en casación, como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley.

Es a partir del artículo 41 que prevé lo concerniente al periodo probatorio, señalando que, luego de la contestación de la demanda (sentido negativo) o planteada la reconvencción, entonces, se abre a prueba el proceso, por el plazo de treinta días; permitiendo la omisión de la apertura si la litis es de puro derecho o el decreto del vencimiento anticipado del periodo de prueba (artículo 42).

Del artículo 43 al 46, se desarrolla lo referente a la sentencia, estableciendo que después del periodo de prueba, se debe señalar día y hora para la vista, transcurrida esta, se puede dictar auto para mejor fallar y luego dictar sentencia. Clasificando a la sentencia como una resolución final, pues indica que en esta se examina en su totalidad la juricidad del acto o resolución cuestionada.

1.1. Código Tributario

Estando vigente la segunda Ley de lo Contencioso Administrativo, en el año 1991, se promulgó el Código Tributario, el que si bien refiere a lo concerniente al proceso contencioso administrativo en el ámbito tributario, no se justificó su promulgación, porque solo presentó algunas novedades procesales, sí así es de calificar la regulación que hizo. De forma particular, señala que el proceso contencioso administrativo –materia tributaria- se debe presentar ante el Tribunal especializado¹ y fija el plazo de 30 días para interponer ese proceso.

Este Código, en únicamente 6 artículos, reguló el proceso contencioso administrativo -materia tributaria-, uno fue derogado, en otro, reguló la procedencia de la acumulación de la misma forma en que está en Ley de lo Contencioso Administrativo, por lo que superflua es su regulación, con lo cual son solo 4 los artículos que se ocupan de tal regulación; de igual manera, en otro artículo dispone el contenido que debe tener la sentencia, lo cual tampoco tiene relevancia, porque eso ya está previsto en la Ley del Organismo Judicial, artículo 147, la que señala cuál debe ser el contenido de esa resolución.

eso ya está previsto en la Ley del Organismo Judicial, artículo 147, la que señala cuál debe ser el contenido de esa resolución.

2. Insuficiencia de las Leyes Contenciosas Administrativas -General y Tributaria- En Cuanto a La Jurisdicción Contenciosa Administrativa

Con el anterior estudio de las leyes que prevén el proceso contencioso administrativo,

¹ El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el 13 de noviembre de 1992, dividió su competencia, según Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia del 28 de septiembre de 1992, por razón de la materia, designando que la materia tributaria estaría a cargo de un tribunal especial.

queda claro que tanto La Ley de lo Contencioso Administrativo como el Código Tributario contienen diversas insuficiencias legales, que en su mayoría son resueltas con aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil, por analogía, o supletoriedad; es decir, ambas normas contenciosas administrativas escasamente regulan etapas o instituciones jurídicas que son imprescindibles establecerlas en esas leyes, puesto que la relación permitida entre el Derecho Civil con el Derecho Administrativo, a través de las leyes procesales citadas, resulta incompatible, desde los principios que inspiran a cada uno de esos derechos, la clasificación en que cada uno de estos está ubicado y hasta el objetivo que persiguen son disímiles, como se acotará más adelante.

Por supuesto, se admite que ambos derechos comparten algunos principios, pero es porque estos son universales y deben garantizarse en toda materia del derecho, como lo son el derecho de defensa, el principio del debido proceso, el derecho de petición, entre otros; y, que también comparten definiciones que, de igual manera, son usuales en todo proceso, comenzando por la adjetivación proceso, acción, excepción y sentencia).

Sin embargo, se aprecia que la norma adjetiva civil no repara las deficiencias que contienen las leyes mencionadas, porque prevé procedimientos que, a la postre, tutelan la igualdad entre las partes que intervinieron en un negocio jurídico; por lo que elemental resulta que la leyes contenciosas contengan instituciones jurídicas que se relacionan al derecho administrativo y que persiguen el interés general.

Se estima que las insuficiencias son las siguientes:

- i. No prevén los principios generales que deben imperar en el proceso ni en qué consisten

La Ley de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 2, dispone que los expedientes administrativos se deben impulsar de oficio, se formalizan por escrito y que debe observarse el derecho de defensa, asegurando la celeridad, sencillez y eficacia del trámite. Por su parte, el Código Tributario no hace ninguna acotación al respecto, a pesar de que prevé el proceso contencioso administrativo –en materia tributaria–.

La Ley contenciosa dedica un solo artículo para señalar algunos principios que deben existir en los expedientes administrativos, no dispone que estos también deben observarse en el proceso contencioso administrativo, por lo que, a priori, se puede afirmar que este proceso no está investido de principios.

A pesar de regular los principios antes citados, no concreta en qué consisten, lo cual es pertinente, ya que sirven de base al ordenamiento jurídico, además de que “cumplen funciones de interpretación e integración de las normas.” ANDRES FERNANDO MESA VALOENCIA. El principio de la buena fe: El acto propio y la confianza legítima. Universidad de Antioquia, Colombia, pagina 19.

Por ejemplo, el principio de sencillez permite al administrado presentar sus peticiones sin muchos formalismos y fundamentos e impone a la administración o al Tribunal competente que no exija formalidades, menos cuando se es claro en la petición; este criterio se ha tenido que sentar mediante jurisprudencia, dada la falta de regulación en la norma correspondiente.

Se dice que esto se hace para:

“...asegurar la efectiva tutela de la defensa de los ciudadanos, mediante el ejercicio del derecho de petición y la interposición de los recursos administrativos que la ley referida establece. Vulnera la premisa anterior la actuación de la autoridad administrativa que, resaltando simples errores de forma y aduciendo incumplimiento de la ley, con excesivo rigor formal, rechaza un recurso idóneo para impugnar una decisión de la administración, circunstancia que torna viable la protección constitucional solicitada.”
(Apelación de Sentencia de Amparo, 2014)

El de impulso de oficio impone al Órgano Jurisdiccional que toda etapa procesal la impulse de oficio, una vez precluya, sin que se exija que medie petición de las partes, lo cual genera la opinión de que la caducidad de la instancia no tiene cabida en este proceso, no obstante está regulada, puesto que en el proceso contencioso administrativo no rige el principio dispositivo, como ocurre en los procesos civiles.

El de celeridad permite al Órgano Jurisdiccional que, previo a resolver la admisión de la demanda, pueda pedir la subsanación de requisitos y solo si se deja de cumplir con esa subsanación, entonces, debe rechazarla. Es así como se aprecia que estéril resulta la excepción de demanda defectuosa en el proceso contencioso administrativo –común o tributario-, porque la omisión de cualquiera de los requisitos necesarios para la constitución válida del proceso, ya fue calificada.

Se omite introducir otros principios que son elementales señalar, como lo son:

Principio de economía procedimental, conclusivo, transparencia, verbigracia. El principio conclusivo impone que todo acto sometido a conocimiento de la administración o Tribunal debe ser debidamente resuelto con un acto decisorio que resuelva la Litis de fondo, impone la emisión de una resolución dando respuesta a lo pedido, elimina el non liquet.

El principio de economía procedimental, es elemental, pues impone que se solucione la Litis utilizando medios que denoten economía y eficacia, resolviendo en un solo acto los trámites que, por su naturaleza, admitan impulso simultáneo, evitando la emisión de varias resoluciones y trámites que resulten evidentemente dilatorios.

Principio de buena fe, es otro principio que debe incluirse.

el cual se presume existe en la relación de los particulares con la administración; y, a su vez genera confianza y lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos.

ii. No se define qué es el proceso contencioso administrativo

Ninguna de las leyes contenciosas administrativas concretan qué es el proceso contencioso administrativo, la Ley contenciosa señala que procede en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración, entidades descentralizadas y autónomas del Estado o controversias originadas de contratos y concesiones administrativas y el Código Tributario dispone que procede contra las resoluciones que resuelvan los recursos de revocatoria y de reposición dictadas por la Administración Tributaria y el Ministerio de Finanzas Públicas.

Este Código no se complica en diferenciar si la figura es un proceso o un recurso, únicamente aclara sobre la utilización de cualquiera de los dos términos: "Artículo 167. Denominación. La utilización de las denominaciones "recurso contencioso administrativo" o "proceso contencioso administrativo" para impugnar resoluciones de la administración pública, tienen igual significado.

Lo más cercano a una definición de esa figura jurídica está en el artículo 140 del Código Municipal el cual establece que: "De todo asunto que se tramite por escrito se formará expediente, debidamente foliado con los memoriales que se presenten y demás actos de autoridad que correspondan a las actuaciones (...) Los expedientes administrativos deberán impulsarse de oficio, observándose el derecho de audiencia y asegurando la celeridad, sencillez, y eficacia del trámite. La actuación administrativa será gratuita. "

Pero esa regulación no subsana la insuficiencia de mérito, pues aunque señala que de todo asunto que se genere se debe formar un expediente, foliado, en el cual deben obrar todos los actos de la autoridad, no concreta qué es un proceso contencioso administrativo.

Con lo desarrollado anteriormente, es posible establecer que el Proceso Contencioso Administrativo –común o tributario- nace a la vida jurídica como una etapa posterior a la vía administrativa para que el agraviado o afectado pueda poner ante el conocimiento de un tercero, con potestad jurisdiccional y con facultad otorgada por la Constitución Política de la República de Guatemala, entiéndase el Tribunal Contencioso Administrativo, la impugnación de la resolución definitiva y que haya causado estado, para que, una vez concluidas las etapas correspondientes, resuelva la controversia.

iii. No señalan qué es el acto administrativo

Tampoco concretan qué es el acto administrativo, vacío que debe ser corregido, porque su omisión ocasiona problemas de interpretación al momento de interponer la demanda y sobre todo al resolver el proceso. Ni la Constitución Política de la República contiene regulación al respecto.

Es más, se establece que la Corte de Constitucionalidad no ha concretado qué es el acto administrativo ni cuáles son sus elementos.

Se conjetura que la falta de conceptualización de la institución jurídica de lo que es el acto administrativo, provoca malas interpretaciones, puesto que los Tribunales Administrativos se concretan a establecer que la resolución recurrida sea la que puso fin al procedimiento administrativo, que haya causado estado y vulnerado un derecho del demandante, reconocido por ley, reglamento o resolución anterior, ateniéndose lo preceptuando por el artículo 20 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

No solo estos requisitos son los que debe tener en cuenta el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para admitir o rechazar la demanda. Es así como lo evaluó la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que emitió el 15 de mayo de 2012, en el expediente 42-2011, al considerar que el Tribunal no puede excusarse de no conocer de un proceso contencioso por el hecho de que el acto recurrido tenga un alcance general, puntualizando que:

“respecto a que la resolución controvertida tiene carácter general, este no es válido, en virtud que este aspecto no se encuentra regulado como uno de los supuestos de improcedencia del proceso contencioso administrativo, ya que el artículo 21 hace referencia a aquéllos, es decir a los que tiene carácter general, pero relacionados únicamente con la salud e higiene. Aunado a lo anterior, la resolución es susceptible de causar agravios a la entidad Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, por lo que si los efectos jurídicos de la resolución administrativa, se extienden hacia los usuarios, esto no es óbice para considerar que la misma no pueda ser impugnada en la vía judicial como lo consideró la Sala sentenciadora, porque si se le impide a dicha entidad acudir a la vía contenciosa administrativa ésta quedaría en estado de indefensión, negándosele el acceso a los órganos jurisdiccionales, porque no podría revisarse la juridicidad de la actuación de la entidad administrativa.”

Este puede ser definido como:

"...toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo...". Ley No 2341 del 23 de abril de 2002

http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/blv_res24.pdf

Es decir, el acto administrativo constituye una decisión, declaración o disposición de la administración pública, emitida dentro de sus facultades, cumpliendo requisitos u formalidades que exige la ley correspondiente, la cual debe tener alcance general o particular, mismo que es obligatorio, exigible y ejecutable, con presunción de legitimidad, la cual puede ser destruida por el administrado con pruebas.

“[e]l acto administrativo, constituye el modo de actuación jurídica ordinaria de la administración, y se manifiesta a través de las declaraciones unilaterales, creadoras de situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas, o subjetivas particulares y concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. (Corte Constitucional de Colombia, 1996, [en línea]) <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074011/html/index.html>

Con este criterio se conceptualiza de forma más concreta al acto administrativo, pues, a diferencia de la anterior definición, señala que es un acto ordinario que emana de la administración, se emite unilateralmente, crea situaciones jurídicas, generales, objetivas y abstractas, reconoce derechos e impone obligaciones a los administrados, es decir, solo afecta a los administrados.

iv. Omisión de regular el control judicial

De igual forma, ambas normas omiten indicar que los actos de la administración pública se encuentran sometidos al control jurisdiccional, como mecanismo de control, lo cual se logra solo mediante el proceso contencioso administrativo –general o tributario-, facultando a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo –general o tributario- a revisar las actuaciones administrativas ante la omisión de formalidades reguladas legalmente o la decisión no se ajusta a derecho, lo cual taxativamente está regulado en el artículo 221 de la Constitución y que proscribió la Corte de Constitucionalidad, la que sentó el criterio de que el Tribunal no puede anular actuaciones administrativas, en el ámbito tributario, violado la supremacía de la Ley Suprema.

Es mediante el proceso contencioso administrativo que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo –común o tributario- puede ingresar a la sustancia de los actos en el expediente administrativo, por lo que no tiene asidero legal el criterio de que el juez no tiene esa facultad, ya que ello: “configura una restricción de las facultades del juez en violación a la tutela judicial”. (MAZZ, Código Tributario de la República Oriental de Uruguay, 2012)

v. Falta de definición de la institución jurídica causar estado

Es la Ley contenciosa la que, en el artículo 20, prevé las características que debe

tener la resolución que se impugna por la vía contenciosa administrativa, sin concretar qué debe entenderse por el vocablo causar estado y qué resoluciones son las que causan estado.

Fue el Tribunal Constitucional el que indicó: “Entendiéndose por “causar estado” que las resoluciones que decidan el asunto ya no sean susceptibles de ser impugnadas en la vía administrativa, por haberse resuelto los recursos de ese orden”. Criterio externado por la Corte de Constitucionalidad en el Expediente 4105-2013. Opinión que no otorga ningún elemento de relevancia para poner fin a esa insuficiencia legal, porque lo señalado lo indica la ley, lo que implica que solo se hizo una transcripción de esta.

El doctrinario Jorge Danós sostiene que: “

(...) acto administrativo que “causa estado” es aquél que agota o pone fin a la vía administrativa porque fija de manera definitiva la voluntad de la Administración, constituye la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso impugnativo, (...) por lo que únicamente podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial.” DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones “que causan estado”. En: *Ius et Veritas*. Año 9, N° 16. Lima, junio, 1998, pp. 209- 210. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_53.pdf.

Esta definición se considera completa, pues, de manera clara, indica que causa estado el acto administrativo que pone fin a la fase administrativa, la cual se desarrolla, normalmente, ante el ente que generó la impugnación de un acto administrativo, esto porque resuelve el fondo de la Litis y hace manifiesta la voluntad de la administración respecto a esa Litis, resolución que ya no puede ser impugnada por otro recurso impugnativo en sede administrativa, solo queda expedita la vía contenciosa administrativa.

Las dos Leyes de mérito no prevén qué resoluciones deben ser consideradas definitivas o cuáles causarían estado, lo cual es de suma importancia, porque, por ejemplo, la declaratoria de nulidad de resoluciones administrativas no es considerada una resolución definitiva, ya que no resuelve el fondo de la litis, su impugnación se da a través de la acción de amparo.

Serviliano Abache, en su obra *La atipicidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Caracas, 2012, Colección Estudios Jurídicos Número 93, Editorial Jurídica Venezolana, pagina 188, señala que: “Se entiende por acto administrativo definitivo el que pone fin a un asunto o procedimiento, en contraposición al acto administrativo de trámite, que es preparatoria de aquél y es emitido durante el procedimiento y antes de su terminación.”

Por supuesto, una resolución definitiva es aquella en la que la administración

manifestó su voluntad o criterio en cuanto al recurso de revocatoria o jerárquico, por lo que debe ser objetada por la vía contenciosa administrativa para analizar su juricidad.

Deben establecer que ponen fin al procedimiento administrativo, por ejemplo, un acto que tenga la particularidad de que:

- a. revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas.
 - b. Pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto.
 - c. Diere el caso de silencio o de ambigüedad; y,
 - d. lesione un derecho o garantía constitucional del administrado, ejecute un acto administrativo no ejecutable por estar pendiente de resolver recurso administrativo que suspenda su ejecución o no estar notificado.
- De esa forma lo tiene previsto Argentina, en la Ley de Procedimiento Administrativo, LEY 19.549.

- vi. Vacío legal sobre los elementos del acto administrativo para que sea legítimo

Con el señalamiento de las características del acto administrativo en la ley, no se subsana el graso error de indicar los elementos del acto administrativo, o que era elemental, para lograr eficacia, validez y legitimidad, por cuanto el acto administrativo debe contener elementos o requisitos, siendo esenciales la competencia, voluntad administrativa, el motivo, objeto o contenido, finalidad, forma, motivación, el mérito o procedimiento; y, accesorios: el plazo o termino, las condición o el modo.

Necesario es prever los elementos que deben cumplir el acto administrativo, porque si no los reúne, obviamente es ilegítimo y puede impugnarse de vicios sustanciales que provocarían su anulación o anulabilidad, de oficio o a petición de parte, facultad que otorga la Ley Suprema al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 221).

Debe especificarse que son actos nulos de pleno derecho los dictados sin competencia de materia o de territorio; los que carecen de objeto o son ilícitos o imposibles; los que prescindieron total o absolutamente el procedimiento establecido, o los que contravienen la Constitución Política o los establecidos expresamente por ley. Anulables son los actos administrativos que infrinjan el ordenamiento jurídico.

- v. Falta de conceptualización del silencio administrativo

Aunque se regula la figura del silencio administrativo, en la Ley de lo Contencioso Administrativo, la cual da a entender de que esta ocurre cuando el ente administrativo no haya resuelto, transcurrido el plazo que tenía para emitir la resolución correspondiente

a un recurso, se determina que no se presenta una definición de esta ni indica en qué consiste o cuándo ocurrirá; y, el Código Tributario lo regule de igual forma, solo que este señala que

Se dice que el silencio administrativo, en el ámbito administrativo, es:

“una simple presunción o ficción legal (...) estableciendo que una vez transcurridos 30 días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver, sin que se emita resolución respectiva, para el único efecto de poder acudir a la vía de lo contencioso administrativa, se tendrá por agotada la vía gubernativa y por confirmado el acto o resolución recurrida en la forma que originalmente fue emitida por el órgano inferior jerárquico.” SERVILIANO ABCHE CARBAJAR Y ERWIN IVAN ROMERO MORALES: Los derechos del Contribuyente en Acción, Guatemala, 2022, s/e página 245.

Por tanto, el silencio administrativo tiene carácter facultativo para el administrado, tratándose de una garantía establecida en su beneficio que puede o no ejercerla. Frente al silencio administrativo, el interesado tiene tres opciones, según determinan los artículos 10, inciso f), de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 16 de la Ley de lo Contencioso Administrativo y 157 del Código Tributario: i) la primera opción es acudir en amparo para solicitar al Tribunal que conozca de la acción constitucional que ordene la emisión del pronunciamiento respecto de la solicitud formulada; ii) la segunda opción, tener por confirmada la resolución impugnada y acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para el control de la juridicidad administrativa; y iii) la tercera, esperar a que se dicte la resolución que corresponda.

vii. Normativización del procedimiento aplicable al proceso contencioso administrativo

Es inevitable la existencia de lagunas o vacíos legales en las leyes, estas no pueden regular todos los casos que se presenten en la práctica, como entendible es que cualquier pretensión debe ser resulta, en garantía del derecho de petición, el cual es un derecho fundamental garantizado en la Constitución Política de la República, artículo 28; pero claro debe tenerse que ninguna de las leyes contenciosas señalan qué procedimiento debe aplicarse en el proceso contencioso administrativo.

Sin embargo, en la vía contenciosa administrativa, se aplica el juicio ordinario, previsto en el artículo 96 de la norma procesal civil, el cual dispone que: “Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario.”

Esta adopción fue un resabio adquirido sin fundamento alguno, contraviniendo el principio de legalidad, el que impone a los funcionarios públicos hacer lo que está permitido por

la ley (artículo 154 de la Constitución Política de la República), como también actuar con celeridad, flexibilidad y oficiosidad, como quedó puntualizado anteriormente.

Por lo que necesario es que, dentro de la normativa contenciosa administrativa, se defina los plazos y procedimientos correspondientes al proceso contencioso administrativo, sin hacer relación a la normativa adjetiva civil, como acostumbradamente se hace en Guatemala.

viii. Carencia de regulación del periodo probatorio

Es en la etapa probatoria donde mayor insuficiencia tiene la jurisdicción contenciosa administrativa –general y tributaria-, conforme esas leyes; la etapa de prueba es una etapa elemental en todo proceso, el contencioso administrativo –general o tributario- no es la excepción, por lo que es imperativo su regulación expresa, porque debe tenerse claro que en el proceso contencioso administrativo –general o tributario- con la prueba se pretende garantizar la tutela judicial efectiva de las relaciones jurídicas surgidas entre particulares y las entidades descentralizadas, o autónoma del Estado.

Existe diferencia entre la prueba en el proceso civil y el contencioso administrativo –general o tributario-; en el proceso civil tiene por fin los hechos controvertidos, en cambio en el proceso administrativo, su objetivo no se dirige a demostrar la existencia o inexistencia de hechos, sino a la comprobación del conjunto de información que integra la fundamentación de la resolución que se recurre en esa vía.

Ni la Ley de lo Contencioso Administrativo ni el Código Tributario son normas que regulan las incidencias que pueden presentarse en el periodo probatorio (no delimitan los medios de pruebas que se puede ofrecer, admitir y diligenciar, no prevén el rechazo o medios de impugnación procedentes contra tal acto, qué resoluciones son impugnables y cuáles son los medios de impugnación permitidos), creando una dependencia al derecho civil, in totum.

Debe entenderse que en la jurisdicción contenciosa administrativa –general o tributario- se deben practicar medios de prueba que tengan la finalidad de generar convicción en el Juez sobre los hechos controvertidos; la prueba reina, normalmente, la constituye el expediente administrativo, que puede contener prueba practicada por el ente administrativo, la que, habitualmente, es incorporada al proceso, desde el momento en que el ente administrativo comparece por primera vez.

Son múltiples los casos en que el ofrecimiento y diligenciamiento de la prueba de declaración de parte, declaración de testigos o reconocimiento judicial, son rechazados en los procesos contenciosos administrativos, precisamente por no ser de aporte a la Litis.

Se citan los siguientes casos:

Proceso SCA-2004-289, Oficial Tercero, Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la demandada ofreció prueba testimonial, petición que no fue admitida, por apreciarse que no era el medio de prueba idóneo para acreditar los hechos evidenciados en el proceso.

Proceso CA 01144-2018-00181, Sala 4^a.del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el demandante ofreció reconocimiento judicial, el cual no se admitió al no ser idóneo, los extremos se podían probar con documentos, además de que los puntos contenían aspectos técnicos que no podían ser probados con esa prueba (proponían que se determinara si las llamadas se efectuaban a través de un servicio de telecomunicación que utilice espectro radioeléctrico)

Proceso CA 01144-2022-00268, Sala 4^a.del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se ofreció declaración de parte, no se admitió por contener preguntas relacionadas a derecho (indicar si las consultas son vinculantes, tienen efectos legales y son de obligatorio cumplimiento)

Proceso CA 001144-2020-00194, Sala 4^a.del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. No se admitió el reconocimiento judicial propuesto por la imprecisión en la petición. Se pretendía se practicara, en el proceso administrativo, para establecer los hechos y el derecho.

Indubitablemente, los sujetos procesales pueden ofrecer cualquier medio de prueba, para que se admita, en el proceso contencioso administrativo -general o tributario-, debe cumplir con dar certeza sobre los hechos relevantes motivo de litigio, lo cual no lo proporcionan todos los medios de prueba que permite la ley civil, por lo que se debe facultar al juez el rechazo de la prueba que no cumpla con ese cometido.



CONCLUSIONES

Desde el momento en que se promulgó una ley especial, para normar la jurisdicción contenciosa administrativa, se estima que el legislador le reconoció autonomía al derecho procesal administrativo, por lo que debió prever todo lo concerniente al proceso contencioso administrativo -común o tributario-, comenzando por establecer el procedimiento que se utilizará para tal proceso, concretar los requisitos mínimos que debía contener el memorial de demanda, el de contestación de la demanda negativa o positiva, también qué prueba se podía proponer, ofrecer y diligenciar, los motivos de rechazo de la prueba e impugnación de esta y la procedencia de la casación, entre otros.

En la jurisdicción contenciosas administrativa, la prueba reina es el expediente administrativo, que puede contener prueba practicada por el ente administrativo e incorporada por el administrado, la que, habitualmente, es incorporada al proceso judicial, desde el momento en que el ente administrativo comparece por primera vez, por tanto si se tiene el expediente, el Juzgador debe disponer la dispensa del diligenciamiento de esa prueba o prescindir del periodo probatorio si la prueba ofrecida solo es el expediente o, bien, cuando no hubieren pruebas que practicar; si el proceso es de puro derecho, igualmente, debe prescindir del periodo de prueba.

TEORÍA DE LA PENA THEORY OF PUNISHMENT

Abogado. César Augusto Avila Aparicio
Magistrado Presidente de la Sala Mixta de
la Corte de Apelaciones de Chiquimula

Palabras Claves

Pena, fines, rehabilitación, reinserción Social



Introducción

El Estado tiene por mandato Constitucional el deber de garantizar a sus habitantes una vida en armonía y paz social, bajo esa premisa surge la necesidad de crear un sistema y/o normativa que establezca cuáles son las conductas prohibidas para la sociedad y las consecuencias para su realización, es así como surge el Derecho Penal regulando, en su contenido, los delitos, faltas, penas y medidas de seguridad.

La pena tiene su origen en el momento mismo que surge el Derecho Penal, es decir adquirió su naturaleza juntamente con la rama antes mencionada, pues es parte de ella, al considerar el delito una infracción a la ley, pues la pena es una sanción derivada de esa infracción cometida, consecuencia jurídica de la realización de una conducta prohibida penalmente.

Es preciso tener claro que, independientemente de que se considere un castigo, la pena tiene por finalidad ser la rehabilitación del delincuente, razón por la cual, el considerar que con penas más severas se evitará que la sociedad siga sufriendo de hechos delictivos, es una utopía que existirá únicamente en el pensamiento de una sociedad cansada del fenómeno criminal, por lo que atendiendo al fin del sistema penitenciario es ésta la herramienta que debería de utilizar el Estado para lograr que los reclusos puedan reincorporarse a la sociedad como personas de bien, esto sin dejar por un lado que también debe de acudir a la prevención del delito a través de mejorar las condiciones de vida de la población en general, velando no solo por brindarle una protección preferente a grupos vulnerables, también implementando programas que permitan un avance de la persona humana en general y que los abismos entre la pobreza, pobreza extrema y población con condiciones económicas estables se reduzca y con ello lograr que la niñez y adolescencia puedan ser objeto de utilización en grupos criminales, que mantengan en un clima de miedo, inseguridad y zozobra constante a la sociedad.

Aspectos que fueron tomados en cuenta para la elaboración del presente ensayo denominado "Teoría de la pena", el cual tiene por objeto analizar las teorías que explican la justificación de la pena y establecer la aptitud que adopta el sistema jurídico guatemalteco.

Contenido

1. Concepto de pena

Es preciso que se conozcan los orígenes de la pena, toda vez que la misma es una consecuencia jurídica por la realización de una conducta prohibida por la ley.

Moritz (1928) indica que:

“El hombre primitivo consideraba todo aquello que sobrepasa su limitadísimo conocimiento, casi siempre, producto de una forma incipiente de observación y que alteraba su vida normal como fruto de influencias malignas, sobrenaturales, emanadas de seres fantásticos habitualmente antroopásticos que solo podrían ser comprendidos mediante la magia. Entre estos fenómenos se alinean la lluvia, el rayo, el trueno, acontecimientos para los cuales no tenían explicaciones y que irían a ejercer, dentro de la visualización de esos pueblos primitivos, directa influencia sobre la vida de cada uno y de toda la comunidad generando premios o castigos en razón del comportamiento exteriorizado. Esos seres sobrenaturales vivían en las piedras, en los ríos, en los animales. Frente al resultante premio-castigo, se tornaba imperioso adecuar la conducta humana a la finalidad de obtener la benevolencia o la protección de esos seres imaginarios (pág. 160).

Con este criterio, Pessagno y Bernardi (1953) explican de manera bastante lógica la existencia del tótem, a lo cual expresan:

que era un animal, una fuerza sobrenatural (o una planta, pero preferentemente un animal) al cual se consideraba vinculado, de modo particular, con los individuos integrantes de una tribu, una familia, una casta o un sector de la comunidad, que podrían, o no, ser transmitidos hereditariamente una vez individualizados; esto porque, al lado de el tótem individual, existían los de grupo, de miembros de la comunidad o clan, y se establecía entre ellos una jerarquía y graduación (pág. 10).

Pimentel (1992), con referencia al origen de la pena, considera por tanto: “...que las primeras prohibiciones y los primeros castigos o penas se han encontrado en las relaciones totémicas pues es tenida como indubitable la conclusión de que el totemismo fortaleció los lazos integradores de la comunidad...” (pág. 18). Passagno (1953), por su parte realiza el siguiente aporte: “que no pocas instituciones deben reconocer como surgidas de su seno; así, por ejemplo, la exogamia, y no menos verdadero será que, gracias a sus prohibiciones y tabú, la vida humana comenzó a encauzarse en base a principios de orden y de pacífica convivencia impuestos por el temor al castigo o sanción” (pág. 13).

