



REVISTA 67
COLEGIO DE
ABOGADOS Y NOTARIOS
DE GUATEMALA

ENERO - JUNIO 2017



**REVISTA DEL COLEGIO
DE ABOGADOS Y NOTARIOS
DE GUATEMALA**

No. 67

Enero - Junio 2017



Revista del Colegio
de Abogados y Notarios
de Guatemala

Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala
0 calle 15-46 zona 15, Colonia El Maestro
Edificio de los Colegios Profesionales
Niveles 7 y 8
Guatemala, Guatemala, C.A.
Guatemala 01015
PBX: 2500-7500
Página web: www.cang.org.gt

Edición: Enero - Junio 2017

IMPRESO EN:

Foto Publicaciones
20 avenida 2-53, zona 1 Las Victorias Guatemala, C.A.
PBX: (502) 2220-0630 FAX: (502) 2230-2214
fotopub@gmail.com

Consejo Editorial de la Revista

Licenciado	Mario Rene Chávez García (Coordinador)
Doctor	Luis Fernando Ruiz Ramírez
Doctor	Marco Aurelio Alveño Ovando
Doctor	Mauro Roderico Chacón
Doctor	Nery Roberto Muñoz
Doctorando	Erwin Ulises Lobos Ríos
Doctor	Rene Arturo Villegas Lara
Maestro	Freddy Ramón Sánchez Gaitán
Doctor	Ramón Cadena Ramila
Licenciada	Myriam Eugenia López Miyares
Licenciado	Luis Morales Chua
Licenciado	Héctor Rolando Palomo González
Licenciado	Ricardo Alvarado Ortigoza
Licenciado	Álvaro Rodrigo Castellanos Howell
Doctor	Mario Aguirre Godoy (Consejero honorario)

Junta Directiva

Presidente	Doctor Luis Fernando Ruiz Ramírez
Vice Presidente	Licenciada Rut Ester Ronquillo de Sontay
Vocal I	Licenciada Alicia del Carmen Franco Flores
Vocal II	Licenciada María Eugenia Erazo Guerra de Urzúa
Secretario	Doctor José Alberto Godínez Rodríguez
Prosecretaria	Licenciada Reina Leticia Garza Asencio
Tesorera	Licenciada Claudia Lisseth Aguilar

Tribunal de Honor

Presidente	Licenciado Julio Enrique Dougherty Liekens
Vicepresidente	Licenciada Rina Eunice Morales Cifuentes
Secretaria	Licenciada María Antonia Escobar Barrios
Vocal I	Licenciado Henry Giovanni Dubón Ruano
Vocal II	Licenciado Ricardo Aníbal Masaya Gamboa
Vocal III	Licenciado Carlos Alfredo Jáuregui Muñoz
Vocal IV	Licenciado Rafael Solares Morales
Vocal Suplente I	Licenciado Roberto Quej Asig
Vocal Suplente II	Licenciado Carlos Antonio Escoto Martínez

Tribunal Electoral

Presidente	Lic. Manuel Antonio López Guevara
Secretaria	M. A. Jenny Noemy Alvarado Teni
Vocal	Lic Waldemar Pérez
Vocal	Lic. Chuenfel López Castañeda
Vocal	Dra. Gloria Lilian Aguilar Barrera
Vocal Suplente I	Licda. María Guadalupe Escobar Vásquez
Vocal Suplente II	Lic. Andrés Rigoberto Patzán Sabán

Índice

LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DEBER SER DEL PROFESIONAL DEL DERECHO

Rodrigo Enrique González Camargo..... 7

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Gilma Esperanza Valladares Orellana..... 35

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL

Marisol Figueredo Cacacho..... 55

DERECHO CONSUETUDINARIO Y CONSTITUCIONALISMO:

Breve Ensayo sobre la Reforma del art. 203
de la Constitución Política de la República de Guatemala.

René Guillermo Girón Palacios..... 83

EFFECTOS DEL AMPARO EN MATERIA DE ARBITRAJE

Alfredo Sánchez Chinchilla..... 119

LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DEBER SER DEL PROFESIONAL DEL DERECHO

Rodrigo Enrique González Camargo¹

RESUMEN

El presente artículo procede de una investigación que tuvo como objetivo analizar las condiciones de substanciación y resolución de los delitos contra el ambiente dentro del proceso penal guatemalteco vigente, y la incidencia que tiene el actuar del profesional del derecho en esta dinámica, en términos deontológicos. Para tal fin, la explicación de esta propuesta está dividida en cuatro partes: 1) el reconocimiento del medio ambiente como bien jurídico tutelado; 2) la protección penal del ambiente; 3) la participación del abogado en los procesos penales de ilícitos ambientales, y su relación con el principio deontológico universal de obra según ciencia y conciencia, y 4) las conclusiones que sintetizan la idea principal de este argumento: la observancia y el cumplimiento de los deberes mínimos profesionales y una conciencia ambiental en la persona del abogado, coadyuvará a la realización de la justicia ambiental en el ámbito penal guatemalteco.

¹. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala y Máster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad de Coruña, España.

CONTENIDO

- I. Introducción
- II. El Medio Ambiente como un bien jurídico tutelado
- III. Protección penal del ambiente en Guatemala
- IV. La relación de la actual problemática en la substanciación y resolución de los delitos contra el ambiente y el principio deontológico: obra según ciencia y conciencia
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Un cambio en el paradigma antropocéntrico de las relaciones ser humano-medio ambiente, tuvo lugar en la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas de 1972 y la Declaración que para el efecto se adoptó en aquella ocasión. Esto exigió un compromiso generalizado, por parte de la mayoría de los Estados en el mundo y sus gobiernos, para canalizar los esfuerzos -nacionales e internacionales- dirigidos a establecer una protección del medio ambiente y los recursos naturales, de carácter extensivo y concretado en cada uno de los territorios.

Con esto se fue consolidando el diseño de un marco jurídico, que en adelante comprendería formalmente lo conocido como Derecho Ambiental. A su vez, dio lugar a la promulgación de cuerpos legales que incluirían normas sustantivas y adjetivas, cuyo fin sería velar por el patrimonio natural de las naciones. En Guatemala, este contexto jurídico-legal comprende las diferentes normas prescritas en la Constitución Política de la República, los Tratados o Convenios internacionales -suscritos y ratificados por el Estado-, las leyes ordinarias, los acuerdos gubernativos y acuerdos ministeriales, entre otros. Este andamiaje jurídico, así como los órganos e instituciones públicas creadas para el efecto, conforman los medios, mecanismos e instancias que procuran, por parte del Estado, la denominada *justicia ambiental*. Consiguientemente, el ejercicio y la práctica de la disciplina jurídica ambiental se encuentran presentes dentro de los diferentes niveles de actuación del Estado. Esta última gira en torno al conocimiento y resolución de acciones constitucionales, denuncias populares, acciones y procedimientos administrativos, acciones civiles, acciones penales; todas ellas en materia ambiental. Su fin será, precisamente, la defensa y mantenimiento del equilibrio ecológico.

De esto se puede inferir la presencia del profesional de Derecho en cualquiera de estas instancias, ya sea en calidad de funcionario de las instituciones descentralizadas o autónomas rectoras del medio ambiente -incluyendo a los Tribunales y los entes auxiliares de administración de la Justicia- o bien, actuando ante dichos órganos públicos, para dirigir y procurar acciones de naturaleza ambiental. En consecuencia, esta investigación se concentra en el quehacer del

jurista en el área de Derecho Penal orientado a la protección del medio ambiente y a los recursos naturales, puesto que ha cobrado relevancia la tipificación de conductas lesivas y contrarias al ambiente, como una respuesta y último recurso del *poder punitivo* del Estado ante el creciente deterioro de los ecosistemas y sus elementos.

Por ello, en atención a fuentes doctrinarias, periodísticas y estadísticas -a las que se puede hacer referencia-, se advierte la problemática actual en la forma de substanciación y resolución de los delitos contra el ambiente dentro del proceso penal guatemalteco vigente, y la incidencia que tiene el actuar del profesional del derecho en esta dinámica, al extremo de identificar casos de impunidad en esta materia. Haciéndose hincapié, así pues, que en Guatemala puede observarse la desatención de valores y principios esenciales de las profesiones jurídicas, que trae consigo, irremediablemente, el incumplimiento de deberes y obligaciones inherentes a las mismas. La inobservancia de estos parámetros torales en temas relevantes para la sociedad y el Derecho, repercuten notablemente en el bienestar general. El país requiere que el profesional del derecho, en calidad de auxiliar de justicia, intervenga, proceda y actúe tanto con rigurosidad técnica como atendiendo a una conciencia profesional, que le motive y oriente más cuando se trata de la preservación, conservación y defensa jurídica del medio ambiente y los recursos naturales.

En definitiva, surge la motivación de optar por una visión deontológica ante esta situación, más allá de buscar soluciones estrictamente legales, científicas, económicas, políticas o de otra naturaleza. Se apela aquí a la persona del abogado -involucrado en acciones ambientales- que debe estar al tanto de las condiciones frágiles del entorno, y que conforme al principio deontológico universal de obra según ciencia y conciencia, puede proveer algunas soluciones frente a este desafío.

II. EL MEDIO AMBIENTE COMO UN BIEN JURÍDICO TUTELADO

La advertencia de la problemática ambiental, en la actualidad, nace de una concepción de tipo holística, es decir, integral, multidimensional y transgeneracional; entendiendo que el ambiente es un sistema conformado por distintos factores –vivos y no vivos-, que generan algo más que la simple suma de cada uno de ellos o que sólo ocupan un lugar determinado en el mundo. Indudablemente, existe una relación entre la acción humana y la naturaleza. Las afecciones en materia ambiental no son fruto del azar, sino resultan de un efecto –deseado o no- de las actividades del ser humano, individuales y colectivas. Por tal razón es posible fijar una regulación jurídica del medio ambiente, recursos naturales e interacciones biológicas, y la intervención humana en estos elementos.

En efecto, la protección del medio ambiente o el interés en éste para considerarlo objeto de regulación legal -nacional e internacional-, no ha sido una tarea reciente. La aparición de instrumentos o disposiciones de carácter ambiental propiamente dichas, no puede sino precisarse hasta principios del siglo XX. Sin lugar a dudas, se puede atisbar que medidas relacionadas a una tutela jurídica del entorno ecológico estaban presentes ya en tratados y acuerdos, cuya naturaleza era –en principio- esencialmente comercial o para efectos de un aprovechamiento adecuado de los recursos naturales de los Estados². Este marco de referencia podría considerarse como el antecedente de la temática ambiental como objeto de conocimiento autónomo en el Derecho.

La concreción y sistematización de un Derecho Ambiental ha tenido una íntima correspondencia con aspectos fácticos de tipo político, económico, social, y sobre todo científico³. En efecto, la normativa ambiental plantea una lógica modelo a partir de técnicas, mecanismos y procedimientos que no sólo ha de contemplar lo estrictamente jurídico. Esto ha repercutido en una forma original y especial de interpretación de las instituciones

² Vid. Martínez Solórzano, Edna Rossana, *Apuntes de Derecho Ambiental*, 4ª Edición, Ediciones Mayté, Guatemala, 2007, páginas 45-47.

³ Escudero Nava, César, *Ciencia, Ambiente y Derecho*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México D.F, 2012, página 253.

tradicionales. Su interdisciplinariedad y el modo transversal de su aplicación, presupone que no puede circunscribirse a una exclusiva latitud.

Esto ha dificultado colocar a esta joven rama del Derecho en una ubicación definida dentro del esquema ancestral de Derecho Público y Privado, propio de la herencia continental o civil.

La doctrina contemporánea y los precursores de la autonomía científica y normativa del Derecho Ambiental, proponen situarlo como un *derecho colectivo o social* por responder éste a un *interés difuso*⁴. Inicialmente, esto se debe a que su titularidad corresponde a una sociedad en general (nacional y global), que encuentra en el medio ambiente su sustento y supervivencia. La cualidad de difuso, implicaría que atiende a una doble naturaleza: puesto a que, al ser universal, la legitimidad activa sobre dicho bien (el ambiental) podría ostentarla un grupo social y, a su vez, sus miembros debidamente individualizados e indiferenciados⁵. Cabe afirmar entonces, que la disciplina jurídica ambiental –en esencia- está en completa correspondencia con la vida y sus manifestaciones (la fauna, la flora, las personas, etcétera); convirtiéndose ésta, en su núcleo central.

En consecuencia, sería viable proclamar *el derecho a un ambiente sano y equilibrado*⁶. Su carácter social y colectivo, lo ha hecho merecedor -por la doctrina- de un lugar en el orden de los *derechos humanos de tercera generación*⁷. Esto se debe a su especial función sintetizadora de los derechos civiles y políticos (*primera generación*) y los económicos, sociales y culturales (*segunda generación*), ya que están concebidos para los pueblos, grupos sociales e individuos en particular, ante las circunstancias actuales en donde la vida, la

4. Cfr. Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro (eds.), *Derecho Ambiental en Centroamérica*, Tomo I, Diseño Editorial S.A, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, Gland, Suiza, 2009, página 25.

5. El contenido y alcance de la protección del Derecho Ambiental supone un campo muy variado y amplio, estando "...constituido por el derecho de la naturaleza, el derecho de las contaminaciones y los daños y el derecho de los monumentos naturales y de los sitio. En segundo lugar, cierta legislación está afectada por el derecho ambiental, como el urbanismo, el derecho rural, el derecho de los monumentos históricos, el derecho de la minería, el derecho del ordenamiento físico del territorio, el derecho aplicable a los espacios frágiles (litoral, montaña, zona húmedas)..." Pérez, Efraín. *Derecho Ambiental*. Editorial McGraw-Hill Interamericana S.A. Santafé de Bogotá, Colombia, 2000, página 23.

salud, el equilibrio ecológico y las condiciones socio-económicas constituyen materias insolubles⁸.

Con esto se rebasa, pues, la idea unidireccional que, por un lado sitúa a la persona y por otro a la sociedad, y ambos, frente al Estado; apelando, ante todo, a la solidaridad universal humana. En algunas Constituciones Políticas (como en la guatemalteca) esta clase de derechos han sido incorporados a la parte dogmática de las mismas, pese a ello continúan perteneciendo a un *Soft Law* (Derechos Blandos) insertados en el vasto compendio de *principios generales de derecho*⁹.

Desde luego, esta caracterización de *derecho suave* no impide la aplicación del *ius imperium* del Estado y el reconocimiento de una *acción popular* o en todo caso una *denuncia popular*¹⁰, la cual nace en atención a aquel interés difuso visto con antelación, y que concede – implícitamente- una legitimación activa para que la persona (individual o jurídica) o la comunidad, denuncien “...ante la autoridad, todo hecho, acto u omisión que genera contaminación y deterioro o pérdida de recursos naturales o que afecte los niveles de calidad de vida...”¹¹

Consecuentemente, la fuerza expansiva de la disciplina ambiental, no puede entenderse sino mediante la comprensión de sus características esenciales¹² que la perfilan a ser una norma: *multidisciplinaria*, sobre la

6. Institut de Drets Humans de Catalunya. *Derechos Humanos y Cambio Climático*, Barcelona, España, 2008, página 32, en http://www.idhc.org/esp/12422_mambiente.asp (disponible en Internet al 13/02/2015).

7. Cfr. López Contreras, Rony Eulalio, *Derechos Humanos*, SERVITAG, Guatemala, 2007, páginas 32-34.

8. Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo e Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, *Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible*, s/e, Única Edición, San José, Costa Rica, 1994, página 17.

9. Nuevas tendencias jurídico-filosóficas han catalogado al medio ambiente como un posible sujeto de derecho. Cfr. Cartay Angulo, Belkis Josefina. “La naturaleza: objeto o sujeto de derechos”, en Gallegos-Anda, Carlos Espinosa y Pérez Fernández, Camilo (eds.), *Derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Series Justicia y Derechos Humanos/ Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, primera edición, Ecuador, 2011, página 249.

10. Cfr. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) e Instituto de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable (IDEADS), *Manual de Legislación Ambiental de Guatemala*, Guatemala, 1999, página 22.

11. Artículo 30 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto Número 68-86 del Congreso de la República de Guatemala.

12. Aguilar Rojas, Grethel/Iza, Alejandro. *Derecho Ambiental en Centroamérica*. Tomo I. Diseño Editorial S.A. Única Edición. UICN, Gland, Suiza, 2009, páginas 24-26.

base que no sólo se sustenta con la ciencia del derecho y sus diversas ramas, sino con otros campos del conocimiento (e.g. ciencias exactas); *universal*, en el entendido que el daño ambiental a evitar, no sólo perjudica a un grupo aislado, más bien afecta –ulteriormente- a la comunidad planetaria; *transgeneracional*, ya que va dirigido a promover un desarrollo sostenible para el goce y disfrute de una calidad de vida justa para las generaciones venideras, y *dinámica*, porque ha de ajustarse a las constantes transformaciones económicas, políticas, sociales, ambientales y culturales -nacionales e internacionales-, las cuales son determinantes en la actualización y/o modificación de los regímenes de protección.

Estos rasgos característicos y su trascendencia, guardan relación con los principios¹³ rectores que informa a esa disciplina jurídica, provenientes del pensamiento “*ius ambientalista*” para comprender el espíritu de la norma ambiental y reforzar su cometido. Sin ánimo de hacer un listado exhaustivo, se podrían enfatizar: *solución a la fuente*, ya que las medidas preventivas y correctivas deben enfocarse directamente a la fuente generadora del daño, para su mitigación o restablecimiento; *preventivo*, pues se recurre a medidas de concienciación y divulgación de la importancia del medio ambiente y el uso razonable de los recursos naturales, para evitar daños que puedan ser irreparables, y cuya sanción no sea compensatoria del todo; *precautorio*, asienta que ante cualquier indicio razonable de daño ambiental, deben adoptarse las medidas eficaces para mitigar el daño o impedir una completa degradación, y *contaminador/pagador*, que se sostiene mediante una doble connotación: el tratar de eliminar la práctica de obtener ventajas en desmedro del ambiente –por un lado-, e implementar las acciones necesarias, desde el Estado, para obligar a los contaminadores y usuarios de los recursos naturales, a soportar los costos por el desgaste que conlleva sus actividades.

Esta tipología narrada queda recogida en una serie de instrumentos jurídicos esenciales que han elevado, nacional e internacionalmente, al medio ambiente y los recursos naturales a la categoría de bien tutelado por el Derecho, entre las cuales se distinguen: 1) *la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre El Medio Ambiente Humano de*

¹³ Andalus Westreicher, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Edición PROTERRA. Segunda Edición. Lima, Perú, 2006, páginas 516-518.

Estocolmo, Suecia, 1972: El “...Principio II. [establece que] Los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga...”¹⁴; 2) la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 en sus artículos 61, 64, 97, entre otros; 3) la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto Numero 68-86, del Congreso de la República de Guatemala; 4) finalmente, en la Alianza para el Desarrollo Sostenible de Centro América, suscrita en 1994, en el numeral cuarto del apartado de Bases de la Alianza para el Desarrollo Sostenible, se concierta que el: “... manejo sostenible de los recursos naturales y el mejoramiento de la calidad ambiental constituyen mecanismos de protección a los procesos ecológicos y a la diversidad genética esenciales para el mantenimiento de la vida...”¹⁵

Esto compone la base para que, en concordancia al Derecho Penal y el *principio de lesividad*, la defensa de valores máximos observados y reconocidos por la sociedad, pueda darse mediante el diseño de un catálogo de conductas que puedan amenazarles, violentarles o dañarles; adquiriendo el atributo de bienes jurídicos tutelados. La legislación penal no crea éstos últimos, sino se originan de la Constitución Política y del ordenamiento jurídico en general. Entonces, la ley penal sólo individualiza alguna acción que afecta a estos valores específicamente, enunciándola como tal, y deduciéndole un castigo ante la posible lesión del mismo¹⁶. En los capítulos, títulos o secciones de los Códigos Penales puede atisbarse cuál es el valor que se protege o intenta resguardar, como último recurso del poder punitivo del Estado. Ahí descansa el espíritu o el alcance de la norma.

De esta manera, el legislador ha dispuesto prescribir tipos penales para blindar la biósfera nacional: primigeniamente, en el *Código Penal, Decreto Número 17-73*, y sus reformas como los *Decretos 33-96 y 28-2001*, que expresamente adicionan delitos contra el patrimonio natural y cultural

¹⁴ Ministerio del Medio Ambiente, *Manual de Tratados Internacionales en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, Fotolito América Ltda., Bogotá, Colombia, 2002, página 13.

¹⁵ Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo e Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, *Op. Cit.*, página 29.

¹⁶ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Tercera Edición, Editorial Porrúa. México, 2005, página 486.

de la nación, como bienes jurídicos tutelados; en la *Ley Forestal*, Decreto Número 101-96; en la *Ley de Áreas Protegidas*, Decreto Número 4-89; la *Ley General de Caza*, Decreto Número 36 -2004, y en la *Ley reguladora del Registro, Autorización y Uso de Motosierras*, Decreto Número 122-96; todos estos cuerpos legales promulgados por el Congreso de la República de Guatemala.

Por tanto, las diversas fuentes del Derecho Ambiental declaran como bien jurídico tutelado al medio ambiente, independientemente a que se le atribuya la calidad de un derecho en stricto sensu, o bien como un activo valioso e imprescindible para la existencia y el desarrollo de la sociedad y sus miembros. Para lo cual, desde el Estado se han dispuesto y determinado distintos canales para promover acciones legales tendientes a preservar, conservar y salvaguardar el entorno ecológico y sus componentes.

III. PROTECCIÓN PENAL DEL AMBIENTE EN GUATEMALA

Habiendo fincado al medio ambiente, los recursos naturales y la calidad de vida humana como bienes jurídicos tutelados por la Constitución Política y las leyes ordinarias del país, es necesario determinar los medios para su preservación y defensa; concretamente en el ámbito penal.

Desde un inicio, cabe resaltar y fijar que este tipo de control se realiza de manera integral. Primordialmente con la Constitución Política mediante preceptos que consagran y resguardan –conjuntamente- al patrimonio natural y cultural de la nación. En ese mismo cauce, el Estado de Guatemala ha suscrito y ratificado una serie de Convenios y Tratados Internacionales que conforman un rubro sólido en materia de protección ambiental internacional¹⁷. Para tal efecto, se estimaría que para procurar una debida protección, está la posibilidad de promover alguno de los procesos

¹⁷ Vid. Cobar del Valle, Ruth y Melini, Yuri Giovanni (coods.) *Compendio de Convenios y Tratados Internacionales Ambientales Ratificados por Guatemala*, Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH) y Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS), Serviprensa, S.A, Primera Edición, Guatemala, 2011.

constitucionales pormenorizados en la *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, en especial el proceso de amparo. Pese a que este último no suele ejercitarse en materia ambiental¹⁸, en determinadas ocasiones la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en fallos contestes¹⁹ acerca del carácter del derecho ambiental, cuyo fundamento constitucional debe de entrelazarse con las disposiciones internacionales pertinentes. En sus resoluciones, resalta la Corte que este derecho ha de garantizar el justo medio entre la explotación de los recursos naturales al servicio de una actividad económica y el uso inconsecuente de los mismos, con el objeto de resguardar el desarrollo sustentable de la nación.

No obstante a lo anterior, el procedimiento administrativo sancionatorio constituye una de las primeras formas del Estado –como expresión de su poder reactivo y disuasivo-, para mitigar los efectos de comportamientos perniciosos y contrarios al bienestar humano²⁰. Entran en juego los tres niveles de organización administrativa: la centralizada, descentralizada y autónoma²¹. En su génesis, la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, le otorgaba a la antigua Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) –en la actualidad, al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN)-, la potestad de imponer sanciones e infracciones ante cualquier tipo de contaminación a los elementos naturales. Más adelante, se emitieron otras leyes (e.g. Ley de Áreas Protegidas, Forestal...) que introdujeron y/o ampliaron los ámbitos de competencia de los órganos administrativos

18. Cfr. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) e Instituto de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable (IDEADS), *Op. Cit.*, página 22

19. “... se han integrado tres fallos en un mismo sentido, protectores del ambiente y ampliamente adecuados a los estándares internacionales respectivos... ver expediente No. 575-98, sentencia: 23-02-99; expediente No. 941-05, sentencia: 05-09-06; expediente NO. 1491-2007, sentencia: 01-04-08...” Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de derechos humanos*, Organización de las Naciones Unidas, Guatemala, 2010, página 99.