Zaffaroni (1981) escribe que:

...si bien no puede hablarse de una continuidad histórica, puede reconocerse en la ley penal una lucha de la que va surgiendo, arduamente, una concepción del hombre como persona, es decir como un ser dotado de autonomía ética.

Este concepto no surge de una sola vez, ni tampoco en una forma progresiva, sino que se gesta de una sucesión de marchas y contramarchas, cuyo origen se pierde en el terreno de la antropología cultural y cuyo desarrollo –y alternativamente- continúa hasta nuestros días, no sin dejar de estar amenazado el futuro (pág. 318).

En ese sentido, se procede a definir la pena como la limitación de derechos que es impuesta por el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes como consecuencia de la realización de una comisión delictiva. Como se ha visto, la pena es un tema que es tratada por diferentes profesionales, quienes dan sus diferentes puntos de vista con el fin de dar una explicación satisfactoria para entender cuál es su significado.

Emile Durkheim citada por Garland (1999), define a la pena de la siguiente manera:

Es la representación directa del orden moral de la sociedad y un ejemplo de como este orden se representa y sostiene; en ese sentido, que la pena es la reacción de los mismos de una sociedad impulsada por sentimientos irracionales y emotivos, frente a una transgresión contra el orden moral, que pretende restaurarlo. (pág. 42)

Por su parte Reyes (1996) la considera: “Como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de un hecho punible” (pág. 245). Osorio (2001), es del criterio de que: “la pena es un castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta” (pág. 733).

Se debe tener presente que para la sociedad, al momento que existe una comisión delictiva, la pena viene a constituir un mecanismo para combatir el delito, su esperanza está en ver al delincuente privado de su libertad y que este cumpla muchos años en esa situación, para que entienda que su actuar no fue el adecuado, la población en general tiene la creencia que la única sanción que debería emitir el Estado es restringir su derecho a una vida libre, olvidando que existen diferentes formas de sanciones, las cuales se analizaran en su momento.

Lo anterior denota que para la sociedad guatemalteca, incluso para los mismos operadores judiciales, el tener personas privadas de libertad es sinónimo de justicia, pero del análisis del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la pena es

considerada como la herramienta por medio de la cual se pretende lograr la readaptación social y la reeducación de los reclusos. Puede ser definida como la privación o restricción de un derecho, ordenado por un órgano jurisdiccional en sentencia, mediante la cual el Estado busca la rehabilitación de la persona que ha cometido un delito.

El paradigma de definir la pena como una infracción a la ley penal debe ir cambiando, porque si bien es cierto la misma es una consecuencia jurídica derivada de la realización de una conducta prohibida penalmente, no quiere decir que necesariamente considerar que el privar de su libertad a una persona es sinónimo de disminución de la delincuencia, es por ello la importancia de aportar definiciones sobre lo que es una pena y con ello lograr una mejor comprensión, teniendo claro que para Guatemala lo que se pretende es lograr con ella la rehabilitación de las personas que han cometido un delito a través de la ejecución y cumplimiento de una pena, permitirle que se logre encausar a la sociedad como una persona de bien.

2. Naturaleza de la pena

La pena tiene su origen en el momento mismo que surge el Derecho Penal, adquirió su naturaleza juntamente con la rama antes mencionada, es parte de ella; al considerar el delito una infracción a la ley, la pena es una sanción derivada de esa infracción cometida, consecuencia jurídica de la realización de una conducta prohibida penalmente. Por lo que la misma es de naturaleza pública, la potestad exclusiva de determinar cuáles son las conductas prohibidas penalmente entiéndase delitos y faltas, así como sus consecuencias jurídicas, le compete únicamente al Estado.

De Mata Vela (2000) aporta:

Partiendo del Jus Puniendi como el derecho que corresponde única y exclusivamente al Estado de castigar, concepción que ha sido universalmente aceptada en el Derecho penal moderno. Es pues la pena de naturaleza pública porque solo él Estado puede crearla, imponerla y ejecutarla; a ningún particular le está permitido juzgar criminales y atentar contra ellos imponiendo una pena (pág. 269).

Su naturaleza jurídica tiene íntima relación con el principio de legalidad contenido en los artículos 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala vigente, el cual preceptúa que: “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración...”; y, 1º del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el que determina: “De la legalidad. Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”.

En ese sentido, el principio de legalidad viene a limitar el poder punitivo del Estado, claramente le impone que los delitos, faltas, penas y medidas de seguridad deben ser creadas por la ley y estar contenidas en la misma, esto quiere decir que la función creadora le corresponde al Organismo legislativo y las funciones de aplicación y ejecución al Organismo Judicial.

La Corte de Constitucionalidad en relación al citado principio, en el expediente 3753-2012, sentencia de fecha seis de marzo del año dos mil trece, gaceta número 107, señala que:

Este principio, que a su vez constituye una garantía para un juzgamiento conforme al principio jurídico del debido proceso constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, e impone la obligación al legislador ordinario de definir en la forma más clara precisa posible (*lex certa*) cuáles son esas acciones u omisiones que son consideradas punibles mediante la determinación de tipos penales que contemplan una clara definición de la conducta incriminada, concretizar sus elementos y permitir así deslindar conductas punibles de aquellas que no lo son...

De lo anteriormente citado, se puede colegir que la ley penal se integra de dos aspectos que son la conducta prohibida penalmente, es decir, el tipo penal y consecuencia jurídica que es la pena, cuando el sistema de justicia se enfrenta a la oportunidad de imponer una sanción penal a quien ha transgredido una norma lesionando un bien jurídico tutelado. También se encuentra a la dificultad que representa su creación y justificación, por lo cual, como ya se hizo mención, solo le compete al Estado determinarlas, teniendo en cuenta que debe cumplirse no solo con la sanción, sino también con la protección y rehabilitación, velando por el cumplimiento de lo que para el efecto regulan los artículos 1º y 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala relativos al bien común y a sus deberes.

Al establecer que la pena es de naturaleza pública, es preciso abordar cuáles son sus fines, esto porque la creación de la pena y la razón de su finalidad son competencias que el Estado debe justificar e individualizar, para que se aplique a un sujeto acusado de haber lesionado un bien jurídico o inobservado la vigilancia de la norma, según la posición dogmática que se asuma.

El determinar una pena es una de las labores más complejas para todos los operados de justicia, pues consiste en el proceso que se transforma una pena imponible de acuerdo a lo establecido en un determinado tipo del Código Penal, de allí la importancia que el Estado a través del Organismo Legislativo sea claro al momento de establecer por medio de una ley los tipos penales que tienden a regular las conductas prohibidas y sus respectivas consecuencias.

3. Fines de la pena y las teorías de su justificación

Para poder establecer los fines de la pena, se debe acudir a las diferentes teorías que existen en relación a la misma, logrando con ello poder determinar desde el punto de vista del sistema normativo cuál de ellas se aplica en Guatemala, lo anterior resulta relevante, para dejar a un lado el paradigma que solo a través de la prisión se logra disminuir los altos índices delincuenciales que afronta la sociedad bajo la errónea creencia que la pena solo debe ser considerada como un castigo, es preciso crear nuevos paradigmas que permitan dar cumplimiento a lo consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, relativo a la rehabilitación del recluso.

3.1. Teorías Absolutas

Bustos (1994), explica: “También conocida como “Teorías absolutas, retribucionistas o retributivas, se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de una sanción, con el objeto de alcanzar la justicia. A través de ella se considera que la pena debe imponerse solo porque se ha delinquido” (pág. 115).

Sanz (2000), al respecto señala que:

Las teorías retributivas deben su contenido a la tradición filosófica del idealismo y del cristianismo. La justificación de la pena está en la justicia misma y esta se atribuye por la culpabilidad del autor; solo esta última justifica la imposición del mal precisamente por el mismo mal que ha significado el delito (pág. 29).

En esta teoría solo se explica el fundamento de la pena, el por qué se castiga, pero no se aclara el contenido de sus fines. Claus Roxin (1976), considera que: “la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal. La pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia” (pág. 12). Considerar hoy en día la pena como una retribución es quedarnos cortos pues no solo es considerarla como un castigo frente al delincuente.

Conclusión

Para la sociedad guatemalteca, incluso para los mismos operadores judiciales, el tener personas privadas de libertad es sinónimo de justicia. Del análisis del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la pena es considerada como la herramienta por medio de la cual se pretende lograr la readaptación social y a la reeducación de los reclusos. Por lo que puede ser definida como la privación o restricción de un derecho, ordenado por un órgano jurisdiccional en sentencia, mediante la cual el Estado busca la rehabilitación de la persona que ha cometido un delito.

El paradigma de definir la pena como una infracción a la ley penal debe ir cambiando, esto porque si bien es cierto la misma es una consecuencia jurídica derivada de la realización

de una conducta prohibida penalmente, no quiere decir que necesariamente considerar que el privar de su libertad a una persona es sinónimo de disminución de la delincuencia, es por ello la importancia de aportar definiciones sobre lo que es una pena y con ello lograr una mejor comprensión, teniendo claro que para Guatemala lo que se pretende es lograr con ella la rehabilitación de las personas que han cometido un delito a través de la ejecución y cumplimiento de una pena, permitirle que se logre encausar a la sociedad como una persona de bien.

Referencias bibliográficas

- Bustos, J. (1994). Bases críticas de un nuevo derecho penal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur.
- De Mata Vela, J. F. (2000). Derecho penal guatemalteco. Guatemala: Editorial Llerena.
- G. PESSAGNO Rodolfo y P. J. Bernardi, H. (1953). Temas de historia penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.
- Garland, D. (1999). Castigo y sociedad . México: Editorial Siglo Veintiuno Editores.
- Hoernes, M. (1928). Prehistoria. Barcelona, España: Editorial labor.
- Ossorio, M. (2001). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales . Argentina: Editorial Heliasta.
- Pimentel, P. (1992). El crimen y la pena en la actualidad. Sao Pablo, Brasil: Editorial RT.
- Reyes, A. (1996). Derecho penal. Bogota: Editorial Temis.
- Roxin, C. (1976). Problemas básicos del derecho penal. Madrid: Editorial Reus.
- Sanz, N. (2000). Derecho penal. Madrid: Editorial Colex.
- Zaffaroni, E. R. (1981). Tratado de Derecho Penal, Parte General, tomo III. Buenos Aires: Ediar.



LA RESPONSABILIDAD JURIDICA Y LA RESPONSABILIDAD MORAL

Dra. Irma Judith Arrazate Centeno

Magistrada Presidente de la Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Cobán, Alta Verapaz

INTRODUCCIÓN

Para la elaboración del presente trabajo se considera que actualmente nadie puede ser privado de su libertad por débitos o compromisos puramente civiles. De esa cuenta se debe tener claro que la responsabilidad nace de una obligación, contractual o extracontractual y su incumplimiento se hace responsable ante otra persona o un tercero aunque no haya participado en la relación del compromiso u obligación, tomando en cuenta que la responsabilidad está adquiriendo dentro del campo del derecho y a nivel mundial una orientación del derecho que pretende fundamentarse esencialmente en el resarcimiento del daño causado.

BREVE HISTORIA DEL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Se dice que en las comunidades primitivas todo daño causado a una persona o bienes que fueran propiedad de otra persona, despertaba un instinto de venganza, y como reacción espontánea buscaba devolver el mal que había sufrido, se podría decir que en esta época se encontraba lo relacionado a los daños causados y la necesidad de su resarcimiento se encontraban al margen del derecho. Posteriormente, el Estado fija para cada delito una cierta suma de dinero que el ofensor está obligado a pagar al ofendido, con el objeto de preservar la tranquilidad pública.

EN LA BIBLIA

En los libros sagrados de la Biblia que forman parte del Pentateuco, existen antecedentes de la responsabilidad proveniente del delito, por ejemplo en los casos de las lesiones causadas en riñas, correspondía al culpable la obligación de reparar o indemnizar el daño.

EN ROMA

En Roma el derecho no protegía entonces a quien causaba un daño a otro, por el contrario se toma como el nacimiento de una obligación en sentido jurídico de dejar a esa

persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto se conoce como responder o ser responsable o tener responsabilidad por el daño causado. La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal. Así fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal y así también gradualmente fue aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados. Era necesario que el daño fuera causado por un hombre como responsable de sus acciones. La situación era completamente diferente cuando las personas no se hallaban ligadas por un vínculo, ya que según el derecho romano, aunque no era moral, nadie estaba obligado a actuar en interés de otro. Como ejemplo se indica que el acreedor no podía quejarse de la destrucción involuntaria de una cosa debida, pero si se probaba que el daño era voluntario podía intentar la acción por dolo.

EN FRANCIA

En las leyes bárbaras no existía un principio general de la responsabilidad civil, no existía en las antiguas costumbres francesas. No fue sino hasta el siglo XII, que se distinguió el delito penal del delito civil. Si se hablaba de delito se tomaban como de carácter penal y correspondía al precio de la sangre persiguiendo el castigo del ofensor. Por otro lado, la acción por indemnización de daños y perjuicios no tenía carácter penal sino resarcitorio de los daños ocasionados a los bienes.

De las lecturas realizadas se puede concluir que la responsabilidad tiene las siguientes características: a) Obligación general de responder por el daño causado a otro; b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa: es decir, no hay responsabilidad sin culpa; c) la culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) sin daño no hay responsabilidad civil, f) la obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva del daño causado.

Es importante hacer notar que en materia de responsabilidad por acto ilícito no se distinguían los diferentes grados de la culpa, tal como se hacía en aquella época en relación a los diferentes contratos, lo que si se diferenciaba eran los delitos intencionales de los no intencionales por lo que denominaban a estos últimos cuasidelitos. En relación a la Codificación napoleónica, distinguían tres casos de culpa: a) la culpa dolosa; b) la culpa lata; c) la culpa leve y culpa levísima.

DIVERSOS CONCEPTOS DE RESPONSABILIDAD

- a. La palabra responsabilidad proviene del latín 'responsum', que es una forma de ser considerado sujeto de una deuda u obligación.
- b. También se puede indicar que es el compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita.
- c. Otra definición posible de la responsabilidad es la habilidad del ser humano para medir y reconocer las consecuencias de un episodio que se llevó a cabo con plena conciencia y libertad.
- d. Se dice también que, una persona responsable es aquella que desarrolla una acción en forma consciente y que puede ser imputada por las derivaciones que dicho comportamiento posea. De este modo, la responsabilidad es una virtud presente en toda persona que goce de su libertad.
- e. También se puede indicar que responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer una pérdida causada por una persona a otra persona.

RESPONSABILIDAD EN SENTIDO PROPIO Y SU FUNDAMENTO RACIONAL

Para poder tener una mejor comprensión de lo que se entiende por responsabilidad se considera necesario que se debe de tomar en cuenta desde dos puntos de vista diferentes como:

1. La responsabilidad como originaria del hecho
2. La responsabilidad como consecuencia de un hecho lesivo

1) Desde la perspectiva de estudiar la responsabilidad como originaria de un hecho Atendiendo al tipo de vínculo que se establezca entre los antecedentes y el hecho, pueden a su vez distinguirse varios usos conexos pero parcialmente diferentes de la expresión responsabilidad .Los dos más habituales serían, por un lado, la conexión meramente causal entre el hecho y sus antecedentes (responsabilidad como causalidad); por otro, la conexión subjetiva o conexión a la culpabilidad, característica de la denominada responsabilidad subjetiva o responsabilidad moral. Estas dos conexiones representan de alguna manera los dos extremos del campo semántico de la responsabilidad por su origen, pero son concebibles a su vez otros niveles intermedios que requieran algo más que la mera conexión de causalidad, pero algo menos que la culpabilidad.

2) La responsabilidad como consecuencias de un hecho lesivo

En este sentido la responsabilidad va hacia el futuro y no al pasado del hecho. No va

dirigida a las circunstancias que le dieron origen, sino a las consecuencias que de él se deducen. Responsable es la persona que tiene que hacerse cargo de los efectos perjudiciales del hecho; quien responde de él. Esto es en la ciencia jurídica. Éste es el significado más común del término en la ciencia jurídica,

El objeto inicial de interés en este trabajo, en el que se trata de delimitar las circunstancias que permiten justificar la imposición de responsabilidad jurídica. Cuando se dice en Derecho que alguien es responsable civil, penal, u otra materia, en un hecho lesivo se refiere a que, como es una reacción frente a este hecho, se le van a imponer ciertas consecuencias jurídicas que entrañan una carga para él, como sufrir una pena o reparar el daño.

Éste es un concepto que se utiliza regularmente en otros ámbitos no jurídicos. Cuando se habla de responsabilidad política o administrativa que se alude generalmente a la circunstancia de que alguien debe cargar con las consecuencias de una decisión política o administrativa errónea.

Una de las situaciones más importantes es diferenciar que la reparación del daño causado a otro constituye una cuestión de responsabilidad civil, no importando que el mismo sobrevenga del incumplimiento de un contrato por que resulte a consecuencia de un acto ilícito.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

La diferencia entre ambos tipos de responsabilidades radica principalmente en que la responsabilidad subjetiva se basa en la idea de la culpabilidad y para que exista culpa, es necesario que el hecho se produzca por imprudencia, impericia y negligencia de un sujeto. Desde este punto de vista se puede resumir que una persona responde de las consecuencias de su acción por el hecho de haber actuado dolosa o culposamente, en consecuencia quedará exenta de responsabilidad si se probare que su obrar fue con la diligencia debida.

Y desde el punto de vista objetivo, se puede mencionar que existe dicha responsabilidad cuando se impone a una persona la obligación de responder por haberse ocasionado un daño independientemente si la persona ha actuado o no de forma negligente

Se puede concluir indicando que existen dos ámbitos desde los cuales se pueden estudiar la responsabilidad civil: 1) el del incumplimiento contractual (responsabilidad contractual); 2) el del acto ilícito (responsabilidad extracontractual); y ambos tiene un régimen normativo distinto por lo que se consideran también dos diferentes sistemas, y hay que tomar en consideración que ambos sistemas tiene elementos comunes como la antijuricidad, daño, relación de causalidad entre el daño y el hecho, y los factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad.

RESPONSABILIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD MORAL

El uso jurídico de la palabra responsabilidad proviene de antes de la revolución francesa, por influencia del ordenamiento jurídico. El término habría aparecido en el Derecho Constitucional inglés.

1) La responsabilidad jurídica directa: surge cuando el sujeto transgrede un deber de conducta señalado en una norma jurídica que procede de algún organismo externo al sujeto, principalmente el Estado, y es coercitiva. Son normas jurídicas porque establecen deberes de conducta impuestas al sujeto por un ente externo a él; la regla puede ser a través de prohibiciones o de normas imperativas. La responsabilidad es el complemento necesario de la libertad.

Así, la responsabilidad en sentido jurídico debe entenderse, desde la perspectiva de una persona que ejecuta un acto libre, como la necesidad en la que se encuentra la persona de hacerse cargo de las consecuencias de sus actos.

El efecto contradictorio de una persona con las normas jurídicas ocasiona una reacción por parte del Derecho (o la sociedad) contra el sujeto que viola dichas normas. La manifestación de dicha reacción por parte del derecho se presenta mediante sanciones impuestas por el Estado.

Por otro lado la responsabilidad es la facultad que tienen las personas para tomar decisiones conscientemente y aceptar las consecuencias de sus actos, dispuesto a pagar por ellas. Es la virtud o disposición habitual de asumir las consecuencias de las propias decisiones, respondiendo de ellas ante alguien.

2. La responsabilidad jurídica indirecta: Se dice que es aquella en la cual no hay una identidad entre el agente que comete el ilícito y quien está sujeto a la sanción como consecuencia del ilícito que la norma jurídica prevé como tal. Como ejemplo se puede citar, cuando se declara heredero a una persona de los derechos y las obligaciones del causante.

3. Responsabilidad jurídica colectiva: Se dice que es la imputabilidad que una norma jurídica atribuye a un grupo por la conducta de un individuo, si se es miembro de un grupo.

4. La responsabilidad moral: Es la capacidad y obligación moral que tiene la persona de responder plenamente por los actos realizados, siempre y cuando éstos tengan su origen en un comportamiento libre y consciente.

Del análisis que se realiza al acto moral se puede tomar como base para distinguir entre actos morales responsables e irresponsables, pero solo los actos responsables se

pueden tomar como consientes y libres, de esa cuenta caen dentro del dominio del acto moral.

Se pueden encontrar factores que son factibles de tomarse en cuenta para eximir a una persona de responsabilidad moral como la demencia, estados patológicos como enfermedades mentales y ausencia de libertad para obrar por cuenta propia, o sea cuando exista una coacción.

No se puede dejar de mencionar, que la responsabilidad moral está íntimamente ligada con la conciencia moral, ya que el ser humano es capaz de dictaminar acerca del valor moral de una acción y esta induce a poder distinguir entre lo bueno y lo malo en virtud de ser un conjunto de sentimientos, creencias y juicios, las cuales son privativas del ser humano que la diferencian del animal quien actúa con base a su instinto.

CORRELACIÓN

La responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral tienen su punto de apoyo en la libertad de tomar las decisiones y poder cumplir con sus obligaciones, tomando en consideración que al incumplir con las obligaciones ya sean contractuales o legales, se es responsable legalmente y moralmente, toda vez que una deviene de un acto contractual o extracontractual y la otra deviene del interior de cada persona una es castigada de conformidad con la ley y ante la sociedad y la otra solo queda en nuestro interior la consecuencia de su incumplimiento y se analiza la autoría moral de un hecho, o sea que, realiza un juicio de valor acerca de la conducta humana. Es decir, la atribución indaga si alguien debe ser considerado como autor del daño.

También en ocasiones se habla de responsabilidad moral, en este sentido para referirse a las obligaciones morales que surgen de la existencia de un hecho, debe tomarse en cuenta que la responsabilidad moral y la libertad se hallan estrechamente ligadas, ya que el ser humano al tener ciertas libertades de opción y decisión también puede ser responsable de sus actos.

RESPONSABILIDAD, IMPUTABILIDAD Y CAPACIDAD

Imputación es seguramente el término que guarda mayores afinidades con responsabilidad. No es extraño que desde el comienzo de la ciencia penal, hasta el día de hoy se hagan referencias a las cargas jurídicas o morales respectivamente que se derivan de un hecho según lo estudiado que podría resumirse de la siguiente forma: 1. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. 2. Cargo u obligación moral que resulta del actuar por una equivocación en un asunto determinado. Al analizar los vocablos anteriores en la primera se refiere al delito y en la segunda al actuar por equivocación, apuntan a la conexión habitual entre los dos sentidos de responsabilidad.

Sin embargo, esta idea básica no siempre es mantenida hasta sus últimas consecuencias, como lo demuestra la punición de la denominada imprudencia inconsciente o la desmesurada importancia que se atribuye a la intención del autor en el dolo de primer grado. Una agresión más radical se produce en las teorías que prescinden de la culpabilidad o la normativizan hasta el extremo de mantenerla únicamente como expresión de las necesidades de la responsabilidad jurídica (las necesidades preventivas de imposición de una sanción).

Con carácter general, se utiliza en dos contextos distintos, bien en el ámbito mercantil, (posiblemente el primero en el que surge, donde equivale a señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta, bien en el ámbito moral o jurídico, donde se utiliza con diferentes matices, siendo el principal el que alude a la relación de atribución de un hecho a una persona. El elemento semántico común, que explica la denominación compartida, parece ser el establecimiento de una relación de asignación o atribución entre dos entidades, sea una cantidad que se asigna a un determinado fin mercantil, sea un hecho que se asigna a una persona.

En la filosofía moral y en la teoría jurídica se ha utilizado y todavía se utiliza con diferentes significados que coinciden parcialmente con los de responsabilidad.

La capacidad es la que se necesita para otorgar con eficacia jurídica el acto que constituye la obligación o también para realizar con eficacia jurídica, los actos propios de la ejecución de los mismos. En consecuencia la capacidad exigible depende de la naturaleza del acto constitutivo o fuente de la obligación o de los actos de ejecución. Y como sujeto de la relación obligatoria puede ser tanto la persona física como la persona jurídica.

CONCLUSIONES

1. Desde la antigüedad es reconocida la responsabilidad, pero desde un punto de vista de castigo por causar un daño intencionalmente y no fue tomado en cuenta como forma de resarcir el daño causando.
2. La responsabilidad jurídica se basa en la responsabilidad moral, toda vez que el actuar de la persona debe basarse en el poder de decisión apegada a las reglas morales y las leyes existentes.
3. En la responsabilidad jurídica deben existir como requisitos dos elementos principalmente, como el subjetivo o intencional y el objetivo o de imposibilidad.
4. La exención de la responsabilidad penal no libera la responsabilidad civil.



MISOGINIA, ELEMENTO NORMATIVO DEL DELITO DE FEMICIDIO



M.A. Rogelio Cán Sí

Magistrado Vocal I de la Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Cobán Alta Verapaz

1. Misoginia, desde la perspectiva de género

1.1. Aspectos generales

Para comprender el contexto en que se estructura el concepto misoginia, se recurre al enfoque de género como un proceso pedagógico que tiene por objeto la transformación individual de cada persona y de manera general de todas las personas; en ese orden de ideas, está “enfocada a lograr cambios de actitudes, sentimientos y formas de vivir, buscando fundamentalmente construir la igualdad genérica en todas las esferas de la vida social” (Castillo, 2012, p. 24); sin embargo, también viene a constituir un conjunto de reglas generales y métodos de trabajo sustentados en estudios de género, que permiten el avance de la producción teórica y a la vez “proporciona una serie de herramientas para que las teorías puedan ser operacionalizadas en la práctica y ser sistematizadas para producir nuevos conocimientos científicos desde la perspectiva de las mujeres” (Castillo, 2017, p.23).

Este enfoque de género conduce a utilizar nuevos instrumentos, específicamente, el desarrollo de una metodología especializada que parte del compromiso ético de estudiar y transformar la realidad desde una concepción que parte de la visión de las mujeres pues se sabe que no ha sido parte de la historia tradicional, derivado de la marginación y exclusión que le ha tocado vivir producto de un sistema tradicional, excluyente y patriarcal; de manera que como mecanismo de análisis, busca explicar el problema social de la desigualdad que existe entre hombres y mujeres, ello a través de los comportamientos y relaciones sociales que se canalizan a través de leyes que buscan proteger a la mujer.

Es decir que, pretende generar reflexión de la forma en que incide este elemento esencial en la construcción del tipo penal de femicidio, contemplado en el artículo 6 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la mujer; en ese sentido, se propone que jueces, juezas, magistradas y magistrados adviertan la forma en que se construye alrededor de la violencia que se genera en la mujer.

El enfoque de dicho término se hace desde el punto de vista de la investigación científica orientada a la materia de género, se busca resolver y superar su aplicación al

momento de calificar jurídicamente ese delito, esto es, determinar si existe igualdad en la ley y desigualdad en la práctica al momento de su interpretación y aplicación por la administración de justicia; de manera que:

Dicha metodología se ha empezado a utilizar en las investigaciones de diferentes disciplinas científicas y consiste en considerar, por una parte, el hecho de las diferencias sexuales y, por otra, la construcción del deber ser genérico. En todo estudio de género debe tomarse en cuenta la condición y situación de las mujeres y de los hombres, jerarquías entre lo masculino y lo femenino en la toma de decisiones, cruzando las categorías antes mencionadas de clase de investigación o análisis que se realice, la construcción y composición de los organismos e instituciones políticas tanto del Estado como de la sociedad en general, la ideología, la cultura, la obtención de datos estadísticos desagregados por sexo, la construcción de indicadores de género. (Morales, 2006, pp.25-26).

2. Misoginia

2.1. Generalidades

Se conoce como misoginia a la actitud y comportamiento de odio, repulsión y aversión por parte de un individuo hacia las mujeres. El término misoginia “es de origen griego *misogynia*, integrado por *miseo* que se traduce como odio, *gyne* que expresa mujer y el sufijo *-ia* que significa acción” (Que es Misoginia, 2013, p.1); de manera que esta circunstancia se relaciona con la violencia de género contra la mujer por parte de los hombres, llamado también a este último supuesto de hecho como feminicidio. En el caso de Guatemala, es un elemento normativo del delito de Femicidio y violencia contra la mujer, como lo regulan los artículos 6 y 7 de dicha ley penal especial.

Partiendo de la idea anterior se comprende que la misoginia es una conducta practicada desde las civilizaciones antiguas, ya que la mujer es vista en algunas culturas como la causa de la tentación y de la perdición del hombre. Al revisar los hechos históricos se tiene que en el cristianismo se vincula el pecado original con la mujer. Es así que, en la Antigua Grecia la guerra de Troya entre algunas de sus causas se menciona la fuga de Helena por el príncipe Paris de Troya, leyenda de Pandora. Cabe resaltar que “la misoginia existe en las relaciones humanas de algunas sociedades, estableciendo creencias que relaciona a la mujer con el origen de todos los males, comprendiéndose entonces que se puede relacionar a la misoginia con la ausencia total del sexo femenino en la vida del hombre” (Que es Misoginia, 2013, p.1)

De acuerdo a las ideas señaladas, se denomina misógino al individuo que practica la misoginia, es decir, que siente antipatía u odio por las mujeres; conforme a la historia existieron misóginos, entre otros, Aristóteles, Sigmund Freud, Friedrich Nietzsche y Arthur Schopenhauer.