20. El “...derecho ambiental cae sustancialmente dentro del campo del derecho administrativo...Las labores de los órganos de la administración... [están ordenadas en]...cuatro clases de órganos administrativos: de consulta, de decisión, de ejecución y de control... [que]...en el campo de la protección ambiental todas son de interés, ya que también todas tienen una función que realizar para obtener un grado aceptable de eficacia...” Cfr. Cabrera Acevedo, Lucio, *El Derecho de protección al ambiente en México*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera edición, México, 1981, páginas 73-74.

21. Cifuentes Domínguez, Enrique Roberto (coord.), *Informe sobre el funcionamiento del sistema de justicia ambiental*, Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia, Guatemala, 2010, páginas 10-16.

para la expedición de licencias, los registros e inscripciones públicas, las autorizaciones, el monitoreo, la fiscalización, el seguimiento y control de todas aquellas actividades perjudiciales al ambiente.

Entrando en materia, el ámbito judicial comprende dos grandes ramos: el civil²² y el penal; atañe desarrollar este último. La doctrina del Derecho Ambiental considera a la vía penal como subsidiaria y secundaria; las normas fuera de la esfera criminal suelen tener prioridad, al tenor de los principios *preventivo* y *precautorio*.

Esta función punitiva emerge cuando los demás mecanismos jurídicos se hayan agotado, sean insuficientes o bien, que la conducta reprochable –en si misma-, bajo términos de tipicidad, se ajuste al molde de la ley penal²³.

Sin ánimo de provocar un debate etimológico, este segmento se conducirá bajo el epíteto de *Derecho Penal Ambiental* para describir la relación ambiental-penal. Ineludiblemente, esta línea de pensamiento tiene su fuente en el contexto internacional. En lo particular con el octavo y noveno Congreso de Naciones Unidas sobre protección del delito y el tratamiento del delincuente, celebrados en la Habana, Cuba (1990) y El Cairo, Egipto (1995)²⁴, respectivamente. En el primero se deliberó acerca del papel del Derecho Penal en la problemática del medio ambiente; se exhortó a la armonización de la legislación nacional y regional, debido a que: a) la mayoría de países no contaban con tipos penales ambientales explícitamente prescritos, b) únicamente contemplaba como elemento subjetivo a la negligencia o culpa en la conducta, o c) no había regulación siquiera. El posterior Congreso, tuvo como conclusiones –entre otras-: que el delito contra el ambiente cumple con los presupuestos de la *teoría del delito*, para emanciparlo de otros tipos penales; el carácter del

²² La Unidad de Medio Ambiente de la Procuraduría General de la Nación, promueve procesos civiles para salvaguardar las condiciones ambientales: juicios ordinarios y sumarios (interdicto de obra nueva y obra peligrosa). *Vid.* Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (et.al), *Informe Ambiental del Estado-GEO Guatemala*, Magna Terra Ediciones, Guatemala, 2009, página 221.

²³ Cfr. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), *Manual de juzgamiento de los delitos ambientales*, Programa de USAID de excelencia ambiental y laboral para el CAFTA-DR, Guatemala, 2010, página 5.

²⁴ Cfr. Padilla, Frinette (et.al.), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, Escuela Nacional de la Judicatura, 1° Edición, República Dominicana, 2002, páginas 72-78.

ambiente y sus elementos como bien jurídico tutelado; su atributo como delito transfronterizo, y la colisión de los ámbitos administrativo y penal, en cuanto a la aplicación de sanciones²⁵.

Estos encuentros jurídico-políticos y el trabajo doctrinario de las últimas décadas del siglo pasado, ha generado la posible configuración de unas ciencias penales del ramo ambiental para independizarlas. Una mayoría opina que no debería asumirse tal determinación, puesto que su diseño no diferiría de la temática propia del Derecho Penal, quedando subordinado a éste. Inclusive, esa dependencia, por lo general, también lo sería con las disposiciones administrativas pertinentes. La postura contraria, arguye que la filosofía ecologista imprime un matiz único a la ciencia penal. El interés colectivo y difuso, cuyo nicho se encuentra en la teoría del Derecho Ambiental, hace que la defensa, por parte de las autoridades competentes, se efectúe a título del bienestar humano transgeneracional²⁶.

En Guatemala, como en otros países latinoamericanos, el Derecho Penal Ambiental²⁷ no goza de autonomía científica ni legislativa. El foco de atención, positivamente, se posa en el *Delito contra el Ambiente* regulado en la ley penal, que: “... genéricamente consiste en la violación de normas que imponen el hacer o no hacer humano, individual o concurrente, para evitar la destrucción causante de carencia o menoscabo inmediato o mediato en los elementos, condiciones y circunstancias naturales porque anulan o alteran o revierten las posibilidades y tiempos del comportamiento y evolución natural, por lo que ameritan una pena, siempre y cuando hayan sido definidos en la ley con absoluta precisión y previamente al evento...”²⁸

25. En la región latinoamericana, se introdujo esta temática por conducto de la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la Cumbre de las Américas y Protección Penal del Ambiente (1995). Vid. *Ídem*, páginas 78-81.

26. Vid. Sánchez Reátegui, James, “Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”, Medio Ambiente & Derecho Revista electrónica de derecho ambiental, España, 1998, en <http://huespedes.cica.es/gimadus/11/consideraciones.htm> (disponible en internet al 17/02/2015).

27. González Camargo, Rodrigo Enrique, *El compromiso deontológico del profesional del Derecho frente a los delitos contra el ambiente*, Tesis de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, Ediciones Mayte, Edición Única, Guatemala, 2012, página 108.

28. Fourcade Roqué, Elsa, “Reflexiones sobre la eficacia de las medidas en materia ambiental”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no.26 (1996), página 544.

La primera singularidad que se puede advertir de esta clase de ilícitos penales, reside en el sujeto pasivo del mismo. Su individualización no es tan sencilla, dado a que es muy amplio (el medio ambiente). La doctrina propone que el titular del bien jurídico lesionado, en esta clase de delitos, es toda una colectividad (su representación recae en el Estado, el cual actúa por conducto de sus instituciones). Esto tiene como justificación a que la degradación y el detrimento ambiental ponen en riesgo la calidad de vida y el equilibrio ecológico²⁹.

El alcance de esta clase de delitos, puede advertirse –según la dogmática penal-atendiendo al resultado del hecho antijurídico: 1) aquellos *delitos de resultado o de lesión*, y como tales requieren una consecuencia tangible y evidente para la consumación del delito (*artículo 99 Ley Forestal*), y 2) *los delitos de peligro o de riesgo*, en los cuales se distinguen: 2.2) de *peligro concreto*, que implica la demostración efectiva de la situación de peligro de un bien jurídico tutelado (*artículo 81, Ley de Áreas Protegidas*), y, en segundo plano, aquellos de *peligro abstracto*, en los cuales no es necesario que la amenaza o riesgo, a primera mano, sea manifiesta sino que pueda advertirse (*artículo 95, Ley Forestal*). Esta última categoría ha sido contemplada por la técnica legislativa penal para los casos de protección de bienes colectivos o supraindividuales (e.g. el medio ambiente), puesto que, presumiblemente, aseguran su aplicación y eliminan los problemas de sujetar al estricto nexo causal entre la voluntad y el resultado del delito³⁰. En este tenor, los delitos contra el ambiente, en sus orígenes, han sido contruidos en consonancia a lo dispuesto por la norma administrativa. Por esa razón suelen llevar el apelativo de “normas penales en blanco”³¹. Esto ha conducido a inquirir acerca de la pertinencia de tales ilícitos, toda vez que, en muchos casos, debe de concurrir la actuación de la Administración Pública para la consumación del delito.

Sin lugar a dudas, estos delitos –como todos- encuentran su cauce a través de la norma adjetiva penal cuando el hecho antijurídico nace

²⁹. Brañes, Raúl, *El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México D.F., 2000, página 35.

³⁰. Cfr. Padilla, Frinette (et.al.), *Op.Cit.*, páginas 206-208.

³¹. Hidalgo, R. (et.al.), *Manual de Capacitación en Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público*, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, Quito, Ecuador, 2004, página 104.

a la vida. No hay delito sin proceso estipula el *principio de legalidad*³². Sin embargo, puede inferirse, de acuerdo con lo abordado, que prácticamente en muchos países no existen establecidos órganos jurisdiccionales que conozcan exclusivamente delitos contra el ambiente, ni mucho menos un procedimiento especial para la sustanciación y resolución de los mismos. Guatemala no es la excepción; para la mayoría de los delitos tipificados en el ordenamiento jurídico se está a lo dispuesto en el *Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República*.

Prevenido de lo anterior, y precisando las diferentes etapas del proceso penal, existen detalles que le otorgarían un “*calificativo ambiental*”. Efectivamente, no se conocerá del delito, sino a través de la “*notitia criminis*”. Los actos introductorios ordinarios en los casos ambientales, pueden ser: 1) la prevención policial efectuada por la División de Protección a la Naturaleza (DIPRONA) de la Policía Nacional Civil (PNC), misma que actúa en caso de flagrancia; 2) Las denuncias trasladadas a las Fiscalías de Sección de Delitos contra el Ambiente del Ministerio Público, y 3) Las querellas presentadas por las instituciones públicas ambientales con personalidad jurídica como el CONAP, el INAB y la PGN a través de la Unidad de Medio Ambiente (UMA)³³.

Esto vislumbra quienes podrían constituirse como partes en el *proceso penal ambiental*. Los delitos contra el ambiente son de acción pública y por ello el Ministerio Público, encargado de ejercer esta acción, asume el primer puesto como ente *acusador*. La Fiscalía de Sección competente sería la de Delitos contra el Ambiente -aludida en el párrafo supra- integrada por una Unidad Forestal, de Contaminación y de Áreas Protegidas, y con sedes en Guatemala, Puerto Barrios, Petén y Alta Verapaz³⁴. Aquellos que podrían constituirse como *querellantes*

32. Un proceso penal es un sistema que ha sido establecido por la ley, compuesto por actos que lo desarrollan y que buscan como fin una resolución (sentencia) al caso concreto presentado, para cumplir con los objetivos de la administración de justicia, la realización del Derecho Sustantivo Penal y dilucidar la situación jurídica de aquellos implicados. *Vid. Maza, Benito, Curso de Derecho procesal penal guatemalteco*, Serviprensa S.A., 1º edición, Guatemala, 2005, páginas 15-16.

33. *Cfr. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Op. Cit., páginas 33-36.*

34. *Cfr. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Manual de investigación de los delitos ambientales*, Programa de USAID de excelencia ambiental y laboral para el CAFTA-DR, Guatemala, 2010, página 64.

adhesivos, serían: las entidades públicas descentralizadas y autónomas rectoras de los sistemas del ambiente con personalidad jurídica, como el CONAP o la PNG. Esta última, a través de la UMA, solicita también incorporarse como *actor civil*. El *agraviado*, como sujeto pasivo del delito, es el medio ambiente por eso el afectado es el Estado; asume su representación aquellas entidades públicas ambientales.

En el proceso penal de delitos contra el ambiente, uno de los elementos distintivos reside en los medios de prueba³⁵. En Guatemala –ajustado al Código Procesal Penal-, suelen incorporarse: 1) Las autorizaciones, permisos o licencias otorgadas por autoridades del medio ambiente; 2) Los informes o resultados de las inspecciones o monitoreos efectuados por las entidades nacionales rectoras del medio ambiente; 3) Los informes o las pruebas de laboratorio, y 4) La evidencia material –en calidad de indicio-obtenida y recolectada en el lugar del delito³⁶. La clave de esta instancia está, que, para determinar la existencia de un delito ambiental o bien, para que los agentes fiscales puedan afirmar que una conducta se encuadra en un molde penal ambiental depende de las pruebas (medios científicos) que se practiquen y al recelo, debido cuidado y a un manejo sometido a las estrictas reglas de la cadena de custodia.

Esto conllevaría –según las resultas del proceso- a la imposición de una pena, que en el medio guatemalteco para los delitos contra el ambiente predominan las de prisión, multa y pena mixta (prisión/multa), cuyo fundamento estaría en el principio *contaminador/pagador*. Lamentablemente, las penas son muy limitadas cualitativa y cuantitativamente, al extremo de considerarse muy por debajo en relación a las consecuencias del menoscabo al ambiente; perdiendo, en gran medida, su poder disuasivo³⁷.

35. La doctrina penal-ambiental manifiesta que la “...prueba pueden clasificarse en prueba por examen directo y prueba por conocimiento indirecto. Dentro de las pruebas por examen directo se encuentran: 1. El descenso a los lugares de la comisión del hecho o inspección ocular. 2. El peritaje. 3. Las piezas de convicción (cuerpo del delito, documentos, actas auténticas, procesos verbales, etcétera). Dentro de la prueba por conocimiento indirecto están: 1. La confesión. 2. La presunción. 3: El testimonio...” Padilla, Frinette (et.al.), Op, Cit. páginas 286 y 287.

36. Cfr. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Op. Cit., página 44.

37. Pese a lo enunciado “...En los casos en que la sanción al delito o falta es pecuniaria, al hacerse efectivo dicho pago, éste va directamente al fondo privativo del Organismo Judicial, en donde no se da ningún beneficio directo al ambiente...” Idem, páginas 40-41.

En definitiva, el estudio y examen de la protección penal del ambiente, es importante, más cuando hay una problemática presente en torno al procesamiento de los delitos contra el ambiente, como se verá a continuación. Es en este punto, aparece la persona del profesional del Derecho, que en términos deontológicos y constitucionales, tiene un compromiso ante: a) el bien jurídico que está en riesgo manifiesto³⁸, b) la magnitud e incidencia de las consecuencias del delito contra el ambiente, y 3) el hecho que el abogado participa en la persecución, investigación y juzgamiento de estos delitos, y se le pueda exigir una actuación abnegada y correcta. Esto, indistintamente al análisis fáctico y legal que pueda realizarse del caso concreto, y a la eventualidad que, al juzgar acciones humanas, pueden haber conclusiones adversas a las esperadas, soluciones alternas, o fatalmente no haya una conducta penalmente relevante.

IV. LA RELACIÓN DE LA ACTUAL PROBLEMÁTICA EN LA SUBSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y EL PRINCIPIO DEONTOLÓGICO: OBRA SEGÚN CIENCIA Y CONCIENCIA

No se podía llegar a este punto, sin haber antes revisado los elementos que componen la realidad jurídica que acompañan el núcleo central de la tesis propuesta. Antes se expuso dos ejes indispensables a detallar: la reflexión del medio ambiente y los recursos naturales como bienes jurídicos tutelados, y, en segundo plano, su protección a cuenta de la ley penal sustantiva y procesal.

En este orden de ideas, el motivo del presente esbozo toma como punto de partida al hecho que, en estas últimas décadas, la sociedad guatemalteca (al igual que muchas en el mundo) ha estado sometida

³⁸. *“...Afirmar que el daño debe ser cierto significa que no existan dudas sobre su realidad. No obstante, cuando del medio se trata, es fácil intuir, por una parte las numerosas dificultades que surgen a la hora de probar el nexo entre el hecho y el resultado dañoso y, por la otra, las dudas científicas que constantemente se plantean y que todavía no parecen estar resueltas para temas tan cotidianos como, por ejemplo, las verdades causas y consecuencias del cambio climático...”* Cafferatta A. Néstor, *Introducción al derecho ambiental*, Instituto Nacional de Ecología (INE-SEMARNAT), 1ª edición, México, 2004, página 175.

a una serie de eventos desafortunados en el orden económico, social, político y jurídico que, acumulados, han originado lo concebido como crisis. Una de las más alarmantes -si es que se permite conceptualmente hablar de una pluralidad- es aquella relacionada a los valores³⁹. Claro está, que, en el mundo concurren una numerosa cantidad de valores⁴⁰, pues responden a los criterios de cada grupo social, e incluso para los individuos en particular. No obstante a la presencia de valores universales (e.g la justicia y la paz), en estos momentos, culturalmente se percibe que si ha de haber un “orden jerárquico de valores”⁴¹, pueda que dicha escala quede a merced de tendencias autodestructivas como el hedonismo, consumismo, relativismo y la permisividad⁴².

La problemática que hoy compete, resulta del hecho que, en la actualidad los delitos contra el ambiente no han sido debidamente substanciados y resueltos, pues existen circunstancias que han incidido negativamente en las diferentes etapas de su conocimiento, trámite y decisión. Esto ha significado que, en el ámbito penal ambiental, no haya una protección efectiva del bien jurídico tutelado que comprende el entorno ecológico (natural y artificial) y sus elementos; generando una creciente impunidad en materia medioambiental⁴³.

³⁹. “Al iniciar cualquier reflexión sobre ética o deontología es casi un lugar común aludir a la actual crisis de valores...una característica de nuestra época es la desmoralización, que nunca como ahora se ha dado de manera tan grave un eclipse, una erosión y una intimidación de los valores.” Pérez Valera, Víctor Manuel, *Deontología Jurídica, la ética en el ser y quehacer del abogado*, Editorial Oxford, sexta reimpression, México, 2006, página 1.

⁴⁰. “Dice Luis Recaséns Siches75: “Los valores son peculiares objetos ideales, que ciertamente tiene una validez análoga a la que corresponde a otras ideas; pero, a diferencia de éstas, posee, además, algo especial que podríamos llamar vocación a ser realizados, pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él a través de la acción del hombre”...” López Permouth, Luis César, *exordio a la filosofía del derecho*, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1º reimpression, Guatemala, 2006, página 126.

⁴¹. Alarcón Neira, Rodolfo Hernando y Bernal García, Manuel José, *Hacia una reflexión ética en la universidad (didáctica de la deontología y la axiología)*, Ediciones Iniboyacá, s/e, Colombia, 2003, página 174.

⁴². Cfr. *Ídem*, página 3.

⁴³. La base fáctica de este juicio se ha sustentado con los siguientes artículos y documentos:
- Bonillo, Cristina, “Injusticia ambiental”, Prensa Libre (Guatemala, Guatemala), 20 de junio de 2010, en http://www.prensalibre.com/noticias/Injusticia-ambiental_0_283771670.html (disponible al 20/02/2015).

- González, Ana Lucía, “Juicios por delitos contra el ambiente se retrasa”, Prensa Libre (Guatemala, Guatemala), 4 de abril de 2011.

- Estadísticas proporcionadas por el Ministerio Público y el Organismo Judicial en relación a los delitos contra el ambiente, respectivamente. González Camargo, Rodrigo Enrique, *Op.Cit.*, páginas 575-594.páginas 455-476.

Estas circunstancias inaceptables, en efecto, pueden encontrarse subsumidas en las denominadas *injusticias ambientales*⁴⁴. La falta de acceso a la justicia ambiental figura como una de las más graves de éstas. Implicaría, en sentido negativo⁴⁵, el obstáculo e imposibilidad de obtener la solución expedita, efectiva y completa –desde su presentación hasta su resolución- por las autoridades del Estado (sobre todo de aquellas de carácter judicial), a través de los diferentes medios preestablecidos como actos legislativos, actos y procedimientos administrativos, acciones constitucionales, acciones civiles, acciones penales, para garantizar un derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado.

La actuación de los profesionales del Derecho puede influir en este tipo de injusticia, al observarse que algunas irregularidades podrían imputárseles, dentro del ámbito de los procesos penales de delitos contra el ambiente, como *inconductas profesionales*⁴⁶, que se resumen en: a) el incumplimiento del debido proceso, al no observarse garantías y formalidades propias de un sistema de justicia (ambiental, en lo particular); b) la falta de conocimiento en doctrina y legislación ambiental para la tipificación de las figuras delictivas penales-ambientales; c) la acumulación de procesos penales ambientales: denuncias que no han sido tramitadas o que se encuentran paralizadas; d) la dilación y retraso preocupante de los procesos penales ambientales: las denuncias u otros actos introductorios se presentan, pero un porcentaje mínimo alcanzan un debate público y oral; e) aun contando con los medios de investigación pertinentes, se carece de una argumentación válida y convincente para ser presentada ante los jueces; f) la falta de conocimiento, integración e interpretación de las normas, principios y filosofía del derecho ambiental en resoluciones y sentencias; g) la poca intervención de las instituciones administrativas ambientales en los procesos penales, entre otros⁴⁷.

44. En este punto, no se pormenorizará los temas de justicia, injusticias ambientales y justicia ambiental, para lo cual puede ser consultado en: González Camargo, Rodrigo Enrique, *Op. Cit.*,

45. Cfr. Barrera Carbonell, Antonio, "Los jueces y la Justicia Ambiental", *Juris Dictio*, No.1 (2006), en <http://www.encolombia.com/derecho/juris-dictio/revista11/Asomagister11206Losjueces> (disponible al 22/0/2015).

46. Cfr. Viñas, Horacio Raúl, *Ética y Derecho de la Abogacía y Procuración*, Editorial Astrea, s/e, Buenos Aires, Argentina, 1972, páginas 10-12.

47. "Es comprensible que la mayor parte de los jueces y fiscales no recibieron durante su vida académica insumos y conocimientos del derecho ambiental, lo cual sumado a la deficiente redacción y tipificación de los delitos ambientales favorece la impunidad ambiental. En ese sentido los juzgadores tiene obligación de investigar previamente para documentarse y/o asesorarse previamente a aplicar justicia de tal manera que no se alimente más la impunidad ambiental". Cifuentes Domínguez, Enrique Roberto, *Op.Cit.*, páginas 108.

En este orden de ideas, ha de recordarse lo prescrito en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios en su segundo considerando: “*Que el abogado es un auxiliar de la administración de justicia, que, además actúa en la sociedad como juez, magistrado, asesor consultor, funcionario público y docente, para la fiel comprensión y observancia del derecho...*”, y en el séptimo postulado del mismo cuerpo normativo: “*...Juridicidad. El abogado debe velar por la más rigurosa legitimidad y justicia en el ejercicio profesional.*” En este instante, no debe pensarse que se profiere una condena en contra de los operadores de justicia, ni tampoco que los involucrados sean poco éticos, que no cumplan con sus deberes profesionales o no ejerzan sus funciones; sino se propone analizar esta situación desde el punto de vista de la Deontología Jurídica. Aun cuando esta problemática no objeta ser evaluada y juzgada, bajo la lupa de otros posibles factores de tipo legal, técnico-probatorio, político, económico-financiero o laboral.

Al proponer, en la teoría, una posible justificación y solución del problema dentro del campo del deber ser jurídico, es plausible concretar determinados aspectos vinculados a esta disciplina. La Deontología de las profesiones jurídicas comprende lo concerniente a los deberes del profesional del derecho, de observancia y cumplimiento obligatorio, para conducirse de manera ética y armonizada con valores humanos que permiten investir al ejercicio de la profesión jurídica –en cada una de sus modalidades- de dignidad, prestigio y decoro⁴⁸. Su manifestación se da a través de normas; las deontológicas se ocupan de regular deberes mínimos exigibles a los profesionales en el ejercicio de su actividad profesional refundidos en códigos de conducta, normalmente aprobados por el gremio al que pertenecen, y cuyo objetivo se dirige a la observancia de comportamientos éticos tanto en la vida pública como privada y susceptibles, en caso contrario, de sanción (e.g. Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios). Esta situación separa a esta disciplina de la ética profesional, pues ésta es una ética aplicada, no normativa y no exigible que motiva a la actuación profesional apelando a la conciencia individual, porque orienta y da sentido al quehacer facultativo⁴⁹. Justamente, lo deontológico se

⁴⁸. Cfr. Viñas, Horacio Raúl, *Op. Cit.*, página 2.

⁴⁹. De la Torre Díaz, Francisco Javier, *Ética y Deontología Jurídica*, Editorial Dykinson, s/e, Madrid, España, 2000, página 107.

despega de la moral (mores del individuo y sociedad), y descansa entre la ética y las normas jurídicas (Derecho); constituyendo una ética normativa.

Esta disciplina reguladora de la conducta profesional, se expresa a través de sus principios: *los universales y sectoriales*⁵⁰. Para los fines de esta ponencia, únicamente se describirá el *principio universal de obra según ciencia y conciencia*. Este último obtiene importancia mediante la concepción de que el ejercicio de una profesión sin ninguna ética, repercutiría negativamente en el ser humano y en la sociedad. El profesional no sólo debe de actuar con rigurosa atención a las reglas técnicas de su labor, sino también en contacto y sensible a todas las implicaciones y consecuencias que puedan derivar de esta función, velando por el interés de su cliente y la colectividad. En sí, la conciencia profesional es una brújula para el comportamiento del abogado, y significa actuar con profesionalismo, responsabilidad, dignidad, competencia y espíritu de servicio al consagrar valores como la justicia, la paz, la seguridad y el bienestar común⁵¹; a los cuales podría adicionarse, el medio ambiente a título de valor social. Con esto, dicho principio podría extenderse al contexto de los procesos penales de delitos contra el ambiente, para que los abogados participantes actúen apercibidos por sus deberes como profesionales y, por lo especial, vinculados con una conciencia ambiental para el justo resultado de estos procesos, en favor del bien colectivo.

En tal sentido, una conciencia ambiental⁵² en el ordenamiento jurídico guatemalteco, halla su fundamento en la literal “b” del artículo 1 –objetivos de la ley- de la Ley de Fomento a la Difusión de la Conciencia Ambiental, Decreto Número 116-96 del Congreso de la República: “*Coadyuvar a*

⁵⁰ Lega, Carlo, *Deontología de la profesión de abogado*, Trad. Miguel Sánchez M., Editorial Civitas, 2º edición, Madrid, España, 1983.

⁵¹ “...La conciencia profesional no se separa del conocimiento, ni de la autoresponsabilidad del profesional, ni de la evaluación de las consecuencias, ni del tener en cuenta el interés general de la colectividad.” De la Torre Díaz, Francisco Javier, *Op. Cit.*, página 114.

⁵² “...sistema de vivencias, conocimientos y experiencias que el individuo utiliza activamente en su relación con el medio ambiente (Febles, 2004 en Alea, 2006). Se trata de un concepto multidimensional...de... cuatro dimensiones: Cognitiva: grado de información y conocimiento sobre cuestiones relacionadas con el medio ambiente... Afectiva: percepción del medio ambiente; creencias y sentimientos en materia medioambiental... Conativa: disposición a adoptar criterios proambientales en la conducta... Activa: realización de prácticas y comportamientos ambientalmente responsables, tanto individuales como colectivos...” Gomera Martínez, Antonio, “La conciencia ambiental como herramienta para la educación ambiental: conclusiones y reflexiones de un estudio en el ámbito universitario”, Centro Nacional de Educación Ambiental, noviembre (2008), página 2, en http://www.magrama.gob.es/es/ceneam/articulos-de-opinion/2008_11gomera1_tcm7-141797.pdf (disponible al 23/02/2015).

que la población guatemalteca tome conciencia de la necesidad de proteger, conservar y utilizar de manera sustentable los recursos naturales del país.” En principio, esta clase de conciencia en particular puede manifestarse con el establecimiento y consolidación del Derecho Ambiental, cuyo carácter transversal e interdisciplinario asimila a los profesionales del Derecho. Éstos, al ser depositarios de valores y principios jurídicos esenciales para la sociedad, no pueden quedar ajenos a la defensa del medio ambiente, independiente a la actividad en específico que realicen. Empero, no todos los profesionales del Derecho se dedican al área ambiental, pero si se encuentran compelidos frente a sus deberes cívicos y constitucionales como ciudadanos responsables⁵³. Y aquellos que sí participan, se les podrá exigir guardar fidelidad debida a los principios rectores del ramo ambiental, dentro de los diferentes espacios o niveles en los que se desenvuelven (e.g. un proceso penal de delitos contra el ambiente).

Esta misma conciencia ambiental se encuentra aparejada a una formación que permita difundirla y perpetuarla. Esta clase de educación -que no pertenece a una malla curricular ordinaria-, garantiza el objetivo de introducir y consolidar una visión, aptitud y concepciones que beneficien al medio ambiente, y promuevan el desarrollo humano responsable. En el feudo del Derecho -aun cuando este tipo de formación no está delimitada a un nivel de escolaridad, a una ciencia en particular o profesión a ejercer encuentra uno de sus recintos en las Universidades y, en este caso exclusivo, en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, en donde se instruyen y preparan los futuros profesionales encaminados a servir de conformidad al bien común de la sociedad.

Esto concilia y relaciona el compromiso deontológico del profesional del Derecho con el medio ambiente, conforme al principio universal de obra según ciencia y conciencia. Esto contemplaría, idealmente, “... una sólida preparación científica, técnica y práctica del abogado, en lo jurídico y la adquisición de una vasta cultura general, para realizar concretamente la ética profesional...”⁵⁴ Si el jurista comprende y está convencido de la magnitud y

⁵³ En la parte conducente del artículo 97 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico...”

⁵⁴ Viñas, Horacio Raúl, *Op. Cit.*, página 20.

crisis ambiental actual⁵⁵, nacerá en su fuero interno la convicción de actuar, proceder y ejecutar su quehacer alentado por pautas éticas tales como la responsabilidad, diligencia, desinterés, lealtad, valor, y fortaleza intelectual y moral. Se hablaría de aquella pérdida de valores antes mencionada, que ha logrado interesar y afectar diversos aspectos de la vida en comunidad, y que en la decadencia del ejercicio profesional demuestra una de sus más claras manifestaciones y, aún cuando no se acepte del todo, ha estado corroyendo los constructos éticos y morales estimados, en su momento, inviolables.

En pro de la causa, la jurista Silvia Jaquenod de Zsögön, sentencia: *“La materia jurídica ambiental es diferente. No es más importante ni menos trascendente que otras disciplinas...Es demasiado delicada y, precisamente por tal característica, el abogado, el especialista en legislación y en Derecho ambiental, y todos quienes tengan la posibilidad de participar y trabajar de alguna manera en esta disciplina, tienen la extraordinaria responsabilidad de hacerlo bien con destreza, con maestría, con seguridad y excelencia...”*⁵⁶

La formación ambiental del jurista debe ser completa e integral, con la preparación y destreza científica para prevenir y actuar, de acuerdo a sus competencias, ante los riesgos ambientales, procurando la solución a las controversias, reprimiendo cuando sea necesario, y reclamando la reparación por los daños causados. Esta tarea pueda tornarse difícil, sabiendo que la regulación ambiental está colmada por una gama de conceptos, técnicas, procedimientos y vicisitudes legislativas (poca coercibilidad, dispersión, ambigüedad, etcétera). Al carecer de un conocimiento en particular y el compromiso ante esta proeza, puede inclinarse la balanza a una interpretación de la norma jurídica ambiental de manera errónea o equivocada, que lejos de administrar justicia, termina perjudicando al entorno ecológico⁵⁷.

55. *“La capacitación... pretende que el fiscal especializado en delitos ambientales tenga plena conciencia de la importancia y repercusión social que causan los delitos contra el medio ambiente...”* Hidalgo, R. (et.al.), Op. Cit., página 105.

56. Jaquenod de Zsögön, Silvia, *“La necesidad de formación jurídica ambiental”*, en Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales e Instituto Nacional de Ecología, *Memorias del segundo encuentro internacional de derecho ambiental*, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, s/e, México, 2004, Página 283.

57. El *“... abogado, fiscal, magistrados, juez y funcionario de la administración pública dentro del ámbito del medio ambiente y recursos naturales tiene el deber de comprender un cúmulo de aspectos técnicos que la propia naturaleza de los problemas ambientales exigirá que conozcan al momento de interpretar y aplicar el entramado normativo, y para que sepan resolver prudentemente los conflictos jurídico ambientales, sin dejar lugar o paso a la ignorancia, desconocimiento o riesgo...”* Jaquenod de Zsögön, Silvia, Op.Cit., página 376.

Sumaría, también, un reforzamiento a través de jornadas, seminarios, conferencias y coloquios de Ética Profesional y Deontología Jurídica. Por el motivo que el gremio de las profesiones jurídicas debe velar por la buena conducta profesional de sus miembros, para que éstos se desenvuelvan de conformidad con los imperativos éticos provistos por los códigos deontológicos. Esto conducirá al abogado a la reflexión, meditación y análisis -individual y gremial- de las circunstancias que han puesto o siguen poniendo en riesgo el honor profesional, y un recordatorio a los agentes de las profesiones jurídicas de realizar una autoevaluación de su conducta. Esta tarea tendría como protagonista al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala para auspiciar, organizar y efectuar este tipo de eventos, en beneficio de sus agremiados y de la sociedad ante quienes éstos responden y sirven.

En fin, aunque las áreas de conciencia, formación y la observancia de principios que revisten las profesiones del Derecho, así como el ejercicio de la práctica jurídica (ambiental-penal), pueden ser cuerpos celestes con cierta distancia uno respecto a otro, pero que componen un mismo universo. Y en este último, se divisa el futuro de las condiciones ambientales del planeta. Al unísono, el saldo positivo y efectivo de cada uno de estos fueros, contribuirá a la defensa del derecho humano a un ambiente sano y equilibrado, cuya titularidad la ostenta todos los habitantes del mundo.

A manera de corolario, el abogado, quien ejerce una función social, está llamado a velar por aquello que el conglomerado al cual pertenece, estima como valioso e imperativo. En calidad de opinión personal, cuando no hay una correspondencia entre el ejercicio profesional y aquella misión adquirida *ipso iure*, no se está cumpliendo con el espíritu de las profesiones jurídicas y, por lo contrario, se va enfatizando y privilegiando más el aplicar el Derecho de manera automática y mecanizada sin ninguna orientación ética y moral en las actuaciones, perdiendo, en sí mismas, el sentido propio del quehacer de las ciencias jurídicas y sociales. En ese orden de ideas, dar soluciones distintas y aproximadas al campo de los valores y principios para problemáticas, que cada día se están convirtiendo en perpetuas, no parecen estar fuera de contexto, toda vez que se está en un momento oportuno en donde se requiere un cambio de paradigmas para promover cambios sustanciales en la sociedad.

V. CONCLUSIONES

1. Las nuevas tendencias doctrinarias y legislativas han reconocido al medio ambiente y a los recursos naturales como un bien jurídico tutelado, cuya relevancia deviene del reconocimiento de un Derecho Humano, considerado de tercera generación: *derecho a un ambiente sano y equilibrado*, cuya observancia corresponde a los Estados y a sus habitantes por igual, pues incide en la calidad de vida transgeneracional de los seres humanos, como para otras especies bióticas y los recursos naturales, los cuales mantienen el equilibrio ecológico. Encontrándose este derecho consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala, los Tratados y Convenios Internacionales en materia de ambiente, y las leyes ordinarias, como las penales.
2. En Guatemala no existe un Derecho Penal Ambiental como tal, lo que se encuentra regulado son conductas típicas, antijurídicas, culpables imputables y punibles recogidas en varios cuerpos legales que van dirigidas a salvaguardar al medio ambiente y los recursos naturales, en contra de conductas que pongan en riesgo o dañen a este bien tutelado jurídicamente. En ese mismo orden de ideas, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco no está contemplado un procedimiento penal especial para el tratamiento y resolución de los delitos contra el ambiente, ni una jurisdicción penal ambiental que conozca, exclusivamente, esta clase de ilícitos penales. Se aplica el mismo procedimiento común regulado en el Código Procesal Penal para todo delito y son los mismos Jueces y Tribunales Penales, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, a quienes se les ha asignado tal competencia, a pesar de las particularidades que presentan esta clase de procesos.
3. Los deberes profesionales del abogado, una conciencia ambiental y la protección del medio ambiente y recursos naturales, no son necesariamente excluyentes. Es decir, si existe, en distintos niveles, el compromiso deontológico del profesional del Derecho frente al medio ambiente, y en todo caso -de acuerdo a la delimitación realizada- a los delitos contra el ambiente. Por tanto la eficiencia y eficacia en la substanciación y resolución de tales delitos requiere

del profesional del Derecho, la observancia y el cumplimiento de sus deberes mínimos que pueden afianzar el debido proceso. Especialmente ajustando dicha conducta a una conciencia ambiental nacida, formada y consolidada en la persona del abogado -aunque no imprescindible pero si necesaria- coadyuvará a la realización de la justicia ambiental dentro del sistema penal guatemalteco.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

ADDINK, Henk, Et Al. *La Jurisprudencia Ambiental de Guatemala: Casos y Comentarios.* Universidad Mariano Gálvez de Guatemala y MDF Training & Consultancy de Holanda. Avance Educativo. Guatemala, 2011. 177 páginas.

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (POR SUS SIGLAS EN INGLÉS: USAID). *Manual de Investigación de los Delitos Ambientales.* Programa de USAID de Excelencia Ambiental y Laboral para CAFTA-DR. Guatemala, 2010. 85 páginas.

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (POR SUS SIGLAS EN INGLÉS: USAID). *Manual de Juzgamiento de los Delitos Ambientales.* Programa de USAID de Excelencia Ambiental y Laboral para CAFTA-DR. Guatemala, 2010. 75 páginas.

AGUILAR ROJAS, Grethel/IZA, Alejandro. *Derecho Ambiental en Centroamérica.* Tomo I. Diseño Editorial S.A. Única Edición. UICN, Gland, Suiza, 2009. 396 páginas.

ALARCÓN NEIRA, Rodolfo Hernando / BERNAL GARCÍA, Manuel José. *Hacia una Reflexión Ética en la Universidad.* Didáctica de la Deontología y la Axiología. Fundación Universitaria de Boyacá. Centro de Investigaciones Para el Desarrollo -CIDAPE-. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Ética y Humanidades. Ediciones Uniboyaca. Única Edición. Colombia, 2003. 291 páginas.

ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental.* Edición PROTERRA. Segunda Edición. Lima, Perú, 2006. 849 páginas.

BESARES ESCOBAR, Marco Antonio. *Derecho Penal Del Medio Ambiente, Manual Anexo.* Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana. Primera Edición. Santo Domingo, República Dominicana, 2006. 182 páginas.

BITTERLICH FERNÁNDEZ, Pedro. *Manual De Derecho Ambiental Chileno.* Editorial Jurídica de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. Santiago de Chile, Chile, 2004. 424 Páginas.

CIFUENTES DOMÍNGUEZ, Enrique Roberto. *Informe sobre el funcionamiento del Sistema de Justicia Ambiental.* Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. Guatemala, 2010. 127 páginas.

DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier. *Ética y Deontología Jurídica.* Editorial DYKINSON. Madrid, España, 2000. 447 páginas.

GONZÁLEZ CAMARGO, Rodrigo Enrique, *El compromiso deontológico del profesional del Derecho frente a los delitos contra el ambiente,* Tesis de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, Ediciones Mayte, Guatemala, 2012, página 613.

HIDALGO, R., CRESPO, R. & CALVACHI. *Manual de Capacitación en Derecho Ambiental y Código de Procedimiento Penal para Fiscales del Ministerio Público.* Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental- Editorial Fraga. Ecuador, 2004. 182 páginas.

INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL Y DESARROLLO SUSTENTABLE (IDEADS). *Manual de Legislación Ambiental de Guatemala.* Impresora Kelly. Sexta Edición, primera reimpresión. Guatemala, 2008. 236 páginas.

LEGA, Carlo. *Deontología de la Profesión de Abogado.* Segunda Edición. Trad. Miguel Sánchez M. Editorial Civitas. Madrid, España, 1983.

LÓPEZ PERMOUTH, Luis César. *Exordio a la Filosofía Del Derecho.* Universidad de San Carlos de Guatemala. Editorial Universitaria. Primera Reimpresión. Guatemala, 2006. 148 páginas.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Gilma Esperanza Valladares Orellana*¹

RESUMEN: El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege y garantiza los derechos políticos de todos los ciudadanos. Este artículo puede dividirse en dos partes conducentes: a) las condiciones habilitantes que los Estados puedan reglamentar para el ejercicio de los derechos políticos y; b) la cláusula de condena por juez competente en proceso penal. Esta segunda parte puede ser controversial en el sentido de que su interpretación puede ser diversa. La cuestión fundamental es responder si la cláusula de condena por juez competente en proceso penal es una cláusula “cerrada” o permite a los Estados miembros de la Convención regular otras limitaciones a los derechos políticos. Pudiera interpretarse dicha cláusula en diversos sentidos, y alguna de tales interpretaciones puede suscitar “tensión” entre la concepción de “soberanía” y la aparente limitación que establece la cláusula. En cualquier interpretación que tienda a la idea de que además del contenido de la cláusula de condena por juez competente en proceso penal, los Estados miembros de la Convención pudieran regular limitaciones adicionales, deben prevalecer los principios de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para que tal interpretación permita el respeto al derecho fundamental de participación política de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: derechos políticos, condiciones habilitantes, cláusula de condena por juez competente en proceso penal.

¹. Abogada y Notaria y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. Maestra en Derecho Mercantil y Competitividad. USAC. Pensum Cerrado en el Doctorado en Derecho Constitucional. UMG. Magistrada Vocal II, Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil.

SUMMARY: Article 23 of the American Convention of Human Rights protects and guarantees the political rights of all citizens. This article can be divided in two pertinent parts: a) the enabling conditions that States can regulate for the exercise of political rights and; b) the condemnation clause by a competent judge in a criminal process. This second part may be controversial in the sense that its interpretation can be diverse. The fundamental matter is to respond if the condemnation clause by a competent judge in a criminal process is a “closed” clause or if it allows the member States of the Convention to regulate other limitations to political rights. This clause may be interpreted in diverse ways, and some of the interpretations can cause “tension” between the conception of “sovereignty” and the apparent limitation that the clause establishes. Any interpretation that tends to the idea that besides the contents of the condemnation clause by a competent judge in a criminal process, the member States of the Convention can regulate additional limitations the principles of legality, suitability, necessity and proportionality in a strict sense, must prevail, so such interpretation allows the respect to the fundamental right of political participation of citizens.

KEYWORDS: political rights, enabling conditions, condemnation clause by a competent judge in criminal process.

1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

(La interpretación del artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

El artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece:

Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La interpretación del artículo citado, ha sido reconstruida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en algunas sentencias al resolver casos que ha conocido dentro de su competencia.

En ese sentido, los derechos políticos que reconoce el artículo 23 de la CADH incluyen, el derecho a votar o elegir a sus autoridades y, por el otro, el derecho a ser elegido como autoridad. La Convención entonces, *“reconoce el derecho de los ciudadanos a ejercer el sufragio activo, y la oportunidad de los ciudadanos a ejercer el sufragio pasivo, lo que conforma el derecho de participación ciudadana”* (Amaya y Loiano, 2014, p. 303).

Los derechos políticos, también se encuentran reconocidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las

Libertades Fundamentales, del sistema europeo de protección de los derechos humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

La literal 2. del artículo 23 de la CADH citado, establece:

Lo que podría llamarse un conjunto de condiciones *habilitantes* para el ejercicio de los derechos políticos, en nuestra opinión, la parte final del numeral citado que puede causar discusión en su interpretación es la cláusula de la condena, por juez competente, en proceso penal, en el sentido de que establece una causal de suspensión o privación de los derechos políticos. (Amaya y Loiano, 2014, p. 303).

“La referida cláusula en su interpretación textual, significaría que el Estado puede suspender o privar a una persona de sus derechos políticos siempre que ésta haya sido condenada en sentencia firme, en un proceso penal” (Flores Saldaña, 2014, p. 280), y –obviamente– en un proceso penal en el que se **hayan respetado todas las garantías procesales, constitucionales y convencionales**. El problema interpretativo que surge aquí, es que el referido artículo 23 no expresa con claridad si esa causal, además de las que se establecen por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, es o no *exclusiva*, es decir, si el Estado sólo puede suspender o privar a una persona de sus derechos políticos por condena en proceso penal, o por otro tipo de proceso o procedimiento distinto al penal, en otras palabras, si se trata de una cláusula abierta o de una cláusula cerrada.

La Corte IDH se ha pronunciado jurisprudencialmente en materia de derechos políticos en los casos: *Yatama vs. Nicaragua*, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, y *López Mendoza vs. Venezuela*.

En el caso *Yatama vs Nicaragua*, la Corte IDH manifestó:

El ejercicio de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es

decir los ciudadanos, no solo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. (...) El artículo 23 de la Convención consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad (...). (CIDH, Caso Yatama Vs Nicaragua. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005. Párrafo 195).

En este caso, en la sentencia se consignan los términos derecho al *sufragio activo y pasivo*. Y como se interpreta del citado artículo 23 de la Convención, en materia de derechos políticos, el texto tutela el derecho de los ciudadanos a ejercer el sufragio activo (a votar), como la oportunidad de los ciudadanos a ejercer el sufragio pasivo (a ser elegidos).

“El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, son la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política”. (Amaya y Loianno, 2014, p. 305)

Se interpreta también de la sentencia del caso citado, que los ciudadanos tienen derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de sus representantes elegidos de manera libre y auténtica; por lo tanto,

El derecho al voto, su reconocimiento, respeto y efectiva protección, se constituye en elemento esencial para la existencia de la democracia y el vehículo ideal por medio del cual los ciudadanos ejercitan efectivamente su derecho y su oportunidad a la participación política de sus comunidades o Estados. (León Bastos y Sánchez Hernández, 2017, p. 144)

La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello. (Amaya y Loianno, 2014, p. 305)

El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación. (CIDH, Caso Yatama Vs Nicaragua. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005. Párrafos 194, 197, 198, 199 y 200).

2. LAS CONDICIONES HABILITANTES QUE LOS ESTADOS PUEDEN REGLAMENTAR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, la regulación del Estado con el objetivo de cumplir su *obligación positiva* de diseñar un *sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos*, puede girar en torno a las condiciones habilitantes previstas expresamente por el artículo 23 inciso 2, o en torno a otras condiciones y formalidades, siempre y cuando esta regulación observe *los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática*.

En el caso *Castañeda Gutman Vs Los Estados Unidos Mexicanos*, la Corte IDH aclaró que la *edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental, constituyen condiciones habilitantes que legítimamente pueden ser establecidas por los Estados*.

La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 del artículo 23 de la CADH, tiene como objetivo –según la interpretación unitaria de la Convención y de sus principios esenciales–, evitar la discriminación contra la personas en el ejercicio de sus derechos políticos.

Estas causales se refieren a las condiciones *habilitantes* que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios *“son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser elegido,*

ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones” (Rolla, 2002, p. 33). En relación a las restricciones o limitaciones legales por edad, personalmente disiento en condicionar el desempeño de cargos públicos por elección o nombramiento a la edad, ya sea para optar al cargo como para separar de la función pública al ciudadano; siendo que debería ponderarse las condiciones de capacidades y destrezas desde el punto de vista de la preparación académica y la reconocida experiencia del postulante, acreditando la idoneidad para el buen ejercicio de su función pública.

Con el requisito de que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos; que se refieren a exigencias que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.

Las disposiciones y regulaciones estatales que se formulen con la finalidad de cumplir su *obligación positiva* de diseñar un *sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos, puede girar también en torno a otras condiciones y formalidades*, además de las previstas expresamente por el artículo 23 inciso 2 de la CADH. (Caso Castañeda Gutman Vs. Los Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de la Corte IDH del 2 de septiembre del 2008. Párrafos 156 y 157.).

En virtud de que el artículo 23 inciso 1 de la CADH establece que el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos puede ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una *obligación positiva*, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la CADH) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la CADH).

La *obligación positiva* consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos.

En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, “*la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos establecidos en el artículo 23.2 de la CADH*” (Amaya y Loiano, 2014, p. 307).

De esta forma, los Estados parte en la CADH deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser elegido.

En el caso *Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos*, la Corte manifestó que “*el artículo 23 de la CADH, se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos*”. (Caso *Castañeda Gutman Vs. Los Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de la Corte IDH del 2 de septiembre del 2008. Párrafos 181).

Sin que esto se considere violatorio de la lista taxativa del artículo 23 inciso 2 de la CADH, los Estados tienen el deber de establecer y regular otras *condiciones y formalidades* habilitantes (además de la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental) para hacer efectivo el derecho al ejercicio de los derechos políticos de las personas.

Así en los casos *Yatama Vs Nicaragua* y *Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos*, la Corte IDH examinó la juridicidad internacional de condiciones habilitantes como la *pertenencia* a un partido político y ciertas formalidades de inscripción para la participación en un proceso electoral.

En el caso *Yatama Vs Nicaragua*, la Corte IDH estableció que la reglamentación en torno a las *condiciones habilitantes* y otras *condiciones y formalidades* permitidas por el artículo 23 inciso 2 de la CADH,

Debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. En otras

palabras, esta reglamentación debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. (CIDH, Caso Yatama Vs Nicaragua. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005. Párrafos 206).

Con excepción de algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, los derechos humanos no son absolutos. Como lo ha establecido la Corte IDH, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. (Villalón Cruz, 1988, p. 162).