Entonces, desde la existencia del hombre en la sociedad ha existido misoginia, pues esas actitudes han acompañado a personas intelectuales y pensadores, lo que denota que se han observado actos repulsivos en contra de las mujeres.

Se concibe que el rechazo, odio o prejuicio hacia las mujeres se deriva de diferentes causas, entre otras, la creencia de que la mujer es el sexo débil e inferior con respecto al sexo masculino, conocido como machismo, lo que posteriormente se refleja cuando se manifiestan actitudes misóginas; esta se expresa en las relaciones desiguales de poder que históricamente ha existido producto de un sistema patriarcal dominante y que ha subordinado a la mujer, no obstante la evolución de la mujer en la sociedad, sigue enfrentando una civilización misógina bajo agresiones físicas y psicológicas. Esto se confirma, puesto que bajo el imperio patriarcal la economía, política o familia se organiza siempre con la figura del hombre por encima a la de la mujer, y de no existir este tipo de sociedad se observa el machismo que en ocasiones se encuentra legitimado.

2.2. Rasgos característicos de las personas misóginas

A los efectos de comprender el contexto en que se expone este tema, se toma en cuenta que existen actitudes que retratan a las personas misóginas y que se materializa a través de los actos de ciertas personas.

Resulta pertinente reconocer a las personas misóginas para poder relativizar su conducta, con el objeto de educar en el respeto a todas las personas, independientemente de sus características físicas. Se esbozan en forma general las características de las personas que muestran odio disimulado hacia las mujeres y las niñas, siendo entre otras, las siguientes:

- 1. Cosificación del cuerpo de la mujer: percibir a las mujeres como objetos es una de las principales características de las personas misóginas. La cosificación hace que, por un lado, se considere a la mujer como un objeto usado para obtener placer y para criar, y por el otro, se le resta valor como ser humano, haciendo que a los ojos de las personas misóginas la mujer solo valga a causa de sus "funciones" y no por su condición humana. Cabe destacar que cosificar no es reconocer el atractivo físico de una persona, sino reducir toda su identidad a propiedades estéticas o funcionales, tal y como se haría con cualquier herramienta del hogar.*
- 2. Puritanismo selectivo: otra de las características de las personas misóginas es su tendencia a utilizar de manera selectiva una moral parecida a la puritana en lo que respecta a la sexualidad; concretamente, la aplican solo a la hora de juzgar el comportamiento de las mujeres. Es por eso que denigran a la mujer que visten o actúan de un modo que se consideran provocativo, mientras que hacen caso omiso de este fenómeno en el caso de los hombres. La lógica que hay detrás de este tipo de pensamientos es simple: como el valor de la mujer está relacionado básicamente con lo estético y por su capacidad para dar descendencia, todo lo*

que pueda interpretarse como una tendencia a "compartir" estas dos cualidades con alguien que no sea la pareja diluye el valor de la que lo hace. El hombre, sin embargo, tiene valor más allá de su aspecto y de su papel reproductor, por lo que no pasa nada si expresa su sexualidad de manera más o menos visible.

3. *Tendencia a animar a otras personas para que cosifiquen: la misoginia no es algo que se acostumbre a vivir de manera aislada, sino que está ligada a un modo de ver las cosas que se intenta compartir con los demás. Eso hace, por ejemplo, que en las personas misóginas sea habitual animar a otras personas a hacer comentarios despectivos o desagradables sobre desconocidas que pasan cerca.*

4. *Uso de la violencia machista: el uso de la violencia machista, sea física, verbal o simbólica, es la manifestación más evidente de misoginia. Esta violencia se dirige hacia las mujeres de manera sistemática por el hecho de serlo, y es uno de los principales motivos por los que el feminismo reivindica la necesidad de garantizar los derechos de las mujeres.*

5. *Criminalización sistemática de las víctimas de violencia machista: las personas misóginas tienden a buscar la responsabilidad de la violencia machista en las víctimas. Entienden que estos episodios de agresión se deben a que la mujer no va con el suficiente cuidado o provoca a los demás con su manera de vestir, o bien, simplemente, se da por supuesto que las acusaciones de violencia son falsas sin disponer de pruebas consistentes que sugieran esa posibilidad. De este modo, se consigue un doble objetivo. Por un lado, se oculta la violencia hacia las mujeres, y por el otro, se legitima el poder que se tiene sobre el cuerpo de estas, al defender la idea de que deben adaptarse a unos roles de género muy definidos.*

6. *Marginación de la mujer: no resulta extraño que las personas misóginas tiendan a rechazar la idea de relacionarse con mujeres más allá del ámbito profesional o de las transacciones económicas.*

7. *Tendencias autoritarias con mujeres: siempre que existe la posibilidad de imponer la propia voluntad a una mujer, las personas misóginas lo hacen. Esto no significa que utilicen la fuerza; simplemente pueden realizar peticiones caprichosas o absurdas por el simple placer de ver cómo esta obedece. De algún modo, se saca provecho de contextos en los que el hombre tiene poder sobre la mujer (como, por ejemplo, en el trabajo) para utilizarlo mucho más allá de lo que es justificable. Del mismo modo, se actúa como si existiese un acuerdo tácito según el cual la mujer obedece, incluso en contextos informales en los que no hay un cargo superior y otro inferior.*

8. *Rechazo al liderazgo femenino: Bajo el influjo de la misoginia, el liderazgo femenino, o todo lo que implique darle visibilidad a la mujer más allá de sus roles tradicionales, es visto con malos ojos. Esto se puede plasmar tanto en el entorno empresarial y organizacional como, por ejemplo, en la crítica de las obras de ficción. De este modo, se defiende una visión tradicional de las cosas en las que las decisiones más relevantes siempre son tomadas por los hombres, y los intentos de cambiar esto son vistos como intentos estridentes de llamar la atención.*

9. *Tendencia a relacionar las formas bajas de cultura con lo femenino: Otra característica de las personas misóginas es la propensión a considerar que las mujeres consumen formas menores de cultura:*

malas novelas, malos programas de televisión, malas canciones, etc. Esta mirada crítica sobre lo que consumen la mayoría de las mujeres no se aplica a la hora de analizar las formas de cultura que consumen masivamente los hombres. (Torres, 2020, p.1)

Entonces de lo citado, se podrían derivar nueve características de las personas misóginas, siendo relevante que dicha relación se desprende desde el punto de vista psicológico, porque el misógino denota patrones de personalidad tendientes a establecer esas actitudes que permiten deducir quiénes son misóginos.

Las ideas centrales respecto de las propensiones de las personas misóginas, reflejan el odio a las mujeres y generalmente todo lo que tiene que ver con lo femenino, de lo que se infiere que las conductas descritas tienen como propósito acercarse a ellas con un objetivo esencial: hacer daño; pero se tiene claro que también en dichas características se matiza que los misóginos “buscan ocultar esas conductas con actitudes agradables y atentas al comienzo, como lo afirma Berit Brogaard, doctora en psicología y directora del Laboratorio Brogaard para la investigación Multisensorial de la Universidad de Miami Estados Unidos” (Dinamo, 2015, p. 1)

Se trata entonces, de una aversión que se desarrolla, en la mayoría de los casos, desde cuando el sujeto es un niño, y “según la experta casi siempre viene relacionado a malas experiencias con la madre, durante la infancia, afirmando: Una vez plantada, esta semilla germina y comienza a crecer” (Dinamo, 2015, p. 1)

En ese sentido, se tiene que estas personas no vienen etiquetadas como misóginas, pero es importante destacar el contexto en que se desarrollan dichas actitudes. En concreto, las anteriores líneas nos permite derivar la importancia que en el elemento normativo se establezcan las características de las personas misóginas con el objeto que tanto los jueces, juezas, magistradas y magistrados, interpreten y apliquen adecuadamente dicha circunstancia como elemento del citado tipo penal, porque se busca establecer si la persona acusada por este delito tiene dichas actitudes, determinar las causas que provocan ese odio hacia las mujeres, ello con el objeto de juzgar y sancionar con elementos objetivos, toda vez que es un problema que se presenta en la realidad jurídica, ya que también al hombre acusado por ese tipo penal también se le debe acreditar en el caso concreto si presenta esa caracterización de misógino.

3. Los delitos regulados en el Decreto 22-2008 del Congreso de la República

3.1. Consideraciones generales

La Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, se encuentra

contenido en el Decreto número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, esta herramienta jurídica se enmarca en la protección de los derechos de las mujeres, de tal cuenta que a través de esta ley el Estado de Guatemala tiene la obligación de proteger y tutelar el acceso a la justicia de las mujeres sobrevivientes de violencia. La misma, tiene como propósito esencial garantizar derechos como la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley y de la ley cuando por su condición de género en las relaciones de poder o confianza, el agresor cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos, de manera que su objeto se centra en promover disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia en todas sus manifestaciones, para que tenga una vida libre de violencia.

Es una ley penal de orden público, cuya observancia es imperativa tanto en su carácter cautelar como sancionadora, que se aplica ante los hechos de violencia en contra de las mujeres, en sus distintas manifestaciones, toda vez que el Estado de Guatemala reconoce que la violencia contra la mujer es un problema serio que afecta a toda la sociedad guatemalteca.

Conforme a la cultura patriarcal dominante en nuestro país, los hechos delictivos han constituido prácticas cotidianas tomadas con toda naturalidad y aceptada socialmente, se pretende que esta ley especial erradique o al menos reduzca esos altos índices de violencia de género, por lo que el acceso a la justicia debe ser efectiva para las mujeres. En ese sentido, la justicia especializada, cuenta con jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para comprender el contexto en que ocurre la violencia contra la mujer, esta es de aplicación obligatoria para fundamentar la sentencia desde la perspectiva de género, haciendo ver que la falta de actuación estatal prácticamente implica un mensaje de tolerancia y aceptación de la violencia contra la mujer, como que sí fuera parte de la cotidianidad que se vive en la sociedad. De manera que debe protegerse a la mujer en todo tipo de violencia, pero, esencialmente, erradicar la misma y que se le garantice una vida libre de violencia en el espacio público y privado.

En forma general se advierte que la violencia contra las mujeres constituye una violación a los derechos humanos y debe visualizarse en el contexto de un sistema patriarcal que históricamente ha mantenido a las mujeres en subordinación con pleno desconocimiento a su dignidad como persona humana, han existido relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres y que han impedido el desarrollo pleno de las mujeres ubicándolas en un plano de desigualdad, como consecuencia de ello, vulnerables a la violencia; en ese sentido, la ley específica define los tipos penales de femicidio, violencia contra la mujer, en sus manifestaciones física, sexual, psicológica y la violencia económica, regulados en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer.

3.2. El delito de femicidio

El femicidio es la expresión máxima de la violencia contra las mujeres y constituye la muerte violenta de la mujer originada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

Es un tipo penal, que constituye un delito agravado en el cual necesariamente el sujeto pasivo debe ser una mujer y el sujeto activo un hombre; de manera que el núcleo esencial de la conducta típica se contrae en dar muerte a una mujer, por su condición de mujer, siempre que se ejecute en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, tanto en el espacio público como el privado.

El elemento subjetivo se comprende por la realización del tipo y sus elementos, de manera que requiere que el sujeto activo tenga la intención y la voluntad de causarle la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer; este delito es doloso.

Respecto al elemento objetivo se determina en cuanto a dar muerte a una mujer, privar de la vida a una mujer por el hecho de ser mujer y con base a las circunstancias específicas descritas en la referida ley, entre las que figura la misoginia.

Se advierte que este tipo penal derivó de una nueva legislación penal basada en el asesinato de las mujeres que quedaron en la impunidad, se pretende la prevención y penalización de esa expresión máxima de violencia.

3.2.1. Circunstancias específicas

Según la ley específica, el delito de Femicidio comete en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres y consiste en darle muerte a una mujer, por su condición de mujer, pero el sujeto activo, debe valerse de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a. *Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.*
- b. *Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.*
- c. *Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.*
- d. *Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.*
- e. *En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.*
- f. *Por misoginia.*
- g. *Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.*

Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal. (Congreso de la República de Guatemala, 2008, p. 4)

Se establece que el tipo penal indica expresamente las circunstancias que califican ese delito, pero no define las mismas; algunos conceptos se desarrollan en el artículo 3 de dicho Decreto, como el término misoginia, debiéndose remitir a dicha norma para entender su contexto.

3.2.1.1. Misoginia, como elemento del delito de Femicidio

Como se conceptualizó, misoginia significa odio hacia las mujeres, y se evidencia en diferentes maneras, en ese sentido:

...El odio, desprecio y subestimación hacia las mujeres son expresiones de misoginia derivadas de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres. Se presenta en la vida cotidiana desde el uso de un lenguaje excluyente, discriminatorio que invisibiliza o denigra a las mujeres, hasta la expresión más cruenta en contra de su humanidad (Organismo Judicial, 2010, p. 15)

De acuerdo a la ley específica, el artículo 3, en su literal f) define el término misoginia, como “Odio, desprecio o subestimación a las mujeres por el solo hecho de serlo” (Congreso de la República de Guatemala, 2008, p. 3)

En sí el tipo penal contenido en el artículo 6, no define expresamente el término misoginia, solamente hace referencia a: “f. Por misoginia”. De manera que para su comprensión debe remitirse al Capítulo II de la ley en referencia porque ahí establece su definición. No obstante esa regulación, se determina que no establece las características de las personas que pudieran presentar actitudes misóginas, lo que pudiera presentar dificultad práctica en la probanza de esta circunstancia en el caso concreto, puesto que en la forma en que se redactó este elemento normativo, su falta de acreditación en el juicio iría en perjuicio de la víctima y sus familiares, por consiguiente, resulta determinante indicar la incidencia negativa como factor de inaplicación que afecta a las mujeres.

Apesar de la vigencia de la ley penal que da una protección preferente a la mujer, persisten prácticas discriminatorias de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos hasta llegar a la muerte; es decir que existe violación a sus derechos humanos, puesto que el delito de Femicidio es la expresión máxima de la violencia contra las mujeres y constituye la muerte violenta de la mujer originada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

Se puntualiza el análisis respecto de dicha circunstancia, porque el Artículo 6 establece: “Femicidio. Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales

de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: ...f. Por misoginia.” (Decreto Número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala)

Al tomar en cuenta ese aspecto normativo que constituye una circunstancia específica de dicho delito, esta omisión legislativa podría repercutir en el juzgamiento efectivo de la persona que es acusada y particularmente cuando se invoca como supuesto dicha circunstancia, porque derivado de esa técnica legislativa el acusado también podría ser absuelto si no se acredita objetivamente que la persona acusada es un misógino, ello en aplicación del principio de in dubio pro reo.

Los aspectos político culturales tampoco deben pasar desapercibidos al momento de considerar la aludida circunstancia, por el significado que pudieran darle a este término los sujetos procesales y su acreditación en el juicio. Si se toma en cuenta que el ejercicio de la acción penal en ese delito le corresponde al Ministerio Público, porque es de acción pública, la carga probatoria le corresponde con exclusividad, de tal cuenta que tendría que ser el ente acusador el que demuestre que el acusado es un misógino.

Sobre esta afirmación debe tomarse en cuenta que resulta importante acreditarle al Tribunal sentenciador cómo es que se produce la misoginia, cómo es que el misógino practica la misoginia, es decir como manifiesta odio, desprecio o subestimación a las mujeres por el solo hecho de serlo, como lo concibe la ley específica en la definición que aporta en el artículo 3, literal f). Además, para cumplir con ese elemento normativo, el ente fiscal debería acreditar las causas de la misoginia, en el sentido de establecer como el acusado llega sentir odio, desprecio o subestimar a las mujeres, ello si se toma en cuenta la literalidad de los términos que integran la definición de misoginia, como lo determina el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

Por otro lado, al derivarse que esa circunstancia se expresa en las relaciones desiguales de poder debe tenerse las condiciones probatorias respecto de las actitudes, rasgos característicos de las personas misóginas, puesto que resulta esencial acreditar el contexto en que se producen esas actitudes, lo que le corresponde al ente acusador.

Así mismo, debe tomarse en consideración que este elemento normativo también podría incidir en el derecho de defensa del acusado, este no tiene la obligación procesal de acreditar su inocencia, goza de la garantía individual de la presunción de inocencia contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, le concede ese derecho fundamental de ser inocente en tanto no se le declare judicialmente responsable. En el caso de este delito, cuando se invoque el elemento normativo misoginia, el procesado no tendría la obligación procesal de acreditar el tipo de personalidad misógino que pudiera caracterizar porque le corresponde al ente acusador, ello de acuerdo al sistema acusatorio que rige nuestro sistema procesal penal.

En la forma que se incluyó esta circunstancia, podría descontextualizar su comprensión y aplicación, de manera que esa falencia legislativa, incidiría negativamente en cuanto a la interpretación que se haga sobre el mismo, lo que a la postre afectaría a la mujer guatemalteca; por el contrario, para el caso concreto únicamente beneficiaría al hombre/varón que ha sido señalado de la comisión del referido delito, porque ese elemento normativo “Odio, desprecio o subestimación a las mujeres por el solo hecho de serlo” (Congreso de la República de Guatemala, 1989, p. 2), no podría dársele otra connotación, es decir no podría interpretarse y aplicarse extensivamente. De acuerdo al artículo 10 de la ley del Organismo Judicial, los términos que integran la definición de misoginia, también deberían interpretarse conforme a su texto según el sentido propio.

Bajo las anteriores consideraciones se establece que desde la perspectiva de género, la administración de justicia, debe cumplir con la efectiva protección y erradicar la violencia en contra de la mujer, pero podría ser tal la repercusión negativa en la justicia que pretenderían los familiares de la víctima (caso delito de femicidio), porque el Ministerio Público tiene la obligación procesal de darle contenido a ese elemento normativo a través de peritajes, que sin duda y según esta apreciación podría tener utilidad probatoria para verificar conductas, actitudes y proyecciones misóginas, mediante la opinión de psicólogos y psiquiatras, entre otros; además, de dictámenes culturales, lingüísticos, y otros, porque con exclusividad le corresponde la carga probatoria para destruir el estatus de inocencia.

Según el Código Procesal Penal, existe la libertad probatoria, que sería el vehículo procesal para que los administradores de justicia tengan ese material probatorio para dotar de contenido ese elemento normativo; sin embargo, la prueba debe ser introducida válidamente al juicio y que la misma resulte ser idónea y pertinente para acreditar probatoriamente los términos odio, desprecio o subestimación a las mujeres, a que alude el artículo 3, literal f) de la ley penal especial; términos que integran el vocablo misoginia, además de probar que la persona reviste actitudes misóginas.

En otro sentido, el acusado tendría el beneficio de la duda razonable una vez no se acredite que es una persona misógina, lo cual repercute en la sociedad y particularmente para la reducción de la violencia contra la mujer, la falta de técnica legislativa resultaría negativa para que los familiares tengan esa tutela judicial efectiva.

No obstante que los administradores de justicia tienen la responsabilidad de interpretar y aplicar la ley específica, también resulta que no se tiene el respaldo de la ley formalmente promulgada como herramienta eficaz para sancionar a la persona que ha sido acusada por este delito bajo la circunstancia específica de misoginia, resultando en beneficio del procesado como lo establece el artículo 14 del Código Procesal Penal, porque en un estado democrático se deben observar las garantías individuales que toda persona acusada tiene derecho, como lo señala el artículo 12 de la Constitución Política de

la República de Guatemala, de tal cuenta que si los jueces no tienen los elementos probatorios respecto de esa circunstancia y de las características y actitudes que asumen las personas misóginas, este tipo penal, según este elemento normativo no podría configurarse, lo que repercute en la sociedad en detrimento de la justicia penal especializada y sustancialmente en la erradicación de la violencia en contra de la mujer, reflejando con ello la existencia de relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.

4. Conclusiones

4.1. En el contexto de definición de misoginia se establece la existencia de omisión legislativa que afectaría a la mujer, pues sustancialmente le niega la tutela judicial efectiva, le imposibilita la protección de sus derechos humanos al no acreditarse esa circunstancia específica que integra el delito de Femicidio, lo que evidenciaría que se no tuvo esa perspectiva de género y situó a la mujer en desventaja.

4.2. Dicha omisión debe ser superada mediante una reforma a la Ley contra el Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer, esto es con enfoque de género, que permita comprender normativamente cómo, cuándo y por qué se produce la misoginia contra la mujer, es decir que en el Artículo 6 de la citada ley deben considerarse estas circunstancias; los administradores de justicia, también deben tener claridad sobre este tema porque tienen como función esencial en la justicia especializada la protección de los derechos humanos de la mujer, debiendo ser garantes con el objeto de hacerle efectiva la tutela judicial efectiva. En ese sentido, les corresponde interpretar y aplicar adecuadamente la ley específica en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Guatemala, así como utilizar la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de violencia contra la mujer.

4.3. No obstante esa deficiencia normativa, que afecta sustancialmente el reconocimiento y el respeto irrestricto de todos los derechos de la mujer en perjuicio de su dignidad, el funcionario judicial está ante la posibilidad de aplicar la perspectiva de género. Esto es, como categoría de análisis que es perfectamente aplicable en los casos concretos, porque debe privilegiar la tutela judicial efectiva, para ello debe utilizarse la perspectiva género en las decisiones judiciales.

4.4. La función jurisdiccional debe garantizar el derecho que tiene la mujer de vivir sin violencia, de manera que la misoginia al no haber sido regulada técnicamente, la acreditación del delito de Femicidio, podría advertir dificultad probatoria en cuanto a ese elemento normativo. Entonces, en el Ministerio Público recae la obligación de proporcionar los elementos probatorios suficientes; por el contrario, también podría actuar objetivamente en beneficio del acusado al no proporcionar elementos para su probanza quedando desprotegida la mujer.

Referencias

- Dinamo. (2015). Estas Son Las 12 Características De Un Misógino. Recuperado de <https://www.eldinamo.cl/d-mujer/2015/04/15/estas-son-las-12-caracteristicas-de-un-misogino/>
- Flores, G. (2017) Origen De La Misoginia. Recuperado de <https://sanadordeparejas dotcom.wordpress.com/2017/05/16/origen-de-la-misoginia/>
- Godoy, D. (2012). Metodología de Género. Guatemala: Organismo Judicial.
- Godoy, D. (2017). Metodología de Género. Guatemala: Organismo Judicial.
- Significados.com. (2019) Qué Es Misoginia. Recuperado de <https://www.significados.com/misoginia/>
- Torres, A. (2018) Misoginia: 9 Actitudes Que Retratan A Las Personas Misóginas. Recuperado de <https://psicologiymente.com/social/misoginia-actitudes-personas-misoginas>
- Morales, H. (2006). Género, Mujeres y Justicia. Guatemala: Serviprensa.
- Perspectiva de Género. (2018) Una Herramienta Para El Análisis Del Sistema Desde Una Perspectiva De Género. Recuperado de <https://www.lamitadcuanta.com/?p=353>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política De La República De Guatemala. Guatemala:
Congreso de la República de Guatemala. (1989) Ley Del Organismo Judicial. Decreto 2-89. Recuperado de <http://leydeguatemala.com/ley-del-organismo-judicial/53/toc/>
- Congreso de la República de Guatemala. (1992). Código Procesal Penal. Decreto 51-92. Guatemala: Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial.
- Congreso de la República de Guatemala. (2008) Ley Contra El Femicidio Y Otras Formas De Violencia Contra La Mujer. Decreto 22-2018. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/ley_contra_el_femicidio_y_otras_formas_de_violencia_contra_la_mujer_guatemala.pdf

JUSTICIA, LA VIA PARA LOS CAMBIOS CLIMATICOS EN LA REGIÓN CENTROAMERICANA



Emmy Yojana Gramajo Rosales
Magistrada Titular de la Sala Cuarta de
la Corte de Apelaciones del Ramo Civil,
Mercantil y Familia de Quetzaltenango

Introducción

Ante la necesidad de incentivar a la región centroamericana sobre los cambios climáticos de manera efectiva, surge la discusión sobre si dichos cambios implican no solamente que deban ser analizados desde la implementación de buenas prácticas, sino también desde la perspectiva judicial, como eje central de discusión de las controversias sociales y la evaluación de los derechos ambientales, y aunque aún muchos de ellos están pendientes de ser regulados dentro de los ordenamientos jurídicos internos, al momento de su aplicación deben ser interpretados con base a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, sin olvidar los beneficios y ventajas que la región centroamericana brinda en su riqueza natural, lo cual merece su comprensión.

En correspondencia con la Declaración de Basilea sobre la Gestión Ambientalmente Racional quedó patentizado a nivel regional la preocupación sobre los daños al medio ambiente y el peligro que ocasiona a la salud los desechos peligrosos, constituyéndose una nueva visión en la gestión ambientalmente racional. Los compromisos alcanzados se dieron en seguimiento a la Declaración de Río, el Programa 21, y el programa para su ulterior aplicación aprobado en el 19º período celebrado en 1997, en la cual acordaron 27 principios a desarrollarse dentro los Estados declarantes.

Dichos acuerdos firmados y ratificados por países de la región centroamericana más que un fundamento legal, son un desafío para la transformación en la adaptación y mitigación ambiental; entendiéndose por mitigación al conjunto de medidas que se pueden tomar para contrarrestar o minimizar los impactos ambientales negativos que pudieran tener algunas intervenciones antrópicas.

Estas medidas deben estar consolidadas en un plan de mitigación, el que debe formar parte del estudio de impacto ambiental, desde todos los sectores públicos, privados, empresariales, etc. a lo cual va íntimamente ligada la administración de justicia; esto es porque para establecer un orden legal, la justicia interviene en la interpretación, aplicación y cumplimiento de las leyes con una tutela judicial efectiva y visión ambientalista, la Justicia, se constituye como el medio para poder delimitar los derechos ambientales; convirtiéndose así en la forma más efectiva de alcanzarlos ante su incumplimiento.

Lo anterior se relaciona a algunos eventos relativamente recientes en los que se ha logrado apoyo económico por parte de los países cooperantes con el Sistema de Integración Centroamericana, (SICA), como ejemplo de ello, Alemania reafirmó su apoyo al SICA y al Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) al asignar nuevos fondos a la cooperación regional de hasta 101.3 millones de euros para los años 2019 y 2020 a través de un convenio (Desarrollo, 2022), dentro de dichas negociaciones se acordó principalmente acciones relacionadas a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, energías renovables y la eficiencia energética, así como el desarrollo económico sostenible y la buena gobernanza financiera en el SICA.

Asimismo, Raúl Castañeda como representante del BCIE explicó sobre un nuevo programa de carácter regional denominado vivienda verde en Centroamérica (Centroamericana S. G., 2022), con el cual se busca impulsar la transformación del sector de construcción hacia un modelo sostenible ecológicamente de viviendas, edificaciones públicas, con un gran impacto en la mitigación y adaptación del cambio climático y en el desarrollo urbano sostenible, calculándose que para el sector residencia representa el 43% del consumo del total de energía electiva lo cual vendría a convertirse en un potencial importante para el ahorro de energía basado en programas e inversiones y construcciones sostenibles. Estos eventos confirman el interés porque la región centroamericana de un paso adelante en temas climáticos, a lo cual Guatemala debe ser receptiva por contar la privilegiada posición geográfica y la abundancia de recursos naturales. Por ello no puede ser visto como algo innecesario al contar con territorio con mucha naturaleza, sino como una oportunidad para preservar el medio ambiente y aprovechar inteligentemente estos recursos.

Para alcanzar algunos de los objetivos propuestos, debe contarse con una planificación regional estratégica a los cambios climáticos necesarios, por algunas prácticas que pueden implementarse desde la integración social, y aunque exista cooperación internacional surgirán de alguna manera controversias que requieren la intervención y solución mediante los órganos de justicia; de ahí la relevancia de una gobernanza judicial con tutela judicial efectiva para la transformación ambiental. Para adentrar al tema sobre justicia climática, se ha considerado algunas de las causas más serias que han ocasionado las variaciones del clima, luego se analizará algunos enfoques importantes:

1.El clima no está loco

Contrario a lo que comúnmente se cree sobre las variaciones y alteraciones climáticas sin aparente explicación, es oportuno reflexionar sobre este punto, ante la dificultad que representa los drásticos cambios climáticos en que actualmente vivimos, así como a algunos de los problemas más serios a nivel mundial, entre ellos:

El efecto invernadero y el calentamiento global del planeta

Resulta innegable el aumento de la temperatura en los últimos tiempos, los cambios climáticos, en el pasado eran naturales por su origen; mientras que la mayor parte del calentamiento ocurrido en los últimos 150 años es atribuible a actividades humanas. Respecto a este tema debe señalarse que el efecto de invernadero consiste en un proceso natural en el que la Tierra se calienta gracias a la energía del Sol, la cual llega todos los días, desde que amanece hasta el crepúsculo, en forma de rayos, como radiación de onda corta (Ibarra, 2012, pág. 65 y 66), el proceso de invernadero surge porque en una parte de los rayos que es reflejada por la atmósfera, las nubes y el suelo (31%), cerca del 20% es absorbida por la atmósfera; y el 49%, es absorbido por la superficie terrestre, aumentando con ello la temperatura ambiental a este fenómeno es lo que conocemos como calentamiento global. A ello debe añadirse que existen factores provocados por el ser humano que agravan este fenómeno, uno de ellos se menciona a continuación.

Incremento de las concentraciones de los gases de efecto invernadero

Una de las causas principales para el efecto invernadero surge al identificar las fuentes de concentración de gas, esto significa la identificación del lugar en que estos se producen, así como el ciclo de vida, es decir el tiempo en que tarda en la atmósfera (Fernández, 2012, pág. 69).