No obstante ello, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforman la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (Brage Camzano, 2004, p. 215)

Conforme a lo establecido en el artículo 29 inciso a) de dicho tratado, ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella. La Corte IDH ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención. (León Bastos y Sánchez Hernández, 2017, p. 109)

También la Corte IDH analizó el requisito de *legalidad de las condiciones habilitantes*, el requisito de finalidad de la condición y, finalmente, el requisito de *necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la condición*. Con el fin de analizar el cumplimiento de este último requisito, la Corte IDH valoró si las condiciones habilitantes: *“a) satisfacen una necesidad social imperiosa, esto es, están orientadas a satisfacer un*

interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo". (Caso Castañeda Gutman Vs. Los Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de la Corte IDH del 2 de septiembre del 2008. Párrafos 186).

3. LA CLÁUSULA DE CONDENA POR JUEZ COMPETENTE EN PROCESO PENAL

El artículo 23 de la CADH no solamente establece *condiciones habilitantes* y permite otras condiciones y formalidades en torno a las cuales el Estado puede regular legítimamente el ejercicio de los derechos políticos, sino que establece en el inciso 2), ciertos límites al Estado para la restricción de los derechos políticos.

De acuerdo a esta interpretación, la regulación de “

Condiciones habilitantes y otras condiciones y formalidades que el Estado debe realizar para cumplir su obligación positiva de diseñar un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos no puede exceder los límites para la restricción de los derechos políticos establecidos por el artículo 23 inciso 2). (Amaya y Loiano, 2014, p. 306)

“La medida restrictiva máxima para el ejercicio de un derecho es la privación o, su equivalente temporal, la suspensión del mismo, en la medida que ambas son medidas que igualmente impiden el ejercicio del derecho”. (Pino, 2013, p. 96)

Por ejemplo, el derecho a la libertad de locomoción se restringe al máximo cuando el Estado toma la medida restrictiva de privar o suspender el derecho a la libertad de locomoción de una persona, a

través de su internamiento forzado en un centro penitenciario por un tiempo determinado (pena privativa de libertad).

Para garantizar que la medida restrictiva o pena consistente en la privación de la libertad se haya producido de manera legítima, la Convención establece condiciones que los Estados deben cumplir (artículo 8).

“Estas condiciones funcionan como garantías contra la privación o suspensión de este derecho, y por eso se denominan garantías judiciales.” (Amaya y Loiano, 2014, p. 309)

Análogamente, la restricción máxima para el ejercicio de los derechos políticos se produce cuando el Estado priva o suspende los derechos al sufragio activo o pasivo de una persona, quien, por lo demás, cumple con las condiciones habilitantes relativas a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental, u otras.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el artículo 23 inciso 2) de la Convención estableció que para privar legítimamente a cualquier persona de sus derechos políticos, el Estado debe antes haber determinado que esta persona cometió un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal. (Carpio Marcos, 2004, p. 135).

Esta garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos es también coherente con la disposición del artículo 27 de la CADH que atribuye un rango jerárquico especial a los derechos políticos (artículo 23), junto a los derechos a la personalidad jurídica (artículo 3), a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5), a no ser sujeto de esclavitud o servidumbre (artículo 6), a no ser sujeto de disposiciones arbitrarias o retroactivas (artículo 9), a la libertad de conciencia y religión (artículo 12), a la protección de la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19), al nombre (artículo 18), y a la nacionalidad (artículo 20).

El artículo 27 de la CADH expresamente prohíbe la suspensión de los derechos políticos, así como de los derechos fundamentales enunciados

arriba, incluso en aquellos casos *extraordinarios de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado parte*.

Realizando una interpretación del artículo 23 inciso 2 conforme al sentido literal de sus términos, se tiene que el término *condena por juez competente en proceso penal*, no es equiparable a los términos *edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental*. (Flores Saldaña, 2013, p. 102).

Mientras estos últimos son abiertos o indefinidos y, por tanto, deben necesariamente ser desarrollados y definidos por los Estados a través de sus derechos internos para tener efectividad, “el término *condena, por juez competente, en proceso penal* es, en principio, cerrado y definido.” (Amaya y Loiano, 2014, p. 310).

Por ejemplo, en relación al término *edad*, el Estado debe necesariamente definir si el derecho al sufragio activo puede ejercerse a partir de los 16, 18 o 21 años, y si la edad mínima para ejercer el derecho al sufragio pasivo es igual en los casos de candidatos a Diputados; o si las responsabilidades de una cámara legislativa requieren una edad mayor que la otra dentro de un sistema bicameral, y si se requiere la misma edad para ser candidato a presidente de la República que para ser candidato a alcalde.

De igual manera, en relación a los términos *nacionalidad y residencia*, el Estado debe necesariamente definir si permitirá a extranjeros ejercer el derecho al voto dentro de su territorio a partir de 2, 3 o 5 años de residir en él, o si éstos pueden ser candidatos para las legislaturas de sus gobiernos locales, pero no del gobierno nacional (en el caso de los Estados Federales), o si las personas que poseen doble nacionalidad deben elegir un solo lugar para ejercer sus derechos políticos.

El mismo razonamiento aplica a los términos *idioma, instrucción y capacidad civil o mental*. Para hacer efectivos los derechos políticos de las personas en su territorio, el Estado debe necesariamente definir si la información y materiales provistos por el órgano electoral, y destinados a las zonas de mayoría de población indígena deben estar en el idioma nativo de ésta, a diferencia del idioma hablado por la mayoría de la población nacional, o si debe estar en ambos idiomas; y si se requiere

el mismo nivel de instrucción para postular a la judicatura que para ser candidato a diputado.

Es este el margen de apreciación de los Estados, al que se refiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el que, según la Corte IDH, los Estados pueden ejercer “*de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos*”. (Caso Castañeda Gutman Vs. Los Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de la Corte IDH del 2 de septiembre del 2008. Párrafos 166). No obstante, vemos la tendencia jurisprudencial nacional e internacional que nos exhorta a eliminar cualquier forma de discriminación que atenta a los Derechos Humanos, aún justificada en orígenes culturales.

Para hacer efectivo el ejercicio de los derechos políticos de las personas en su territorio, los Estados deben, por tanto, necesariamente desarrollar y definir los términos *edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental, además de otras condiciones y formalidades*, en sus derechos internos.

Pero a diferencia de los términos abiertos e indefinidos edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental que deben ser definidos y desarrollados por los Estados, el término condena, por juez competente, en proceso penal parecería ser cerrado y definido y, por tanto, tendría que ser simplemente adoptado por los derechos internos para tener efectividad. (Martínez Pujalte, 2010, p. 83).

En este caso, la Convención no se refiere a una *condición habilitante* que debe ser definida por los Estados para garantizar el ejercicio de los derechos políticos, sino que establecería una garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos.

Sin duda, la restricción máxima para el ejercicio de los derechos políticos se produce cuando el Estado priva o suspende los derechos al sufragio activo o pasivo de una persona que cumple con las condiciones habilitantes relativas a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental.

La garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos prevista por el artículo 23.2 de la CADH, se encuentra incorporada, con variaciones menores, en las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Esta interpretación, parece derivarse del voto mayoritario en el caso *López Mendoza vs Venezuela*, pero el tema puede discutirse si se consideran los argumentos individualmente opuestos de los votos concurrentes de los Magistrados Eduardo Vío Grossi y Diego García Sayán Larrabure.

El primero sostiene que

... resulta claro, sencillo y categórico,... que el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere” el numeral 1 del mismo, especialmente el concerniente a derecho de ser elegido (...) puede ser reglamentado exclusivamente por, entre las otras causales, condena, por juez competente, en proceso penal. (Voto concurrente del Dr. Eduardo Vío Grossi en el Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1 de septiembre de 2011.).

Así parece reflejarse en el voto de la mayoría cuando afirma que la decisión de un órgano administrativo que impidió se registrara la candidatura de López Mendoza para cargos de elección popular debiera provenir.

... de una condena por *juez competente*, en proceso penal para concluir que ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas restricciones no era “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como consecuencia de un proceso penal. (Voto de Eduardo Vío Grossi. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1 de septiembre de 2011. Párrafo 107).

Ante tal afirmación cabe preguntarse si ¿el término *exclusivamente* es idóneo para definir la garantía?, en otras palabras: ¿Sólo una condena de índole penal puede limitar el goce de los derechos políticos? o ¿Admite la

CADH hacer una interpretación extensiva que apruebe la convencionalidad de procesos jurisdiccionales o penales? ¿Y de procesos no jurisdiccionales que respeten obviamente las garantías del debido proceso?

En el mismo caso el voto razonado del Magistrado Diego García Sayán Larrabure pareciera examinar otras posibilidades interpretativas. El Magistrado García Sayán plantea el interrogante sobre si la palabra *exclusivamente* impide totalmente la posibilidad de utilizar vías judiciales no penales o vías administrativas, disciplinarias u otras para limitar el derecho a optar a cargos públicos. Para contestar el interrogante propone una *interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana*. (Voto de Diego García Sayán. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1 de septiembre de 2011. Párrafo 8).

Para ello se refiere a lo expresado por la Corte IDH en el caso *Castañeda Gutman Vs México*, donde se dijo que:

La CADH establece lineamientos generales y contenidos mínimos permitiendo a los Estados regular los derechos políticos de acuerdo a sus necesidades siempre dentro del marco convencional, reconociendo así en relación con estos derechos un cierto margen de apreciación, lo que no es nada frecuente en la jurisprudencia de la Corte IDH. (Caso Castañeda Gutman Vs. Los Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de la Corte IDH del 2 de septiembre del 2008. Párrafo 166).

En relación con la exclusividad de una sentencia penal como medio de restricción de los derechos políticos, el Magistrado García Sayán indica que una interpretación sistemática de la CADH obliga a tener en cuenta otros instrumentos internacionales posteriores adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción que establecen nuevos y originales medios de control para el avance de este flagelo. Cita también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 3 del Convenio Europeo Sobre Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos, la Convención de la ONU y la Interamericana, ambas contra la corrupción, para concluir que esos documentos no establecen una limitación similar.

El Magistrado García Sayán plantea también una interpretación evolutiva, que exige considerar los Tratados de Derechos Humanos como “*documentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”. (Caso López Mendoza, voto de García Sayán, párrafo 12 con cita del Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de la Corte IDH del 15 de septiembre del 2008. Párrafo 106.).

Sigue aquí la doctrina ya consolidada en la jurisprudencia de la Corte IDH, a partir de las ideas del Magistrado Antonio Augusto Cançado Trindade que introdujo la cuestión de la relación entre el tiempo y el derecho en su voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99.

Estos argumentos –dice García Sayán– permiten aceptar la convencionalidad de otros mecanismos que disponen inhabilitaciones a funcionarios públicos, incluso electos, como el juicio político, el sistema administrativo disciplinario y la justicia electoral, porque un sistema no es excluyente de otro.

4. CONCLUSIÓN

Podrían realizarse tres interpretaciones posibles en torno al significado del texto de la última parte del numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, referente a la *condena por Juez Competente en proceso penal*:

1. Que la disposición: *condena, por juez competente, en proceso penal*, es una disposición cerrada y no de *textura abierta*, por lo que la Convención no admite ninguna otra regulación estatal adicional.
2. Que la disposición *condena, por juez competente, en proceso penal* no es el único tipo de proceso judicial que puede ser utilizado para restringir los derechos políticos, pudiendo provenir dicha restricción de otros tipos de procesos, siempre que sean judiciales.
3. Que la disposición *condena, por juez competente, en proceso penal* no debe interpretarse como la única medida de restricción de los derechos políticos de las personas,

pudiendo el Estado regular otro tipo de procesos judiciales o de procesos no judiciales, en tanto estos procesos respeten las garantías del debido proceso, tanto constitucionales como convencionales.

El análisis anterior, sobre el significado y la aplicación del artículo 23, literales 1) y 2), de la CADH, plantea interrogantes que se justifican, dada la vaguedad, ambigüedad e indeterminación que generalmente son características de la redacción de los textos de Tratados de Derechos Humanos y de las Constituciones, en otras palabras, su *textura abierta* en palabras de Herbert Hart.

No obstante ello, es nuestra opinión que el proceso penal al que se refiere la literal 2) del artículo 23 de la CADH, no puede ser la *única* forma que podrían emplear los Estados parte en la Convención, para limitar los derechos políticos de las personas; pues si así se interpretase, se estaría minimizando al Poder Constituyente, equiparándolo al órgano de un Tratado, situación que es inadmisibles si nos tomamos en serio el principio constitucional que establece la soberanía de los Estados, así como la delegación de tal soberanía, que el Pueblo deposita en los tres poderes del Estado.

Creemos que efectivamente, la garantía que establece la literal 2 del artículo 23 de la CADH respecto al derecho que tiene el Estado de regular como limitación a los derechos políticos de una persona el ser condenada en proceso penal, protege el derecho a ser tratado como inocente en un proceso penal (presunción de inocencia) y a no ser afectado en sus derechos, hasta que no exista una sentencia firme emitida por un tribunal penal con la observancia de todas las garantías constitucionales y convencionales, pero tal garantía operaría precisamente, en el caso de que la persona se encuentre procesada, pero aún no condenada en un proceso penal ante juez competente y preestablecido, durante el proceso electoral o bien al estary en el ejercicio del cargo para el cual fue electo, pues las restricciones al ejercicio de los cargos por elección, también afectan los derechos de los electores que votaron por quien fue electo para el cargo.

Esta es, efectivamente, una protección mínima, otorgada por la CADH, pero no puede interpretarse ni como *exclusiva*, ni como *limitativa* del

Estado para regular otros motivos de restricción, siempre que dichos motivos no sean violatorios de tratados sobre derechos humanos ni de la Constitución y que cumplan con los requisitos de:

a) Legalidad: provenientes de una ley emitida por el órgano legislativo correspondiente, respetando los procedimientos constitucionales y que dicha ley no sea inconstitucional ni contraria al convencionalismo;

b) Idoneidad: que la legitimidad de la medida de restricción adoptada como preferente, no sólo atienda a un fin constitucionalmente válido, sino convencionalmente válido;

c) Necesidad: que la medida de restricción adoptada constituya el medio menos oneroso para afectar el fin deseado o que afecta en menor grado los derechos fundamentales de los destinatarios; y,

d) Proporcionalidad en sentido estricto: Implica realizar un equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del mejor contenido normativo para la persona, en atención al principio pro *homine*, evitando que se sacrifiquen principios o valores constitucionalmente más importantes o de mayor peso, que se desea satisfacer.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaya, J. A. y Loiano, A. (2014). *Derechos políticos y medidas cautelares de la cidh*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. No. 21. Enero-Junio. México: Editorial Porrúa-IIDPC.

Brage Camazano, J. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial S. L. Libros Dykinson.

Carpio Marcos, E. (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Palestra Editores.

CIDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Los Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de fecha 2 de septiembre del 2008.

CIDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Sentencia de fecha 15 de septiembre del 2008.

CIDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela.* Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2011.

CIDH. *Caso Yatama Vs Nicaragua.* Sentencia de fecha 23 de junio de 2005.

Flores Saldaña, A. (2013). *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional.* México: Editorial Tirant Lo Blanch.

Flores Saldaña, A. (2014). *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos.* México: Editorial Porrúa.

León Bastos, C. y Sánchez Hernández, C. E. (2017). *Manual de derechos fundamentales.* México: Porrúa-Universidad Anahuac.

Martínez Pujalte, A. L. y De Domingo, T. (2010). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional.* Teoría e implicaciones. Lima, Perú: Palestra Editores.

Pino, G. (2013). *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación.* Lima, Perú: Palestra Editores.

Rolla, G. (2002). *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional.* México: Editorial Porrúa.

Villalón Cruz, P. (1988). *Introducción a los derechos fundamentales.* Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL

Marisol Figueredo Cacacho*

SUMARIO:

Introducción.

1. Estado Constitucional de Derecho y función del Poder Judicial, 1.1.
Nociones preliminares y definición
 - 1.2. Poderes del Estado Constitucional de Derecho
 - 1.3. Función del Poder Judicial
 - 1.4. Dificultades del Poder Judicial
 - 1.5. Reformas estructurales a la función del Poder Judicial
 - 1.6. Participación de las Facultades de Derecho y Colegio de Abogados
 - 1.7. Crisis de la función del Poder Judicial dentro del Estado Constitucional de Derecho
2. Conclusiones
3. Referencias

SUMARIO

El Poder Judicial es uno de los poderes principales del funcionamiento y estructura del Estado Constitucional de Derecho, cuya función consiste en aplicar la legislación y declarar a los justiciables, los derechos humanos en los casos y conflictos sometidos a la función jurisdiccional.

El presente trabajo tiene por finalidad profundizar en el conocimiento del Estado Constitucional de Derecho y la función del poder judicial; tema de suma relevancia en la actualidad, por cuanto el papel de los Jueces y Magistrados dentro del Estado Constitucional del Derecho, resalta la realización efectiva del deber del Estado de brindar o proveer justicia a los ciudadanos.

* Abogada y Notaria, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Maestra en Derecho Constitucional egresada en el año 2012 de la Escuela de Postgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magistrada Titular de la Sala Mixta de la Corte de Apelaciones de Escuintla (período 2014-2019).

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, bajo la garantía de la igualdad de trato ante la ley y la no discriminación, que posibilita a todas las personas, incluyendo aquéllas pertenecientes a los sectores más vulnerables, el acceso al conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, mediante servicios cercanos brindados por el Estado.

Indudablemente, la tercera función del Poder Público en el Estado Constitucional de Derecho, como explica el tratadista guatemalteco Gerardo Prado es “el poder jurisdiccional o judicial que es el que el Estado lleva a cabo para hacer constar la existencia y la extensión de una regla de derecho o de una situación de derecho, en caso de violación o contienda, y dispone las medidas necesarias para asegurar el debido respeto a su decisión. Los tratadistas Guillermo Cabanellas y Caravantes citados por Gerardo Prado, indican que el Poder Judicial es el organismo que tiene a su cargo la función jurisdiccional, que es desmembrada del Ejecutivo y que al mismo tiempo dentro del Estado Constitucional de Derecho ejerce funciones legislativa y ejecutiva, tal como lo afirma Vladimiro Naranjo Mesa, ya que controlan jurídicamente los actos de los gobernantes vinculados con el Gobierno y el Parlamento y resuelven asuntos en los que están involucrados particulares con el Estado”¹.

Por su parte, Sánchez Agesta citado por Gerardo Prado encuentra que “la función judicial, se encamina a resolver una situación jurídica controvertida o violada, cuya decisión está en manos del juez quien a través de una serie de reflexiones, restablece lo incierto o el orden jurídico herido, así como la armonía entre las partes”².

El Poder Judicial es uno de los organismos indispensables para el adecuado funcionamiento de un Estado Contemporáneo y su existencia se debe al principio que caracteriza a la forma republicana de Gobierno, contemplada en el artículo ciento cuarenta del texto constitucional guatemalteco, que es la separación del poder único e indivisible del

¹ Prado, Gerardo, *Derecho Constitucional, Guatemala*, Ediciones Renacer, Guatemala 2010. p.195.

² Prado, Gerardo, op.cit.,p 200.

Estado en tres organismos o divisiones. “La dilucidación de las funciones del Poder Judicial dentro de un Estado Constitucional de Derecho, como expresan Alzamora Valdéz y A. E. Sampay, significa una organización capaz de asegurar un orden jurídico y garantizar al hombre su dignidad de persona, mediante un sistema de normas de derecho inspiradas en la justicia, el bien común y la seguridad, de manera que todo Estado debe cumplir con las exigencias siguientes: existencia de una Constitución, separación del poder constituyente y los poderes constituidos, existencia de medios para hacer valer la constitución (habeas hábeas, declaración de anticonstitucionalidad de las leyes, etc) y la efectiva responsabilidad de la administración pública”³.

Consecuentemente, cuando se analiza al Estado Constitucional de Derecho actual, se deben responder interrogantes básicas sobre la función de administrar justicia y entender los aciertos sustanciales y formales del sistema judicial, así como las fallas paulatinas que pueden desencadenar la crisis en la función del Poder Judicial y la poca cobertura del acceso a la justicia a la ciudadanía.

Hoy, con la agudización del clima de inestabilidad democrática y desacuerdo entre ciudadanos, sociedad civil organizada y élites políticas, ha emergido conjuntamente la discusión del ejercicio de la función del Poder Judicial dentro del Estado Constitucional de Derecho que para la presentadora de este trabajo, es interesante abordar por el fortalecimiento democrático, ya que para el desarrollo y bienestar general de la sociedad y del individuo, se requiere de un sistema judicial capaz, eficiente, imparcial y primordialmente, que recobre la credibilidad de la ciudadanía en el Sistema Judicial y reduzca los índices de conflictividad social.

Una pequeña muestra de los indicadores de la crisis judicial, es que ante la ineficiencia del sistema judicial, la población guatemalteca busca hacer justicia por sus propias manos, se inclinan hacia la solución de disputas a costa de la violación al ordenamiento jurídico y a los Derechos Humanos

3. Quesnay, Johan, *El Poder Judicial dentro del Estado Constitucional de Derecho*, Perú, 1982, en página web: <https://jquesnay.wordpress.com/el-poder-judicial-dentro-del-estado-constitucional-de-derecho/> Fecha de consulta: 9 de agosto de 2015.

y se percibe el descrédito de los funcionarios judiciales que es sostenido por grupos sociales que perciben con desencanto y menosprecio toda actividad estatal y particularmente, la carencia de legitimidad y legalidad de los procedimientos actuales de elección de jueces y magistrados.

En ese orden, se señala que el presente escrito, tiene por finalidad profundizar en la afirmación desarrollada en el párrafo precedente, explicando precisamente el contenido y desarrollo del Estado Constitucional de Derecho y su relación con la función del Poder Judicial, cuyo conocimiento posibilitará una mejor comprensión de la situación de la justicia en Guatemala y a través de ello, incentivar al estudiante, profesionales, académicos y población en general, a adquirir mayor compromiso en la defensa del orden constitucional y en eficientar el acceso a la justicia.

La crisis del Estado Constitucional de Derecho en el ámbito judicial, no es únicamente responsabilidad de jueces y magistrados, ya que para la correcta administración de justicia, es menester crear leyes adecuadas y actualizadas -organismo legislativo-, buen presupuesto para el funcionamiento del sistema judicial -organismo ejecutivo-; así como contar con auxiliares judiciales, jueces, magistrados, fiscales y defensores públicos bien capacitados, formados en principios morales y éticos, con criterios idóneos de interpretación normativa y conocedores de la realidad social.

Finalmente, se espera con este breve estudio académico, contribuir a brindar un panorama conciso de la función que ejerce el Poder Judicial dentro del Estado Constitucional de Derecho y de las condiciones actuales que se denotan en el país, fundamentalmente para colaborar en el deber del ciudadano de participar activamente en la modernización del sistema judicial, en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia, ya que sin este valor superior deviene poco efectivo el cumplimiento de los demás deberes del Estado.

TÍTULO 1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL

1.1. Nociones preliminares y definición

El modelo de Estado Constitucional de Derecho o modelo garantista para Luigi Ferrajoli, “trajo como consecuencia un cambio en la concepción de la democracia y el cambio de paradigma de Estado de Derecho. La democracia es para Norberto Bobbio citado por Ferrajoli como el conjunto de reglas que permiten al mayor número de personas de un país participar en la toma de decisiones colectivas y estas reglas enunciadas por Bobbio son las reglas del sufragio universal, de la igualdad, de la libertad, del pluralismo, del consenso o de la mayoría y del disenso; haciendo notar que estas anteriores reglas no hacen referencia expresa y directa a valores que persigue la democracia, pero son suficientes para distinguir un gobierno democrático de uno no democrático”⁴.

Explica Ferrajoli que “durante los siglos XVIII, XIX y gran parte del siglo XX la definición de democracia que ha predominado ha sido procedimental, quizás dice Bobbio, por la controversia entre la vía pacífica para el cambio social y la vía violenta; y por otra parte, la democracia de los modernos, en sus inicios fue heredera directa del liberalismo, y aportó a la misma las libertades fundamentales del individuo como limitantes del poder del Estado”⁵.

En ese orden de ideas, el escritor Gustavo Cajica Lozada, indica que “con el surgimiento de los derechos sociales y de la democracia material como complemento de la democracia formal, se opera un importantísimo cambio en el concepto mismo de democracia que influye, de forma relevante, en la idea de Estado de Derecho... de ahí

4. Cajica Lozada, Gustavo, *Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática*. Comentarios a un texto de Ferrajoli. Puebla, en página web: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/2/pr/pr7.pdf>/Fecha de consulta: 2 de agosto de 2015.

5. Cajica Lozada, Gustavo, Op. Cit.,p.5.

surge el cambio de paradigma del Estado de Derecho Clásico al Estado Constitucional de Derecho. La denominación de Estado de Derecho en su concepción clásica, era débil y referente al orden jurídico y con las transformaciones, se arriba a una definición intermedia de Estado de Derecho, acuñando así el término *lege* que refiere que el poder se encuentra sometido a la ley. Posteriormente, con el sometimiento de los poderes públicos a la ley, elaborada por la mayoría, con expresión de la voluntad general, surge el principio de legalidad y con las modificaciones a los sistemas jurídicos, incluyentes de la protección de los derechos fundamentales de los individuos, el carácter positivo de las normas jurídicas producidas y la incorporación de valores ético-políticos (valor axiológico) se configura el Estado Constitucional de Derecho”⁶.

Se denota entonces que, producto de la evolución del Derecho Constitucional en el transcurso de la historia es como inician a consolidarse conceptos básicos para la materia constitucional y acontece la mutación del Estado de Derecho bajo la concepción de Hans Kelsen a la del Estado Constitucional de Derecho; siendo el primero “aquel en el que el Estado, los poderes públicos y su actividad son regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales), dentro de las que los gobernantes dentro de un Estado de Derecho no son superiores a la ley, y mejor aún, deben adecuar sus actuaciones y el ejercicio del poder, a los límites que ellas indican”⁷. Lo anteriormente referido, se encuentra también regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su parte orgánica.

Conforme a lo expuesto por diversos autores, resalto mi criterio y puedo conceptualizar que el Estado Constitucional de Derecho, es la organización político-jurídica en la que los poderes del Estado y sus atribuciones son regulados en las normas constitucionales, mismas que son emitidas por el Poder Constituyente o Asamblea Nacional Constituyente, las que regulan atribuciones y límites de observancia obligatoria para gobernantes y gobernados.

⁶. Cajica Lozada, Gustavo, Op. Cit.,p.6-7.

⁷. Pereira-Orozco, Alberto y E. Richter, Marcelo Pablo, Derecho Constitucional. Guatemala, Ediciones de Pereira, 2012, p.180.

1.2. Poderes del Estado Constitucional de Derecho

Modernamente, León Duguit citado por Gerardo Prado en la obra titulada *Derecho Constitucional*, explica que “el Estado está fundado en la fuerza, pero esta fuerza no es legítima sino cuando se ejerce conforme al Derecho y que el objeto del Estado es esencialmente un fin de derecho; por lo que los actos que ejecuta deben ser lógicamente clasificados según el efecto que produzcan en el mundo del Derecho y con ello, se llega a distinguir las funciones y poderes del Estado”⁸.

Los poderes constituidos como resaltan los tratadistas Alberto Pereira-Orozco y Marcelo Pablo E. Richter son “creados por la voluntad política originaria y están reglamentados y regidos por el ordenamiento jurídico positivo establecido y proceden de aquella voluntad política originaria, es decir del Poder Constituyente. Son creados por la Constitución, que les pone los límites y sus reglamentos, y es por ello que se encuentran en un plano de jerarquía institucional inferior al del poder constituyente, mismos que están incluidos en la triada clásica de los poderes: Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial”⁹.

Esta separación o división de poderes o de las funciones del Estado, como lo afirma Rodrigo Borja “es una característica esencial de la forma republicana de gobierno. Consiste básicamente, cuando la autoridad pública se distribuye entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, de modo que a cada uno de ellos corresponde ejercer un cúmulo limitado de facultades de mando y realizar una parte determinada de la actividad gubernativa, sin que exista injerencia entre ellos. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la sentencia de fecha diecinueve de noviembre del dos mil doce, emitida dentro del expediente número ciento trece guión noventa y dos (113-92) sentó que: Uno de los principios básicos del Estado de Derecho es el de la división o separación de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial, la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se sometan a su conocimiento, y al

⁸. Prado, Gerardo, op,cit.,p.60-61.

⁹. Pereira-Orozco, Alberto y E. Richter, Marcelo Pablo, Op. Cit.,p.133.

Organismo Ejecutivo, la facultad de gobernar y administrar; la división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano, y es el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados¹⁰.

Nótese que la división de poderes del Estado a la que me he referido por medio de los tratadistas citados, no implica una fragmentación del poder público, pues el poder es único y soberano, sino que mediante la doctrina de la triada clásica del poder, lo que acontece es la separación de las funciones del Estado Constitucional del Derecho y, consecuentemente de las competencias, con lo cual se produce una interdependencia de los poderes, que es lo que se denomina controles de frenos y contrapesos.

1.3. Función del Poder Judicial y caracteres de jueces y magistrados

Un tema de permanente estudio para los especialistas del Derecho Constitucional, es el desarrollo de la función jurisdiccional y el acceso a la justicia dentro del Estado Constitucional de Derecho.

La función del poder judicial es traducida o plasmada en el derecho subjetivo de presentarse el ciudadano ante un juez o tribunal, unipersonal o colegiado, para dirimir un conflicto y que el mismo sea resuelto de conformidad con las normas constitucionales y procesales. Es entonces, cuando mediante la actividad o función del Poder Judicial, se declara y se restablece el derecho en el caso concreto, y por medio de diversos actos que se generan de esa actividad, se logra el fin primordial: proteger efectivamente las garantías que la norma jurídica asegura de manera general y abstracta.

La seguridad jurídica y la mejor posibilidad de protección de derechos humanos garantizada por el Estado, lo proporciona el poder o facultad del justiciable de acudir ante un tribunal del Poder Judicial, cuando cree que está siendo afectado, violado, amenazado o negado en algo que pretende le sea resuelto a la brevedad posible, de manera efectiva y razonable.

¹⁰ Pereira-Orozco, Alberto y E. Richter, Marcelo Pablo, Op. Cit.,pp.206-207.

El profesor uruguayo Jorge A. Marabotto Lugaro, indica que “si el Estado Moderno ha proscrito la violencia y ha determinado la prohibición de que se haga justicia por la propia mano, corresponde que haya una amplia posibilidad de acceso a un órgano imparcial para dirimir los conflictos que las personas puedan tener. De otro modo, sería ilusoria esa tesis de que la auto tutela sea excepcional y quienes tengan una discrepancia, si no logran superarla y no es cuestión que atañe a derechos indisponibles, la deban dilucidar a través del proceso”¹¹.

Como explica el escritor Jorge A. Marabotto el “proceso se convierte en el medio o instrumento para que en subsidio de la invocada aplicación espontánea del Derecho, se pueda con efectividad hacer funcionar la justicia, de donde deviene fundamental que todas las personas puedan acceder a él y se eliminen los factores que entorpecen el acceso a la justicia. Conforme a la ideología liberal, propia de los estados burgueses posteriores a la Revolución Francesa, el derecho de acceso a la justicia o a la jurisdicción se hallaba limitado, pues no era cometido del Estado atribuirse el deber de auxiliar a las personas para el reconocimiento pleno de sus derechos; pero posteriormente, con la monopolización del poder en manos del Estado, es claro que quien cree que su derecho ha sido afectado, violado o amenazado o negado, tenga la posibilidad de que el Estado responda su planteamiento y de la solución prevista en el ordenamiento jurídico”¹².

Sin embargo, parafraseando a Marabotto, se afirma que no sólo se debe “acceder a la jurisdicción, sino que ese acceso a la tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional efectivo y en la medida en que lo sea o no, ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para que, efectivamente, puedan salvaguardarse los intereses o derechos cuya protección se demanda. Esta tesis, ha sostenido la Corte de Constitucionalidad de Guatemala al afirmar que: Corresponde al amparo garantizar el acceso a tal jurisdicción (ordinaria) y en consecuencia, dejar sin efecto los actos que

¹¹. Marabotto Lugaro, Jorge A., Derecho humano esencial: el acceso a la justicia. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, novena Edición, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003, p. 291.

¹². Marabotto Lugaro, Jorge A., Op. Cit., pp.293-294.

contravengan dicha garantía, pues compete a ésta la protección efectiva de los derechos fundamentales y la defensa del orden constitucional¹³.

Respecto a los caracteres o perfiles de jueces y magistrados, Néstor Pedro Ságués en el libro titulado “Control del Poder”, del homenaje a Diego Valadés refiere que las bases del perfil de magistrado o súper juez son varias: “a) La búsqueda de la verdad real o material en el proceso, por sobre respuestas meramente formales o rituarías. Ello permite hablar de una tendencia institucional del proceso a la verdad, y de otra tendencia personal del juez hacia la misma verdad (Bertolino), cosa que puede importar no solamente: i) la condena a la renuncia consciente a la verdad jurídicamente objetiva, por más que esa verdad no haya sido correctamente planteada ni idóneamente gestionada por los litigantes, sino también ii) la tarea –por el juez- de realizar trabajos puntuales para lograr acceder a esa verdad. Así, para ciertas posturas, las medidas para mejor proveer, por ejemplo, pasan de ser actos opcionales para convertirse, en algunas versiones muy decididas, en comportamientos obligatorios para el magistrado, condenándose su no realización. b) La clara meta de obtener una justicia y equidad igualmente material, real o sustancial, en la decisión final del tribunal, para satisfacer (en el caso argentino) el postulado insertado explícitamente en el preámbulo de la Constitución, de afianzar la justicia, que también consta en otras leyes supremas. c) Algunas veces, una sensible devaluación del cumplimiento de recaudos formales y cargas que deben observar las partes en el curso del proceso, con más la amenaza de descalificar su exigencia por los jueces, con el rótulo de exceso rituario o clisés parecidos. d) La cotización, muy alta, por cierto, del valor de utilidad (o si se prefiere eficacia o eficiencia) en el sistema de administración de justicia, privilegiándolo sobre otros principios, como los de neutralidad del magistrado o de bilateralidad/igualdad de trato a las partes de la Litis. Ello puede acarrear, asimismo, el retraimiento de algunas reglas clásicas del debido proceso en materia de contradicción, y el incremento de resoluciones judiciales (también en temas de fondo) adoptadas sin previa audiencia de la contraparte, con además, una moderación de la capacidad procesal de esta última para atacar con vigor lo así decidido. e) La aplicación intensa del principio de protección o de promoción en materia de derechos

¹³. Loc.cit

humanos, en particular de los fundamentales, en el sentido de que el juez no debe ser indiferente en el proceso respecto de la vigencia de tales derechos, sino que tiene que tutelarlos activamente, lo que importa no permanecer impávido o ajeno ante su suerte, sin apoyarlos, impulsarlos y robustecerlos de modo cierto y efectivo. Puede pensarse, asimismo, en la sustitución de interpretación imparcial de las normas, por una interpretación intuitiva del derecho en cuestión, e indirectamente de quienes son los portadores de ese derecho. Algunos autores programan incluso una jurisdicción protectora, distinta de la tradicional, o jurisdicción dirimente, con roles judiciales obviamente muy potenciados. f) La conversión del juez civil y comercial, de algún modo, en una especie de (más o menos diluido) juez penal instructor, con amplios poderes (y deberes) de investigación, tanto en general como de modo puntual y destacado, en lo que hace a la tutela de los derechos humanos fundamentales. g) En términos amplios, entender que en el ordenamiento jurídico –y en particular, en la Constitución – hay más y valen más los principios que las normas y de la autoridad del Poder Legislativo que las ha engendrado puede ceder así ante el predominio de la rama judicial del gobierno, cuyo robustecimiento aumenta también: i) ante un uso intenso del control judicial de constitucionalidad, que involucra ahora una más intensa fiscalización de razonabilidad de la norma legislativo; ii) el lanzamiento, por parte de la judicatura, de verdaderas leyes judiciales; esto es, la sentencia (o sentencia-ley) que define y explicita esos principios, modela o destruye las normas legislativas, con fallos dotados de efectos expansivos o erga omnes, de uso obligatorio por los tribunales inferiores, e incluso con pretensión de obediencia para los otros poderes, y iii) una arrolladora judicialización de la mayor parte de las otrora political questions, o asuntos no justiciables. Así, se remiten a los tribunales asuntos como cuáles son los programas que deberían difundir obligatoriamente los canales de televisión, dónde debería construirse un dique o un canal, determinar si un penal de fútbol fue mal o bien decidido por el árbitro del partido, decidir si los fondos dispuestos por el Congreso para ayuda social resultan o no suficientes, corrigiendo llegado el caso, el presupuesto aprobado por ley, resolver cuál es el profesor que debe triunfar en un concurso universitario, revisando para ello las pruebas de oposición y llevando el caso, de ser necesario, ante la propia Corte Suprema, etcétera¹⁴.

¹⁴ Häberle, Peter y Domingo García Belaunde. *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. Tomo II. p.160-163.

Se destaca de lo anterior, que la garantía y aplicación de los derechos humanos es una tarea de los tres poderes del Estado, y particularmente para el juzgador quien en ejercicio de una judicatura debiese observar siempre una actitud de sensibilidad, asegurar la tutela judicial efectiva, poseer conocimientos adecuados de la materia constitucional y respetar la jerarquía normativa, el principio de contradicción entre las partes y la intermediación procesal, pero por sobre todo no descuidar bajo ningún punto de vista que la justicia debe ser pronta y fundamentada en principios éticos y morales, ya que de no hacerlo el impacto social causado por medio de las resoluciones judiciales puede ser importante o porque no provocar daños irreversibles para el justiciable derivado del movimiento jurisdiccional.

Se precisa que particularmente dentro del ámbito de los derechos humanos, una de las instituciones que coadyuvan con el ejercicio de la función del Poder Judicial, es la figura del Ombudsman -Procurador de los Derechos Humanos-, contemplado en el artículo 274 de la Constitución Política de la República de Guatemala, cuyo antecedente inmediato como expresa el tratadista Fix Zamudio se “estableció en la Constitución democrática española de 1978, que conjuntamente con el Promotor de la Justicia de la Carta portuguesa de 1976-1962, se concentró en la tutela no únicamente de los derechos e intereses legítimos de los administrados por violación de la legalidad, sino esencialmente en la protección de los derechos fundamentales de los gobernados”¹⁵. Se resalta entonces, que el Procurador de los Derechos Humanos es el comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza, y en ese sentido, se precisa que no solo es necesario crear tribunales de justicia para propiciar el acceso a la justicia, sino institucionalizar instancias gubernamentales protectoras de los derechos humanos, que brinden acceso inmediato, asesoría y asistencia legal a la ciudadanía que requiere solventar conflictos que se pueden resolver fuera de las instancias judiciales.

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica*, Revista Latinoamericana de Derecho, Editores Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2004, p.734

1.4. Dificultades de la Función del Poder Judicial

Diversas resultan ser las situaciones que pueden frustrar o dificultar la función del Poder Judicial dentro del Estado Constitucional de Derecho. Al respecto, el escritor uruguayo Jorge A. Marabotto Lugaro enumera cuidadosamente que las adversidades del Poder Judicial consisten en el “costo del juicio o gastos del proceso que pueden resultar una carga relevante y significar un límite infranqueable o de difícil superación, de donde se ha postulado la creación del Juzgado de Pequeñas Causas, porque es muy claro que muchas personas no tienen capacidad de espera y sus asuntos tienen que ser resueltos rápidamente para no hacer frustráneo el derecho alegado por las partes. Además, de que para el escritor uruguayo, indudablemente el proceso debe durar un plazo razonable, el reclamante de un derecho debe conocerlo y estar en condiciones de defenderlo, pues no es posible desconocer que la gente tiene limitados conocimientos acerca de cómo se demanda. Por ese motivo, el autor refuerza junto a los autores B. Abel-Smith, M. Zander y R. Brooke que más que el conocimiento de la accesibilidad, como requisito previo para solucionar un problema de la ignorancia del Derecho, es necesario dar a la gente la conciencia de los medios disponibles y cómo poder usarlos”¹⁶.

Se destaca así, que la posibilidad de que los ciudadanos puedan acudir al Poder Judicial y otras instituciones del Estado integrantes del Sistema Judicial debe darse y garantizarse en una forma sencilla, sin mayores formalidades de naturaleza procedimental y teniendo los usuarios un conocimiento previo de los procedimientos, plazos, costos y resultados que se deriven de promover la función jurisdiccional y administrativa del Estado.

Como derecho humano esencial dentro del Estado Constitucional de Derecho, la justicia y la función del Poder Judicial a criterio del tratadista uruguayo Marabotto Lugaro presenta ciertas dificultades, que son importante estudiar y delimitar: a) “Es inadmisibles que se establezcan requisitos de orden procesal que en lugar de ser causa racional para el acceso a la tutela judicial, constituyen obstáculos a ésta. b) La tutela judicial efectiva no puede ser limitada por normas con rango legal,

¹⁶ Marabotto Lugaro, Jorge A., Op. Cit.,p.298.

por ello el principio fundamental de que las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios. c) Las normas respectivas al acceso a la justicia deben ser interpretadas siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales. Sólo una inteligencia razonable y conforme a ese principio fundamental debe ser postulada y admitida, de manera que se lesiona el derecho a la tutela judicial si no se apura la interpretación más favorable a la admisibilidad. d) No puede declararse la inadmisibilidad de una pretensión por defecto procesal, sin dar la oportunidad de subsanación. El principio es el acceso a la justicia y sólo puede declararse la nulidad de las actuaciones cumplidas, en cuanto se ha privado a la persona del derecho de defensa. e) No se incluye en el Derecho uruguayo la protección jurisdiccional por el recurso de amparo, por lo que sugiere que sin profundizar en el tema, debería existir, al menos una causal de casación basada en la violación de una norma constitucional o de derechos fundamentales”¹⁷.

Como lo expresa el autor referido, las garantías judiciales que deben ser proporcionadas por el Poder Judicial se encuentran reguladas además de las leyes del país, en el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), ya que en lo referente a la protección judicial en la tramitación de los recursos, se colige que los mismos deben ser sencillos, rápidos y ser presentados sin requerir mayores formalidades a las personas.

1.5. Reformas estructurales a la función del Poder Judicial

Sin duda, la administración de justicia como se apuntó anteriormente, debe ser accesible, de bajo costo y provista de celeridad, sin olvidar el cumplimiento a los Principios de Jerarquía Normativa y Legalidad, pero seguidamente se plantearan las reformas que es menester implementar en la función del Poder Judicial.

Particularmente, el escritor peruano Guillermo Andrés Chang Hernández, refiere que para “eficientar la función del Poder Judicial, pueden dárseles mayores competencias a los jueces de paz,

¹⁷. Marabotto Lugaro, Jorge A., Op. Cit.,p.299.

específicamente en la potestad de conciliar materias fácilmente solventables; así como efectuar mecanismos de control interno de los trabajadores del sistema judicial y capacitarlos en todos los niveles laborales, especialmente en temas de deontología jurídica, fortaleciendo los valores y virtudes éticas y morales de los magistrados”¹⁸.

Parafraseando lo expuesto por Chang Hernández, una reforma estructural del Poder Judicial debe incluir como eje central, a “magistrados formados con sólidos principios democráticos que les permitan, a la hora de resolver, actuar siempre en un marco de constitucionalidad y de Estado de Derecho, pues últimamente se ha notado que actuando al filo de la ley, no analizan el impacto social que contienen sus decisiones.

El Doctor peruano Javier Valle-Riestra, citado por Chang Hernández, hace referencia a los magistrados norteamericanos, quienes en primer lugar, son democráticos y saben de derecho. En tal sentido, el Poder Judicial debe incentivar para que sus jueces actúen conforme a los principios democráticos, respetando el Estado de derecho y valorando el impacto social, que en la mayoría de ocasiones producen sus decisiones o fallos judiciales. Así mismo, otro aspecto relevante para el Poder Judicial, es que los trabajadores judiciales que ingresen a los Tribunales, sean seriamente evaluados como parte del proceso de selección, así como continuamente capacitados, pues muchos de ellos no reúnen las condiciones académicas y morales que el cargo merece”¹⁹.

Adicionalmente, explica el tratadista Chang Hernández que “el Poder Judicial debe fortalecer los mecanismos de solución de conflictos y los sistemas arbitrales, especialmente tratados en Latinoamérica, ya que son de gran valía, viables y accesibles para los justiciables e incluso personas naturales y jurídicas extranjeras someten sus litigios a los árbitros y han resuelto de manera eficaz las diversas disputas. Sin embargo, estos mecanismos son pocos difundidos y haciendo un análisis

¹⁸. Chang Hernández, Guillermo Andrés, *Reforma Judicial: Reseñas y algunas propuestas*, Revista electrónica Derecho & Cambio Social, Tomás-Javier, Diciembre 2004, en página web: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista003/reforma.htm> Fecha de consulta: 9 de agosto 2015.

¹⁹. Loc.cit.

costo-beneficio, resulta menos oneroso que un litigio judicial; además de que en la mayoría de casos, los tribunales arbitrales están compuestos por personas especializadas en Derecho”²⁰.

Verbigracia de este extremo, es la creación de los juzgados de paz comunitarios conformados por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, mediante el Acuerdo 1-98 emitido el 15 de enero de 1998. Dichas judicaturas, están integrados por tres Jueces de Paz, un Secretario Paz, dos Oficiales y un Comisario y los funcionarios judiciales son personas de reconocida honorabilidad y arraigo que pueden comunicarse en el idioma predominante de la región y en español y están presididos por la persona de mayor edad. Resuelven los casos por mayoría, conforme a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del derecho. Entre sus funciones están: realizar audiencias conciliatorias y aprobar acuerdos entre las partes en casos de delitos de acción privada y pública, recibir las primeras declaraciones del imputado y aplicar el criterio de oportunidad. Actualmente, se ubican conforme el Acuerdo de creación, en los municipios de Santa María Chiquimula, del departamento de Totonicapán; San Rafael Petzal, del departamento de Huehuetenango; San Luis del departamento de Petén; San Miguel Ixtahuacán, del departamento de San Marcos; y San Andrés Semetabaj, del departamento de Sololá.

Sin discusión alguna, este ejemplo de judicaturas de pequeñas causas, constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que crea una nueva modalidad de acceso a la justicia, para los usuarios del servicio y particularmente para las comunidades indígenas, que aunque son mayoría en el país, son tratados aún como segmento población altamente vulnerable.

Otra reforma medular en el Poder Judicial para la autora de esta investigación, lo constituye la delimitación del trabajo administrativo y judicial de los jueces y magistrados, ya como lo apunta Chang Hernández se “deben delimitar cuáles son las funciones de los trabajadores administrativos y judiciales, ya que, a menudo, tanto magistrados como auxiliares judiciales pierden tiempo en trabajos propios de

²⁰. Loc.cit.

áreas administrativas tales como: otorgamientos de constancias, otorgamientos de certificados de antecedentes penales, actualización de órdenes de capturas, etc. Sin embargo, para ello se requiere que, previamente, las áreas jurisdiccionales proporcionen la información necesaria a las áreas administrativas, lo que se podría lograr con un adecuado sistema informatizado. Así también, se cree que un aspecto importante de la reforma es la imagen que proyecta el Poder Judicial ante la sociedad, pues se piensa que este Poder del Estado es el más corrupto, el más ineficiente, etc., lo que conlleva a una animadversión de la sociedad para con los magistrados; pues los litigantes, al conocer una decisión en contra, sin conocer las razones de los jueces, los califican como corruptos e incapaces. Esto sucede por varias razones y una de ellas, es el desconocimiento tanto de magistrados como de Abogados y litigantes, de las normas jurídicas; lo que ocasiona que los jueces tomen decisiones equivocadas, que los Abogados, asesoren mal a sus clientes y que los litigantes no entiendan las decisiones judiciales. Por ello, es necesario que el Poder judicial, realice coordinaciones con los miembros de la sociedad civil para ejecutar una serie de acciones con la finalidad de difundir las normas legales, así como las funciones de los jueces, los derechos y deberes de abogados y justiciables”²¹.

En ese sentido, es fundamental mencionar que las disposiciones de la Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial, Ley del Organismo Judicial y la Ley de la Carrera Judicial, regulan de manera coincidente las atribuciones administrativas y jurisdiccionales asignadas a los jueces y magistrados, y dada la relevancia y necesidad de justicia de la ciudadanía, se sostiene que las tareas administrativas (firma de permisos, certificaciones, autorización de libros, etc) disminuyen la capacidad resolutoria de los juzgadores y por ello es necesario implementar reformas a dichas normativas, para concentrar los esfuerzos y conocimientos del juez, en la función jurisdiccional que le corresponde y no en las atribuciones que no sean de su competencia, ya que para ello dentro de la estructura organizacional de la Corte Suprema de Justicia y del Organismo Judicial, figuran gerencias administrativas y de recursos humanos que debieran efectuar dichas labores.