Entre los gases que mayormente inciden en este fenómeno puede mencionarse: el vapor de agua; el dióxido de carbono; el metano; los óxidos de nitrógeno; el ozono; los halocarbonos; los aerosoles; debe puntualizarse que en su gran mayoría, la emisión de estos gases son producto de actividad antropogénica. Cada vez es mayor el incremento de este tipo de gases de distinta manera, lo cual debe mitigarse y empezar por reducir dichas actividades; esto ha ocasionado algunos debates frente a los ambientalistas y los negacionistas y que ha dejado algunas reflexiones importantes en las que se ha cedido por la preservación del medio ambiente.

La crisis energética

Aunque de algún modo es superable en menor plazo para el capitalismo global, la crisis energética, es una grave amenaza para un crecimiento continuo en la lógica de la expansión y acumulación constante, ocasionada por el inicio del fin de la era de los combustibles fósiles lo cual se debe a un despertar de la “conciencia ambiental” sobre el futuro de la humanidad (Fernández, 2012, pág. 91 y 92). Sin embargo entre otros también constituyen causas sobre el impacto negativo ambiental.

Existen muchas otras razones por las que los Estados deben adoptar políticas públicas y mitigar con ello el cambio climático, contribuir en una necesidad humana mundial y aunque algunos Estados, no ven la realidad de lo que está sucediendo, algunos otros han decidido sumarse a esta campaña mundial de salvar el planeta.

Algunos enfoques para solucionar los efectos de los problemas ambientales

Un cambio de mentalidad en la humanidad sería el primer gran paso, así como la implementación de mejores prácticas desde el lugar de residencia, trabajo, ambientes públicos, industria en otras palabras “*cultura ambiental*”, esto únicamente puede lograrse además con una gran porción de voluntad política; acompañada de una justicia transformadora hacia los cambios climáticos para el resolución y ejecución de sentencias referentes a esta materia.

Si analizamos la importancia de la *mitigación* como un mecanismo de reducir los efectos negativos del impacto ambiental, puede considerarse que la justicia con perspectiva ambiental, puede convertirse en el pilar más importante para que se empiece a definir la aplicación de la ley y la interpretación de mejores criterios desde la prevención, la protección ambiental, cumplimiento de las resoluciones judiciales y la reparación ambiental. Nunca como ahora se siente la necesidad de aspirar a una nueva gobernabilidad mundial basada en la ética de los pueblos, aquella que nos vincula a las raíces de la vida, a lo natural, a lo que es más saludable, a lo orgánico, a tener y gozar de una vida más equilibrada; pero, esto no puede alcanzarse sin ética y un sistema nacional, o regional enfocado a proteger los derechos de todos y en particular de los seres más vulnerables.

A nivel regional, puede mencionarse como fundamento para una Justicia Climática, el Convenio de Cooperación Técnica entre el Sistema De Integración Centroamericana (Sica) y la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (Comjib) (Convenio De Cooperación Técnica Entre El Sistema De Integración Centroamericana (Sica) y la Conferencia De Ministros De Justicia De Los Países Iberoamericanos (COMJIB), El Sistema de Integración Centroamericana (Sica), En La Ciudad De Madrid, España, De Fecha 22 De Noviembre De 2017) mediante el cual se pretende como objetivo principal apoyar técnicamente a la institucionalidad de Justicia a través de actividades académicas de diversa índole en la construcción de capacidades (Latina, 15).

Es oportuno hacer mención, de acuerdo a los instrumentos jurídicos del SICA; enfocados en el pilar de seguridad democrática, la importancia de resaltar que los cambios climáticos han ocasionado graves afectaciones a poblaciones y países completos; así también a la seguridad pública, y definitivamente a la gestión de riesgos. Es por esa razón que en la página web del SICA, (Centroamericana S. d., s.f.) puede conocerse cómo dicho Sistema ha empezado a trabajar en adecuar dichos pilares fundamentales a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, esto por la búsqueda de equilibrios políticos, sociales y estructurales en beneficio de las poblaciones.

La administración de Justicia sin lugar a dudas, constituye el bastión más importante dentro de un Estado, es el órgano determinante para la solución de conflictos en observancia y cumplimiento de la ley y a través de políticas judiciales que viabilizan su aplicación. Sin

embargo, que para la implementación de una justicia climática, se requiere la construcción de capacidades que no es más que el proceso por el que personas, organizaciones y sociedades refuerzan sus competencias para alcanzar objetivos a un plazo de tiempo, corto, mediano o largo.

Esto es importante para trazar una ruta de adecuación y regulación en materia ambiental en seguimiento a importantes convenios como el acuerdo mundial Acuerdo de París, de la Cumbre sobre el Clima Conferencia de las Partes COP 21 de las Naciones Unidas (París, 2015); celebrada en diciembre de 2015 en París, en el que se acordó actuar para que la temperatura media del planeta no se incremente más de 2°C sobre los niveles preindustriales, tales acciones requiere llevar a cabo medidas difíciles para las sociedades; pero que con una Justicia especializada en la que podría alcanzar objetivos en menor tiempo la solución de los casos sometidos a estudio a través de los distintos órganos jurisdiccionales, incluso mediante normativa del derecho comunitario que regule estándares regionales para ser integrados mediante las autoridades jurídicas regionales y nacionales, ya establecidas o que requieran su creación para la formulación de dichos cambios.

Una justicia climática inteligente

El propósito de la justicia climática, debería ser principalmente empezar por *identificar* los diversos y diferentes aspectos centrales en sus sinergias y contradicciones que podrían componer una agenda de investigación amplia sobre el tema; desde el punto de vista regional. Esto podría ser productivo y efectivo atendiendo a que se ha superado actualmente algunos debates surgidos sobre la adecuación y mitigación ambiental, para entrar a determinar que cada país pueda trabajar en su propia adecuación a dichos cambios.

Por esa razón, en atención a que la región centroamericana como parte del territorio del continente americano teniendo riqueza en biodiversidad, permite unificar esfuerzos ante la inminente inversión de países cooperantes en que la región pueda ser pionera en cambios estructurales, normativos, prácticos y eficientes que atiendan a la conservación y protección del medio ambiente, es gratificante para los habitantes de la región ser participe de un incremento de políticas regionales, pero a la vez judiciales y buenas prácticas que coadyuven en este importante tema; ese es un buen punto de partida.

Posteriormente, una vez identificados los temas prioritarios que causan el deterioro ambiental, deben seleccionarse ejes de trabajo y desarrollarlos para una mejor comprensión y análisis de forma académica, esto requerirá planificación para alcanzar objetivos regionales mediante protocolos, convenios, tratados que se reafirmen entre los Estados miembros del SICA.

Seguidamente, debe concentrarse la *implementación* y el traslado de capacidades a las distintas instituciones de los países de la región y así puedan recibir los conocimientos teórico-prácticos para la mejor solución de las controversias ambientales tanto a nivel nacional como regional.

Finalmente puede planificarse una preparación y concientización desde los organismos de Estado y las instituciones hacia la integración social para que desde la participación ciudadana se obtengan los logros propuestos (Pardo, 2018, pág. 86 Y 87). La importancia de integrar la participación ciudadana en este tema, es porque el *clima de la tierra*, visto como concepto jurídico, es un bien público, o en otras palabras un bien común que merece la intervención de la ciudadanía en mejorar el entorno y aprovechar de mejor forma los recursos naturales, para su preservación, proyectándose a futuro dicha necesidad humana.

La metáfora del “error del gusano”

Desde la industria, se debe empezar por sensibilizar y abandonar la idea referida en la metáfora de “error del gusano” que utiliza Ulrich Beck (2017:30); a ello se refieren aquellas empresas que permanecen envueltas en su “*cosmovisión larvaria*”, lo cual les impide ver cómo se transforma tanto el mundo como ellas mismas y que requieren que se enfoquen en lo disruptivo acomodando sus producciones e industrias a una renovación de procedimientos que contribuyan al medio ambiente, devolviendo al planeta lo que aprovechan de los recursos naturales, sin caer en una *negociación ambiental*, sino en la satisfacción del ambiente, y en las necesidades humanas a futuro.

Tales cambios pueden citarse a partir de compromisos empresariales mediante la investigación científica para la adaptación de otras formas de producción o industrialización; la creación de *eco-industrias* que permitan desde su inicio determinar el impacto ambiental para la prevención del daño climático.

Esta diversidad de procesos de transformación ecológica suponen conflictos, y ciertamente se ha de cuidar que no se impongan intereses ilegítimos que frenen el progreso de esa transformación. Solo se debería apelar al consenso para compatibilizar intereses diferentes entre los agentes sociales, no para frenar o rezagar el cambio sino para evitar lesionar intereses de terceras personas. En esto consiste garantizar la justicia climática. (Pardo, 2018, pág. 90).

El principio de responsabilidad común pero diferenciado

Este principio surge como consecuencia de la Convención Marco sobre el Cambio Climático (Naciones Unidas, 1992), así lo determina el artículo 4 de dicha convención y consiste en que la adecuación y mitigación a los cambios climáticos depende las

circunstancias de cada país; a lo cual se ha formulado un debate sobre la soberanía de los Estados-Nación.

Sin embargo, ningún cambio dentro de un país puede realizarse sin soberanía, esto implica desde la formulación de una política pública, o la firma de un tratado o convenio, considero que este tema debe ser visto desde el principio de cooperación internacional (Chiani, 2009), mediante el cual sobre la base de la soberanía los países conscientes de los cambios naturales y basados en dicho principio se obligan a hacer esfuerzos de país por mitigar el cambio climático conforme a sus propias necesidades.

No obstante, aunque éste es un principio mínimo, y no puede verse desde un punto de vista limitativo, a hacer mayores esfuerzos regionales por cooperación internacional, principalmente porque si se analiza las condiciones climáticas tan homogéneas a nivel regional, puede advertirse que aun cuando cada país pueda promover sus propios objetivos nacionales, también puede establecer compromisos regionales e incluso de continente, para contrarrestar el cambio climático.

Es por ello que la discusión sobre la interpretación de dicho principio en un sentido restrictivo, señalándose aspectos relativos a la responsabilidad de organizaciones que afectaron el medio ambiente y que hoy no existen, para dar paso a la importancia que este principio rige en la adecuación y mitigación ambiental, tomando como punto de partida que todo principio constituye una base fundamental pro-cambio climático.

Algunos desafíos para la justicia climática

El punto clave y característico del clima del planeta es que es *un bien común*, y esta es la primera dificultad en la conceptualización y práctica de la justicia climática. De ahí puede originarse desde ya una amplia discusión, atendiendo a que la atmósfera es de todos, pero también en referencia al derecho de propiedad privada, puede colisionar con los derechos ambientales que se pretenden proteger.

Difícilmente podría establecerse un parámetro legal, sino a través de las investigaciones académicas así como de la jurisprudencia profundizar en los casos que van surgiendo a conocimiento de los tribunales, siempre y cuando la lesión ocasionada a la colectividad se vea gravemente afectada con el abuso del derecho mencionado; de igual manera, deben preverse mecanismos alternos para la solución de conflictos; así como de mejores investigaciones de impacto ambiental objetivos a la prevención, protección y si fuera el caso la sanción.

Constituye también una dificultad que la justicia climática es multifacética, La justicia climática requiere distinguir la diversidad existente en los hechos así como en las escalas de las causas, los impactos y las consecuencias del cambio climático esto no es un tema

nuevo, como consecuencia de la globalización, -lo que aquí puede no ser un problema serio para otras regiones puede serlo- que permite ver lo que pasa cada vez más en otros países del mundo; sin embargo lo multifacético que sigue siendo el Derecho en sus distintas ramas, no impide una solución en los casos concretos, definitivamente ello requiere que existan más conocimientos de la materia, lo cual aún no se ha logrado ni siquiera en las élites gubernamentales, es importante retomar por ello, la construcción de capacidades, y para una mejor solución de conflictos ambientales, la mitigación ambiental para contrarrestar, así también el uso de una tecnología desarrollada a determinar los alcances mundiales en temas ambientales y finalmente fortalecer la administración de justicia en cada país.

En relación a lo anterior, también se ha convertido en un desafío la justicia ecológica y la deuda ecológica; este tema no puede ser visto como ya se mencionó como “negociaciones ambientales” pero sí merece ser reafirmado para que no se den este tipo de situaciones, podría trabajarse desde la ética ambiental que involucre la participación ciudadana así como buenas prácticas.

Un desafío también lo representa en gran manera la justicia climática procedimental; esto deberá desarrollarse desde cada país, y pudiendo ampliarse en el caso de la región centroamericana haciendo uso de la constitucionalización de los procedimientos y una mejor gestión judicial que necesariamente debe implementar innovación tecnológica que amplie las funciones judiciales en el conocimiento de los casos.

La Justicia climática reparadora, este tema es controversial por las consecuencias que surgen de los abusos de derechos y la afectación a las personas en otros derechos tales como la salud, la vida, la integridad física (Pardo, 2018, págs. 93,94 y 95). Es oportuno mencionar que debe analizarse una vez determinada objetivamente la lesión a los derechos de las personas, y la respectiva sanción.

Por esa razón, atendiendo al bien que se lesiona por cualquier manifestación, debe pensarse en la forma en que debe repararse el daño ocasionado, por lo que pueden aplicarse procedimientos que restituyan principalmente la afectación ambiental, no sólo en cuanto a las indemnizaciones a las que correspondan las sanciones a nivel nacional como a nivel internacional; sino también haciendo uso de dictámenes de un equipo multidisciplinario, que determinen la ruta de reparación ambiental tanto para personas individuales como para individuos, empresas, industrias, sector público, etc. de manera que con ello se evite la continuidad del daño ambiental.

Desde el punto de vista económico, también deben constituirse formas subsidiarias que cubran los daños ocasionados como una forma alternativa. Esto resulta importante para la justicia climática, porque ha sido también denominada *intergeneracional* (Que se produce o tiene lugar entre dos o más generaciones (Española, s.f.), atendiendo a que la visión es amplia hacia la afectación de derechos de distintas generaciones presente y a futuro.

Para ir concluyendo; la justicia climática debe ceñirse a preparar el desarrollo de su propia materia, haciendo énfasis en 4 aspectos: prevención, implementación, sanción y reparación, en otras palabras de forma integral, por lo que a nivel regional pueden alcanzarse varios puntos convergentes en derecho ambiental, tomando en cuenta que todo esfuerzo vale para optimizar la conservación de los derechos ambientales.

El camino para alcanzarlo puede ser lento, lo cual no es conveniente para la región centroamericana por involucrarse en cada uno de los pilares del Sistema de Integración Centroamericana: Fortalecimiento institucional, Seguridad Democrática, Integración Social, Cambio Climático y Gestión Integral de Riesgo e Integración Económica. Por ello, resulta sumamente importante establecer algunos puntos clave para activar las distintas iniciativas que han surgido en la región, plasmando cada uno de los avances para la información constante a los países con el objeto de reflejar la cooperación internacional alcanzada.

Justicia climática y desarrollo sostenible

Pensar en una justicia climática sin un beneficio común mayor, sería cada vez menos atractivo y compensador, por lo que puede considerarse que el verdadero resarcimiento para los países de la región, sería precisamente el desarrollo sostenible.

Una de las mayores aspiraciones es lograr la Sostenibilidad Justa, la cual tiene como reto, la justa distribución no solo de las causas y sus compensaciones, sino también a las oportunidades de nuevo desarrollo social y económico, del cambio de modelo energético, de producción y de consumo que está exigiendo la lucha contra el cambio climático (Pardo, 2018, pág. 98).

Es por ello que el efecto positivo de todo un andamiaje integral para los cambios climáticos, dará como resultado una sostenibilidad justa en la que se cierren desigualdades sociales, económicas y se alcance el bienestar común y se sienten bases a futuro en el tema ambiental.

Trabajar de manera individual a nivel país, puede alcanzar algunos resultados, más no en la dimensión como región, con la ubicación privilegiada en el centro del continente americano y la riqueza con que cuenta Centroamérica. Se trata entonces de obtener en conjunto un equilibrio ecológico y de obtener un resultado exitoso en uno de los grandes desafíos mundiales, por ello es conveniente la creación de una hoja de ruta en la que se establezcan desde la identificación de los puntos comunes regionales, la selección de los asuntos ambientales sobre los que se puede trabajar y la implementación de las políticas públicas, judiciales. Los cambios climáticos constituyen una ardua tarea que requiere muchos compromisos no aptos sino solamente para aquellos que tiene la visión intergeneracional de un mejor planeta.

Conclusiones

Un cambio de mentalidad en la humanidad sería el primer gran paso, así como la implementación de mejores prácticas desde el lugar de residencia, trabajo, ambientes públicos, industria como una “*cultura ambiental*”.

La implementación de buenas prácticas en responsabilidad social empresarial con el medio ambiente, es un tema importante para contribuir con los daños ocasionados y establecer soluciones efectivas.

La administración de Justicia puede llegar a ser sin lugar a dudas el bastión más importante dentro de un Estado, determinante para concentrar a través de las políticas judiciales la aplicación de una justicia climática.

La Justicia Climática, debería principalmente empezar por *identificar* los diversos y diferentes aspectos centrales en sus sinergias y contradicciones que podrían componer una agenda de investigación amplia sobre el tema; *seleccionar* ejes de trabajo y desarrollarlos para una mejor comprensión y análisis de forma académica; la *implementación* y el traslado de capacidades a las distintas instituciones de los países de la región y así puedan recibir los conocimientos teórico-prácticos para la mejor solución de las controversias ambientales en lo interno y regionales.

Recomendaciones

Los cambios climáticos pueden proyectarse a partir de compromisos empresariales mediante la investigación científica para la adaptación de otras formas de producción o industrialización; la creación de eco-industrias que permitan desde su inicio determinar el impacto ambiental que tengan para la previsión del mismo; así como con la aplicación de buenas prácticas de responsabilidad social empresarial.

Deben preverse mecanismos alternos para la solución de conflictos en esta materia a fin de arribar a consensos; así como de mejores investigaciones de impacto ambiental objetivos para la prevención, protección y si fuera el caso la sanción, así como la reparación.

la Justicia Climática, debería principalmente empezar por *identificar* los diversos y diferentes aspectos centrales en sus sinergias y contradicciones que podrían componer una agenda de investigación amplia sobre el tema; *seleccionar* ejes de trabajo y desarrollarlos para una mejor comprensión y análisis de forma académica; la *implementación* y el traslado de capacidades a las distintas instituciones de los países de la región y así puedan recibir los conocimientos teórico-prácticos para la mejor solución de las controversias ambientales en lo interno y regionales.

Trabajar de manera individual a nivel país, puede alcanzar algunos resultados, más no en la dimensión como región, con la ubicación privilegiada en el centro del Continente Americano y la riqueza con que se cuenta.

Bibliografía

Centroamericana, S. d. (s.f.). Sistema de la Integración Centroamericana . Obtenido de <https://www.sica.int/>

Centroamericana, S. G. (18 de 02 de 2022). Sistema de la Integración Centroamericana . Obtenido de https://www.sica.int/noticias/alemania-asignamas-de-100-millones-de-euros-para-proyectos-regionales-implementados-por-el-sica-y-bcie_1_118645.html

Chiani, A. (2009). La cooperación internacional : herramienta clave para el desarrollo de nuestra región. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung.

Desarrollo, C. C. (18 de 02 de 2022). Sistema de la Integración Centroamericana. Obtenido de https://www.sica.int/noticias/ccad-firma-acuerdo-ambiental-2019-2020-negociaciones-entre-alemania-sica-y-bcie_1_118614.html

Española, R. A. (s.f.). Real Academia Española . Obtenido de <https://dle.rae.es/intergeneracional>

Fernández, D. (2012). Cambio Climático y Justicia Ambiental, et al. En Cambio Climático y Justicia Ambiental, et al. Bogotá: ILSA, Instituto para una Sociedad y un Derecho Alternativos.

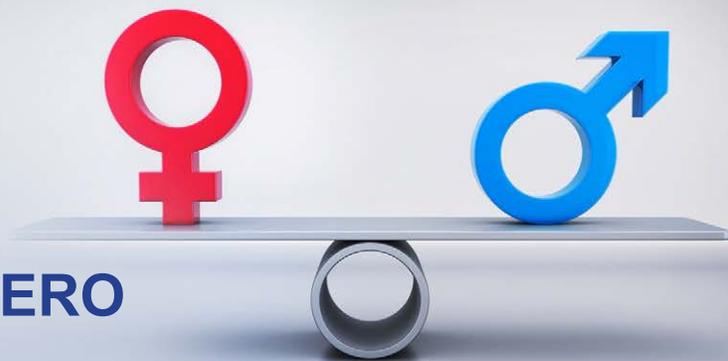
Ibarra, Á. (2012). Cambio Climático y Justicia Ambiental, et al. En Cambio Climático y Justicia Ambiental, et al. Bogotá: ILSA, Instituto para una Sociedad y un Derecho Alternativos.

Latina, A. T. (2016 de 09 de 15). Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Obtenido de <https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/ibge-entrenamiento-construccion-capacidades.pdf>

Pardo, M. (2018). Justicia Ambiental y Justicia Climática: El Camino Lento pero sin Retorno, Hacia el Desarrollo Sostenible Justo. En M. Pardo, & J. Ortega. BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales.

París, A. d. (20 de 02 de 2022). Naciones Unidas. Obtenido de United Nations Climate Change: https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf

JUDICATURA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO



Dra. Zonia de la Paz Santizo Corleto
Magistrada de la Sala tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal
Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Guatemala.

INTRODUCCIÓN

En un sistema democrático la función judicial es el sostén del Estado de Derecho, en ese orden de ideas los juzgadores están investidos para impartir justicia pronta y cumplida, pero esa justicia es total cuando el juez conoce los casos sometidos a su jurisdicción bajo el contexto que les corresponde y con total independencia; es así como los jueces deben dar el tratamiento adecuado a los casos acontecidos bajo los diferentes contextos sociales, de ahí surge la importancia de la herramienta conocida como “Metodología de Género”, esta le proporciona a los jueces una visión diferente en la aplicación del Debido Proceso. La garantía del Debido Proceso está íntimamente vinculada a la perspectiva de género, porque esto implica que los jueces tienen la obligación de garantizar a los sindicados o sindicadas, y a cualquier víctima a tramitarle un proceso con todas sus garantías tomando en cuenta la condiciones de cada individuo y las condiciones y/o roles sociales asignados a cada uno, los cuales se van a visibilizar solo si se tiene conocimiento de la mencionada herramienta.

JUDICATURA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Hablar de perspectiva de género es hablar de una categoría social de identificación de las personas conforme el rol que desempeñan en la sociedad; muchos piensan que hablar de género es hablar de mujeres y desde ese momento se produce la estigmatización sobre la mujer, pues quienes así lo entienden consideran que es un tema no solo aburrido sino triado en cuanto a los reclamos que constantemente se hacen sobre los Derechos Humanos de las mujeres, sin embargo no es así, toda vez que el género incluye tanto al sexo masculino como al femenino y su estudio se destina a la constitución de mecanismos apropiados para individualizar al hombre y a la mujer en atención a las construcciones culturales y sociales que se han generado a su alrededor. El género no es un concepto nuevo; su análisis como categoría social ha cobrado auge como consecuencia de las Convenciones, Tratados y Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos que se refieren a la categoría social denominada “Perspectiva de Género”. La importancia de ver los conflictos judiciales con perspectiva de género, radica en generar igualdad de condiciones entre hombres y mujeres, que ambos sujetos tengan las mismas oportunidades en el Debido Proceso, atendiendo a sus desigualdades inherentes como seres humanos, dentro de las que se pueden mencionar; sexo, edad, etnia, condición física, nacionalidad, preferencia sexual, educación, antecedentes de historia de vida en condiciones de abandono o de integración familiar, entre otros. Ahora bien, porque la confusión de identificar a la mujer vs. género? Porque la mujer es la más

vulnerable y que por siglos ha sido sometida a las relaciones que sobre ella pesa el poder del hombre, por lo que la mujer se ha visto obligada a generar condiciones en la sociedad que le reivindiquen sus derechos y ese reconocimiento es el que debe considerarse para juzgar en casos concretos en los que la metodología de género sea fundamental para concluir con certeza jurídica sobre una litis que tenga en juego los Derechos Humanos de las personas.

Es necesario hacer actualización de los temarios para el estudio o preparación que deben hacer los jueces, que incluyan el tema de la perspectiva de género y la metodología de género, la proyección debe darse al juez ordinario pues para que se dé el efectivo reconocimiento de los Derechos Humanos, se requiere que el juez conozca cómo funciona la metodología de género y haga uso de ella para juzgar con perspectiva de género, pues una de las problemáticas que se enfrenta en el sistema de justicia es que la temática es conocida pero no aplicada por los jueces del orden común, generalmente son los jueces especializados en Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer quienes hacen uso de la metodología de género; sin embargo, algunos jueces comunes hacen caso omiso no solo de la doctrina sino de lo más importante que es la normativa constitucional, la ordinaria y principalmente al Control de Convencionalidad, ya la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se ha pronunciado ampliamente sobre el tema generando las condiciones para que los Estados tomen medidas apropiadas que garanticen los derechos de las personas atendiendo a la vulnerabilidad de cada una conforme la perspectiva de género.

En ese orden de ideas debemos considerar que el que hacer jurisdiccional es invaluable y no consiste únicamente en solo impartir justicia, sino a través de esa delicada tarea, también consiste en generar cambios que van desde modificar el proyecto de vida de una persona, hasta cambios de orden social y/o políticos; es así como los jueces deben aplicar el derecho en la justa medida de darle a cada quien lo que le toca, bajo ese potencial corresponde ejercer jurisdicción basados principalmente en el derecho de igualdad entre hombres y mujeres; para ese efecto la argumentación judicial debe enfocarse en los Derechos Humanos, en la Constitución Política de la República, en las leyes, pero principalmente debe estar libre de estereotipos no sexistas que garanticen el Debido Proceso y una verdadera Tutela Judicial Efectiva. De tal cuenta que resulta de mucha importancia el conocimiento que tienen o que deben tener los jueces sobre la teoría de género para juzgar con perspectiva de género, la labor jurisdiccional juega un papel importante para romper con los criterios estereotipados, así como los lenguajes excluyentes que se van formando con el día a día en la vida de los juzgadores y que al incluirse en la impartición de justicia generan desigualdad. Es necesario que los jueces conozcan categorías básicas en materia de género que les den apertura para juzgar con esta perspectiva.

En principio es importante reconocer que debemos entender por género, la Doctora Delia Godoy nos proporciona una definición clara, sencilla, entendible desde varios sectores, lo define como: *“Género es el conjunto de prácticas, actitudes roles, símbolos o representaciones, normas, valores y expectativas de comportamiento que las sociedades construyen, a partir de las diferencias sexuales, anatómicas y filosóficas entre hombres y mujeres, que dan sustento a las relaciones jerárquicas de poder entre ambos, en las cuales los hombres detentan el poder y las mujeres están sometidas a ellos”* (Godoy D. C., 2017). Comprender el concepto y las categorías de género, provoca en los jueces certeza jurídica para aplicar el derecho no solo de una manera correcta sino que justa, siendo esta su labor.

Los estereotipos de género tienen incompatibilidad con los Derechos Humanos; sin embargo; en tanto se desconozcan, no se evidencien y/o no se reclamen se puede decir que no causan daño; el problema surge cuando tiene que intervenir el derecho, toda vez que quien reclama su derecho a una vida diferente lo hace atendiendo a su condición que generalmente es una persona estereotipada y a su necesidad, pero se agrava el problema cuando quien aplica el derecho no ve el contexto de los hechos con lentes de género.

Es importante en la labor intelectual de los determinar cuándo se encuentra bajo un caso relacionado al tema de género; en principio debe verificarse si el caso se relaciona a derechos reclamados por mujeres por vulneración hacia hechos o situaciones que la inmiscuyen directamente por ser mujer, lo anterior conlleva hacer una revisión de la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos de las mujeres; acá surge un primer criterio para resolver el conflicto con perspectiva de género.

Otro supuesto importantes que puede orientar a los jueces a determinar la perspectiva ante la cual se encuentra el caso concreto es el análisis reflexivo de los hechos en conflicto, deben determinar si se refieren a un tema de equidad de género, para esto deben tener claro que son y cuáles son los estereotipos evidenciados en el conflicto, como por ejemplo el cuidado de los hijos, el trabajo en el hogar, las formas de vestirse de la mujer, ser madre soltera, y el ámbito en donde se han generado los hechos: ejemplo de ello en el ámbito público o en el ámbito privado, en el ámbito laboral, en el ámbito familiar. Otro supuesto que puede orientar a los jueces es lo relacionado al ámbito sexual o reproductivo, así como los roles que juegan las mujeres y hombres sobre esa temática, este ámbito genera mucha vulnerabilidad, principalmente en mujeres y niñas y niños.

Ver los casos con lentes de género permite a la autoridad judicial visualizar la información necesaria que incluya los antecedentes de los sujetos para realmente conocer su condición, atender a esos antecedentes y concluir en una decisión bajo el amparo del principio de igualdad que rompa con la visión asimétrica del derecho entre hombres y mujeres; de no ser así se les veda a ambos géneros el derecho a ser juzgados o a

recibir asistencia como víctimas en condiciones de igualdad. *Al juzgar con perspectiva de género se aplica la verdadera igualdad entre hombres y mujeres, esa es una forma como el mismo Estado puede evitar vulnerar los derechos de las víctimas, siendo en su mayoría las mujeres las que sufren de Violencia Contra la Mujer de manera estructural o institucional, y los niños y/o Adolescentes, quienes en algunos casos son vulnerados de forma estructural e institucional, en otros casos por los estereotipos formados en la sociedad, los que pueden ser visualizados mediante la metodología de género que proporciona los pasos básicos para interpretar conductas sexistas.*

Bibliografía

Facio, A. (1999). Cuando el Género Suena a Cambios Trae. Costa Rica: Gossestra Intl. S. A.