²¹ Chang Hernández, Guillermo Andrés, Op. Cit.,p.1.

1.6. Participación de las Facultades de Derecho y Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala

Para el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho dentro de las competencias jurisdiccionales, se colige que las Facultades de Derecho deben ser fiscalizadas en la calidad de la enseñanza de los estudiantes e incluir dentro del pensum de estudios cursos sobre la función del Poder Judicial, ya que desde la formación profesional se brindan herramientas, doctrinas, conocimientos y experiencias necesarias para que los abogados respondan a las expectativas de la ciudadanía, en el rol de juzgadores que asuman.

Un antecedente importante en Latinoamérica que merece ser reconocido, en relación a la formación profesional de los abogados y notarios es el “cierre de catorce Universidades en la República de Ecuador efectuado por el actual Presidente de la República Rafael Correa, en abril del año 2013, por no llenar requisitos esenciales para una educación superior y principalmente por la mala calidad académica, en la cual mediante una seria evaluación, el mandatario determinó que solamente podían funcionar la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, la Universidad Empresarial de Guayaquil y la Universidad de Especialidades Turísticas”²².

Se debe recordar que los Jueces y Magistrados, antes de desempeñar una función pública, primero son estudiantes de Derecho y posteriormente son Abogados y en ese sentido, se requiere que sean abogados que actúen con valores morales y éticos, preparados académicamente, honorables y honestos, y es aquí donde actualmente, las nociones de honorabilidad y honradez, se encuentran en dubitación precisamente por la corrupción e intereses mezquinos que han proliferado en las instituciones gubernamentales y en el sector justicia.

Como explica Chang Hernández, no es “extraño ver a estudiantes de Derecho que salen de las aulas universitarias, sin siquiera tener

²². Colectivo Dignidad, *Gobierno ecuatoriano cierra 14 universidades por “Pésima calidad Académica”*, en página web: <https://colectivodignidad.wordpress.com/2013/12/03/gobierno-ecuatoriano-cierra-14-universidades-por-pesima-calidad-academica/> Fecha de consulta: 2 de agosto de 2015

los conocimientos elementales de la profesión y lo que es peor, sin poseer las condiciones éticas y morales que merece el abogado. En Perú, la Corte Superior de cada distrito judicial aprobó la apertura de Facultades de Derecho en su jurisdicción para evitar el exceso número de abogados, la disminución de la calidad de enseñanza y el nivel de servicio prestado al cliente. Así también, indica el autor que la participación del Colegio de Abogados es de suma importancia, pues a pesar de que siempre se vocifera la existencia de una coordinación fluida entre el Poder Judicial y el Colegio de Abogados, muchas veces estas relaciones son pocas o ninguna”²³.

Un referente de ello en nuestro país, es el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala -CANG- que vela por los intereses de sus agremiados, implementando oportunidades gremiales de capacitación y formación nacional e internacional, mediante diplomados, talleres, seminarios y conferencias y que indiscutiblemente deben extenderse al otorgamiento de becas, a la promoción del prestigio de algunos abogados y a la apertura de espacios de participación de las instancias del Estado y del sector justicia para conocer las realidades sociales, culturales, económicas, políticas, desde la visión de las instituciones públicas y así propiciar el acceso a la justicia.

1.7. Crisis de la función del Poder Judicial dentro del Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho como modelo garantista, debe concebirse con un Poder Judicial eficiente, garante de los derechos humanos, del acceso a la justicia de manera pronta, eficiente, en condiciones de igualdad y con cobertura en toda la República de Guatemala. No obstante dicha aseveración, a criterio de la autora de este ensayo, esa función del Estado no se materializa o satisface plenamente en la actualidad, porque como se ha señalado en este documento, existe un Poder Judicial inoperante en ejes centrales, cuyas falencias a continuación se enumeran:

²³. Loc.cit.

- 1.7.1 Parcial independencia del Poder Judicial (falta de independencia económica y funcional). En lo concerniente a la independencia, los tratadistas Perfecto Andrés Ibañez y Claudio Movilla Álvarez, indican que “la independencia como característica esencial de la función jurisdiccional, supone que los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional estén sometidos única y exclusivamente al imperio de la ley y que la inamovilidad es una de las principales garantías de la independencia judicial, ya que los juzgadores no pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley;”²⁴.
- 1.7.2 Existencia de corrupción, tráfico de influencias e impunidad en los casos judiciales;
- 1.7.3 Emisión de resoluciones judiciales que no consideran el impacto social de los casos y no disminuyen la conflictividad social;
- 1.7.4 Escaso presupuesto asignado constitucionalmente al Poder Judicial, ya que conforme el artículo 213 de la Constitución Política de la República de Guatemala, no menos del dos por ciento del presupuesto de ingresos y egresos del Estado son asignados al Poder Judicial, lo que resulta escaso dada la existencia de 332 municipios en la República de Guatemala. Vale la pena indicar que para el ejercicio anual 2015, el Organismo Judicial cuenta con un ingreso de UN MIL OCHOCIENTOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO QUETZALES EXACTOS (Q.1,800,757,378.00) y los egresos son de UN MIL OCHOCIENTOS MILLONES SETECIENTOS

²⁴. Ibañez, Perfecto Andrés y Claudio Movilla Álvarez. *El poder judicial*. Universidad Autónoma de México, Madrid, 1986, en página web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/8/rec/rec14.pdf> Fecha de consulta: 2 de septiembre 2015.

CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO QUETZALES EXACTOS (Q.1,800,757,378.00)²⁵.

- 1.7.5 Costo elevado del movimiento jurisdiccional, el cual no puede cubrirse con el aporte constitucional y los fondos privados que percibe el Organismo Judicial de manera anual;
- 1.7.6 Normativas ordinarias y reglamentarias poco actualizadas que entorpecen la justicia, alargan los procesos y exigen requisitos irrisorios para los usuarios del sistema judicial;
- 1.7.7 Carencia de principios morales y éticos y deficiencias académicas de jueces, magistrados y personal judicial (secretarios, oficiales, comisarios, personal administrativo);
- 1.7.8 Procedimientos de selección de jueces y magistrados poco confiables para la población, para lo cual se requiere una reforma legal en los mecanismos de ingresos, traslados, permutas y remociones de jueces y especialmente en el caso de selección de Magistrados, es menester incluir en la Ley de Comisiones de Postulación, procesos transparentes, legales, legítimos y democráticos en la escogencia de magistrados de Salas de Apelaciones y de Corte Suprema de Justicia, mediante pruebas confiables de evaluación de condiciones de honorabilidad, honradez, probidad, experiencia judicial, valores y principios éticos y conocimientos jurídicos (diplomados, maestrías, especializaciones, etc).
- 1.7.9 Desconocimiento de la ciudadanía de las normas jurídicas que hacen operante al poder judicial, entre otras razones.

²⁵. Acuerdo número 18-2014 de la Corte Suprema de Justicia, que aprueba el Presupuesto del Organismo Judicial para el ejercicio fiscal 2015. Palacio de Justicia, Guatemala 12 de noviembre del 2014.

En ese orden de ideas, el escritor Peruano Chang Hernández, asienta que el Poder Judicial “no satisface las necesidades del pueblo que acude a él en busca de justicia, porque muchas veces hay magistrados poco capacitados, corruptos e ineficientes y, en otras situaciones porque existe deficiencia normativa que no regula la administración de justicia de manera seria y eficiente, sino que más bien la entorpece y obstaculiza. En tal sentido, desde la perspectiva de la teoría tríplica del Derecho, sustentada por el Brasileño Miguel Reale y difundida en Perú por el jurista Carlos Fernández Sessarego, la reforma judicial plantea una interrogante fundamental: ¿De qué vale una excelente legislación civil, penal o comercial, un sistema procesal moderno, rápido y eficaz, si el Poder Judicial no se encuentra preparado ni con las herramientas necesarias para aplicar tales normas? Al respecto, el jurista Fernando de Trazegnies, sostiene la necesidad de capacitar a los jueces y reestructurar el sistema judicial, pues con las mismas normas sin cambiar ni siquiera una de ellas, habrían distintas resoluciones judiciales, si los jueces que resolvieran fueran, por ejemplo, egresados de las Universidades Rusas o de las Universidades Norteamericanas, pues las leyes podrán ser las mismas, pero la formación y los criterios varían”²⁶.

Sin embargo, respecto a lo manifestado por el jurista Fernando de Trazegnies, discrepo en su afirmación, ya que la calidad profesional de los abogados nacionales, en algunos casos, es muy buena y no necesariamente estudiar en universidades extranjeras garantiza una buena justicia y abogados preparados jurídica y doctrinariamente. Ejemplo de ello, es la apertura de Doctorados en Derecho Constitucional implementados en la Universidad Nacional de Guatemala, cuyo pensum de estudios es variado, actualizado y muy útil para enriquecer la preparación y acervo jurídico y cultural de los abogados que egresen de dicha especialización.

Acertadamente, el Doctor Javier de Belaúnde, citado por Chang Hernández, quien ha tratado el tema del Poder Judicial, “señala que son siete los rasgos que distinguen el sistema judicial del Perú, los cuales son congruentes o coincidentes con el sistema judicial en Guatemala:

²⁶. Chang Hernández, Guillermo Andrés, Op. Cit.,p.1.

- 1- Un Poder Judicial abandonado, sueldos insuficientes, carencia de materiales de oficina y de investigación;
- 2- La falta de independencia del Poder judicial y de los jueces, subordinación a otros Poderes del Estado (aunque este sería el modelo teórico adecuado, desnaturalizado por el Poder Político);
- 3- Inadecuada organización;
- 4- Procedimientos obsoletos;
- 5- Jueces mal capacitados y muy pocos actualizados en materia jurídica;
- 6- Falta de acceso a la justicia y;
- 7- Evaluación negativa del sistema de justicia²⁷.

Apréciese que para el tratadista referido, hay aspectos causantes de la crisis del Poder Judicial y se destaca que en el caso de Guatemala, además de los rasgos señalados, se denotan otros aspectos que vale la pena enumerar: carencia de infraestructura, el bajo mantenimiento de los edificios del Organismo Judicial y de las instituciones del sector justicia, la parcial cobertura de la justicia en la República y la falta de jueces y magistrados bilingües para atender las diferentes conflictividades que suceden en el territorio nacional, entre ellas las comunidades indígenas, entre otros. Así mismo, y fundamentalmente se aduce que sin la verdadera voluntad política e interés de los gobernantes y actores participantes en reformar aspectos medulares del sistema de Justicia, no puede acogerse a plenitud la justicia como una función del Estado Constitucional de Derecho y definitivamente, los inconvenientes enumerados no se solucionan con la introducción

²⁷. Loc.cit.

de nuevas legislaciones o reformas a las leyes vigentes, sino que inician desde las Universidades del país y la administración y destino de las finanzas públicas; así como mediante la promoción y divulgación pública de los procedimientos pertinentes y útiles para acceder a la justicia.

Además, se debe buscar que “los procesos duren lo que dice la ley, como señala Chang Hernández y que se impongan sanciones reales y efectivas a los abogados que aletarguen los procesos presentando escritos maliciosos y dilatorios”²⁸. Esta última práctica es muy difundida en el sistema de justicia guatemalteco pues algunos abogados interponen toda clases de medios de impugnación perniciosos o maliciosos que hacen más lenta la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, sin dejar por un lado la mora judicial que es inherente al Poder Judicial.

Por otro lado, la escritora Ángela Figueruelo Burrieza en su artículo titulado *Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva*, denota que “un primer elemento a considerar de cara a la reforma judicial, es tratar de evitar la intromisión del Ejecutivo en el Estatuto jurídico de los jueces y magistrados que pone en detrimento de la independencia judicial los ordenamientos contemporáneos. Definitivamente, no hay soluciones o recetas mágicas para cambiar la justicia, pero es competencia de actores jurídicos y de las fuerzas políticas y sociales brindar las respuestas más adecuadas al problema; y en todo caso, las soluciones que se aporten no pueden perder de vista los principios estructurales del Poder Judicial”²⁹.

Definitivamente, el elemento humano también es imprescindible para que funcione bien la justicia en Guatemala, ya que “Carnelutti al abordar la reforma de la justicia italiana en la primera postguerra

²⁸. Chang Hernández, Guillermo Andrés, Op. cit., p.8.

²⁹. Figueruelo Burrieza, Ángela, *Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva*, Revista Letras Jurídicas, Salamanca 2004, en página web: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/8/figueruelo8.pdf>, p.1-4 Fecha de consulta: 9 de agosto 2015.

mundial ponía de relieve que debían ocuparse de los hombres en primer lugar, luego de la ley orgánica y en último lugar de los códigos. Carnelutti citado por Figueruelo Burrieza, afirma que los tres elementos mencionados, son imprescindibles para que funcione correctamente la justicia debiendo estar actualizados y coordinados aunque el elemento personal, es decir, el juez condicione a los otros dos³⁰.

IV. CONCLUSIONES

1. La Justicia es el valor supremo del ordenamiento jurídico y del Estado Constitucional de Derecho, que junto con la dignidad de la persona humana se concretan y deberían de ser atendidos por el Poder Judicial, como función primordial.
2. En el régimen democrático, el derecho a una recta administración de Justicia es importante y la regulación del Poder Judicial en el texto constitucional, es propio de un Estado Constitucional de Derecho, que explícitamente se creó y diseñó para tutelar derechos y libertades a los ciudadanos y controlar los actos de la Administración Pública.
3. La ciudadanía y los poderes del Estado han notado el deterioro de la función del Poder Judicial y no puede existir el Estado Constitucional de Derecho sin un necesario funcionamiento de la justicia y un acceso ágil a los tribunales de justicia, el cual debe lograrse mediante la implementación de procedimientos que sin estar enmarcados en una legislación, le brinden oportunidad al ciudadano de acceder a los tribunales de justicia y otras instancias judiciales (Ministerio Público, Procuraduría de los Derechos Humanos, Ministerio de Gobernación, Procuraduría General de la Nación, etc).
4. La crisis del Poder Judicial en buena medida, se debe a la corrupción e impunidad del sistema judicial, a los sueldos insuficientes

³⁰ Figueruelo Burrieza, Ángela, Op. Cit.,p.8

del personal judicial, la carencia de materiales de oficina y de investigación, la falta de independencia del Poder judicial y de los jueces, la inadecuada organización, los procedimientos obsoletos contemplados en leyes específicas, los jueces mal capacitados y muy poco actualizados en materia jurídica, la carencia de infraestructura y bajo mantenimiento de los edificios del Organismo Judicial y de otras instituciones del sector justicia, la parcial cobertura de la justicia en la República y la falta de jueces y magistrados bilingües para atender a las comunidades indígenas, entre otras razones.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Acuerdo número 18-2014 de la Corte Suprema de Justicia, que aprueba el Presupuesto del Organismo Judicial para el ejercicio fiscal 2015. Palacio de Justicia, Guatemala 12 de noviembre del 2014.
2. **Cajica Lozada, Gustavo**, *Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática*. Comentarios a un texto de Ferrajoli. Puebla, en página web: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/2/pr/pr7.pdf> Fecha de consulta: 2 de agosto de 2015.
3. **Colectivo Dignidad**, *Gobierno ecuatoriano cierra 14 universidades por “Pésima calidad Académica”*, en página web: <https://colectivodignidad.wordpress.com/2013/12/03/gobierno-ecuatoriano-cierra-14-universidades-por-pesimacalidad-academica/> Fecha de consulta: 2 de agosto de 2015
4. **Chang Hernández, Guillermo Andrés**, *Reforma Judicial: Reseñas y algunas propuestas*, Revista electrónica Derecho & Cambio Social, Tomás-Javier, Diciembre 2004, en página web: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista003/reforma.htm> Fecha de consulta: 9 de agosto 2014.
5. **Fix-Zamudio, Héctor**, *Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica*, Revista Latinoamericana de Derecho, Editores Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2004.
6. **Häberle, Peter y Domingo García Belaunde**. *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. Tomo II
7. **Ibañez, Perfecto Andrés y Claudio Movilla Álvarez**. *El poder judicial*. Universidad Autónoma de México, Madrid, 1986, en página web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/8/rec/rec14.pdf> Fecha de consulta: 2 de septiembre 2015.

8. **Figueruelo Burrieza, Ángela**, *Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva*, Revista Letras Jurídicas, Salamanca 2004, en página web: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/8/figueruelo8.pdf>, p.1-4
9. **Marabotto Lugaro, Jorge A.**, *Derecho humano esencial: el acceso a la justicia*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, novena Edición, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003.
10. **Pereira-Orozco, Alberto y E. Richter, Marcelo Pablo**, *Derecho Constitucional*. Guatemala, Ediciones de Pereira, 2012.
11. **Prado, Gerardo**, *Derecho Constitucional*, Guatemala, Ediciones Renacer, Guatemala 2010.
12. **Quesnay, Johan**, *El Poder Judicial dentro del Estado Constitucional de Derecho*, Perú, 1982, en página web: <https://jquesnay.wordpress.com/el-poder-judicial-dentro-del-estado-constitucional-de-derecho/> Fecha de consulta: 9 de agosto de 2015.
13. Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.
14. Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.
15. Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial, Decreto número 48-99 del Congreso de la República de Guatemala.
16. Ley de la Carrera Judicial, Decreto número 32-2016 del Congreso de la República de Guatemala.

DERECHO CONSUETUDINARIO Y CONSTITUCIONALISMO:

Breve Ensayo sobre la Reforma del art. 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

René Guillermo Girón Palacios*

RESUMEN

El estudio formal de las leyes, y su formación, vigencia y observancia, ha sido cometido específico de las Facultades de Derecho, que para llevarlo a cabo se han apoyado en la larga tradición jurídica de todas las culturas, de todos los tiempos. Ciencias de reciente cuño, como la Sociología y –de mucho más reciente formación- la Antropología, también han abordado el estudio de las leyes pero apoyadas en sus particulares métodos y conclusiones, algunos de los cuales son incompatibles con el Derecho. Diversos grupos de presión han asumido para sí las posturas “jurídicas” propuestas por la Sociología y –en especial- por la Antropología con el deliberado objetivo de transformar las sociedades a partir de las leyes vigentes, para lo cual han elaborado lo que ellos denominan “Pluralismo Jurídico”. De esa cuenta, han surgido algunas posturas sobre la configuración del Estado y –desde éste- sobre la misma configuración social cuya estructura actual esos grupos intentan transformar haciendo uso de la promulgación de leyes vigentes. Una de ellas es la “aplicación”, como un sistema paralelo, del Derecho Consuetudinario, el cual ha gozado de reconocimiento por el Derecho (a lo largo de los siglos) por medio de los métodos y principios verdaderamente jurídicos establecidos en lo que Rudolf Von Ihering llamó “La Lucha por el Derecho”, en la que el Derecho Consuetudinario no constituye un “sistema paralelo” al Derecho Vigente, sino que forma

* René Guillermo Girón Palacios es abogado y notario, egresado de la USAC, miembro del CANG con el número 3560. Es Maestro en Derecho Mercantil por la USAC, y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Ha sido docente de Derecho Privado en el campus de Quetzaltenango de la URL, y en el CUNOC, USAC. Actualmente es docente del Departamento de Post-Grados del CUNOC, USAC, en las maestrías de Derecho Civil y Mercantil.

parte de éste en la medida en que no exista conflicto entre ambos Derechos. En Guatemala, los grupos de presión buscan “saltar” esa configuración jurídica existente desde muy antiguo y claman por elevar a rango constitucional el Derecho Consuetudinario, lo que traerá consigo el reconocimiento –ficticio- de los dos sistemas que la Antropología Jurídica quiere ver. En este ensayo se propone una respuesta académica al Pluralismo Jurídico a partir de la unidad del Derecho y de la unidad de la sociedad, conceptos epistemológicamente opuestos a lo “plural”.

ÍNDICE:

Propósito

1. Justificación
2. Proyecto de Reforma al Artículo 203 de la CPRG
3. La “Juridicidad” de la Constitución y de Nuestra Legislación Vigentes
4. El Verdadero Fondo del Pluralismo Jurídico. Su Anti-Juridicidad
5. El Verdadero Fondo de la Costumbre y del Derecho Consuetudinario. Su Juridicidad desde el Derecho y su Anti-Juridicidad desde la Antropología Jurídica
6. Las Verdaderas Relaciones entre el Derecho, la Sociología, la Antropología y la Filosofía
7. Otra Solución. Nuestra Sugerencia

Post-Scriptum

Fuentes de Información

DERECHO CONSUETUDINARIO Y CONSTITUCIONALISMO:
Breve Ensayo sobre la Reforma del art. 203 de la Constitución
Política de la República de Guatemala.

PROPÓSITO: proponer razones jurídicas que permiten comprender la compatibilidad del Derecho Consuetudinario (jurídicamente bien entendido) con nuestro Derecho Constitucional, siempre que la ampliación de su aplicación a nuestro Sistema Legal se verifique a través de la metodología jurídica y se construya con razones y métodos jurídicos el subsistema legal para su correcta comprensión, su debida delimitación y su justa aplicación, pero no en relación de aparente y falsa “co-ordinación” con el Sistema Legal Vigente..

JUSTIFICACIÓN

Durante el año 2016 se presentó a la sociedad guatemalteca un proyecto de reformas en materia de Justicia de nuestra Constitución Política, nacido en el seno de entes que carecen de iniciativa de ley (como una llamada “Mesa Nacional de Diálogo” de legitimidad y representatividad no establecidas, y también de un organismo estatal como el Ministerio Público) pero que goza del inédito impulso (mucho más que un simple respaldo) de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), cuya función es colaborar en las investigaciones criminalísticas, no legislar. A fines del año 2016, se presentó una “Exposición de Motivos” que intenta “explicar” las razones y las intenciones de ese proyecto de reforma constitucional. El proyecto se encuentra actualmente en discusión en el Congreso de la República.

Dentro de ese proyecto el punto sobre el Derecho Consuetudinario y su observancia en el ejercicio del Poder Judicial ha cobrado una relevancia inusitada y se ha convertido en tema de álgida discusión cotidiana en las notas y columnas de prensa, pero desconectada de la discusión en los meros círculos académicos nacionales. El punto neurálgico es la reforma del artículo 203 de nuestra Carta Magna, que configura el ejercicio de dicho Poder Judicial, por medio de la cual se crearían los “sistemas paralelos” de Justicia (nacidos en las reflexiones pluralistas de la Sociología del Derecho y de la Antropología Jurídica) en reemplazo del único y uniforme sistema jurídico actualmente en vigor (nacido a su vez en las reflexiones de la mera Ciencia Jurídica, especialmente del seno del constitucionalismo moderno).

En marzo de 2017, un grupo de personas diciendo ser “las” autoridades ancestrales e indígenas de Guatemala¹, se presentó a la sede del Congreso de la República, a “RETIRAR” la propuesta de reforma del artículo 203 de nuestra Constitución “ya que el debate de ese artículo no permitía el avance del proyecto en el Legislativo”. Este hecho ofrece a la reflexión dos aspectos opuestos: a) su apariencia de maniobra política más que un sincero deseo popular de “desentramar” el proceso

¹. <http://lahora.gt/autoridades-indigenas-acuerdan-retirar-articulo-203-reformas/>. Consulta realizada el 23 de junio de 2017.

legislativo, porque ese grupo de autoridades indígenas no tienen la facultad legal para “retirar” la propuesta de reforma porque tal acción carece de efectos en el poder legislativo y además correspondería ejercitarla a quien planteó la iniciativa de ley; b) es irrelevante “retirar” la propuesta de reforma puesto que ha quedado sobre la mesa la idea acerca de la relación que puede existir entre el Derecho Consuetudinario y nuestra Constitución.

Dentro del gran marco de la propaganda, el CACIF había montado en los medios de comunicación social una campaña no de divulgación sino de oposición bajo un argumento jurídicamente válido (la UNIFORMIDAD del Derecho) pero sin ninguna razón que fundase objetivamente su argumento, el cual utilizó más como oposición que como razón. Es notorio que se basó en el puro temor al cambio. Esta campaña, que no fue acompañada de alguna (o ninguna) discusión académica, ha introducido zozobra, miedo, duda, incertidumbre e inquietud en varios grupos de la población, incluso dentro de la comunidad jurídica universitaria, que guarda un silencio reprochable. El efecto de esa campaña publicitaria es un rechazo (amplio y generalizado pero sin fundamento académico) a la “observancia” del Derecho Consuetudinario.

Este ensayo versa sobre la relación entre nuestra Constitución y el Derecho Consuetudinario. Es necesario presentar razones, jurídicas y sociales, pero ante todo razones **jurídicas** (puesto que estamos hablando del Sistema Legal Vigente en Guatemala) para distinguir cuáles son –por un lado- las bondades y –por el otro- los errores del proyecto de reforma al artículo 203 de nuestra Constitución Política, así como distinguir hasta dónde puede llegar la necesidad de invocar o de mantener la UNIFORMIDAD del Derecho, que es la “llaga” sobre la que se ha centrado la “discusión” pública. Por ello, se somete el contenido del presente cuaderno a la consideración de los juristas guatemaltecos y, a través de ellos, al pueblo de Guatemala, para que razonando conozca los puntos sobre los cuáles puede admitirse la reforma del art. 203 de nuestra Constitución Política así como los aspectos en los cuales la reforma puede llegar a ser perjudicial para la convivencia social, para la identidad social y étnica de la población y para la unidad de la Nación y del Estado de Guatemala. Veremos que la Razón Jurídica se opone diametralmente a las razones que fundamentan la reforma presentada.

2. PROYECTO DE REFORMA AL ARTÍCULO 203 DE LA CPRG.

El referido proyecto de reformas a la Constitución Política de la República contempla la modificación del artículo 203 (cuyo epígrafe actual reza “*Independencia del Organismo Judicial y Potestad de Juzgar*”) por sustitución total mediante el texto siguiente:

“Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad en/para juzgar.

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

Las autoridades indígenas ancestrales ejercen funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias instituciones, normas, procedimientos y costumbres siempre que no sean contrarios a los derechos consagrados dentro de la Constitución y a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Las decisiones de las autoridades indígenas ancestrales están sujetas al control de constitucionalidad.

Deben desarrollarse las coordinaciones y cooperaciones necesarias entre el sistema jurídico ordinario y el sistema jurídico de los pueblos indígenas o en caso de existir conflictos de competencia, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción resolverá lo pertinente, conforme a la ley.”

El texto en color negro es el mismo que actualmente está en vigor, el texto en color rojo no aparece en la reforma y queda suprimido o eliminado del texto actual, y el texto en color azul es añadido y constituye la novedad de la reforma. Aunque con ésta no se suprime la totalidad del texto actual, la eliminación de la característica de “exclusividad” de la Administración de Justicia por parte del Organismo Judicial constituye la grieta por donde se rompe “el mal”, llamado por sociólogos y antropólogos como el “monismo jurídico” prevalente en Guatemala (pilar jurídico y político de la ahora precaria unidad nacional y social) para reemplazarlo mediante la introducción del también mal llamado “pluralismo jurídico” bajo la creencia de que éste corresponde a la democratización de la realidad jurídica-social y aquél (el “monismo”) corresponde a la hegemonía de “un” derecho estatal de carácter opresor.

Se advierte, de entrada, que el nuevo texto refleja una tendencia académica que no pertenece a las meras Ciencias Jurídicas, sino que corresponde a la tendencia más izquierdista de la Antropología Jurídica, alimentada por algunos estudios de la Sociología del Derecho que datan desde la primera mitad del siglo XIX. En efecto, al hablarse en el nuevo texto de “*instituciones, normas, procedimientos y costumbres*” propias de las “*autoridades indígenas ancestrales*”, se constata que la inspiración de la reforma no proviene del ámbito académico propiamente jurídico, dentro del cual sí se reconoce la costumbre como fuente subsidiaria y supletoria del Ordenamiento Jurídico (artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial), sino de otro ámbito académico. El hecho de elevar al rango de categorías conceptuales y generales de “instituciones” o de “normas” a las maneras-formas o a los ritos-ceremonias antiguos o de viejo arraigo (“*tradicionales*”) que el Derecho denomina “costumbres” que se observan en determinado círculo de específicos actos públicos o privados, comunales o individuales, no proviene de la reflexión jurídica sino de la reflexión de algún grupo de sociólogos y antropólogos dedicados al estudio del Derecho pero con métodos propios de sus respectivas Ciencias. Sin demeritar el carácter autónomo ni la validez científica de tales estudios, cabe considerar que la aplicación de sus propios métodos (basados en la concepción binaria opresor-oprimido que produce la falsa idea de “un” derecho oficial o estatal opuesto a “otro” derecho no oficial o no estatal) no permite llegar a dilucidar en forma precisa y determinada el concepto jurídico de “institución”, mucho menos el de “norma”, los

cuales, en la experiencia de la reflexión jurídica, ya están claramente precisados y determinados para las diversas ramas del Derecho. Un científico del Derecho no habría redactado la reforma sin precisar los alcances de tales conceptos generales, mientras que un verdadero jurista de la Constitución la habría redactado conservando la centralidad de la norma constitucional sin diluir la unidad del Derecho, ni el ejercicio del Poder Judicial.

En la página 13 de la Exposición de Motivos de la reforma se reconoce la fuente antropológica para eliminar la “exclusividad” de la Potestad Judicial, donde se habla del “Pluralismo Jurídico”² como una “tendencia” (no indica si sociológica o si antropológica, pero se entiende que no es de carácter jurídico, mucho menos jurídico-constitucional) que merece –para unos- el reconocimiento expreso en el texto del artículo 203 o que –para otros según el mismo documento- ya está reconocida por el “bloque de constitucionalidad” formado por los tratados internacionales sobre derechos humanos. Y deja sentado que ese “Pluralismo Jurídico”, proveniente (según la reforma) del así llamado “carácter” plurilingüe, multiétnico y multicultural de nuestro país, también debe introducirse en el texto constitucional, de tal manera que si nuestra Constitución dice que Guatemala posee ese “carácter multi” sería, en consecuencia, lógico que también nuestro Organismo Judicial reconociese la “pluralidad” jurídica. La Exposición de Motivos no habla de las doctrinas de la pluralidad social, o política, o lingüística o jurídica, etc., sino que simplemente se apoya en ellas para sostener la factibilidad de la reforma. Tampoco habla de si esos “otros” derechos (no-estatales, o no-oficiales) llegan a conformar un verdadero “sistema” jurídico, tal como el Derecho conceptúa el Sistema Legal Vigente (que en el proyecto se quiere llamar como “derecho estatal” o “derecho oficial”), o de una manera semejante a éste, para que tales derechos no-estatales queden en desventaja de “aplicabilidad” y de “efectividad” con respecto del “derecho estatal”. Ni la reforma *per se*, ni tampoco su Exposición de Motivos, determinan qué debe entenderse por “*instituciones, normas, procedimientos y costumbres*”

² http://www.reformajusticiagt.org/wp-content/uploads/2016/10/Proy_Ref_Constitucional.pdf. Visto el 21 y el 22 de marzo de 2017. Ubica el tema “PLURALISMO JURÍDICO” dentro del capítulo 3 titulado “Proceso del Diálogo Nacional Hacia la Reforma a la Justicia en Guatemala” (sic), pág. 13, pero lo desarrolla en forma dispersa en el capítulo 4 “Temas estructurales de la reforma constitucional” (sic).

como tampoco definen con el más alto grado posible de precisión qué y quiénes son las “autoridades indígenas ancestrales”, algo necesario y fundamental (más allá de las meras discusiones académicas) en nuestra convulsa, desordenada y anárquica sociedad guatemalteca actual. Por eso, se ve que la reforma no responde a una aspiración social de largo plazo sino a una mera intervención coyuntural de sociólogos y antropólogos con su propia concepción “plural” del Derecho.

Empero, donde más se percibe la influencia de la indeterminación (vaguedad-ambigüedad) antropológica es en la supresión de la frase “*con exclusividad absoluta*”, que está vigente. Desde el punto de vista jurídico, esta frase guarda congruencia con los conceptos de (también unívocos) “Estado” y de “Poder Público” que recogen el Preámbulo y los arts. 2, 140 y 152 vigentes actualmente en nuestra Constitución, ya que, en verdad, el Estado ejerce, con exclusividad, la soberanía (que se la delegó el pueblo) y el poder público (también proveniente del pueblo) en sus 3 organismos: legislativo, ejecutivo y judicial (arts. 141 y 142 de nuestra Constitución). Es por esto que, jurídicamente hablando, aquella frase es crucial y esencial para la validez, la vigencia y –en particular- la eficacia del Sistema de Justicia en Guatemala. Nuestra Constitución reconoce la diversidad de la sociedad guatemalteca, pero postula la UNIDAD del Sistema Jurídico. No se habla en ella de una legislación “plural”, ni tampoco de una “administración” plural. Las “autoridades indígenas ancestrales” no constituyen un organismo del Estado. Son organismos de la sociedad viva guatemalteca pero no “órganos” del Estado. La composición de la sociedad no necesariamente debe trasladarse a la conformación del Estado. Nuestra sociedad puede ser “plural”, pero el Estado debe ser unitario. Por tanto, eliminar la “exclusividad” del poder judicial en el actual Organismo Judicial corresponde a una razón sociológica o antropológica, pero no a una razón jurídica. Y parece que tal razón proviene de una rama de la Antropología Jurídica particularmente identificada con el método de la dialéctica marxista.

Veamos, a continuación, algunas de las bondades del sistema jurídico vigente que la reforma busca mejorar.

3. LA “JURIDICIDAD” DE LA CONSTITUCIÓN Y DE NUESTRA LEGISLACIÓN VIGENTES.

Cuando se compara el texto del artículo 203 vigente con el texto de la reforma propuesta, se constata que la reforma busca transformar el actual sistema “único” de Administración de Justicia hacia un sistema “doble” o “múltiple” donde a la par del sistema legal que sociólogos y antropólogos llaman “oficial” o “estatal” existiría otro “sistema”³ conformado por el siempre impreciso e indeterminado Derecho Consuetudinario (que no por ello es “rechazado” por el Derecho moderno), y que conlleva el peligro jurídico-social de multiplicar el número de “sistemas” que coexistirían paralelamente o que, en un mejor caso, suplantaría el llamado derecho estatal por el así llamado también derecho local. No existe la posibilidad de que tales “sistemas” paralelos lleguen a fusionarse o fundirse en un solo y único sistema. Y es que, a contrario de lo que puedan pensar sociólogos y antropólogos, para el Derecho moderno la aspiración de “unificarlo”⁴ así como la tendencia al deseo general de “uni-formarlo”⁵ es una necesidad imperativa que proviene de lo que los juristas⁶ llaman “La Función del Derecho” que

-
3. Para el Derecho el término “sistema” designa un todo coherente y uniforme de leyes y de principios jurídicos integrados en el registro del Ordenamiento Jurídico de un país que, por gozar de aceptación que lo legitima, es susceptible de aplicación válida. Por comodidad didáctica, en este trabajo asumimos como sinónimos Orden Jurídico y Sistema Jurídico. García Máñez (1977, págs. 23 ss.) con una opinión jurídica bien fundada y ampliamente aceptada en Hispanoamérica, asegura que “Orden” es la “sujeción o sometimiento de un conjunto de objetos-cosas-cualidades a un sistema de reglas de cuya aplicación se modelan las relaciones entre tales objetos-cosas-cualidades para realizar un fin”; aquí usamos el término “Ordenamiento” (equivalente a “Orden”) porque es el que usa nuestra legislación vigente que sigue la doctrina italiana del “*Ordinamento Giuridico*”. Pero, en el caso de la Costumbre (aún integrada como “Derecho” Consuetudinario) es evidente que no alcanza el nivel de la sistematización (“Orden”) porque, entre otros motivos, su observancia puede ser voluntaria o no, puede ser coercible o no y también carece de la sanción pública jurídica o registro. Por “registro” podemos entender el “lugar” (oficinas públicas y/o soportes físicos) donde cualquier persona puede informarse del texto o consultar el Derecho tal como fue promulgado. En el Derecho moderno, la codificación es la más alta expresión de la forma de registro del Derecho. En la nota 25 el sentido del vocablo “registro” equivale a uno de los sentidos del vocablo “promulgación” de nuestro legislador de 1877.
 4. Es decir: “hacerlo uno”, un solo sistema. Que el Derecho aplicable para una sociedad y dentro de un territorio, sea UNO, independientemente de que esa sociedad y/o ese territorio les caracterice la diversidad, porque sólo así “todos” estarían sometidos a las mismas reglas jurídicas. La unificación del Derecho está enderezada hacia la realización y aplicación concreta del valor JUSTICIA, que no debe reñir con la diversidad social o territorial de las naciones.
 5. Para el Derecho, desde una perspectiva holística, el concepto “forma” alude a la configuración interna y coherente del sistema legal por la cual todas las normas y preceptos que integran el Ordenamiento Jurídico pueden aplicarse sin romper su observancia general.
 6. Cfr. Villegas Lara, 1996, págs. 36 a 41.

consiste en extirpar de la sociedad la anarquía y el despotismo, y sus derivados y demás congéneres.

La Constitución guatemalteca actual (aunque no guste a quienes cultivan la Sociología del Derecho o la Antropología Jurídica) goza de varios avances jurídicos logrados a lo largo de varios siglos (de los que carece el Derecho Consuetudinario y que tampoco la Sociología ni la Antropología toman en serio) tales como por ejemplo:

- a) El Principio de Jerarquía entre las leyes (arts. 44 y 204 de la CPRG, p. e., que concuerda a su vez con la jerarquía entre jueces u órganos jurisdiccionales, sumamente útil para conceder a los habitantes del país el “*punto de referencia*” para conocer o establecer el Derecho y “*sus*” derechos);
- b) El Principio de la Codificación (o Registro) del Derecho (arts. 174, 180, 277, 280, p. e., que subyace a la publicidad y la uniformidad, muy necesarios para erradicar la anarquía, el despotismo, la arbitrariedad y el libertinaje);
- c) El Principio de Legalidad (arts. 44, 3er. párrafo, 152, 175, p. e., que confiere al texto normativo promulgado por el Estado la categoría de universalidad hermética como el único texto con validez y de observancia general, o la única con verdadera y suficiente “*fuerza de ley*”);
- d) El Principio de UNICIDAD, “*exclusividad*”, de la jurisdicción (art. 203, que concede “*con exclusividad*” al Organismo Judicial la potestad jurisdiccional o poder de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, concordante a su vez con el art. 157 que también concede exclusivamente al Organismo Legislativo la potestad de elaborar leyes). En la Administración de Justicia, la unicidad de la jurisdicción permite la unidad de criterios en la aplicación del Derecho Sustantivo, algo difícil, si no imposible, de conseguir en un sistema “*plural*”.

En el Derecho Consuetudinario no existen tales principios, porque no es producto de la reflexión académica, sino de la experiencia

cotidiana con algo de reflexión cotidiana, pero que el Derecho asume como una de sus fuentes. El Derecho Consuetudinario encuentra su validez (“razón de ser”) entre grupos humanos nucleares de carácter familiar y también de carácter comunal o local, o entre individuos dedicados a una específica e inherente actividad humana como el comercio, la diplomacia, p. e.; pero no logra suficiente validez en las relaciones entre entes de compleja organización como la sociedad moderna altamente industrializada y tecnologizada en la que el individuo u hombre vivo ocupa la centralidad de los valores, o entre entes de configuración estatal, ni tampoco entre las relaciones de derecho administrativo entre el Estado y la población, entre otros ejemplos. En efecto, cuando la demografía de las naciones crece exponencialmente y cuando los Estados se han trazado como fin primordial y supremo lograr el Bienestar General o Bien Común (entendido éste como “la consecución del interés público o social o general”⁷, art. 1 de nuestra Constitución), entonces el Ordenamiento Jurídico debe adecuarse para responder, por un lado, a las mayores necesidades y actos impersonales y generales de entes colectivos (incluidos el Estado y la Nación) y, por otro lado, para responder a las necesidades y actos personales e individualizados de los connacionales y demás habitantes de la Nación, sin que por esa adaptación jurídica se consideren superados los límites y los esquemas personales y comunales sino que, manteniéndolos protegidos o impulsando su reproducción o modernización, el Ordenamiento se configurará en una organización más compleja y obviamente más sofisticada que pueda cumplir con aquél fin supremo.

El régimen que nuestra actual Constitución concede al Organismo Judicial se corresponde con los esquemas democráticos y modernos en los que el Estado de Derecho y la consecución del Bien Común (arts. 1, 2 y 140) están por encima de la Seguridad Nacional o del Interés del Estado que primaron durante, por ejemplo, la guerra fría, o la protección del Estado en sí que contenía nuestro Código Penal abrogado en 1,973. El régimen democrático necesariamente pasa por la división del Poder Público, pero ejercido por los representantes o por los “delegados” (arts. 141, 154) del pueblo, no por éste ni tampoco

⁷ Castillo González, 2001, pág. 7.

por sí mismo. Dentro de esa estructura jurídica, la Costumbre tiene un lugar que, aunque no guste a sociólogos o antropólogos, es reconocida por el Derecho como fuente de éste y como norma de observancia obligatoria cuando se cumplen determinadas condiciones de racionalidad y de jerarquía que son indispensables para la aplicación igualitaria y democrática del Derecho.

Recordemos que la actual Constitución Política de la República de Guatemala es el resultado del ejercicio político-social y democrático que arrancó con las elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente de 1,984; por lo que no puede considerársele como ley del “derecho estatal” (según sociólogos y antropólogos “plurales”) puesto que esa Constitución no nació de un grupo para dominar a otro grupo, ni tampoco es el resultado de la imposición de normas para favorecer a una capa social en desmedro de otra o las demás capas o clases sociales, sino que es el resultado de cierto consenso público que cuajó con el derrocamiento del general Efraín Ríos Montt. Ese consenso utilizó la única manera legítima (que todavía existe) para formar el Derecho: la realización de un proceso político-electoral confiable y transparente, que sigue siendo el método más democrático que existe para integrar los organismos del Estado a uno de los cuales (el Legislativo) se le delega el poder para formar y sancionar leyes. Por tanto, no es admisible la afirmación dicotómica apoyada en la dialéctica marxista que la Antropología Jurídica reprocha al actual Ordenamiento Jurídico Guatemalteco, expresada en la Exposición de Motivos de la reforma, acerca de que nuestro Orden Jurídico es “excluyente”. Tampoco es admisible que las conclusiones obtenidas por tal método gocen de completa admisibilidad y de absoluta verdad, ya que el método seguido por las corrientes de la Sociología del Derecho y de la Antropología Jurídica en que se basa la reforma constitucional considera indiscutible la existencia de una supuesta dicotomía o “lucha de contrarios” (en términos de la dialéctica marxista) entre el Derecho formado por los organismos válidos y legítimos del Estado y el derecho local o comunitario. No son admisibles porque cuando el Estado, en su dimensión democrática, forma Derecho, no lo hace en conciliábulo, ni en sesiones secretas, ni tampoco bajo la forma de una conspiración o de algún complot para expoliar o explotar económicamente a la población, o con el

avieso propósito de cercenar derechos grupales o para mutilar la cultura civilizada⁸ de la población, etc., sino que lo hace consultando expertos, en deliberaciones públicas, recabando datos y obteniendo dictámenes internos y en algunos casos (o muchos, como ahora acontece en Guatemala) externos, y en general buscando consenso. Nuestra actual Constitución es la que más consenso ha recibido a lo largo de nuestra historia y es la que más créditos democráticos tiene por encima de todas las anteriores.

Ahora bien, es importante enfatizar que dentro de ese Ordenamiento Jurídico Guatemalteco no está excluida, ni mucho menos rechazada, la costumbre per se, sino que se permite su observancia en casos concretos cuando las partes actúan basadas en costumbres propias, o se ha incorporada válidamente al Sistema por medio de los métodos meramente jurídicos (aunque éstos no gusten a sociólogos o antropólogos) susceptible de ampliar el espectro de su observancia general (en ciertos aspectos del derecho administrativo, del derecho mercantil, etc.) y su observancia local (en ciertos aspectos del derecho de familia y de los derechos reales, p. e.).

En efecto, el grado de construcción que ha alcanzado nuestro Ordenamiento Jurídico no es definitivo, ni tampoco “*perfecto*” como erróneamente podrían creer sociólogos y antropólogos. La intención hermética del Derecho se basa en su legitimidad general así como también, obviamente, en su validez general, no en las intenciones de capas o de clases sociales, ni en disputas hegemónicas o subalternas (luchas entre opresor-oprimido) que puedan verse o considerarse desde determinadas perspectivas no jurídicas, cuyo contexto se queda corto ante el amplio horizonte social y político que el Derecho busca dar a la sociedad. En ese sentido, el Derecho es más objetivo que la Sociología

⁸. Considérese que no todos los hechos y usos de las sociedades humanas pueden considerarse como civilizados, como por ejemplo el canibalismo, el sacrificio y el infanticidio religiosos, el linchamiento, el uso ceremonial de plantas u objetos que distorsionan la realidad, la mutilación o ciertas formas de tatuar el cuerpo humano, cobrar dinero o bienes a cambio de firmar un divorcio “voluntario”, comprometer en matrimonio los hijos que no han terminado su desarrollo biológico, pagar alimentos “a cambio” de relacionarse con los hijos, exigir herencia cuando los padres no han muerto elevando a la categoría de “derecho subjetivo” aquello que solamente es una expectativa jurídica, etc., son aspectos negativos de la cultura humana que, aunque ocurran en la realidad, bien pueden calificarse de incivilizados.

del Derecho y que la Antropología Jurídica juntas, puesto que se ha despojado más, mucho más que éstas, de bastante carga ideológica en su tendencia hacia la unidad. El punto en que se encuentra actualmente nuestro Ordenamiento Jurídico no es perfecto, ni mucho menos, pero se encuentra por la senda jurídicamente correcta para evolucionar hacia una sociedad realmente justa sin promover la “lucha de clases”, sin apoyarse entera y únicamente en la dialéctica marxista, sino en todas aquellas corrientes jurídicas que buscan sinceramente la verdad, que también promueven sinceramente el bienestar común, y que creen honradamente en que “el” Derecho es la vía para la convivencia pacífica entre los seres humanos pertenecientes a una Nación (no el Estado) “plural”. No se busca eliminar fronteras y suprimir rasgos culturales, políticos y biológicos notorios e irrefutables, sino al mismo tiempo que se les protege también se les impide confrontarse entre sí. García Máynez⁹ sostiene que *“todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores... no podríamos llamar derecho a un Orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común”*; de tal manera que el Derecho ha sido creado para realizar la justicia como el máximo valor de las sociedades humanas. Los abusos que la Historia registra por parte de políticos, de militares, de propietarios, etc., no significan que el Derecho posea siempre un carácter hegemónico u opresor, puesto que la desnaturalización interesada del Derecho no conlleva la supresión o el derrocamiento de éste, sino del particular sistema creado abusivamente por sectores interesados. En Guatemala, a pesar de toda la historia pasada, no puede decirse que la actual Constitución, ni tampoco el Ordenamiento Jurídico vigente, sea necesariamente hegemónico u opresor, sino que se encuentra en desenvolvimiento hacia la consecución del máximo valor: “la” Justicia. Tarea que debe realizarse primordialmente desde la óptica jurídica contando con el auxilio de todas las ciencias auxiliares del Derecho, pero no desde la particular óptica de la dialéctica marxista que postulan algunos sociólogos y la Antropología Jurídica.

Lo cierto es que la formación del Derecho a través de las leyes promulgadas por los Estados no constituye el “derecho estatal” opuesto a la costumbre

⁹. 1977, págs. 413-414. Subrayados del original.

o al Derecho Consuetudinario (como sostiene la Exposición de Motivos de la reforma constitucional) donde éstos últimos, conceptuados como “derecho no estatal”, quedan enfrentados contra aquél. La historia jurídica reciente de Guatemala desvirtúa esa afirmación cuando recordamos que nuestra actual Constitución y buena parte de leyes ordinarias vigentes son producto del sistema democrático iniciado desde 1986.