Fundación Myrna Mack. (1997). Independencia Judicial. Guatemala: F&G Editores.

Godoy, D. C. (2017). Metodología de Género. Guatemala: Organismo Judicial.

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL PREMIAL



M.A. Mynor Antonio Oxom Paredes
Magistrado Sala Primera del Ramo Penal
De Procesos de Mayor Riesgo y Extinción de Dominio y
Catedrático Universitario



Concepto de Derecho Penal Premial

El Derecho Penal Premial es aquel conjunto de normas jurídicas, principios y doctrinas que regulan todo lo relativo a los beneficios otorgados a personas que integran o no grupos delincuenciales del crimen organizado, cuyos beneficios son otorgados a cambio de información objetiva y eficaz dentro de la investigación para el esclarecimiento de la forma, modo, tiempo y lugar en que pudo darse la comisión de un hecho tipificado como delito.

Antecedentes históricos del Derecho Penal Premial

El derecho penal premial es una forma o parte del derecho penal que se desarrolla desde el punto de vista de los beneficios que presta esta nueva corriente de Derecho penal. La delincuencia organizada, especialmente en el marco del narcotráfico y del terrorismo, no es nueva, ya que existen diferentes estructuras organizadas y permanentes con finalidades ilícitas y con el ánimo de lucro o de perturbar el orden democrático establecido, preexisten al momento actual de la globalización. Esta situación ha llegado a plantear mecanismos internacionales en distintos ámbitos, universales, regional y nacional, con el objetivo de que los distintos Estados incorporen dentro de su Ordenamientos Jurídicos mecanismos eficaces contra esta clase de delincuencia sin que por ello se menoscaben las garantías procesales propias e irrenunciables del Estado Democrático de Derecho. (ORTÚZAR, 2004)

Es por ello que en Italia en los años setenta se vieron en la necesidad de dar origen al Derecho Penal Premial, empezándose a utilizar el término Pentiti, plural de Pentito que significa “el que se arrepiente”, normalmente son personas que tienen un amplio conocimiento de la red criminal, en muchos casos son personas que manejan información sobre la estructura financiera de la organización.

La categoría judicial de los “pentiti” se creó con el fin de combatir el terrorismo en primera instancia. El nombre técnico de esta figura jurídica en el idioma italiano es la de “collaboratori di giustizia” que significa “Colaborador con la Justicia” ya que sin esta persona el Derecho penal premial no podría existir porque no habría a quien otorgarle los beneficios que presta esta nueva corriente del Derecho Penal, siendo uno de los

primeros beneficiados en Italia, Tommaso Buscetta, quien fue condenado a cadena perpetua, situación que lo llevó a buscar la forma de fugarse de las cárceles de Italia, lo cual consiguió en reiteradas ocasiones, refugiándose en diferentes países, pero desafortunadamente para él, lo encontraban y lo arrestaban nuevamente.

Posteriormente se definió al Derecho Penal Premial como aquellas personas que forman parte de una organización criminal o terrorista y que luego de ser arrestadas, se “arrepienten” y deciden colaborar con el sistema judicial en las investigaciones así poder llegar a descubrir a las personas que forman parte de su organización criminal.

Esto con el fin de obtener los beneficios que otorga el Derecho Penal Premial a cambio de la información suministrada a las autoridades, beneficios como la rebaja de las penas y en determinados casos poner en libertad a los colaboradores, otorgándoles de una u otra forma la protección debida e incluso dándoles un cambio de identidad ingresándolos a un programa de protección como un medio de seguridad por haber delatado a la organización a la cual pertenecen.

Definición del Derecho Penal Premial

Derecho Penal Premial o Sistema Penal Premial, es Conjunto de principios y normas jurídicas mediante las cuales el Estado por razones de política criminal, cede ante los delincuentes miembros de una organización criminal, que aportan información relevante para el proceso penal, a cambio se le otorgan premios. Derecho penal Premial: La persona que ha participado en un hecho delictivo, sea o no integrante de un grupo delictivo organizado, que preste ayuda o colaboración eficaz para la investigación y persecución de miembros de grupo delictivo organizado, podrá recibir los beneficios otorgados en la presente Ley. (911, s.f.)

Denominaciones del Derecho Penal Premial

En la doctrina hay distintas denominaciones relacionadas con el Derecho Penal Premial en virtud de que las mismas son la manera de manifestar la presente corriente, en ese mismo orden de ideas, es importante mencionar que tales colaboradores se distinguen bajo distintas denominaciones, dependiendo de la legislación, la idiosincrasia y el país al que pertenecen. Entre las denominaciones más comunes o sobresalientes para esta nueva figura, y que son adoptadas por el Derecho Penal Premial se encuentran las siguientes: arrepentido, colaborador, delator, testigo principal, prueba cómplice, pentiti, colaborador eficaz, chivato, soplón, testigo de la corona, entre otras.

Objeto y Naturaleza Jurídica

El objeto del Derecho Penal Premial es el descubrimiento de grupos criminales

organizados, mediante métodos especiales de investigación, regulando al efecto, medidas para prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada en forma total o parcial, a través del imputado que se vuelve colaborador de la justicia quien es favorecido por los beneficios que presta el Derecho Penal Premial.

La naturaleza jurídica del Derecho Penal Premial es pública, en virtud de que las disposiciones, lineamientos, ordenamientos jurídicos, así como también la adopción de medidas de seguridad y procedimientos para enjuiciar a los responsables y ejecutar las penas aplicables a toda actividad relacionada con el crimen organizado o delincuencia organizada son de orden público, puesto que afectan a la colectividad y además son de interés y observancia general. (Pac, 2015)

Principios que rigen el Derecho Penal Premial

Estos principios surgen a raíz de las definiciones que se aportan de lo que es el Derecho Penal Premial, siendo los principios todas aquellas fuentes a las cuales se debe acudir para que los jueces puedan decretar las resoluciones finales (sentencias) siempre y cuando existan lagunas de la norma legal o bien no se pueda aplicar la analogía, desprendiendo los siguientes principios desde el punto de vista de la colaboración que presta el sindicado y se desprenden los siguientes en base:

a) Eficacia: La información que brindará el colaborador tiene que ser de gran magnitud, verídica, valorativa y por consiguiente pueda ayudar a dar con los responsables de los hechos delictivos así como también con las organizaciones criminales, para que de esta forma se pueda hacer acreedor de los beneficios que presta el Derecho penal premial.

b) Oportunidad: La información que vaya a proporcionar el colaborador debe obtenerse de manera oportuna, y capturar tanto a los miembros como también a los cabecillas de la organización criminal, para que al momento de dar con ellos se obtengan los decomisos suficientes que fueron o serán producto de la comisión de algún delito, y por consiguiente incriminarles varios de los delitos de los cuales son culpables y todo esto para la recolección de las evidencias que se puedan recabar en el lugar de detención.

c) Proporcionalidad: El beneficio que presta el Derecho penal premial hacia el colaborador por la información veraz y eficaz que otorgó a las autoridades jurisdiccionales debe ser recompensada con un beneficio pero este debe ser en forma proporcional a la eficacia, importancia y veracidad de la información que haya aportado durante el proceso penal.

d) Comprobación: En este apartado se considera que no es suficiente la simple declaración del colaborador, sino por el contrario hacer que su testimonio debe de ser verificable y comprobable con otros medios de investigación científicos.

e) Formalidad: Es necesario suscribir un acuerdo de colaboración en forma escrita,

el cual debe firmar el agente fiscal del Ministerio Público, el sindicato y su abogado defensor, para que al momento de la detención de la organización o bien de las personas que han participado en los delitos y comprobada eficazmente la colaboración se exhiba al juez el acuerdo al que había llegado el Ministerio Público con el sindicato y de esta forma el juez otorgue ya legalmente cualquiera de los beneficios que otorgue el derecho penal premial.

f) Control judicial: El juez competente ya en sentencia luego de calificar la declaración del sindicato y comprobar que realmente fue un medio de ayuda para dar con las bandas criminales de manera rápida, éste tiene la facultad de autorizar o modificar los beneficios que presta el Derecho penal premial de forma proporcional con la colaboración, o bien, el beneficio que mejor se adecue a su colaboración ya que la ley contempla el respeto a la independencia judicial.

g) Revocabilidad: Consiste en que los beneficios que se le han otorgado a una persona ya en sentencia y que goza de ellos por haber fungido como colaborador eficaz dentro de un proceso, los cuales pueden ser revocados, siempre y cuando no vuelva a cometer otro delito en el plazo al doble de la pena máxima por el delito que se le señale, caso contrario perderá el beneficio y siendo penado nuevamente por los delitos cometidos. O bien cuando se compruebe que el sindicato ha mentado, ha sido falsa su declaración o se niega a cumplir con los compromisos que suscribió en el acuerdo.

Finalidad del Derecho Penal Premial

Con el Derecho Penal Premial se buscan los motivos para otorgar beneficios a las personas que colaboren con la administración de justicia, en otras palabras, es el resultado que se persigue por parte del Estado al negociar la reducción de penas a cambio de información relevante y veraz.

Se ha estipulado que el colaborador brinde información esencial para evitar que se continúe con la ejecución o comisión de uno o más delitos, así como su colaboración con el esclarecimiento de los hechos de los cuales tiene conocimiento, investigando y proporcionando al efecto, información útil y suficiente para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta y eficacia del colaborador facilite y evite la continuación de los delitos, valorando la información brindada, y los controles que tenga para considerar su fiabilidad, pues pueden existir falsos arrepentidos cuyo objetivo sea desviar o alterar una investigación.

Tomando en consideración lo anteriormente indicado, la finalidad que persigue el Derecho Penal Premial surge cuando la información que haya sido proporcionada por el colaborador permita cualquiera de los resultados siguientes:

- a. Evitar la continuidad y consumación de delitos o disminuir el impacto o magnitud de los mismos;
- b. Conocer las circunstancias en que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando;
- c. Identificar a los autores o partícipes de un delito cometido o por cometerse; o a los jefes, cabecillas o directores de la organización criminal, es decir brindar un panorama preciso de la estructura criminal;
- d. Identificar a los integrantes de la organización criminal y sus funciones, con el objetivo de desarticularla, menguarla o detener a uno o varios de dichos miembros;
- e. Averiguar el paradero o destino de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias del delito, así como indicar las fuentes de financiamiento y apoyo de las organizaciones criminales;
- f. La entrega de los instrumentos, efectos, ganancias o bienes producto de la actividad ilícita a las autoridades competentes.

Figuras que contiene el Derecho Penal Premial Guatemalteco

Testigo de Corona:

Es una de las primeras figuras que apareció al lado del derecho penal premial, denominándolo testigo de la corona, testigo protegido o arrepentido, es el coautor, cómplice o instigador de delito que, habiéndosele imputado en causa penal, negocia con el Ministerio Público –bajo el control de los jueces– para lograr inmunidad procesal, a cambio de pruebas que permita la condena de los otros partícipes del delito y el comiso del dinero producto de la actividad criminal. Si los datos aportados por el testigo de corona tienen veracidad, el proceso en su contra termina; si la información es falsa, la persecución penal continúa. Hay un balance en esto: se salva uno y se condenan muchos, o se salvan todos; en otros términos: impunidad mínima o impunidad total. (Ruiz, 2010)

Pentiti o Pentito:

El Pentiti, plural de Pentito, surge en Italia para llamar a la persona que forma parte de una organización criminal o terrorista y que luego de ser arrestada, se “arrepiente” y decide colaborar con el sistema judicial en las investigaciones que involucran a su organización. Esto con el fin de obtener beneficios que concede el derecho penal premial

a cambio de la información veraz suministrada. Con la información que brindan, ayudan a desmantelar la columna vertebral de su organización (Institución Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. (Eficaz, 2009).

Agente Encubierto:

La ley del crimen organizado alemana lo define como “El funcionario policial que hace sus investigaciones bajo una entidad modificada, bajo otro nombre, dirección, profesión y demás circunstancias familiares y personales.”

La ley chilena, establece que “se entiende por agente encubierto el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, oculta su identidad y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal”. (Ugarte Vial, 1996)

Colaborador eficaz

De tal manera que se discutió el tema anteriormente, el término “Colaboración Eficaz” es utilizado dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, como la forma de generalizar la figura jurídica del derecho penal premial del arrepentimiento en los demás tipos penales como: el tráfico ilícito de drogas, corrupción de funcionarios, los tipos aduaneros, entre otros. Por lo mismo, el colaborador eficaz sería aquel investigado, procesado o sentenciado que colabora con la justicia esclareciendo los hechos ilícitos e identificando a los otros coincurpados, consiguiendo finalmente una recompensa por el apoyo a la justicia penal.

La Ley contra la Delincuencia Organizada en su artículo 90 define al colaborador como “La persona que ha participado en un hecho delictivo, sea o no integrante de un grupo delictivo organizado, que preste ayuda o colaboración eficaz para la investigación y persecución de miembros de grupo delictivo organizado”.

La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada define grupo delictivo organizado como: “Un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico y otro beneficio material”.

Entrega Vigilada

La entrega vigilada, como una de aquellas técnicas de investigación penal encubierta que pretenden la consecución de la evidencia que de otra manera no se obtendría, debería, respetando el estado transparente y la dignidad humana, ser eficaz. (Sampedro Arrubla, s.f.)

Como se suele señalar en los tratados internacionales y en el derecho interno de los Estados, la entrega vigilada, el agente encubierto o la vigilancia electrónica son procedimientos de investigación e inteligencia que se utilizan para prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales que desarrolla la criminalidad organizada. Pertenecen, pues, al género de las operaciones encubiertas o reservadas.

Al respecto se señalaba que “Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas”. (Prado Saldarriaga, s.f.) .

Interceptaciones telefónicas

De acuerdo con la Ley contra la Delincuencia Organizada se puede afirmar que las interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación son acciones ejecutadas por el ente investigador, a través de una orden judicial emitida por un Órgano Jurisdiccional, cuando exista la necesidad de evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos indicados en dicho cuerpo legal, los cuales tienden a la interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas o similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro se produzcan. Siendo entonces la interceptación telefónica y otros medios de comunicación como: “La medida establecida por la ley y adoptada por una autoridad judicial que acuerda o autoriza el acceso o la transmisión de las comunicaciones electrónicas de una persona, y la información relativa a la interceptación, a los agentes facultados con el fin de conocer la actividad delictiva y su organización de quienes integran la delincuencia organizada.

CONCLUSIÓN

El Derecho Penal Premial lo constituye todo lo relativo a los beneficios legales otorgados a personas que integran o no grupos delincuenciales del crimen organizado, cuyos beneficios son otorgados a cambio de información objetiva y eficaz dentro de la investigación para el esclarecimiento de la forma, modo, tiempo y lugar en que pudo darse la comisión de un hecho tipificado como delito, así como también la información de quienes integran ese grupo delincuenciales y su rol dentro del mismo.

Bibliografía

(s.f.).

911, D. (s.f.). <http://derecho911.blogspot.com/2016/12/el-derecho-premial-penal-en-guatemala.html>).

Eficaz, P. o. (2009). <http://cicig.org/index.php?page=pentito>).

ORTÚZAR, B. (2004). *El Colaborador con la Justicia*. MADRID, ESPAÑA: Dykinson S.L.

Pac, E. G. (2015). *Análisis Jurídico y Doctrinario del Derecho Penal y su Introducción al Derecho Penal Guatemalteco*. 35. Guatemala, Guatemala: Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar.

Prado Saldarriaga, V. R. (s.f.). Universidad Fribourg. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_66.pdf

Ruiz, F. D. (2010). *Testigo de la Corona*. Obtenido de <http://www.nacion.com/2010-09-29/Opinion/PaginaQuince/Opinion2537763>.

Sampedro Arrubla, C. (s.f.). *Criminología*. Obtenido de *La Entrega Vigilada: Criminología*; <https://revistas.520>

Ugarte Vial, J. (1996). *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena*. editorial Jurídica de Chile.



Magistrada Benicia Contreras Calderón
Sala Penal en Materia Tributaria
y Aduanera de Guatemala

ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS ARTÍCULOS 6°. Y 9°. CONSTITUCIONAL

INTRODUCCIÓN

Con el presente artículo, se pretende realizar un análisis filosófico jurídico de los artículos 6°. y 9°. de la Constitución Política de la República de Guatemala, ante la trascendencia de estas normas al estar referidas a la libertad de todo individuo como garantía fundamental inherente a toda persona, con enfoque desde una perspectiva de cualidades como la validez y la eficacia de una norma.

En nuestra particular consideración; no obstante, su carácter constitucional, es de reconocer que hay incumplimiento de los plazos legales que señalan las normas antes mencionadas. La propia práctica forense que se tiene en la función jurisdiccional nos permite conocer en forma directa la situación jurídica de las personas detenidas, hay varias razones del porqué de esa situación, pero por ese incumplimiento se puede afirmar que los artículos 6°. y 9°. de la Constitución Política de la República de Guatemala, adolecen de las cualidades de validez y eficacia porque las personas detenidas no son escuchadas dentro del plazo regulado en la Constitución.

Ya es hora de proponer y crear propuestas viables por parte de los entes estatales involucrados en el sistema de justicia penal, por supuesto con el respectivo apoyo político para que los cambios sean desde la estructura del diseño constitucional y no meros paliativos cosméticos, porque de no darse de esa manera únicamente prolongamos la agonía y la problemática real queda sin resolver.

La Constitución Política de la República de Guatemala entró en vigor en 1986, transcurridos treinta y siete años, la realidad del país es otra, con incremento desmesurado en los índices de criminalidad común y crimen organizado en todas sus manifestaciones. Por parte del Estado no ha habido una respuesta en igual proporción de infraestructura y otros recursos, pues no se cuenta con la infraestructura física y adecuada, el presupuesto del Organismo Judicial es limitado, de igual manera su recurso humano, por mencionar algunas causas.

En la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789**, se reconoció en “Asamblea Nacional” la importancia de la garantía de los derechos del hombre y la división de poderes, preceptuado en su artículo 16 de esta manera: “Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos, ni definida la separación de poderes, carece de constitución”.

Sobre estos artículos, está dirigido el análisis crítico de los criterios de validez y eficacia de esas normas constitucionales en la práctica judicial; hasta dónde pueden estimarse con validez y eficacia en la vida jurídica de aplicación diaria en los tribunales penales de Guatemala; dos criterios de valoración necesarios para su estudio y comprensión del tema y concluir si el respeto a la garantía fundamental de la libertad y su valor intrínseco de justicia es una realidad o únicamente buenas intenciones escritas en un documento llamado Constitución.

El desarrollo del trabajo inicia con aspectos teóricos de carácter constitucional, se realiza desde una perspectiva filosófica respecto a los criterios de validez y eficacia de la norma vinculados con su interpretación y aplicación, pues en todo caso, es el juez quien debe llevar a cabo una ponderación de los principios de los derechos fundamentales de la persona detenida, y en esta actividad puede vislumbrarse mejor los criterios de legitimidad, validez y eficacia de la norma a favor de una correcta y pronta administración de justicia.

1. LA NORMA CONSTITUCIONAL

Las normas contenidas en la Constitución de un país son de singular importancia por constituir el pacto social acordado entre Estado y Pueblo, con regulaciones de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder, aparte de las funciones propiamente orgánicas de los distintos entes administrativos. Es la base sobre la cual pueden partir las demás leyes y competencias de las entidades y autoridades de gobierno, representado en los tres poderes del Estado.

El estudio de una norma jurídica, cualquiera sea su categoría, implica el respectivo análisis en atención a su creación, contenido, alcances, límites y consecuencia jurídica. Cada uno de estos aspectos presenta toda una clasificación y exposición de diversos autores que tratan de desentrañar las diferentes situaciones de un planteamiento jurídico derivado de la observancia e inobservancia de una norma jurídica.

Por ejemplo, no todas las normas jurídicas traen consigo una sanción, pues también puede ser sólo para otorgar facultades o potestades, o bien son eminentemente procedimentales y, las normas de la Constitución de Guatemala no escapan de esas situaciones.

El jurista guatemalteco Jorge Mario García Laguardia, se refiere al nacimiento y aprobación de nuestra Constitución en estos términos:

Dictada en un momento de euforia democrática, al final de un largo período muy oscuro de gobiernos autoritarios, en su mayoría militares, es totalmente legítima, producto de un cuerpo constituyente libremente electo, en el que las distintas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que realizar permanentes negociaciones para obtener consensos y definiciones; y su preocupación central es la de establecer la consagración y garantía de los Derechos Humanos, en un sistema democrático ya que siempre estuvo presente la preocupación por el pasado autoritario que se pretendía rebasar. (García Laguardia, año 2002: pág. 100).

De ese esfuerzo conjunto en Guatemala nace una Constitución de vanguardia para América Latina, eminentemente de corte humanista, en su preámbulo afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; asimismo, se responsabiliza al Estado de la promoción de sus valores e ideales de su pueblo afirmados en dicha Constitución; entonces, es de destacar el impulso a la plena vigencia de los Derechos Humanos, para aquella época era una innovación y un compromiso de Estado vigente a la presente fecha y que podría apreciarse precisamente en los plazos legales regulados en los artículos 6º. y 9º. de la Constitución.

Veamos la regulación de estos artículos de carácter constitucional:

Detención Legal. “Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente **en un plazo que no exceda de seis horas**, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad”.

El funcionario, o agente de autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente”.

Interrogatorio a detenidos o presos. “Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse **dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas**.

El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio”.

La descripción de esas normas nos da a conocer la voluntad política del Constituyente de poner un límite a la represión del Estado enmarcado en su poder punitivo, por ello la protección constitucional del respeto a las garantías de los derechos fundamentales de la persona, como la libertad. Es importante subrayar que el momento histórico de la creación de la Constitución, fue determinante para reconocer la libertad en su máxima representación del derecho humano de la persona, especialmente por la vinculación directa con derecho penal y procesal penal, ante la vigencia de un Estado Constitucional

de Derecho. Entonces, cualquier persona puede percibir los márgenes de libertad y respeto a los derechos humanos que imperan en el país.

Además, de armonizar esa regulación con las garantías judiciales estipuladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (...)”.

Sin embargo, esa creencia que tiene todo ciudadano guatemalteco por la misma regulación constitucional y convencional debe ser cuestionada, en el sentido de considerar o analizar si es suficiente per se la existencia de una norma constitucional escrita para materializar en la práctica tribunalicia la validez y eficacia de esa regulación; si la fuerza normativa impregnada en la Constitución, el Organismo Judicial cuenta con las condiciones necesarias para hacerla valer y no quedarnos con la mera formalidad de un documento constitucional.

Con estas inquietudes, es pertinente citar a Norberto Bobbio, quien expone:

Que, a su juicio, si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son independientes entre sí. En efecto, frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica. (Norberto Bobbio, año 1999: pág.20).

Con estos parámetros pretendemos evaluar la validez y eficacia de los artículos 6º. y 9º. de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual nos atrevemos a realizar con base en nuestra experiencia judicial mediante el ejercicio profesional en la judicatura del ramo penal, nuestra observación sobre la praxis y la problemática que podemos apreciar.

2. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional puede darse desde muchas vertientes y nos referiremos a la interpretación “funcional”; por los efectos que origina, toda vez que, si la sentencia proviene del Tribunal Constitucional como la Corte de Constitucionalidad, dicha sentencia tiene efectos “erga omnes” y fija parámetros interpretativos que deben ser atendidos por los tribunales de jerarquía inferior.

Por otro lado, en nuestro sistema también encontramos a los jueces ordinarios, quienes

tienen la obligación de ponderar los valores constitucionales y convencionales en la resolución del conflicto sometido a su conocimiento y por lo mismo diríamos que tienen una función creativa y de repente hasta innovadora en la aplicación de las normas al caso concreto, convirtiéndose también en los intérpretes de las normas del derecho.

De acuerdo con Néstor Pedro Sagües, quien nos refiere pautas para una interpretación “funcional” de la Constitución, con lo siguiente:

Lo de la interpretación práctica, es decir, además de interpretación fundamentalmente “profesional” (para el oficio de juez constitucional), interpretación útil, apta para dar respuestas sensatas y provechosas para la sociedad y para el sistema político donde se integra el juez constitucional, también debe optimizar las posibilidades de la Constitución para resolver adecuadamente los problemas, y no para agudizarlos o dejarlos inconclusos. En tal que hacer, le toca armonizar, y no contraponer, a los poderes del Estado, y encontrar (e imaginar) nuevas aptitudes en la Constitución para que ella resulte cada vez más operativa. (Néstor Pedro Sagües, s/f: pág. 26).

En Guatemala podemos citar ejemplos, para ilustrar lo dicho por el autor Sagües y lo cual es observado por los jueces, respecto a estas normas:

Artículo 16 de la Constitución: **Declaración contra sí y parientes:** “En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.”

Artículo 370 segundo párrafo del Código Procesal Penal: **Declaraciones del acusado.** ... “Si el acusado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, o incurriere en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, que se le pondrán de manifiesto, el presidente ordenará, de oficio o a petición de parte, la lectura de las mismas declaraciones, siempre que se hubiere observado en ellas las reglas pertinentes...”.

Aquí podemos observar cómo la norma constitucional tiene un carácter garantista en relación a los derechos del imputado; en tanto, la norma ordinaria no lo tiene. Como Juez respetuoso de la supremacía constitucional, su actuación se circunscribe a la observancia del artículo 16 de la Constitución, se respeta el derecho del imputado si su deseo es no declarar en el debate, no obstante, lo regulado en la norma ordinaria.

Artículo 4 de la Constitución: **Libertad e igualdad.** “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...”.

Artículo 481 del Código Procesal Penal: **Desistimiento tácito.** “Se tendrá por desistida la acción privada: 1)... 2) Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia de conciliación o del debate sin justa causa, la cual deberá ser acreditada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha señalada”.

Respecto a los otros sujetos procesales como el querellado o defensor en cuanto a sus incomparecencias, en este mismo procedimiento específico no se tiene regulación; por consiguiente, por principio constitucional de igualdad, es de entender que ese juez debe conferir el mismo trato procesal respecto a la incomparecencia del querellado o defensor.

Además de contar con una Constitución de corte humanista, también se tiene andamiaje jurídico de carácter internacional sobre derechos humanos, lo que constituye un soporte más al derecho interno, se estima que, a la fecha, ya no tiene que ser objeto de discusión, si prevalece el derecho interno o si hay violación de la soberanía.

Tomó su tiempo aceptar su reconocimiento a través de las resoluciones judiciales dictadas; hubo necesidad de sendos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su efectiva aplicación, conforme a sus criterios ya constituidos en su propia jurisprudencia, entre ellos tenemos:

El deber de ejercer un control de convencionalidad de las leyes nacionales.

La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el 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. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. (Silva García, año 2011: pág.10).

Siguiendo siempre al autor Bobbio, refiere que para determinar la validez de una norma, debe realizarse tres operaciones:

- Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir esa norma jurídica
- Comprobar si no ha sido derogada, que no haya surgido una norma posterior que la derogara
- Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema, que en el caso de la norma constitucional, debe guardar armonía con las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser Guatemala, Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos. (Norberto Bobbio, año 1999: pág.21).

En atención a estos parámetros, podemos afirmar que los artículos 6º. y 9º. de la Constitución de Guatemala, son legítimos y válidos, toda vez que fueron aprobados vía Asamblea Nacional Constituyente, también guardan armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que su carácter de ley suprema le corresponde y el respeto a los derechos humanos de la persona detenida, están ampliamente reconocidos por el Estado, al fijarse tiempo finito a las autoridades de gobierno, entiéndase Policía Nacional Civil, para presentarla ante autoridad judicial y, luego el plazo a ésta autoridad judicial, para recibir la primera declaración y resolver la situación jurídica de la persona detenida.

3. NUESTRA REALIDAD JURIDICA

Estos plazos legales pueden calificarse de muy poco tiempo, pero así se encuentran regulados, seguramente por parte del Constituyente, prevaleció el afán de no repetirse actos similares a los ocurridos en las dictaduras militares y por lo mismo, hasta pueden considerarse normas justas, porque fueron dictadas creyendo en un plazo razonable y proporcional para la persona detenida, limitarles lo menos posible su garantía de libertad y libre locomoción y a la vez, su estado de incertidumbre jurídica también fuera el menor tiempo posible.

Ahora bien, calificadas como normas válidas, incluso justas, también pueden considerarse como normas eficaces; esa sería la consecuente pregunta.

Y la respuesta a darse es en sentido negativo; es lamentable lo que sucede a diario en las Comisarías de la Policía Nacional Civil y Juzgados de Primera Instancia Penal en su calidad de jueces contralores de la investigación o jueces de garantías. Estos juzgados tienen a su cargo, recibir la primera declaración de los detenidos en un plazo de veinticuatro horas, contados a partir de la detención e inmediatamente resolver la situación jurídica del detenido, y luego quedarse a cargo de la etapa de investigación y etapa intermedia del proceso penal, y en este momento decidir si abre a juicio oral y público, o bien ordenar el sobreseimiento o clausura provisional del proceso.

Sucede así; respuesta también en sentido negativo. Por qué? La principal razón es la imposibilidad material para cumplir con ese plazo legal, ante el gran número de procedimientos policiales con personas detenidas, puede darse que en un solo operativo policial puede ponerse a disposición de un juez de turno, más de diez personas. Con ese número de personas detenidas en un solo procedimiento es inviable el cumplimiento del plazo legal relativo a recibir la primera declaración de todas estas personas (plazo de dieciocho horas), que son las efectivas para la autoridad judicial.

Materialmente imposible ese cumplimiento de plazos establecidos en la Constitución, porque la administración de justicia la conforma todo un sistema, refiriéndonos al proceso

penal, intervienen instituciones como Policía Nacional Civil, Fiscalía del Ministerio Público, Defensor Público o Particular, Juez de Primera Instancia Penal y el Sistema Penitenciario; de faltar uno de ellos, el procedimiento no se puede llevar a cabo y el plazo legal no se detiene; las sanciones disciplinarias no solucionan porque el problema no es del personal nombrado, corresponde a un problema estructural que implica reforma constitucional; asimismo, incremento sustancial de las partidas presupuestarias de estas entidades, pero la voluntad política no aparece.

Entonces, de nada sirve una norma válida, si la misma no es eficaz en su aplicación, porque trastoca garantía fundamental de libertad y justicia, es desafortunado que constitucionalmente haya una regulación muy atinada con el poder punitivo del Estado y que la realidad jurídica sea otra en el mundo práctico. Razones hay muchas, pero no se ha tenido la suerte de contar con autoridades de gobierno que quieran resolver, porque la solución total es de carácter político.

Por parte del Organismo Judicial se han dado esfuerzos en las diferentes Cortes Supremas que ha habido, nombramientos de jueces en significativo número, creación de juzgados de turnos de veinticuatro horas; sin embargo, siempre se está cuesta arriba con el cumplimiento del plazo legal de recibirse la primera declaración y resolver la situación jurídica de la persona detenida, porque es de agregar la circunstancia de que muchas veces no se cuenta con fiscal, defensor o agente de seguridad penitenciaria.

La Corte de Constitucionalidad, con relación al artículo 6º. emitió pronunciamiento en su momento, en estos términos:

...La normativa constitucional y la legal persiguen que la detención preventiva o cautelar se prolongue lo menos posible, articulando para ello medidas que, de no ser por conductas específicas, permiten en general un régimen de libertad controlada mediante las denominadas medidas sustitutivas, a fin de hacer prevalecer los valores de la libertad y de presunción de inocencia. (...) Esto significa, que descontando las seis horas que la autoridad ejecutiva tiene como máximo para consignar a un detenido, quedarían dieciocho horas para hacer comparecer al aprehendido a efecto de que preste su declaración. Estos tiempos, por precarios que parezcan dentro de una realidad de sobrecarga de asuntos a resolver (algunos que exigen la inmediación procesal del juez) no exime para que se cumpla con ellos, por tratarse de derechos públicos subjetivos de razonable exigibilidad. (Gaceta 57, Expediente 73-2000. Fecha de sentencia: 25/07/2000).

Como podrán ver, para la Corte de Constitucionalidad las garantías fundamentales de la persona, en cuanto a su libertad de acción y de locomoción y correspondiente presunción de inocencia, deben ser de estricta observancia por parte de la autoridad judicial.

Es inevitable la correlación existente entre derecho y poder, toda vez que la teoría jurídica constituye el mecanismo formal de investidura y con ello la legitimidad de la que deben gozar los actos realizados con fundamento en un poder otorgado a través de una norma jurídica. Precisamente del derecho surge la diversidad de análisis y aplicaciones respectivas en los actos del gobierno y del Estado, asimismo, las políticas a implementarse siempre dentro de un marco legal previamente establecido.

Si bien, ambos temas pueden ser analizados separadamente ya que los alcances y límites de los mismos son distintos, también es cierto que en alguna parte van a coincidir y trabajarse conjuntamente, pues como sociedad nos encontramos inmersos dentro de un sistema político-jurídico, mismo que responde a una determinada organización política, económica y social, la que también puede ser susceptible de cambios ya sea en forma pacífica o violenta, que de ser violenta algunos estudiosos lo refieren como una revolución.

El respeto de los derechos humanos de la persona se puede apreciar en su justa dimensión cuando se sufre la privación de libertad y por lo mismo, su valor en la concepción de garantía fundamental en la Constitución. Nos señala Casal (2014) las garantías a observar frente a la privación de libertad: a) derecho a ser informado de los motivos de la privación de libertad; b) derecho a comunicarse con su abogado y con sus parientes más cercanos; c) derecho a ser conducido sin demora ante una autoridad judicial; d) derecho a no sufrir una prisión provisional injustificada o excesivamente prolongada; e) derecho a recurrir ante una autoridad judicial a fin de que sea examinada prontamente, a través de un procedimiento contradictorio, la licitud de la privación de libertad y; f) derecho a obtener una reparación por los daños derivados de una privación ilegítima de la libertad.

Todas esas garantías constitucionales y procesales le asisten a toda persona acusada, en ese sentido nuestra lucha de fortalecimiento al sistema de justicia penal debería ir encaminada a lograrlas pese a las adversidades que ocurren durante el transcurso y trámite de un proceso penal.

En el Derecho Penal, la norma jurídica se conceptúa como “dogma”, pues su naturaleza así lo exige para evitar arbitrariedades caprichosas o antojadizas por parte de los juzgadores; no obstante la consideración de “dogma”, establecida la relación jurídica intersubjetiva, con apoyo en las propias normas jurídicas, el juzgador debe emitir una resolución judicial con aplicación de la norma jurídica penal y procesal al caso concreto y la misma creemos que debe responder a las cualidades señaladas por Norberto Bobbio. ¿Tarea difícil? Así es.

CONCLUSIÓN

La existencia legítima y válida de los artículos 6º. y 9º. de la Constitución Política de la República de Guatemala es un triunfo, algo positivo; toda vez que lo ineficaz al final del día es una situación temporal estrictamente en el cumplimiento del plazo constitucional y tenemos la obligación de buscar, proponer y crear alternativas de solución.

Que a la presente fecha, por las órdenes de detención contra altos funcionarios y su situación jurídica sin resolver en un plazo legal y razonable, se pudo magnificar y visibilizar la necesidad de reformas para el sector justicia, conscientes del grave daño personal y colateral que puede traer la detención prolongada de una persona y la responsabilidad internacional en la que incurre el Estado y el funcionario judicial al inobservar su regulación interna, también los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos.

REFERENCIAS

Bobbio, N. (1997) Teoría General del Derecho. Traducción de Jorge Guerrero R. Editorial Temis, S.A. Colombia

Casal, J. (2014) Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. Universidad Católica Andrés Bello Caracas

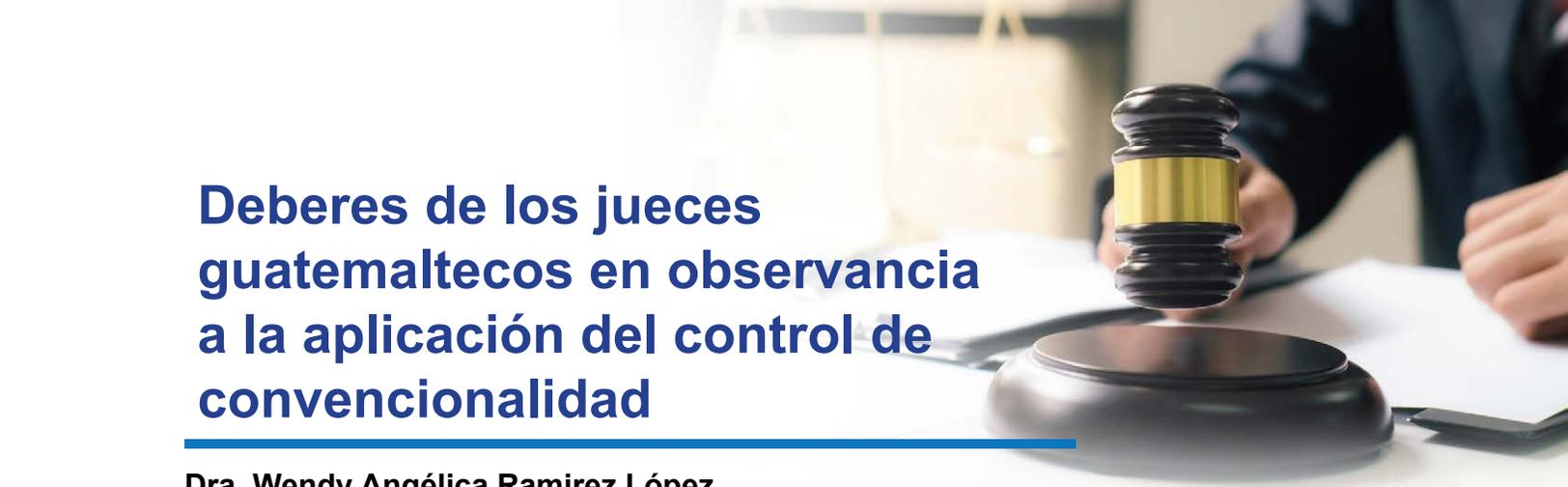
García, J. (2002) Breve Historia Constitucional de Guatemala. Ministerio de Cultura y Deportes, Guatemala

Sagües, N. (s/f) La Interpretación Judicial de la Constitución. Segunda Edición. Editorial LexisNexis

Constitución Política de la República de Guatemala, con Notas de Jurisprudencia. Instituto de Justicia Constitucional. (s/f) Editorial Serviprensa

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano 1789 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Deberes de los jueces guatemaltecos en observancia a la aplicación del control de convencionalidad



Dra. Wendy Angélica Ramírez López

Magistrada de la Sala Mixta de la Corte de Apelaciones del departamento de Escuintla

Es importante recordar que la obligación del Estado de Guatemala en ejercer el control de convencionalidad surgió a partir de 1978, que se ratificó y aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través del Acuerdo Gubernativo número 123-87, que la reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin reserva, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El fundamento legal del control de convencionalidad parte de los tratados internacionales que se han ratificado, normas de interpretación que son aplicables al momento de analizar cada caso y que son fundamentales para aplicar la normas en cada Estado. Actualmente, el ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar por los jueces e implica confrontar las materias que son de su competencia y establecer que las normas internas no vulneren las reglas determinadas por el derecho internacional o supranacional en su caso.

En ese sentido, el juzgador debe tener en mente que el derecho positivo no solo es vinculante cuando es de fuente nacional, sino que implica que los jueces deben aplicar lo proveniente de la fuente interamericana; por lo que, se debe garantizar y formalizar al momento de que emita sus resoluciones.

Sobre la aplicación del control de convencionalidad Hitters (2009) ha inferido en lo siguiente:

Debe aplicarse primero el control de constitucionalidad por el juez local, quien también debe de llevar a cabo el control de convencionalidad, con lo cual la norma debe analizarse primero por los cuerpos judiciales internos y luego, si aún subsiste el agravio, por el más alto cuerpo de justicia del país (p. 119).

También lo expresa el ilustre catedrático chileno Bazán (2011) del Centro de Derechos Humanos, al decir:

El control de convencionalidad en sede nacional está a cargo de los magistrados locales (se involucra también a las demás autoridades públicas), el cual consiste en la obligación de velar por la adecuada aplicación de las normas jurídicas internas a casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha efectuado al respecto. Es decir, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquel ejerce competencia material (p. 24).

El control de convencionalidad ejercido por los jueces domésticos o también denominado difuso, corresponde a los jueces y magistrados nacionales. Consiste en el examen de verificación que debe realizar el juez para determinar aquella compatibilidad entre los actos y la Constitución Política de la República de Guatemala, la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha impregnado sobre la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, el control de convencionalidad es solicitado, específicamente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los jueces de la sede local dándoles una facultad para que lo interioricen en su actuar judicial. Esto se debe a que también operan como jueces interamericanos dentro de la localidad donde se encuentren, debiendo proteger y garantizar el efecto útil de la Convención, así como las normas que ocupan el *corpus iuris* interamericano.

Al respecto, este ejercicio de compatibilidad debe ejercerse entre las normas de derecho interno y el principio de convencionalidad, que implica que los Estados puedan reconocer la fuerza normativa de tipo convencional que involucra los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano internacional que los interpreta.

Esto quedó establecido en la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile en la que se expresa:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde su inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención (p.124).

Relacionado con lo anterior, se pueden examinar los fallos de los casos Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Heliodoro Portugal vs. Panamá, y Cabrera García y Montiel Flores vs. México, en los cuales se establece que los jueces y la administración de justicia, en todos sus niveles, están obligados a ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo también en cuenta la interpretación que de la misma ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, última intérprete de la citada convención.

Entonces, el deber del juzgador es impedir por todos los medios legales que esos derechos humanos establecidos por las normas convencionales se vean vulnerados o mermados, debido a que esa normativa conforma parte de los estándares de la misma convención, conforme a la interpretación formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esa manera, el Estado debe implementar mecanismos adecuados para que los jueces nacionales ejerzan el control de convencionalidad, pues todos ellos deben aplicar el derecho interno y el derecho convencional para la efectiva protección de los derechos fundamentales y evitar acudir al Tribunal Interamericano de Derechos Humanos a efecto determine que el Estado ha vulnerado o no dichos derechos. Con ello, también se fortalece el Estado Constitucional de Derecho.

Por lo que, existen principios que son fundamentales y exigen que el juzgador los aplique y no puede olvidarlos ni dejarlos de realizar, ya que el fallo se vería comprometido, acaeciendo las posibles consecuencias jurídicas.

Es menester señalar un principio fundamental, el *iura novit curia* –que expresamente nos señala que el juez conoce el derecho–, debido que al no aplicarlo quedará expuesto a ser poco profesional y a las sanciones que acarrear; desgastando la credibilidad judicial que conlleva al momento de impartir justicia. Por lo que, el togado no puede alegar la ignorancia de la ley, pues no lo exime de su cumplimiento el no saberla o desconocerla; no se salvará de cumplirla a las buenas o las malas. Asimismo, este principio se constituye como un garante al momento de aplicar y ejecutar el derecho correspondiente, ya que da toda persona la potestad de accionar y al juez encargado de impartir justicia la obligación de emitir resoluciones conforme a derecho.

En sintonía de lo anteriormente expresado, dentro del territorio guatemalteco es de conocimiento el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial que establece: “Que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia desuso, costumbre o práctica en contrario, la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento”, pues con la publicación oficial de las normas se justifica la ficción de que estas han sido conocidas para luego exigir su observancia.

Aunado a lo anterior, es importante la actualización del juez en lo concerniente a las

sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque debe de estar a la vanguardia y conocer la jurisprudencia que siente el tribunal a nivel internacional, al ser fuente primordial del control de convencionalidad.

En todo caso, si el juez tiene conocimiento de la norma internacional y del control de convencionalidad y no se actualiza de manera constante, se encontraría frente al incumplimiento del principio de iura novit curia. De esto parte la capacitación constante en cumplimiento del principio mencionado, para que el juez pueda aplicar a los fallos correspondientes el control de convencionalidad.

1.1. Reflexión de la aplicación del control de convencionalidad dentro de la esfera del Estado Constitucional de Derecho en congruencia con el que hacer de los jueces en el ámbito judicial

En el Informe Nacional guatemalteco relacionado con las tendencias del juez guatemalteco, Aguirre Godoy (1999) nos expresa lo siguiente:

Como ocurre en la mayoría de los países, no es que la opinión pública se manifieste en el sentido de no confiar en su sistema judicial, o en su eficacia. La opinión se expresa especialmente en la lentitud de los procesos, que desde luego influye en su inmediata eficacia (p. 363).

En sus afirmaciones se denota una clara deficiencia, debido a que los jueces muy pocas veces hacen uso de este control de convencionalidad invocándolo en sus sentencias. De esta manera, no se piensa en una solución al problema que atañe al sector justicia en torno a la aplicación del referido control, debido a que por parte del Estado, no se ha atendido a las recomendaciones que efectuó el Comité de Derechos Humanos en diferentes ocasiones, con relación a la obligación del artículo 40 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por lo que, los derechos humanos que gozan las personas, relacionados con los órganos internacionales que están instituidos para un efectivo cumplimiento, deben ser aplicados en un Estado parte por el juez local y hacerlos valer las partes en el momento de ser vulnerados ante la jurisdicción de la Corte Interamericana de Justicia.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que sobre los Estados que conforman la Convención Americana de Derechos Humanos recae la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos, y que, con base en esa obligación, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad.

Es preciso indicar, acorde al párrafo anterior, que dentro del Estado Constitucional de

Derecho guatemalteco la observancia y utilidad a este control es escasa, a consecuencia de la poca importancia que le pone el juez local. Al coartar el estudio de los derechos humanos, el Estado de Guatemala puede ser sujeto a imposición de sanciones, por ese manejo e implementación que le ha dado.

Partiendo de la actualidad, los jueces locales deben hacer este tipo de estudio en sus resoluciones judiciales, para que contengan un análisis del control de convencionalidad. Así, en una resolución se debería indicar si las partes del proceso no hicieron alusión a derecho alguno consignado en aquellas normas internacionales en materia de derechos humanos y el juzgador de oficio referirse al respecto, debido a que es su obligación hacer aquél estudio de la convencionalidad, no quedando a discreción si es requerido por las partes.

En este punto álgido el Estado Constitucional de Derecho se ve comprometido a la aplicación de este control. En este ejercicio se pueden encontrar distintas falencias y deficiencias, que solo denotan que al Estado le importa poco o nada la aplicación de los derechos humanos; asimismo, no se aprecia ninguna reacción a las recomendaciones de parte de las organizaciones internacionales que velan por el cumplimiento de la aplicabilidad del control. Tampoco parece que importan las sanciones que se le ha impuesto en sentencias en las que se considera respecto a la ignora de ese conocimiento. De tal forma, se ve que el juez debe de conocer muy bien la debida aplicación de normas, jerarquía y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso.

Al hacer relevancia del término en latín *ex officio* –que se traduce “en este caso un juzgador”–, se hace alusión a que el juez posee esa atribución de realización de las funciones inherentes que le fueron asignadas dentro de las facultades en el proceso. Por tal, el estudio el juez debería hacer una evaluación de la gama internacional de derechos humanos antes de emitir una resolución, así mismo evitar aplicar una norma que sea contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Esto incita a que Guatemala como parte de la convención citada, tanto los jueces como magistrados tienen la obligación de hacer del estudio del control de Convencionalidad, comparando los derechos bajo el control de Constitucionalidad antes de emitir un fallo; de no hacerlo, el Estado estaría fallando ante una obligación adquirida internacionalmente convencionalmente.

Al respecto, se puede mencionar el caso de trabajadores cesados del congreso, en el caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú, sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, del 04 de noviembre de 2006, que expresa:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar

porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (p. 47).

En ese sentido, se concluye que es de suma importancia que los jueces locales asuman el papel de aplicar el control de convencionalidad e impregnarlo en sus sentencias, por el compromiso internacional que el Estado Constitucional de Guatemala tiene, por lo que se hace necesario un llamado a la reflexión, tanto al Tribunal Constitucional como a los ordinarios, de su correcta aplicación, con base en el principio fundamental *iura novit curia*, impregnado en el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial.

1.2 Conclusiones

- La necesidad de aplicación del control de convencionalidad tiene por objeto proteger y garantizar la efectividad de los derechos humanos; de tal manera, que se proceda a una correcta aplicación de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, así como la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido respecto de estos.
- Los jueces domésticos, que son los encargados de impartir justicia dentro del territorio guatemalteco, insuficientemente ponen en práctica el control de convencionalidad, siendo esto notable en las resoluciones que emiten, no haciendo en ningún alusión de la normativa internacional e ignorando el principio *iura novit curia*.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el control de convencionalidad debe ser aplicado por todos los jueces locales, quienes deben realizar un estudio y análisis jurídico para establecer si las normas convencionales son compatibles con Constitución Política de la República de Guatemala y con la legislación ordinaria de un Estado. Ese compromiso surgió de la necesaria observancia de un tratado que es norma vigente en los Estados americanos partes.
- Es necesario que los jueces domésticos utilicen el control de convencionalidad en regazo a la protección de los derechos humanos, así cumpliendo con su

protección se resuelve el verdadero fondo real del asunto, objetivo del principio anteriormente mencionado.

- El control de convencionalidad es una tarea que le corresponde a todos los jueces nacionales o comunitarios, el cual debe ser aplicado *ex officio* para el caso en concreto que se esté ventilando ante el órgano jurisdiccional.

Referencias bibliográficas

¡Aguirre Godoy, M. Recientes tendencias en la posición del juez, informe nacional guatemalteco, el juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI). Buenos Aires. Argentina. 1999.

Bazán, V. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control de convencionalidad. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2011.

Hitters, J. El control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Número 2. 2009.

Legislación

Nacional:

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

Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, Diario de Centroamérica. 1989.

Internacional:

Corte Interamericana de Derechos Humanos . Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 24 de noviembre de 2006, serie C, número 158.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, número 154.



COMENTARIO SOBRE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE LA CARRERA JUDICIAL

Doctora Esmeralda Judith Orozco Navarro

Magistrada Titular de la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Zacapa

Introducción

Guatemala cuenta con disposiciones legales, dentro del contexto de procesos disciplinarios, como parte del Derecho Sancionatorio, ello, dentro del marco dirigido a Jueces, Juezas, Magistrados y Magistradas, a efecto de poder ejercer un mecanismo de control en cuanto a su actuar, debido a la investidura que tienen dichos funcionarios, por lo que la Ley de la Carrera Judicial, Decreto 32-2016, del Congreso de la República, es la que recopila dicho proceso y por ende las faltas disciplinarias aplicables a casos concretos.

Debido a esa importancia, el presente trabajo abordará temas vinculados a conocer esas faltas disciplinarias, su categoría, el órgano encargado de ejercer ese control y las consecuencias, esperando que sea de utilidad para el gremio, y aprovechando la oportunidad brindada por la Revista “Tribuna Jurídica”, se procede a presentar el artículo intitulado “COMENTARIO SOBRE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE LA CARRERA JUDICIAL”

2) Contexto histórico

Tal como se ha anotado, la Ley de la Carrera Judicial, es la que establece lo relativo a las faltas disciplinarias, pero, inicia, con el Decreto 41-99 que se promulgó en octubre de 1999, por el Congreso de la República de Guatemala, el cual desarrolló entre otros temas, las faltas disciplinarias y creó al órgano encargado, como lo es la Junta de Disciplina Judicial, de tal manera que se estableció la primera, regularizando su período e integración, esta se integraba por sorteo realizado por el Consejo de la Carrera Judicial para un período de año y vencido este, tomaban posesión los nuevos integrantes según sorteo. Se integra por 4 magistrados de sala de corte de apelaciones, 2 titulares y 2 suplentes; y por 2 jueces de primera instancia, 1 titular y 1 suplente.

Esta junta, tenía la tarea de convertirse en un tribunal colegiado administrativo disciplinario con la potestad de conocer, tramitar, juzgar y resolver los asuntos sobre la conducta de jueces y magistrados en el ejercicio de su función, imponiendo en su caso las sanciones que la ley establecía al caso concreto.

En el año 2016 entra en vigencia la nueva Ley de la Carrera Judicial, Decreto 32-2016, misma que entre otros temas relacionados a la carrera judicial, también, regula los temas del proceso disciplinario, el órgano consistente en la Junta de Disciplina Judicial y las faltas disciplinarias, mismas que se incrementaron en relación a la ley anterior, habiendo sido esta derogada y cambió el proceso de selección el cual es por oposición, conformándose la junta con 3 profesionales del derecho titulares y 3 suplentes, misma que tomó posesión bajo el amparo de este Decreto, sus reformas y demás vicisitudes surgidas desde su entrada en vigor, hasta el mes de febrero del año 2023.

De esa cuenta es que se presenta a continuación, fotografías que documentan a los profesionales y personal auxiliar, que integraron las juntas a lo largo de estos 23 años bajo la vigencia del Decreto 41-99 y del Decreto 32-2016.



(Cuadro número 1)

En el cuadro que se presenta, aparece en la primera fotografía, los miembros de la primera junta disciplinaria, instaurada el 21 de agosto del año 2000, y las subsiguientes fotografías en su orden, integraciones por sorteo para funcionar por un año, según Decreto 41-99, de los años 2001 al 2002, la del año 2002 al 2003 y 2007 al 2008. Fotografías que públicamente estaban expuestas y colocadas en las antiguas instalaciones de la Junta de Disciplina Judicial, Edificio Jade, zona 9, de la ciudad de Guatemala.



Foto 2:

En el cuadro número dos, que se presenta, aparecen otras juntas integradas por magistrados y jueces, según el Decreto 41-99, incluyendo en la última fotografía a la última junta disciplinaria, que dicho decreto estableció, por el procedimiento de sorteo, en ese orden de fotografías la del año 2007 al 2008, la del 2012 al 2013, la del año 2015 al 2016 y la del 2016 al 2023, debido a la transición que se generó entre el Decreto 41-99 y Decreto 32-2016.

Fotografías que públicamente estaban expuestas y colocadas en las antiguas instalaciones de la Junta de Disciplina Judicial, Edificio Jade, zona 9, de la ciudad de Guatemala.

DISCUSIÓN EN AUDIENCIA (“COMO DEBATE ORAL Y PÚBLICO”)

PLATAFORMA FÁCTICA	•TIEMPO•MODO• LUGAR
PLATAFORMA PROBATORIA	Libertad probatoria
PLATAFORMA JURÍDICA	Principio de legalidad y Abanico de faltas disciplinarias o tipos disciplinarios.

(Cuadro número 3)

El cuadro que antecede ejemplifica los elementos de la audiencia y en concreto del hecho a discutir que tenga una plataforma clara con circunstancias de tiempo, modo y lugar a efecto de que el denunciado sepa de que defenderse, así como los demás elementos para poder ejercer ese derecho de defensa.

En la audiencia oral, se discute el hecho, bajo los principios relacionados y en las fases de alegatos de apertura o exposición, fase de ofrecimiento de medios de prueba y diligenciamiento y por último fase de conclusiones y peticiones, este orden es conforme a lo establecido en la Ley de la Carrera Judicial, de tal manera que los sujetos procesales deben comparecer con sus respectivos medios de prueba y defender tanto la tesis acusatoria como la tesis de defensa a efecto de brindar al órgano disciplinario los elementos para poder resolver objetivamente.

5) Derecho Disciplinario

El Derecho disciplinario se ha definido como:

el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes. (Sentencia, 2015, pág. 23)

Esta es una definición que se comparte debido a que en cuanto a este Derecho no existe un desarrollo doctrinario amplio, también se comparte la siguiente definición que dice:

El derecho disciplinario, es entendido como un conjunto de principios y de normas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el ejercicio de la función

pública. Dicho derecho disciplinario ha venido adquiriendo, cada vez más, una trascendental importancia, al punto que se erige como un ramo específico de la legislación que, sin perder sus propias características ni tampoco su objeto singular, guarda sin embargo relación en algunos aspectos con el Derecho Penal, con el Procedimiento Penal y con el Derecho Administrativo, como quiera que forma parte de un mismo sistema jurídico. (Sentencia , 2013, pág. 18)

Esta definición es importante, debido a que explica los elementos del concepto aportando la relación que este tiene con otras ramas del derecho, resaltando la potestad sancionadora del Estado ejercida a través de un órgano especializado, definición extraída del caso citado, en donde se aplica el Código Disciplinario, debido a que, en Colombia, dicha rama tiene más desarrollo, encontrándose codificado y con órganos especializados en su aplicación.

Al respecto, el Diccionario Jurídico Elemental no refiere una definición, pero nos aporta lo relativo a Disciplina y expresa lo siguiente: “Observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto. Tener relación con la obediencia jerárquica...” (Cabanellas de Torres, 2005, pág. 129)

Con este contexto se observa que no se encuentra a la mano una definición que explote y que brinde directrices, en la búsqueda de estas definiciones, se comparte:

La naturaleza del derecho disciplinario en Colombia. El derecho disciplinario constituye una parte del derecho administrativo sancionador, y se concibe como aquella potestad que tiene el Estado para sancionar a sus propias autoridades o agentes en el marco de la función pública. En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-341 de 1996 (Sentencia C-341 de 1996) señala que el derecho disciplinario: Comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo (Sentencia C-341 de 1996) (Luis, 2021, pág. 3)

En este contexto, en Guatemala, también existen órganos disciplinarios como la Junta de Disciplina Judicial del Organismo Judicial, el Régimen Disciplinario y el Tribunal de Honor, respecto de la definición que se busca, los siguientes fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad han compartido cierta definición.

- a. Expedientes Números 878-2005 & 879-2005 (Junta de Disciplina Judicial relativo a Funcionarios Judiciales)
- b. Expediente No. 1353-2005 (Régimen Disciplinario-Auxiliares Judiciales)
- c. Expediente No. 2086-2014-DL (Corte Suprema de Justicia Notarios e Incumplimiento de Obligaciones Notariales)

Se comparten dichos fallos aclarando que los auxiliares judiciales ni los notarios tiene la calidad de funcionarios judiciales, pero, en dichos fallos se recoge definición de derecho disciplinario.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado en cuanto al derecho disciplinario y los procesos de esa índole, lo siguiente:

En el “Caso Cordero Bernal Vs. Perú”, Sentencia de fondo del 16 de febrero de 2021, en los párrafos del 77 al 96, especialmente los párrafos 84 y 89, en este fallo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CortIDH) hace especial relación, entre otros, a lo siguiente:

- a. Principio de legalidad en materia disciplinaria, y su relación con el mismo principio, pero en materia penal
- b. Tipos disciplinarios, y que los tipos disciplinarios abiertos o indeterminados no violan el debido proceso
- c. Posibilidad de sancionar por la emisión de resoluciones judiciales, sin que implique cuestionar su contenido en sí mismo, sino más bien el proceso de toma de la decisión
- d. Debida fundamentación y no arbitrariedad, de la decisión de sanción (de destitución del juez en este caso) tomada por el órgano disciplinario competente

6) Clasificación de las faltas disciplinarias

La Ley de la Carrera Judicial, contempla las faltas disciplinarias que regulan la conducta de los funcionarios judiciales en calidad de jueces y magistrados, por lo que aplica ciertos parámetros para poder regular la conducta de los jueces, en las cuales deben circunscribir su actuar a efecto de no tener que ser sometidos a un proceso disciplinario y por ende ser sancionados.

Por lo que dichos parámetros pueden considerarse los siguientes, que debe regular la conducta del funcionario judicial, debido a esa responsabilidad disciplinaria: la ética, las leyes, algunas o todas, su vida privada, sus relaciones con el personal, su objetividad, los datos estadísticos, su criterio, sus relaciones con otros órganos jurisdiccionales, su independencia judicial, entre muchos otros, puesto que como funcionario es una figura pública y con una relevancia importancia por el hecho de administrar justicia.

TIPO DISCIPLINARIO SANCIONATORIO O FALTAS

La Ley de la Carrera Judicial es la que contempla los tipos disciplinarios sancionatorios, en los cuales pueden encuadrar su conducta, los jueces y magistrados del Organismo Judicial.

FALTAS LEVES	FALTAS GRAVES	FALTAS LEVES
<ul style="list-style-type: none"> • Según artículos • 40, 38, 39, 44 	<ul style="list-style-type: none"> • Según artículos • 41, 38, 39, 43, 45 	<ul style="list-style-type: none"> • Según artículos • 42, 38, 39, 43, 45

(Cuadro número 4

Esta es la normativa que contempla las faltas que están clasificadas en leves, graves y gravísimas, este contexto normativo, adoptó algunos tipos disciplinarios de la ley derogada, pero aumentó el número de estas en la ley vigente, de tal manera que las graves y gravísimas, duplicaron incluso su número, adicional a que existen tipos disciplinarios contenidos en acuerdos y reglamentos e incluso en otras leyes, por lo que al tramitarlas se debe tener el cuidado de imputar adecuadamente a efecto de que el funcionario puede ejercer su derecho de defensa.

Como faltas leves están reguladas 3, también se contemplan 18 faltas graves y es en estas que se amplían, ello al dar la apertura de establecer faltas en acuerdos y demás disposiciones, lo cual, no viola el principio de legalidad, pues, están previamente establecidas y al imputar el hecho, debe indicarse la plataforma jurídica, por último, las faltas gravísimas, que son 32, al menos en la emisión del referido Decreto.

Dentro de las faltas más recurrentes puede ser las leves, tales como inobservancia en el horario, pero esta acepta la premisa de ser justificada, por lo que al justificar el hecho, la ley exime de sanción alguna, entre las graves, pueden estar faltar a la debida celeridad en los procesos, variar las formas del proceso y la falta de respeto, entre estas faltas graves, se evidencian debido a que tienen relación directa con el trámite de los expedientes a cargo del funcionario, pero de igual manera a través de la audiencia, debido proceso y principios aplicables, puede ejercerse el derecho de defensa.

A nivel de las faltas gravísimas, se puede determinar que no existe frecuencia en encuadrar la conducta en estas, pero es de hacer notar que estas faltas incrementaron su número, también su sanción y la consecuencia en cuanto a la prescripción en caso de ser sancionado, por lo que esta rigurosidad puede influir en su no concurrencia.

Las faltas disciplinarias existen como parte del derecho disciplinario sancionatorio con aplicación del derecho administrativo, pero, permiten que los funcionarios judiciales

analicen su conducta ante un posible evento y con ello evitarse estar en una situación procesal, aunado a ello, el debido proceso se aprecia que se respeta y observa y las garantías constitucionales y convencionales que le asisten a los sujetos procesales, en consecuencia el Derecho Disciplinario no está del todo desarrollado en Guatemala, pero para el Organismo Judicial a través de la Ley de la Carrera Judicial, si se puede considerar que lo desarrolla en una forma completa y objetiva.

7) Conclusiones

Bajo el tema intitulado “Comentario sobre las faltas disciplinarias establecidas en la Ley de la Carrera Judicial”, se determina que las mismas se tramitan bajo un andamiaje legal completo y objetivo, bajo los principios de legalidad, como un punto de referencia, el hecho de poder ejercer el derecho de defensa y respetar el debido proceso también es otro aspecto que se logra apreciar. La ley, es un instrumento que regula la conducta de los funcionarios judiciales, quienes tienen la difícil tarea de administrar justicia, también pueden ser sujetos procesales y a quienes se les puede señalar de la comisión de una falta disciplinaria. Si bien, el derecho disciplinario no está desarrollado en Guatemala eso no implica que no se respete y se aplique la objetividad en cada caso, pues, dicha ley da las herramientas para que se realice tanto la defensa de la tesis acusatoria como la tesis de defensa, bajo parámetros de legalidad, respeto de los derechos humanos, el Control de Convencionalidad y las garantías constitucionales.

8) Referencias bibliográficas

BULLA ROMERO, J. E. (2017). MANUAL DE DERECHO DISCIPLINARIO. BOGOTA, COLOMBIA: EDICIONES NUEVA JURÍDICA.

Cabanellas de Torres, G. (2005). Diccionario Jurídico Elemental . Buenos Aires: Heliata S.R.L.

Luis, M. D. (03 de marzo de 2021). <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n132.a05>. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862020000100100#:~:text=El%20derecho%20disciplinario%20constituye%20una,marco%20de%20la%20funci%C3%B3n%20p%C3%ABlica.

Sentencia , 908/2013 (Corte Constitucional de Colombia 2013).

Sentencia , 721/2015 (Corte de Constitucionalidad de Colombia 2015).

VERGARA MOLANO, A. (2019). DERECHO DISCIPLINARIO DEL ABOGADO. BOGOTA, COLOMBIA : EDICIONES NUEVA JURÍDICA.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Lic. Manfredo Alberto López Fuentes
Magistrado Presidente
Sala Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo



PRÓLOGO

La jurisprudencia, es una fuente formal del Derecho y particularmente del Derecho Administrativo, constituye, una interpretación obligatoria de la ley, lo cual, implica no sólo el conocimiento de su existencia, sino, a su vez la debida interpretación de la propia jurisprudencia, que se deriva de la emisión de varios fallos en el mismo sentido, en ese orden de ideas, así lo ha establecido el ordenamiento jurídico en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89 del Congreso de la República, 1989), el cual hace referencia a las fuentes del derecho e indica que la ley, es la fuente del ordenamiento jurídico, la cual se complementa con la jurisprudencia como lo determina el artículo en mención.

De allí la importancia de la interpretación que el juez, en este caso, los magistrados que integran el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, deben realizar de las normas aplicables a cada caso concreto que conozcan, con auxilio de esta (interpretación), puedan referirse a situaciones similares en las que se haya aplicado ésta, en decisiones análogas, lo que contribuye al fortalecimiento de los criterios que en el ámbito tributario se han emitido, donde el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sentado precedentes. Ejemplo de ello, las publicaciones que respecto a los fallos con criterios jurisprudenciales de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo han emitido las seis Salas de esta especialidad existentes, respectivamente, ha recogido la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sus publicaciones del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial (CENADOJ).

Como se ha indicado, la jurisprudencia, debe ser abordada en dos ámbitos, uno desde el punto de vista doctrinario y el otro, desde el punto de vista práctico. Desde el primer punto de vista, por lo dicho anteriormente, se considera a la jurisprudencia, una fuente formal del Derecho, particularmente del Derecho Administrativo. Situación que es indiscutible, que se da con mucha amplitud dentro del campo del derecho administrativo tributario, en la que se plantean a los Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en forma recurrente, una similitud de los mismos hechos, de allí que, desde el punto de vista práctico la jurisprudencia entrañe un conjunto de problemas, tanto para los justiciables como para los impartidores de justicia, debiendo entonces preguntarse, si puede ser esta aplicada a un caso concreto y en consecuencia la obligatoriedad de su observancia,

situación que se ha discutido en cuanto a su aplicación obligatoria, desde el momento en que se actualicen las hipótesis que son sometidas a juzgamiento, tal es el caso de la doctrina legal constitucional, que crea la Corte de Constitucionalidad con la emisión de cinco fallos contestes en el mismo sentido.

En ese sentido, corresponde a los juzgadores, conocer la misma en relación a casos que han sido similares, es decir, su debido conocimiento y su debida aplicación para cada caso concreto. Sin embargo, en lo que corresponde a la ley, únicamente, se le menciona como un principio general del derecho, consistente en que su desconocimiento no excluye su aplicación, pero en lo que corresponde a la Ley de lo Contencioso Administrativo a su aplicación en el proceso de esta especialidad, su ley reguladora, no hace referencia específica a la misma, es decir a su aplicación.

Así las cosas, en el presente trabajo se analizará lo relativo a la jurisprudencia en el proceso contencioso administrativo, su evolución histórica y su aplicación en este campo y el cambio de jurisprudencia en relación a un caso concreto.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA

En Roma, el jurista romano Ulpiano, quién define a la Jurisprudencia como: *“Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justis, atque iniusti scientia”* (García Máynez; 1977; p.68), pensamiento éste, que traducido indica: *“la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”*.

“Los jurisprudentes (conocidos como jurisconsultos) eran hombres cuyo estudio del derecho en la época romana, era un quehacer, pues ligados a la aristocracia romana, dedicaban gran parte de su tiempo a dicho propósito, habiendo llegado a tal grado de importancia en la época de Justiniano, y cuya compilación del Digesto, las institutas y el Codex se constituyeron en la base principal para la conformación del Corpus Iuris Civiles durante el Siglo VI. d. C”. (Jurisprudencia en el derecho romano; 30 de Diciembre 2013; Wikipedia, La enciclopedia libre; Fecha de consulta: 01/09/2023 desde https://es.m.wikipedia.org/wiki/Jurisprudencia_en_el_derecho_romano#:~:text=%E2%80%8).

La jurisprudencia como conocimiento, considera al derecho, como una parte integrante del mundo pertinente al hombre y solo a él. Siendo entonces de conformidad como John Austin, en sus lecciones sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia, indicando: “que el propio objeto de la jurisprudencia general o universal es la descripción de aquellos objetos y fines del Derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diferentes sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre o responden a peculiaridades semejantes en sus diversas posiciones”. (Aguilar Martínez; 2017; p.56).

De tal manera, que a lo largo de su existencia se han venido sucediendo diversas concepciones del objeto de su estudio, atendiendo en varios casos a tradiciones filosóficas, las cuales en muchos juicios, ponen en duda la cientificidad de su objeto, pero no se duda de que ésta, como disciplina universal normativa y social, posee un valor incalculable en la formación de un jurista teórico práctico, fomentando su desarrollo en todos sus aspectos, sin embargo, se considera que a raíz del positivismo jurídico, el objeto de la jurisprudencia, como teoría general del derecho, entendida ésta como sistema de derecho que conforman grupos normativos universales, ha venido a menos, por el hecho de que la teoría general del derecho contemporáneo o dogmática contemporánea, admite que el objeto de la ciencia del derecho, lo constituyen las normas jurídicas, extremo este, que es reconocido en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, que es citado en el prólogo del presente trabajo, al indicar este, que es la ley, la fuente del ordenamiento jurídico contemplado, además, en el artículo 2 del Código Tributario (Decreto 6-91 del Congreso de la República, 1991). Además de lo anterior, para efectos tributarios se consideran como fuentes del ordenamiento jurídico tributario y en orden de jerarquía de conformidad con el artículo 2 del Código Tributario Decreto 6-91 del Congreso de la República, 1991), anteriormente mencionado: 1) Las disposiciones constitucionales; 2) Las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley; y 3) Los reglamentos que por Acuerdo Gubernativo dicte el Organismo Ejecutivo.

Debe tomarse en consideración, que conforme las normas antes citadas, debe entenderse que las disposiciones establecidas en el Código Tributario, son de derecho público, es decir, de obligada aplicación y regirán las relaciones jurídicas que se produzcan de los tributos establecidos por el Estado; de la misma forma, debe tomarse en cuenta, que la aplicación, interpretación e integración de las normas tributarias, se hará conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los contenidos en ese Código, en las leyes tributarias específicas y en la Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89 del Congreso de la República, 1989).

Para León Méndez Berman, la jurisprudencia es: *“el criterio adoptado por los organismos jurisdiccionales, conforme al cual se aplica en los casos similares, una misma interpretación de la norma legal. Es una manifestación del hábito, contraído del uso y de la costumbre. No es ley, pero sí es fuente de reglas jurídicas, obligatorias para los organismos que la elaboran y a través de ella, para los intereses particulares a quien fija, como la ley misma, una norma determinada de conducta”*. (León; 1957; p.28)

LAS SENTENCIAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

El ámbito y extensión de los pronunciamientos jurisdiccionales, aparece enmarcado bajo el axioma de su eficacia circunscrita a las partes litigantes, principio de relatividad de las sentencias o afección "ínter partes". De esa cuenta, se tiene que habiendo

sido asignado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la función del control de la juridicidad de los actos de la administración pública, de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, las sentencias emitidas por el Tribunal Contencioso Administrativo Tributario, en relación a dicha función de contralor de la juridicidad.

Como lo ha indicado Domingo Sesín, en las jornadas organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, la juridicidad debe de entenderse como: *“el actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, que no es lo mismo, que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido”*. *Inspirándose, en el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus derechos fundamentales y legales.*

Es así, que las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pretenden la revisión de lo actuado, a fin de modificar, confirmar o revocar (Artículo 45 de la Ley de lo Contencioso Administrativo; Decreto 119-96 del Congreso de la República; 1996), el acto que es impugnado y de esa manera de acuerdo a la litis sometida a su conocimiento, el reconocimiento de un derecho (por ejemplo en el caso de las devoluciones de crédito fiscal, que conoce las Salas de lo contencioso Administrativo Tributario), con interés protegible, como en el caso, en que se ha sometido a conocimiento del Tribunal la forma en que se han realizado los ajustes en contravención del procedimiento administrativo (recuérdese los casos de control cruzado entre Impuesto al Valor Agregado e Impuesto Sobre la Renta que fueron inicialmente sometidos a conocimiento del Tribunal en sus inicios).

La jurisprudencia, entonces debidamente aplicada, constituye una interpretación amplia de diversos fallos, acordes con lo que se analiza en determinado momento, como una fuente del derecho que se apoya en la norma fundamental, que es de conformidad con la ley, la única fuente de derecho, conforme a la legislación (Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89 del Congreso de la República, 1989 y Artículo 2 del Código Tributario Decreto 6-91 del Congreso de la República, 1991).

En consecuencia, los Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, deben tener conocimiento de los precedentes judiciales emitidos por los mismos, por la Corte Suprema de Justicia e incluso por parte de la Corte de Constitucionalidad, debiendo, tanto la Corte Suprema de Justicia Cámara Civil, Como la Corte de Constitucionalidad, la obligación de uniformar su jurisprudencia, a fin de poder crea un catálogo de criterios que puedan en determinado momento, ser base para la resolución de casos, que sean de idéntica naturaleza a los sometidos al conocimiento de éstos, sin dejar de considerar que en ambos casos, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pueden apartarse de

manera fundamentada de los precedentes judiciales, de conformidad con los siguientes supuestos:

- a. Que el contenido interpretativo asumido por la Corte Suprema de Justicia, sea diferente a los precedentes que se han venido observando;
- b. Que el precedente judicial, no sea aplicable al caso concreto sometido al conocimiento y estudio del Tribunal;
- c. Argumentación fundada (racionalidad y razonabilidad), que se tomaron en consideración, para separarse del precedente judicial, es decir, que existan otros elementos, que no se hayan considerado en este, de conformidad con la prueba rendida y conforme a la Constitución Política de la República.

Se concluye que, la jurisprudencia, juega un rol preponderante para la interpretación, integración y aplicación de determinadas normas jurídicas, efectuada por los Tribunales, convirtiéndose de observancia obligatoria para fallos posteriores, para el órgano que la creó como sucede en el presente caso.

Habiendo tratado el tema de suma importancia, del efecto de las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se abordan los criterios jurisprudenciales que el Tribunal Contencioso Administrativo, ha observado a lo largo de su funcionamiento y para tal efecto se analiza, en primer término, la figura de la bancarización relacionada con la devolución del crédito fiscal, que establece en los artículos 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, Decreto 20-2006 del Congreso de la República de Guatemala, específicamente, un nuevo criterio que se ha venido manejando respecto a este tema, que ha sido implementado recientemente por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia y que se refiere al pago por terceros, por tener procesos penales pendientes y que para continuar con la operación de la empresa, se han otorgado contratos de proveeduría con terceras entidades, que se encargan de realizar en virtud del negocio en marcha los pagos de funcionamiento de las diferentes actividades de la entidad; pagos éstos, que anteriormente no se habían aceptado por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por no individualizarse al beneficiario, en tal virtud, se procede a analizar un caso en particular, que se adecúa, incluso al nuevo criterio sustentado por la Superintendencia de Administración Tributaria en criterio institucional número 05-2021 del cinco de agosto de dos mil veintiuno **“APLICACIÓN DE BANCARIZACIÓN EN EL PAGO A PROVEEDORES A TRAVÉS DE TERCEROS O PAGOS REALIZADOS POR TERCEROS”**.

DE LAS DISPOSICIONES LEGALES PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Los artículos en mención de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, determinan en su parte conducente, lo siguiente: **Artículo**

20. “(...) Los pagos que realicen los contribuyentes para respaldar costos y gastos deducibles o constituyen crédito fiscales y demás egresos con efectos tributarios, a partir de treinta mil quetzales (Q30,000.00) deberán realizarse por cualquier medio que faciliten los bancos del sistema, distinto al dinero en efectivo, en el que se individualice a quien venda los bienes o preste los servicios objetos de pago. Dichos pagos también podrán realizarse utilizando tarjeta de crédito, de débito, o medios similares, independientemente de la documentación legal que corresponda. Para efectos de este artículo, se entenderá que existe una sola operación cuando se realicen pagos a un mismo proveedor durante un mes calendario, o bien cuando en una operación igual o superior al monto indicado en el párrafo anterior; el pago se efectúe parcialmente o se fraccione el mismo. En ambos casos deben utilizar los medios indicados en este artículo, de lo contrario el gasto no se considerará deducible y tampoco generará derecho a crédito fiscal. Las obligaciones tributarias que se generen por la permuta, mutuo de bienes no dinerarios u otra clase de actos o contratos, que se paguen por medio distinto al pago en dinero en efectivo o por cualquier medio que proporcionen los bancos del sistema o por medio de tarjetas de crédito o de débito, deben formalizarse en escritura pública”.

En igual forma el artículo 21 de dicha normativa legal, establece: “(...) Para efectos tributarios, las personas individuales o jurídicas que realicen transacciones comerciales conforme el artículo anterior por un monto a partir de treinta mil quetzales (Q30,000.00) deben conservar en sus archivos contables, por el plazo de cuatro años, los estados de cuenta de depósitos monetarios (...) así como cualquier otro documento que compruebe la operación bancaria efectuada que individualice al beneficiario (...)”.

CRITERIO INSTITUCIONAL NÚMERO 05-2021 DEL CINCO DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIUNO “APLICACIÓN DE BANCARIZACIÓN EN EL PAGO A PROVEEDORES A TRAVÉS DE TERCEROS O PAGOS REALIZADOS POR TERCEROS”

Este fue publicado con fecha cinco de agosto de dos mil veintiuno, por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria y se indica en el mismo:

“La Administración Tributaria ha formulado ajustes por crédito fiscal impropio en el Impuesto al Valor Agregado y por costos y gastos no deducibles en el Impuesto Sobre la Renta, al considerar que el contribuyente no ha cumplido con individualizar a quien le vende los bienes o presta los servicios, objeto del pago; es decir, se realiza el pago a un tercero; lo cual es una condición establecida en el artículo 20 del Decreto número 20-2006 De las, Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria y para efectos de devolución de crédito fiscal lo establecido en el artículo 23 numeral 2 literal a) ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto número 27-92, ambos del Congreso de la República de Guatemala.- También ha sido objeto de ajustes, cuando se efectúa el pago a través de un tercero y no lo realiza el adquirente del bien o servicio;

o bien cuando se genera un saldo exigible que es cancelado o pagado por el que resulta deudor, entre el adquirente de los bienes y servicios y su proveedor.- En algunos casos, los contribuyentes argumentan que han realizado las operaciones bajo figuras o circunstancias no estrictamente descritas en la ley, tales como: fideicomisos, factoraje, descuento contratos de outsourcing, cesión de derechos, contrato de cuenta corriente, convenios privados o ante la existencia de embargos de cuentas bancarias por procesos judiciales, entre otros; incluso, utilizando para el efecto medios que facilitan los bancos, documentándolos mediante cheques o transferencias.- (...) Si bien es cierto, el artículo 20 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, Decreto número 20-2006 del Congreso de la República de Guatemala, exige que se individualice a quien vendió el bien o prestó el servicio, debiendo existir concordancia entre el prestador del servicio y quien recibe el pago del mismo, también lo es, que por la aplicación stricto sensu de la norma, no es posible pasar por alto, la existencia de otras formas legales para efectuar el pago de una obligación y que permiten también su comprobación por parte de la Administración Tributaria, siendo ese el espíritu de la norma.- (...) Un aspecto relevante a determinar en la labor de revisión y fiscalización, es la “sustancia antes que la forma”, lo cual significa que las transacciones y eventos económicos deben contabilizarse y presentarse, de acuerdo con su sustancia y realidad financiera y no solamente de acuerdo con su forma; es decir, que debe prevalecer la sustancia económica, determinando, si la operación es real, si tiene sentido económico y que se debe a una realidad económica o financiera; esto aplicado al tema de bancarización en materia tributaria, obliga a analizar la sustancia de la operación; en otras palabras, la realidad económica de la transacción, independientemente del medio de pago utilizado; de lo contrario, la Administración Tributaria al limitarse a aplicar la norma sin valorar los argumentos y medios de prueba aportados, vulnera el derecho de defensa de los contribuyentes, el principio de capacidad de pago, así como el principio de no confiscación en materia tributaria, al no permitir la deducibilidad de costos y gastos que sí fueron incurridos y que cumplen otras condiciones estipuladas por la ley específica y el crédito fiscal con sus propias reglas de procedencia; al no ser el único requisito que los contribuyentes deben cumplir”.

JURISPRUDENCIA QUE SE HA DETERMINADO RESPECTO A LOS ARTÍCULOS 20 Y 21 DE LAS DISPOSICIONES LEGALES PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, CÁMARA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia de fecha tres de noviembre de dos mil dieciséis, dentro del recurso de casación identificado con el número 205-2016, ha indicado respecto al análisis del artículo 20 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, Decreto 20-2006 del Congreso de la República de Guatemala, lo siguiente:

“(...) Por su parte, la norma objeto de análisis, en su parte conducente dispone lo

siguiente: “Los pagos que realicen los contribuyentes para respaldar costos y gastos deducibles o constituyan crédito fiscales y demás egresos con efectos tributarios, que sean mayores a cincuenta mil quetzales (Q50,000.00), deberán realizarse por cualquier medio que establezca el sistema bancario, que individualice al beneficiario, distinto al efectivo. Dichos pagos, también podrán realizarse utilizando tarjeta de crédito o de débito, independientemente de la documentación legal que corresponda”. Al realizar el ejercicio hermenéutico correspondiente, se estima importante señalar que, una de las modalidades de defraudación que ha causado detrimento al fisco, es la de simulación de adquisición de bienes o servicios, cuya naturaleza permite a su adquirente a generar en su favor una distorsión cualitativa y cuantitativa respecto a los tributos que le correspondería enterar a la administración tributaria. Como consecuencia de tal problemática, la finalidad de la inclusión del relacionado artículo 20 objeto de análisis, estriba en restringir las posibilidades de que tales negocios fictos ocurran, implementando para el efecto, debido a su importancia por cuantía (cincuenta mil quetzales), que los pagos por transacciones comerciales de los que resultan derechos tales como crédito fiscal del impuesto al valor agregado, se hagan a través de alguno de los medios que dispone el sistema bancario. Dicha condición fortalece la acción fiscalizadora, y como consecuencia, también la recaudadora, por cuanto que permite constatar la legitimidad de esas transacciones, esto es, que quien presta el bien o servicio, realmente reciba de su contratante el monto facturado, respecto del cual este último, hará el posterior reclamo ante la SAT, en este caso, en calidad de crédito fiscal del impuesto al valor agregado, adquiriendo el sistema bancario en ello una función garante o de asistencia indirecta cuya certeza le permite a la administración tributaria ejercer un mejor control. El carácter imperativo de la nota, no deja lugar a dudas acerca de su inexcusable cumplimiento, y en tal virtud, su inobservancia, genera que el contribuyente pierda, entre otros, el derecho de realizar ante la SAT los reclamos de crédito fiscal, pues, por disposición del precepto legal en cuestión, es el de bancarización, el único medio de prueba que se admite como respaldo o soporte que demuestra que la petición del contribuyente es conforme a derecho”. Sentencia de fecha 7 de junio de 2023 dentro del expediente 01013-2023-0023 AGROCARIBE, SOCIEDAD ANONIMA versus SAT; y expediente 01013-2022-00297 Semillas del Campo, Sociedad Anónima, sentencia del 26 de abril de 2023.

JURISPRUDENCIA QUE SE HA DETERMINADO RESPECTO A LOS ARTÍCULOS 20 Y 21 DE LAS DISPOSICIONES LEGALES PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, LA HONORABLE CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

Ha señalado en relación al artículo 20 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, Decreto 20-2006 del Congreso de la República de Guatemala, que:

“dicho precepto contiene tres supuestos, siendo estos: 1) que los pagos que realicen

los contribuyentes para respaldar costos y gastos deducibles o constituyan créditos fiscales y demás egresos con efectos tributarios, que sean mayores a cincuenta mil quetzales, deberán realizarse por cualquier medio que establezca el sistema bancario que individualice al beneficiario, distinto al efectivo; 2) que dichos pagos también podrán realizarse utilizando tarjeta de crédito o de débito, independientemente de la documentación legal que corresponda; 3) que las operaciones que generen obligación tributaria y que se realicen por medio de permuta, mutuo de bienes no dinerarios u otro tipo de actos en los que no pueda utilizarse los medios de pago establecidos por el sistema bancario, deberán formalizarse en escritura pública. Con relación al primer supuesto, se entiende que cuando prevé que debe individualizarse al beneficiario de los pagos realizados por los contribuyentes, se refiere obviamente al emisor de las facturas que respaldan dichos pagos (proveedor). Ello porque resulta ilógico, que el beneficiario sea una persona (individual o jurídica) distinta a aquella que vende bienes o presta servicios que constituyen costos y gastos deducibles o créditos fiscales y demás egresos con efectos tributarios, pues es el proveedor de estos bienes o servicios, el único que se beneficia, al obtener la remuneración correspondiente como efecto de recuperar su inversión y obtener su ganancia”. (Tales estimaciones se encuentran contenidas en las sentencias de veintiocho de octubre de dos mil veinte y doce de marzo de dos mil veintiuno, proferidas en los expedientes siete mil doscientos quince guión dos mil diecinueve (7215-2019) y dos mil ochocientos noventa y ocho guión dos mil veinte (2898-2020).

DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CASO QUE CAMBIA EL CRITERIO QUE SE HA SOSTENIDO ANTERIORMENTE

Como antecedente, se transcribe la sentencia emitida por la Sala Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con fecha cuatro de enero de dos mil veintidós dentro del expediente cero mil trece guión dos mil veinte guión cero cero ciento cuarenta y uno (01013-2020-00141), que establece en su parte conducente lo siguiente:

“(...) A. Ajuste al Impuesto Al Valor Agregado. I. Ajuste formulado y confirmado IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, RÉGIMEN ESPECIAL, DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE, POR CRÉDITO FISCAL IMPROCEDENTE, RESPALDADO CON FACTURAS DE LAS CUALES NO SE PUDO COMPROBAR SU EFECTIVO PAGO A LOS PROVEEDORES, POR LA CANTIDAD DE CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHO QUETZALES CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (Q189,808.68). Luego de analizar el expediente administrativo y medios de prueba aportados en el proceso judicial, así como los argumentos y fundamentos de todas las partes, esta Sala concluye: 1. Se estableció de la auditoría practicada que obra en el expediente administrativo como se desprende del expediente judicial supra identificado que la contribuyente registró en el libro de Compras y Servicios Recibidos y reportó en la declaración del Impuesto al Valor Agregado del período ajustado, el valor de las facturas (individualizadas en anexo de explicación de ajuste 1.1.1 de la audiencia conferida); sin embargo, no comprobó su efectivo pago a los proveedores de las facturas que se le

ajustaron; esto al tenor de lo que establece al respecto el artículo 23 numeral 2) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, y lo que establecen los artículos 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, relacionado con bancarización en materia Tributaria. Consta que la parte actora, cuando se le requirió la información y documentación respectiva, presentó nota explicativa y contrato de Outsourcing de Servicios de Administración, el cual en la cláusula primera indica que contrata a Beneficio Santa Anita, S.A. para que con su personal idóneo y sus propios recursos, le preste los servicios de las finanzas, administración de los fondos generados por préstamos obtenidos y para la gestión de cobros y pagos locales y extranjeros; así como pago de proveedores, planillas y cualquier otro conforme las instrucciones y que de tiempo en tiempo indique la entidad demandante, con el objeto que ésta continúe con la realización de sus actividades comerciales normales. 2. A este respecto, se hace necesario hacer relación a lo estipulado en el artículo 18 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, que regula en su parte conducente: "Se reconocerá crédito fiscal cuando se cumpla con los requisitos siguientes: a) Que se encuentre respaldado por las facturas, facturas especiales, notas de débito o crédito impresas por las imprentas o los contribuyentes que autoimpriman los documentos y que se encuentren inscritas en el Registro Fiscal de Imprentas, conforme se establece en la ley, asimismo, aquellos recibos de pago cuando se trate de importaciones o en las escrituras públicas, conforme lo que dispone el artículo 57 de esta Ley, facturas electrónicas, notas de débito y Crédito electrónicas, siempre y cuando las mismas hubieren sido emitidas a través de un Generador de Facturas Electrónicas (GFACE) que esté debidamente autorizado por la Administración Tributaria; b) Que dichos documentos se emitan a nombre del contribuyente y que contengan su Número de Identificación Tributaria; c) Que el documento indique en forma detallada el concepto, unidades y valores de la compra de los bienes, y cuando se trate de servicios, debe especificarse concretamente la clase de servicio recibido y el monto de la remuneración u honorario; d) Que se encuentren registrados en el libro de compras a que se refiere el artículo 37 de esta Ley; y, e) Que el saldo del crédito fiscal se encuentre registrado en los libros de contabilidad como una cuenta por cobrar a favor del contribuyente. Para tener derecho al reconocimiento del crédito fiscal, el contribuyente debe cumplir además con los requisitos indicados en los artículos 16, 17 y 20 de esta Ley. Para el caso de las notas de débito o de crédito, según corresponda, emitidas de forma electrónica a través de un Generador de Facturas Electrónicas (GFACE) autorizado por la SAT, deberán emitirse y entregarse, la original al adquirente de bienes servicios y la copia electrónica respectiva quedará en poder del emisor". Por su parte el artículo 23 del cuerpo legal citado establece en su parte conducente: "(...) No procederá la devolución o compensación del crédito fiscal, en los casos siguientes: 1. Cuando se detecte que la autorización para emisión de facturas que respalden el crédito fiscal, fue realizada con base a documentación falsa o elaborada con información de documentos oficiales de identidad personal o direcciones falsas o inexistentes. La administración tributaria deberá notificar al contribuyente el ajuste procedente o presentar la denuncia correspondiente. 2. Que el contribuyente exportador no pueda documentar o demostrar ante la Administración Tributaria, que los pagos de las facturas fueron efectivamente realizados,

en caso contrario debe adjuntar a su solicitud presentada ante la Administración Tributaria, la documentación que demuestre el medio o forma de pago realizados, siendo éstos: a. Copia de cualquiera de los documentos siguientes: cheques, estados de cuenta, incluso los de tarjeta de crédito o débito, o de cualquier otro medio que utilice el sistema bancario distinto al efectivo, que individualice al beneficiario, en los que consten los pagos efectuados a los proveedores conforme lo establecido en el Capítulo III de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, relacionado con bancarización en materia tributaria. b. Si las facturas fueron canceladas en efectivo, según lo dispuesto en el Capítulo III de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, debe presentar documentación de respaldo, entre los que debe incluir según corresponda, retiros bancarios, préstamos obtenidos o integración de las facturas de ventas al contado, cuyo efectivo sirvió para cancelar las facturas de compras y sus respectivos registros contables. Las devoluciones que autorice la Administración Tributaria quedarán sujetas a verificaciones posteriores, dentro del período de prescripción que establece el Código Tributario". Asimismo, el artículo 20 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, regula: "Los pagos que realicen los contribuyentes para respaldar costos y gastos deducibles o constituyan créditos fiscales y demás egresos con efectos tributarios, a partir de treinta mil Quetzales (Q.30,000.00), deben realizarse por cualquier medio que faciliten los bancos del sistema, distinto al dinero en efectivo, en el que se individualice a quien venda los bienes o preste los servicios objetos del pago. Dichos pagos también podrán realizarse utilizando tarjeta de crédito, de débito o medios similares, independientemente de la documentación legal que corresponda. Para efectos de este artículo, se entenderá que existe una sola operación cuando se realicen pagos a un mismo proveedor durante un mes calendario, o bien cuando en una operación igual o superior al monto indicado en el párrafo anterior, el pago se efectúe parcialmente o se fraccione el mismo. En ambos casos, deben utilizar los medios indicados en este artículo, de lo contrario el gasto no se considerará deducible y tampoco generará derecho a crédito fiscal. Las obligaciones tributarias que se generen por la permuta, mutuo de bienes no dinerarios u otra clase de actos o contratos, que se paguen por medio distinto al pago en dinero en efectivo o por cualquier medio que proporcionen los bancos del sistema o por medio de tarjeta de crédito o de débito, deben formalizarse en escritura pública". En complemento de lo anterior, el artículo del 21 del cuerpo legal citado acá de último, regula: "Para efectos tributarios, las personas individuales o jurídicas que realizan transacciones comerciales conforme el artículo anterior, por un monto a partir de treinta mil Quetzales (Q.30,000.00), deben conservar en sus archivos contables por el plazo de cuatro años, los estados de cuenta de depósitos monetarios o de ahorro, los estados de cuenta en el caso de tarjetas de crédito, así como cualquier otro documento que compruebe la operación bancaria efectuada que individualice al beneficiario, sin perjuicio de la obligación de resguardar los documentos' contables que establezcan otras leyes. Asimismo, las personas individuales o jurídicas obligadas a llevar contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio y otras leyes, deben registrar en la misma tales pagos". Al subsumir las normas antes relacionadas al caso concreto de estudio, se puede advertir fácilmente que, para que la parte actora

como contribuyente exportador, obtenga el beneficio fiscal de la devolución del crédito fiscal del Impuesto al valor Agregado solicitado, debe de cumplir con ciertas condiciones o requisitos que establecen los supuestos jurídicos de las normas descritas con antelación es decir, deben documentar o respaldar, cuando se realiza la verificación por parte de la Administración Tributaria que han pagado las facturas a sus proveedores, para que sea procedente la devolución del crédito fiscal, respectivamente. En el presente caso, la parte actora para acreditar lo anterior, es decir, los pagos de las facturas ajustadas, que respaldan el crédito fiscal que solicita, presentó documentación a nombre de Beneficio Santa Anita, S.A. (que no es la parte actora que pretende la devolución del crédito fiscal, sino un tercero contratado por la hoy demandante) 2.1 Obra dentro del expediente respectivo contrato suscrito en documento privado, sin firma legalizada, en donde la entidad ahora demandante Unex (Guatemala), S.A., quien es la que reclama el crédito fiscal, no realiza los pagos a sus proveedores y que en sustitución de ella lo efectúe Beneficio Santa Anita, S.A., lo cual no se adecúa al supuesto del artículo 20 de la ley antes relacionada. Por último, se cita en complemento de lo anterior, el artículo 15 del Código Tributario y sus reformas, el cual estipula: "Preeminencia de la obligación legal sobre la contractual. Privilegios y garantía del crédito tributario. Los convenios referentes a materia tributaria celebrados entre particulares no son oponibles al fisco ni tendrán eficacia para alterar la calidad del sujeto pasivo, salvo en los casos en que la ley expresamente los autorice o les reconozca efectos y sin perjuicio de la validez que pudiera tener entre las partes". Al subsumir las normas antes individualizadas al caso concreto que nos ocupa, es fácil advertir que si la parte actora (es decir el contribuyente exportador) no pudo documentar o demostrar ante la Administración Tributaria, que los pagos de las facturas fueron efectivamente realizados por la hoy demandante, entonces los supuestos jurídicos de las normas antes descrita no los cumple, pues claramente dichas normas estipulan, para el caso concreto que nos ocupa, que la parte actora, debió presentar con su solicitud de devolución del crédito fiscal realizado ante la Administración Tributaria, la documentación que demuestre el medio o forma de pago realizados, siendo éstos (por la cantidad de las facturas, hoy ajustadas al tenor de las normas descritas): a. Copia de: cheques, estados de cuenta, incluso los de tarjeta de crédito o débito, o de cualquier otro medio que utilice el sistema bancario distinto al efectivo, que individualice al beneficiario, en los que consten los pagos efectuados a los proveedores al tenor de lo establecido en el Capítulo III de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria relacionado con bancarización en materia tributaria..."; lo que se complementa como se ha venido indicando, para su aplicación en el presente caso, con lo regulado en los artículos 20 y 21 de las disposiciones legales para el fortalecimiento de la administración tributaria; es decir, no es posible acoger cada uno de los argumentos vertidos por la parte actora en el sentido de querer demostrar con el contrato outsourcing que menciona, que es un tercero a quien se le delegó la administración de fondos y dentro de otros, el pago a los proveedores; sin embargo, ser ésta (es decir la parte actora) quien solicita el beneficio fiscal que la ley otorga de la devolución del crédito fiscal solicitado, no cumple con la condición o requisito que se establece para estos casos,

pues la norma no contempla ese supuesto (lo relacionado con el tercero que quiere hacer valer la parte actora); y con el actuar de la administración no se le vulnera todos los principios constitucionales y ordinarios a que hace mención. Y la resolución controvertida se encuentra ajustada a derecho y a las normas específicas acá citadas en donde esta Sala no observa que se haya violentado los derechos y principios que indica la parte actora, sino que observa juridicidad en el acto reclamado y en el actuar de la administración tributaria. Por último se comprueba que la administración tributaria, actuó conforme a lo establecido dentro de sus facultades regladas en el artículo 98 del Código Tributario antes mencionado, respeto el derecho de defensa dándole audiencia a la parte ahora demandante para que argumentara y aportara los medios de prueba que considerara pertinentes a efecto de desvanecer los ajustes respectivos, por lo que no puede pretender la parte actora con simples argumentaciones, desvanecer el ajuste que le fue formulado; pues de conformidad con el artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil ya citado, la carga de la prueba la tiene la parte actora quien debe demostrar con medios de prueba idóneos los motivos en que basa su inconformidad, al no hacerlo así esta deficiencia no le es viable a la Sala subsanarla, por lo que dichos ajustes se deben confirmar, por encontrarse ajustados a derecho (...). El resaltado es propio.

NUEVO CRITERIO, SOSTENIDO POR LA CÁMARA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN CUANTO AL PAGO EFECTUADO A TRAVÉS DE UN TERCERO Y POR ENDE ES PROCEDENTE LA BANCARIZACIÓN CORRESPONDIENTE

Sentencia de fecha quince de noviembre de dos mil veintidós, dentro del recurso de casación identificado con el número 01002-2022-00234, que en su parte conducente indica:

“(...) Para resolver la presente demanda, este tribunal considera pertinente determinar que el objeto de la controversia se origina derivado de la declaratoria de improcedencia de la devolución del crédito fiscal del Impuesto al Valor Agregado por parte de la Administración Tributaria, por Crédito Fiscal respaldado con facturas de las cuales no se pudo comprobar su efectivo pago a los proveedores, en el período impositivo de febrero de dos mil diecisiete, por lo cual se advierte que el contribuyente pretendió comprobar el pago de los gastos realizados por más de treinta mil quetzales, a través de cheques emitidos por una persona distinta, con lo cual consideró haber cumplido con realizar los pagos a través de uno de los medios establecidos por el sistema bancario e individualizando al beneficiario. En ese, este Tribunal aprecia, en específico, que las formas de pago realizadas, fueron efectuadas a través de cheques girados por terceras personas, es decir, por la entidad Beneficio Santa Anita, S:A., con quien la contribuyente Unex (Guatemala, Sociedad Anónima, celebró contrato de Outsourcing de Servicios de Administración, el cual según cláusula Décima Cuarta, el contrato, sus normas y demás

*estipulaciones son vinculantes a partir del uno de agosto de dos mil quince, fecha en la que se inició la relación comercial entre los otorgantes con el objeto de que Beneficio Santa Anita, con su personal idóneo y sus propios recursos, le preste el servicio de outsourcing de administración de las finanzas de Unex (Guatemala), S:A: para la gestión de cobros y pagos locales y extranjeros, así como pago de proveedores, planillas y cualquier otro conforme las instrucciones de que tiempo en tiempo reciba, razón por la cual la Superintendencia de Administración Tributaria, formuló los ajustes, pues determinó que los cheques de pago fueron emitidos a nombre de persona distinta de quien prestó el bien o servicio. De conformidad con el contenido de los artículos 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, se establece que, para que se tenga por respaldados los costos gastos deducibles o que constituyan crédito fiscal, los documentos deben contener los siguientes requisitos: 1) que dichos gastos superen los treinta mil quetzales; 2) que los pagos los realice utilizando cualquier medio que establezca el sistema bancario, siempre que se individualice al beneficiarlo, distinto al efectivo; y 3) que las operaciones que generen obligación tributaria y que se realicen por permuta, mutuo de bienes no dinerarios u otro tipo, donde no puedan utilizarse los medios de pago establecidos por el sistema bancario, deberán formalizarse en escritura pública. **Derivado de lo anterior, de las constancias procesales se determina que los documentos presentados como soporte de los pagos efectuados, consistentes en cheques y estados de cuenta, se adecuan a los presupuestos contenidos en los artículos 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, para respaldar los créditos fiscales pretendidos, ya que se realizó el pago utilizando un medio que establece el sistema bancario, individualizando al beneficiario del mismo, es decir, al proveedor del servicio, cumpliendo así, con los supuestos pertinentes que establecen dichas normas, ya que las mismas no condicionan que, quien debe realizar el pago, tenga que ser única y exclusivamente la persona que recibió el servicio o adquirió los productos, por los que este Tribunal considera que tales pagos, realizados a los proveedores, son adecuados para respaldar la solicitud de devolución de crédito fiscal planteado. Consecuentemente, el ajuste debe revocarse (...)**". El resaltado es propio.*

Al proceder entonces, al análisis de los criterios sustentados anteriormente, versus el criterio asumido en la sentencia de casación que se transcribió anteriormente, se encuentra que la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, se aparta de los criterios que fueron asumidos anteriormente, respecto del pago efectuado por terceros para sustentar la devolución del crédito fiscal y reconocer la deducibilidad de los costos y gastos en el régimen del Impuesto Sobre la Renta, incluso se aparta también del criterio sustentado por la Corte de Constitucionalidad, respecto al contenido del artículo 20 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria.

El apartamiento del criterio jurisprudencial que anteriormente se había venido manejando por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, constituye un nuevo precedente que puede ser observado,

pues teniendo en consideración que la Administración Tributaria ha formulado ajustes por crédito fiscal improcedente del Impuesto al Valor Agregado, y en otros casos por costos y gastos no deducibles en el Impuesto Sobre la Renta, al considerarse que no se ha cumplido con individualizar al beneficiario del pago y en el caso de pagos a terceros, habiendo en algunos casos alegado el contribuyente que *“se han realizado estas operaciones bajo figuras o circunstancias no estrictamente descritas en la ley, tales como: fideicomisos, factoraje, descuento, contratos de outsourcing, cesión de derechos; contrato de cuenta corriente, convenios privados ante la existencia de embargos de cuentas bancarias por procesos judiciales, entre otros; incluso utilizando para el efecto medios que facilitan los bancos, documentándolos mediante cheques o transferencias”*. (Antecedentes del Criterio Tributario Institucional Número 05-201 de la Superintendencia de Administración Tributaria).

Situaciones éstas que fueron sometidos a conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en un sin número de procesos que fueron adversos al contribuyente y en donde se utilizaron esta forma de operaciones y que hoy por hoy, con el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia Cámara Civil, permite su aplicación a casos en los que se ha utilizado dichas figuras para efectuar los pagos correspondientes, pues se determina de la misma, que si son permitidas, tal es el caso del contrato de outsourcing que se menciona en dicho criterio y en la propia sentencia de casación aludida, al considerarse que la documentación que se presente en estos casos cumple efectivamente con la bancarización correspondiente y por ende se infiere de esta, la procedencia del crédito fiscal del Impuesto al Valor Agregado o la deducibilidad de los costos y gastos en el régimen del Impuesto Sobre la Renta.

Dicho criterio al establecer un pago por medio de tercero, situación que también se encuentra regulado en el Código Tributario, que señala, que el pago de la deuda tributaria puede ser realizado por un tercero, tenga o no relación directa con el mismo, ya sea consinténdolo expresa o tácitamente el contribuyente o responsable (Artículo 37 del Código Tributario Decreto 6-91 del Congreso de la República, 1991), situación que se reconoce en la sentencia de casación transcrita y analizada, deja abierta la posibilidad que en aplicación del criterio de justicia y equidad tributaria, sea reconocido tanto el crédito fiscal, como la deducibilidad de costos y gastos en beneficio del contribuyente y no con un criterio restrictivo como se fallaba anteriormente, dejando expresa la observación, que cada caso en particular, para su resolución, debe efectuarse previamente, un estudio, análisis e interpretación distinto por las características particulares de cada caso.

Además de lo anterior, deja abierta la posibilidad en base a lo último, de analizar otras formas de operación y que se han dado por medio de las figuras de fideicomisos, factoraje, descuento, cesión de derechos; contrato de cuenta corriente, convenios privados ante la existencia de embargos de cuentas bancarios por procesos judiciales, que son situaciones que han sido sometidas a conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y en la cual no se ha reconocido éstas con la consecuente pérdida del crédito fiscal del

Impuesto al valor Agregado reclamado o el no reconocimiento de los costos y gastos deducibles en el Impuesto Sobre la Renta.

Considera el autor del presente trabajo, que dicho criterio responde a la realidad del tráfico mercantil que se da dentro del campo del derecho administrativo y específicamente dentro del campo del derecho tributario, toda vez, que siendo su ámbito de aplicación las relaciones comerciales, pues, de estas surgen los hechos generadores de los Impuestos al Valor Agregado e Impuesto Sobre la Renta, en la cual por la modalidad ágil del comercio, a veces se dan figuras que no se encuentran contempladas directamente en la ley de la materia, pero que dada su naturaleza responden a los requerimientos del tráfico mercantil como se ha indicado y que perfectamente se enmarcan dentro de la normativa de los artículos 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria. De tal manera de acuerdo al estudio y análisis de cada caso en particular, a partir de la fecha en que se emitió dicha sentencia, la cual fue objeto de estudio, se estima pertinente y adecuado, aplicar su conocimiento para la resolución de expedientes en casos similares, que sean puestos en conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia, es considerada una fuente del derecho, particularmente, del derecho administrativo, en este caso, por la especialidad del tema analizado, del derecho administrativo tributario.
2. Del estudio de los expedientes citados para referencia del presente trabajo, aunque no es obligada su observancia dentro de este ámbito, resulta pertinente utilizarla para la resolución de casos similares que se presenten, para que sean tratados en idéntica forma, siempre y cuando sus características confluyan en el precedente judicial correspondiente y casos concretos específicos.
3. Es permitido al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, apartarse de la jurisprudencia en aquellos casos en que las situaciones que son sometidas a su conocimiento, sean diferentes a las que se refiere esta, dada sus peculiaridades particulares que no hacen viable su observancia.
4. Es indudable que la jurisprudencia que crea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la emisión de sus fallos, coadyuva al sistema de administración de justicia, que esta, dentro del ámbito del derecho tributario responda a los principios de equidad y justicia tributaria.
5. Mediante el análisis del caso sometido a estudio, se puede determinar que los pagos

efectuados por terceros y que responden a operaciones que se dan por medio de las figuras de fideicomisos, factoraje, descuento, contratos de outsourcing, cesión de derechos; contrato de cuenta corriente, convenios privados ante la existencia de embargos de cuentas bancarias por procesos judiciales, pueden, según cada caso en particular, adecuarse a las disposiciones de los artículos 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria.

REFERENCIAS

• DOCUMENTOS

- Aguilar Martínez (2017). La jurisprudencia como fuente formal del derecho. (Tesis Doctoral). Universidad de San Carlos de Guatemala.
- García Máñez (1977). Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa.
- León (1957). El Tribunal Fiscal, principios básicos de su jurisprudencia. Tribunal Fiscal de la Federación.

• LEYES

- Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, 1989.
- Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República, 1991.
- Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República, 1996.
- Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, Decreto 20-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

• OTROS

- Sentencia de fecha cuatro de enero de dos mil veintidós, dentro del expediente 01013-2020-00141.
- Sentencia de fecha tres de noviembre de dos mil dieciséis, dentro del recurso de casación identificado con el número 205-2016.
- Sentencia de fecha quince de noviembre de dos mil veintidós, dentro del recurso de casación identificado con el número 01002-2022-00234.
- Criterio Institucional número 05-2021 del cinco de agosto de dos mil veintiuno “Aplicación de Bancarización en el Pago a Proveedores a través de Terceros o Pagos Realizados por Terceros”
- Antecedentes del Criterio Tributario Institucional Número 05-201 de la Superintendencia de Administración Tributaria

• DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- Jurisprudencia en el derecho romano; 30 de Diciembre 2013; Wikipedia, La enciclopedia libre; Fecha de consulta: 01/09/2023 desde https://es.m.wikipedia.org/wiki/Jurisprudencia_en_el_derecho_romano#:~:text=%E2%80%8

“LA INTERVENCION DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, COMO QUERELLANTE ADHESIVO DE OFICIO EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN MATERIA DE GÉNERO”



Magistrado Noé Adalberto Ventura Loyo

Magistrado Presidente de la Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, Guatemala



FUNCIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, EN EL EJERCICIO DE LA REPRESENTACION DEL ESTADO:

La Procuraduría General de la Nación, conlleva dos funciones de asesoría y consultoría de los órganos, y entidades estatales y el Procurador General de la Nación, ejerce esa representación del estado y es el jefe de la Procuraduría General de la Nación y su nombramiento lo efectúa el Presidente de la Republica y debe ser abogado colegiado y tener las calidades correspondientes a Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y como tal tiene la defensa de intereses difusos aunque no figure con esa calidad específica y de ahí que le corresponden importantes deberes hacia la sociedad guatemalteca y de los enunciados que preceptúan los Artículos 1, 2 y 3 de la Constitución Política de la Republica, que se refieren a la protección de la persona, deberes del estado, el derecho a la vida, protección a la persona, la familia y como fin supremo la realización del bien común y garantizar la vida, libertad, justicia, seguridad, paz y desarrollo integral, por lo que debe tenerse a cuenta que a la Procuraduría General de la Nación, se le asigna una función pública y se faculta al Procurador General de la Nación, para delegar la representación estatal en uno o más abogados colegiados y *asimismo sus actividades se orientan a representar al Estado de Guatemala en todas las instancias que sean determinadas por la ley.*

LA DELEGACION DE REPRESENTACION DEL ESTADO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

En el Artículo 2 del Decreto 512 del Congreso de Guatemala, y sus Reformas se establece que el Procurador General de la Nación, puede delegar la representación en uno o más abogados colegiados activos para el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas, así como en los profesionales de la institución u otorgar poderes para asuntos determinados cuando las circunstancias lo requieran.

En ese orden de ideas cuando se le delega la representación a un abogado o abogada colegiado activo, en el ejercicio de la delegación representativa, debe interponer y promover los procedimientos y/o procesos, acciones, impugnaciones o recursos de cualquier naturaleza legal que sean necesarios y por otra parte, queda sujeto a

las limitaciones que establece el **Artículo 19 del Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala**, y tiene prohibición expresa de sustituirla total o parcialmente y por ende rendir informe al Procurador General de la Nación, sobre las sustanciación de los procesos y/o procedimientos a su cargo dentro de los primeros cinco días de cada mes calendario, e informar de manera inmediata los casos que del análisis realizo de alto impacto trascendentales a nivel nacional o bien que afecten los intereses económicos y sociales del Estado de Guatemala.

DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL DE LAS PERSONAS:

En los Delitos contemplados en el Título III del Libro II del Código Penal, Decreto 17-73, según el Artículo 197 numeral 4°, establece que La Procuraduría General de la Nación se constituya de oficio como Querellante Adhesivo y Actor Civil cuando la víctima sea una persona menor de edad o incapaz que carece de representación legal, o cuando exista conflicto de intereses entre la víctima y su representante legal. En todo caso, velara por los derechos de la niñez víctima de acuerdo a su interés superior, ante este precepto en la Etapa Intermedia del proceso penal guatemalteco en algunos procesos en los últimos tiempos en el ejercicio de la acción penal, “algunos Juzgadores” en el trámite de los procesos de los Delitos que contempla el Título III y Libro II antes indicado del Código Penal, tales como en los Delitos de Violación, Agresión Sexual y Violación con Agravación de la Pena y Circunstancias Especiales de Agravación, se le ha tenido por separada a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, COMO QUERELLANTE ADHESIVO**, como es en el caso de menores de edad que no se encuentran representados por sus progenitores y que se han vulnerado sus derechos de indemnidad y libertad sexual, **por lo que debe tenerse a cuenta que la Procuraduría General de la Nación, interviene de oficio como Querellante Adhesivo, cuando la víctima sea una menor de edad o cuando exista conflicto de intereses entre la víctima y su representante legal y que debe velar por los derecho de la niñez víctima de acuerdo con su interés superior y de conformidad con la interpretación del Artículo ya antes mencionado se advierte que el legislador consignó en el texto de la norma referida que le asiste comparecer en Representación del Estado de Guatemala y especialmente en la Protección de todo niño, niña y adolescente a fin de garantizar sus derechos de acuerdo a su interés superior tal como lo refiere el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y además porque se está en la obligación de hacer valer sus derechos y sus intereses y al resolver cualesquiera Juzgador en forma incongruente al mandato legal se incurriría en errónea aplicación y se vulnera el Principio del Interés Superior del Niño, Derecho de Defensa, Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva y al tener por separada a la Procuraduría General de la Nación, se deja a la víctima o agraviada en total desprotección o indefensión de velar por los derechos o intereses de la misma y el Ministerio Público en aras de su naturaleza objetiva dentro del Proceso Penal, no puede velar por los intereses de ninguna parte o sujeto procesal, sino que se debe al cumplimiento de la ley y a la búsqueda de la averiguación**

de la verdad de los hechos denunciados, lo que ha dado lugar a la interposición del Recurso de Apelación, de acuerdo al Artículo 404 numeral 3) del Código Procesal Penal, referente a la Apelación de Autos por los Jueces de primera instancia que resuelvan los que no admitan, denieguen o declaren abandonada la intervención del querellante adhesivo o del actor civil, a efecto de anular la resolución emitida por los Juzgadores por errónea aplicación del Artículo 197 numeral 4° a efecto de declarar con lugar el mismo, al haberse vulnerado el Principio de la Tutela Judicial Efectiva, el Interés Superior del Niño, Debido Proceso y Derecho de Defensa, teniendo a cuenta que el Artículo 408 del Código Procesal Penal, estipula que todas las apelaciones se otorgarán sin efecto suspensivo del procedimiento, salvo las resoluciones que por su naturaleza claramente impidan seguir conociendo del asunto por el Juez de primera instancia sin que produzca situación que sea susceptible de anulación.

CONCLUSIONES:

Es de fundamental importancia que los Juzgadores con competencia en Materia de Género cumplan con el ordenamiento jurídico guatemalteco, a fin de que las Resoluciones Judiciales sean debidamente fundamentadas, argumentadas y motivadas para garantizar la impartición de justicia y la Tutela Judicial Efectiva, la Protección de los Derechos Humanos, la Seguridad Jurídica, y el cumplimiento de los Instrumentos Internacionales en materia de justicia para las mujeres, tales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer CEDAW, Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Belem Do Pará”, la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas Decreto 97-96, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos del Niño y Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; de conformidad con lo que establece el Artículo 197 numeral 4°, y debe tenerse a cuenta que la Procuraduría General de la Nación, debe constituirse de oficio como Querellante Adhesivo y Actor Civil cuando la víctima sea una persona menor de edad o incapaz que carece de representación legal, o cuando exista conflicto de intereses entre la víctima y su representante legal, y en todo caso, velara por los derechos de la niñez víctima de acuerdo a su interés superior, y específicamente en lo contemplado en el Título III del Libro II del Código Penal, Decreto 17-73, tales como en los Delitos de Violación, Agresión Sexual y Violación con Agravación de la Pena y Circunstancias Especiales de Agravación, en que se le ha tenido por separada a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, COMO QUERELLANTE ADHESIVO.**

REFERENCIAS

1. Constitución Política de la República de Guatemala, 31 de mayo 1985.
2. Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas Decreto Número 9-2009.
3. Código Penal Decreto Número 17-73.
4. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto Número 27-2003.
5. Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, Ginebra 1924.
6. Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre 1959.
7. Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer Decreto Número 22-2008.

ACTIVIDADES



Elección Junta Directiva, Periodo 2023-2024



Toma de Posesión Junta Directiva, Periodo 2023-2024



Asamblea General Ordinaria Mensual Agosto 2023

Conferencia motivacional, denominada "La Transformación de la Mente Moderna", impartida por el Licenciado Douglas Hernández.



Asamblea General Ordinaria Mensual Septiembre 2023

Entrega de Reconocimientos a los Abogados Domingo Ulbán Farjardo y Carlos Ronaldo Paiz Xula por su labor jurisdiccional desempeñada como Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial



Conferencia denominada "El Expediente Electrónico", impartida por el Magistrado Vocal V de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Josué Felipe Baquix Baquix.





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

 (502) 2290-5572  imagistrados@oj.gob.gt

 <https://imagistrados.com.gt>