4. EL VERDADERO FONDO DEL PLURALISMO JURÍDICO. SU ANTI-JURIDICIDAD.

¿Qué es, realmente, el “pluralismo jurídico”? Independientemente de la ideologización de que pueda adolecer el Derecho, por un lado, o la Antropología Jurídica, por su lado, cabe preguntarse: ¿qué propone el pluralismo jurídico?. La doctora peruana Raquel Yrigoyen Fajardo¹⁰ llama “*pluralismo jurídico o legal*” a la “*coexistencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos legalmente dentro del Estado o dentro del espacio geopolítico (sic) en el que existan. Por lo general, cuando no existe este reconocimiento por el poder político dominante, el o los sistemas no reconocidos son subvalorados y potencial o realmente perseguidos y reprimidos*”.

De esta aseveración, podemos extraer dos observaciones de suma importancia:

- a) al hablar de “*coexistencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos legalmente dentro del Estado o dentro del espacio geopolítico (sic)*”, ella se basa en una concepción *binaria-en-lucha*, o dicotómica-divergente, establecida por oposición entre la norma vigente formal y válidamente registrada por el Estado contra las “normas” que no aparecen incorporadas a ese registro formal. De entrada, supone la existencia de un roce (cuando no, de un verdadero conflicto) entre “el” sistema legal y la visión de “otro” sistema según la Antropología Jurídica;
- b) al hablar de “*sistemas no reconocidos... subvalorados... perseguidos y reprimidos*” no hace referencia al Derecho en

¹⁰. 1999, págs. 20 y ss.

sí, sino a reivindicaciones políticas que durante las décadas de 1960 y 1970 quisieron imponerse militarmente en Guatemala pero que fracasaron, pues fueron derrotadas por la combinación de factores endógenos y exógenos en nuestro país.

Para fundar su definición, la doctora Yrigoyen afirma¹¹ la existencia de una supuesta relación de identidad entre Estado y Derecho, a partir de la cual surge para ella el concepto del “*monismo jurídico*” el cual postula “*que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa*”. Esta idea se basa en el análisis de nuestra historia conforme pensamiento del materialismo dialéctico, según el cual la constante lucha entre las diversas clases y capas sociales por el control de los “medios de producción” determina la configuración del Estado, del Derecho y de la sociedad en general. En teoría, esa “lucha” terminaría con la instalación de la utópica sociedad comunista. Pero en la práctica, y en la realidad, esa “lucha” se prolongaría al infinito sin llegar nunca al puro comunismo, puesto que el Estado, en el ejercicio totalitario del Poder Público, no puede asumir el papel de “justo rectificador” y/o “justo distribuidor” de bienes y servicios entre las diversas clases y capas sociales, de tal manera que entre éstas siempre surgirá o habrá una o varias de ellas que querrán tomar el Estado para ejercer el Poder Público conforme a su propio parecer. La enorme fragmentación ideológica de los múltiples grupos marxistas y socialistas constituye evidencia lógica de la prolongación hacia el infinito de semejante “lucha”, que se queda en un simple e inútil ideal. La dra. Yrigoyen Fajardo confunde la UNIDAD del Derecho con el sesgado concepto del “*monismo jurídico*”, el cual utiliza para plantear la aparente oposición entre el Derecho creado “por” el Estado con el Derecho Consuetudinario, puesto que erróneamente identifica al Estado con “un” Sistema Jurídico.

En el caso concreto del pluralismo jurídico ya hemos indicado y ahora afirmamos que, para el Derecho, inspirado en la idea-necesidad de su propia unidad y uniformidad que a su vez está basada en Principios de Legalidad y de Hermetismo del Orden Jurídico, no existen “*varios sistemas*”

¹¹. 1999, págs. 12 y ss.

jurídicos” sino diversas realidades sociales que merecen ser asumidas por el Derecho para configurar “un solo” Ordenamiento Jurídico, donde tenga cabida, por supuesto, la Costumbre. La existencia de “un solo” Ordenamiento Jurídico no es una idea de escritorio, concebida en el gabinete o el despacho del antropólogo ni el del sociólogo, ni tampoco una acción conspiratoria o hegemónica de clases sociales dominantes “contra” las capas o las clases dominadas, sino una NECESIDAD SOCIAL que tiene por objeto lograr o mantener la paz en las relaciones entre los diversos grupos humanos a partir de las relaciones individuales entre sus miembros o entre éstos y los miembros de los demás grupos. Sin negar la subyacente existencia de diversos intereses, hemos de reconocer que la confrontación entre éstos no ocupa el lugar central en la actual sociedad guatemalteca, aunque es posible pensar que NUNCA ha ocupado un lugar relevante a lo largo de nuestra historia. Además, la idea de que “coexistan” o que “coexisten” diversos sistemas jurídicos también incurre en la aporía del infinito de que adolece la llamada “lucha de clases”, puesto que al romper o dividir el ideal teleológico de la *unidad* del Derecho y el valor supremo la de *uni-formidad* del Derecho¹² se cae en la multiplicación reiterada, permanente y constante de uno y otro, y otro, y otro, y otro u otros, sistemas jurídicos hasta el infinito, dejando a la humanidad en la permanente lucha por imponer un sistema sobre el otro o de estancarse en la aporía de la búsqueda sin fin de “la” Justicia, “la” Igualdad, sin llegar nunca a conseguir “el” Bien Común.

El pluralismo jurídico rechaza la idea de la “unidad del Derecho” sobre la (falsa) creencia de que en realidad existirían varios derechos (uno hegemónico, dominante o “estatal” y otro u otros subordinados, dominados o “no estatales” o “no oficiales”¹³) dentro de un mismo territorio o dentro de una misma sociedad, de tal manera que lo ideal sería –según los pluralistas– que esos varios derechos “co-existan” para que todos los grupos humanos también puedan “co-existir”. No obstante,

12. La “unidad” es un ideal-fin del Derecho porque la sociedad *necesita tender* hacia ella: “una” sociedad. La “uni-formidad” es un “valor” porque cuando un Sistema Legal consigue una sola y misma “forma” adquiere, inmediatamente, la capacidad de realizar “una” sola clase de Justicia por encima de las minorías bi o multi-formes, puesto que “la” Justicia, para que sea tal justicia, sólo puede tener “una” forma, no dos o varias o múltiples y plurales formas.

13. Esta concepción no constituye una idea resultante del análisis de la realidad, sino que es una imagen *refleja* del postulado dialéctico sobre la *lucha de contrarios: tesis-antítesis-síntesis al infinito*.

fuera de que es discutible conceder la categoría epistemológica de “derecho” a los “usos, costumbres, normas, instituciones y procedimientos” llamados “no estatales”, no es probable que se logre la “co-existencia” humana sobre la base de la supuesta “co-existencia” jurídica, sino que probablemente ocurriría una división política causada por la separación jurídica que a su vez conduciría a la confrontación, violenta o no, y prolongada entre los grupos sociales basados en su “respectivo” derecho. Recordemos que, en opinión de Villegas Lara, el Derecho cumple “la” función de eliminar la anarquía y el despotismo. Soriano habla de “las” funciones del Derecho, entre las cuales concibe una función “organizadora” y otra “promotora”. Las características “funcionales” del Derecho apuntan a la unidad de la Nación donde él se aplica, puesto que de la unificación y de la uniformidad del Derecho depende, ciertamente y en gran medida, la integridad de la Nación y del Estado. Un Derecho fragmentado provoca, a su vez, la fragmentación estatal, nacional y territorial. En realidad, el esfuerzo unificador del Derecho no ha fracasado, sino que continúa elaborándose, se sigue construyendo sobre la puesta en práctica de sus propios principios y postulados adaptándolos a cada generación.

Por todo esto, es importante señalar que la propuesta del pluralismo es *anti-jurídica* en cuanto que epistemológicamente se opone a la concepción unitaria del Derecho. En efecto, la postura de las “tendencias” en pro del pluralismo jurídico, está fundada en el método de la dialéctica marxista, soportado a su vez por la corriente filosófica del materialismo dialéctico, el cual ha concedido primacía a lo económico (desde su formulación en la primera mitad del siglo XIX) y a lo étnico (en el último tercio del siglo XX hasta la actualidad). En ese sentido, el pluralismo jurídico es una “tendencia” (palabra usada en la Exposición de Motivos de la reforma constitucional) pero que realmente denota PARCIALIDAD, y por tanto, falsa por no-universal en varios aspectos y sumamente cargada de ideología política de la izquierda urbana de la época de la guerra fría. “Parcializada” porque no aprecia la historia en todos sus aspectos y todos sus momentos sino que se centra en la “lucha por los medios de producción”, o bien: en la “lucha entre grupos étnicos”; de donde resultan afirmaciones falsas como, por ejemplo, la de que tal lucha determina la configuración secundaria (superestructura) de la sociedad, cuando lo cierto es que esa “lucha” llegue a término y logre un

fin concreto, específico y determinado. Esto significa que el pluralismo jurídico en el que se basa la reforma constitucional de mérito, vale la pena recordarlo, está fuertemente cargada de una ideología política de izquierda, proveniente de los remanentes o de los simpatizantes de la guerrilla marxista urbana que “decidió” hacer “la” paz en 1996.

En efecto, aquí hay un problema político causado por los acuerdos de paz que se negociaron sin la intervención democrática de toda la sociedad viva guatemalteca, cuyas partes carecían de la necesaria legitimación que confiere la representatividad popular, pero que – esto es lo peor- tampoco fueron legitimados mediante el referéndum de 1999. El doctor Cojtí Cuxil y co-autores¹⁴ justifican su propuesta “plural” con las siguientes palabras: *“Para lograr los objetivos últimos de los Acuerdos de Paz, específicamente el AIDPI (Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas), es necesario lograr el desarrollo con identidad que demandan los Pueblos Indígenas. Desarrollo que solo es posible lograr en el marco de un Estado que responda a la composición étnica, pluricultural y multilingüe de su población. De ahí, la importancia capital de las reformas al Estado, en su componente de democratización étnica, para representar en calidad y proporción a los Pueblos Maya, Xinka y Garífuna... De esa manera, superar en definitiva la herencia colonial... que sigue constituyendo un lastre para el despegue democrático, económico y cultural de la sociedad multiétnica, plurilingüe y multicultural guatemalteca. Este esfuerzo democratizador se afianza en los Acuerdos de Paz, no como techo... sino como agenda básica de desarrollo”*. Pero nótese que estos autores también hablan que el Estado *per se* NO representa a la población indígena. Recordemos que, para el Derecho, el Estado *per se* no es “la” representación de alguien o de nadie en particular, sino que es la forma en que se organiza la sociedad (arts. 1 y 2 de nuestra actual Constitución). Recordemos, también, que es discutible si los grupos étnicos llamados “indígenas” en Guatemala se reducen a los 3 que ellos mencionan; así como que también es discutible que la “herencia” colonial “persista” en las estructuras de los llamados “Pueblos Indígenas” o que tales estructuras constituyan un “lastre” para el desarrollo, puesto que la “persistencia” de tal estructura no es atribuible únicamente al poder de los grupos dominantes sino también al deseo y la voluntad propias

¹⁴ 2007, págs. 17 y ss.

de los “Pueblos Indígenas” (en el contexto mundial global de nuestros días, es rebatible el concepto de “desarrollo social”). También se basan en la *concepción binaria-en-lucha* y dicotómica de la sociedad cuando no quieren reconocer la Unidad del Estado ni tampoco la NECESIDAD SOCIAL sobre la unidad y la uniformidad del Derecho. Estos autores se apoyan más en “apreciaciones” o juicios subjetivos de valor que en verdaderos datos comprobables en la realidad social o con respaldo o rigor académico. Lo que buscan, realmente, es otra vía política para la “aplicación” de los Acuerdos de Paz ante el resultado negativo de la consulta popular nacional de 1999.

Conviene puntualizar que el Derecho no descansa en lo económico, ni en lo étnico. Ambos son factores que contribuyen a su análisis. Pero, en rigor de verdad, el Derecho descansa en la formulación “justa” de la norma. La Antropología Jurídica pone lo económico o lo étnico (opresor-oprimido) por encima del carácter objetivo de la norma jurídica, ella postula la Razón Económica o la Razón Étnica. En cambio, el Derecho postula la Razón de la Justicia, que se propone, siempre, ser la Razón Objetiva. En este último sentido, el Derecho Consuetudinario es simplemente “el” derecho no-escrito, sin contaminación de lo económico, lo étnico, lo religioso, etc., aunque en la realidad puede estar orientado o determinado por algunos de esos factores pero sin los matices académicos que les confieren antropólogos o sociólogos. La Razón Jurídica supera, así, a la Razón Económica o a la Razón Étnica, porque ella busca siempre la Justicia, mientras que aquellas dos buscan “una” determinada clase de justicia en particular.

Entonces, la reforma al artículo 203 de nuestra actual Constitución, fuera de su carácter no jurídico, opuesta al Derecho, responde a un fondo político de quienes simpatizan con la doctrina de la antigua guerrilla urbana guatemalteca. Y, es verdad, que el pluralismo jurídico no nace de una observación científica independiente, sino de una concepción dialéctica (ahora llamada “plural”) de la sociedad y de la política, de un pluralismo ideológico que postula el relativismo absoluto: “cada quien es libre de hacer lo que le desea”, “cada quien tiene su verdad”, etc., sin asidero a ninguna verdad objetiva que no sea la verdad individual y subjetiva de cada ser humano, y por tanto, de cada grupo o sub-grupo humano ya que la libertad no tendría más límite que la libertad del otro,

sin percatarse que ese “límite”, cuando se roza, conduce, siempre, a la confrontación. En efecto, ese supuesto “límite”, tan difuso y borroso, es el que permite llevar al infinito las posibilidades de la pluralidad ideológica, otra aporía lógica que carece de solución real y razonable. Es aquí donde se percibe, con toda nitidez, el carácter *anti-jurídico* del pluralismo jurídico, en cuanto que se opone (“anti”) a la unidad y a la uniformidad del Derecho, pero también se opone a la Metodología Jurídica y al itinerario histórico del pensamiento jurídico, positivo y iusnaturalista, ambos producto de la tradición romano-canónica. No es “anti-jurídico” en el sentido del Derecho Penal (como un acto que la Sociedad reprocha), sino “anti-jurídico” en el sentido de que contradice o incluso niega los resultados logrados por la Ciencia del Derecho, lo que desde un punto de vista epistemológico es sorprendentemente ilógico puesto que por sus fines y sus métodos cada Ciencia no está en posición de “refutar” a las demás Ciencias, mucho menos de modificarlas al gusto de la otra, o de derrocarlas o derribarlas de sus respectivos logros.

En términos coloquiales puede decirse que no es “normal” que la Antropología Jurídica pretenda “corregir” o enmendarle la plana al Derecho. Sobre todo porque los fundamentos teóricos de la Antropología Jurídica están conformados por análisis sociales o estudios económico-étnico-culturalistas que parten de la dicotomía “opresor-oprimidos”, mientras que los fundamentos teóricos del Derecho provienen de la muy larga tradición jurídica holística que sin negarle realidad a esa dicotomía tampoco se la propone como lo único a transformar, ni derribar, ni tampoco la única realidad a estudiar o “igualar”. Esto nos recuerda, también, que el pluralismo jurídico no nace en el seno del Derecho sino en alguna clase particular de estudios étnico-economicistas realizados por la Sociología del Derecho y por la Antropología Jurídica (en ésta parece haberse extendido con mayor profundidad que en la Sociología del Derecho), donde la Objetividad de los conceptos de Norma, Ley y Justicia no son los mismos que usa el Derecho, puesto que ellos están determinados por la relación binaria opresor-oprimido, mientras que el Derecho supera esa particular relación.

Esto significa que las posturas epistemológicas de la Sociología y/o de la Antropología Jurídicas que proclaman el pluralismo jurídico no se apoyan en estudios objetivos e inclusivos (heurísticos y holísticos) sino en una

especie de neo-marxismo (con la primacía metodológica de la dialéctica). Por ejemplo, el investigador Ordóñez Cifuentes¹⁵ ensayó la idea acerca de la “incorporación” a la Constitución de *“los derechos específicos de los pueblos indios”*¹⁶ a partir de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, pero concluyó que *“si se quiere una justicia eficaz, tenemos que superar una organización judicial cuyas pautas de comportamiento son realmente del siglo XIX. Se requiere de una revisión conceptual... que rebase las perspectivas de la dogmática jurídica y que acepte los aportes contemporáneos... es decir, una visión interdisciplinaria y problematizada que permita una acomodación a la realidad”,* ya que para él *“las contradicciones sociales existentes en la formación económico social de los países de América Latina... [son] el marco político y cultural”*¹⁷ y principal causa de lo que dicho autor identifica como la “desprotección” de los derechos fundamentales de las “poblaciones indias”. No obstante, Ordóñez tampoco centra su análisis en lo jurídico sino asume, sin más, la centralidad que la dialéctica marxista concede a la “base económica” como “el” factor que determina “todo”, incluyendo el Derecho, en menosprecio de la importancia también decisiva que éste, el Derecho per se, tiene tanto en el Sistema Legal como en la misma vida social, ya que cuando habla de *“rebasar las perspectivas de la dogmática jurídica”* está rechazando todo “lo” jurídico (sin percatarse que la Dogmática Jurídica no se quedó anclada en el siglo XIX) pero -al mismo tiempo- él se vuelca completamente hacia *“los aportes contemporáneos”*, en clara alusión a la postura anti-jurídica de la Antropología Jurídica. Para él, todo lo hecho o pensado en el siglo XIX no cuenta, simplemente hay que “superarlo” dejándolo de lado (no continuando sus análisis, que él menosprecia), sin darse cuenta o aceptar -tampoco- que cada generación humana va formando su conocimiento sobre la base del conocimiento de las generaciones anteriores, que el cambio generacional no significa borrar o ignorar lo anterior, pues la sucesión cognitiva de una generación humana a otra es lo que en Epistemología se suele llamar “Historia de la Ciencia”. Está claro que no todo lo anterior fue bueno, ni totalmente cierto, pero también está claro que no todo lo anterior es rechazable, “ignorable”, eliminable o “superable”, ni mucho menos “desechable”.

15. Ordóñez, 2000, págs. 23 y ss., los subrayados no están en el original.

16. Op. cit., pág. 44, los subrayados son nuestros.

17. Op.cit., págs. 23 y 15, respectivamente.

La observación objetiva de la realidad histórica de la Humanidad en general, permite constatar que la transmisión de la cultura desde los ancestros hacia sus descendientes es un hecho indispensable para cimentar el progreso y la felicidad de las generaciones posteriores. Lo “ancestral” no es exclusivo de los “Pueblos Indígenas”, sino que es el modo con que todos los seres humanos trasladan los procedimientos de conservación y de mejoramiento de la Sociedad. Romper esa sucesión cognitiva puede ser fatal para la sobrevivencia, como lo demuestran por ejemplo –cada uno en su contexto- la desintegración de la URSS y el retorno de la actual Federación Rusa a sus antiguas raíces ancestrales, los procesos separatistas dentro del Reino de España (con Cataluña) y el del Reino Unido de Gran Bretaña (con Escocia) donde han quebrado su respectiva ancestralidad, o la actual República Bolivariana de Venezuela donde la tergiversación de su historia nacional ha conducido a una actual polarización social y política nunca antes vista en Hispanoamérica.

Por último, vale la pena conocer que, autores fieles al concepto de “lo plural”, optan por posturas más moderadas (porque no se adhieren totalmente a la dialéctica marxista) del pluralismo jurídico¹⁸ y que configuran lo que ha dado en llamarse Derecho Alternativo, el cual plantea la gradual sustitución o reemplazo del sistema jurídico “estatal” por el “no estatal”, o bien, *“una tercera vía entre el universalismo y el aldeanismo jurídicos. El universalismo pretende la transpolación de un derecho perfecto; el aldeanismo: la defensa de un derecho para cada cultura, un reducto hermético (local) y no receptivo de otras culturas jurídicas”*, posturas que no inspiran la presente reforma constitucional en Guatemala puesto que no aparecen mencionadas en su Exposición de Motivos, ni tampoco en el articulado legal reformista. No obstante, estas otras formas de pluralismo jurídico también defienden la coexistencia *“moderada”* de diversos “derechos” o sistemas normativos distintos entre sí, pero en forma dialogada, consensuada y progresiva, a diferencia de la forma impositiva (por dialéctica) que trae la reforma de mérito, la cual, según parece, está basada en las posturas más extremas del pluralismo jurídico que con toda claridad y nítida franqueza expone el antropólogo Ochoa García¹⁹.

¹⁸. Cfr. Soriano, págs. 199 y ss., y 359 y ss.

¹⁹. Cfr. Ochoa García, 2002, *passim*.

5. EL VERDADERO FONDO DE LA COSTUMBRE y DEL DERECHO CONSUECUDINARIO. SU JURIDICIDAD DESDE EL DERECHO Y SU ANTI-JURIDICIDAD DESDE LA ANCROPOLOGÍA JURÍDICA.

La corriente guatemalteca del pluralismo jurídico basa²⁰ su análisis sobre la confrontación y también la contraposición entre lo que ella distingue como “*derecho estatal*” (que en verdad es realmente el Sistema Legal Vigente) y “*el*” derecho indígena (que el Derecho estudia y asume como una materia del Derecho Consuetudinario). Afirma esta corriente que el Derecho Positivo es un mero “producto” del Estado, cree que el Estado en Guatemala existe sin conexión con el pueblo por lo cual deviene – según los pluralistas- en una “forma política” al servicio de uno o de varios grupos (más o menos dominantes) pero no de los grupos indígenas, a quienes ellos consideran “dominados” y a la vez “mayoritarios”. Sus seguidores aseguran –expresamente- la existencia de “*la*” confrontación entre Estado y Pueblo, que es –en el fondo- una de las bases teóricas de la lucha social marxista. En cambio, el Derecho (cultivado por los juristas) considera que el Estado no está en conflicto con el Pueblo, pues aun cuando pudieran existir ciertos puntos de confrontación entre Estado y Pueblo, el fin ideal –inmediato y mediato- es conseguir la unidad mediante la puesta del Estado al servicio del Pueblo, de modo que resulta indispensable equilibrar ordenadamente (hasta donde ello es factible, razonable y admisible) sus relaciones mutuas, sin llegar a la eliminación o al sometimiento de uno u otro de los sujetos de la confrontación, ni tampoco aumentar los roces o el conflicto al infinito, para cuyo efecto el criterio no siempre radica en seguir la voluntad de la mayoría simple sino también, en ocasiones de especial relevancia, los valores humanos y sociales integradores y de éstos los más justos.

A partir de esos diferentes puntos de vista, el Derecho considera que la Costumbre y el Derecho Consuetudinario contienen elementos generales de la vida social que pueden ser moldeados por el Derecho e incorporarlos al Sistema Legal Vigente cuando se acoplan o empalman con los principios jurídicos (que todos tienden hacia “*la*” Justicia como máximo valor de la convivencia social) del Sistema, de tal modo que la realización concreta y efectiva de los valores sociales conducirá la

²⁰ Conferencia, 2003, págs. 22 y ss., 45 y ss.

vida de la Sociedad por el cauce de “la” Justicia y conseguir el Bienestar Común tanto material como moral. En cambio, para la Antropología Jurídica, la Costumbre y el Derecho Consuetudinario son expresiones de vida “exclusivas” de los grupos “dominados” que debieran superponerse al Sistema para conseguir, según ellos, la Justicia por la mayoría simple, sin consideraciones jurídicas y sociales epistemológicas ni tampoco históricas. Esto convertiría a la Costumbre y al Derecho Consuetudinario como “algo” anti-jurídico, es decir, contra el Derecho, y por tanto no conduciría a lograr el Bienestar Común para “todos” sino –aparentemente- sólo aquellos que de “dominados” pasarían a ser los “dominantes o dominadores”.

Veamos, por ejemplo, la influyente postura en Guatemala expuesta por la abogada pluralista peruana doctora Yrigoyen Fajardo²¹ quien asegura que por el hecho de añadir la categoría (como adjetivo) “Derecho” a lo Consuetudinario *“se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas... sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades y procedimientos”*. Ella confunde, nótese bien, el concepto de “Derecho” con el concepto de “Sistema” (que aquí hemos asimilado al de “Orden” u “Ordenamiento Jurídico”). Por el contrario, el Derecho distingue entre ambos conceptos para diferenciar la Ciencia (epistemológicamente considerada) del conjunto o Sistema Ordenado (axiológicamente considerado) de objetos-cosas-cualidades que rigen las relaciones individuales y sociales que permitan realizar valores, en particular la Justicia. La misma autora²² asegura que el término *“costumbre se define en oposición a la ley escrita y general producida por el Estado”*; donde claramente se ve su posición estrictamente binárica-en-lucha y dialéctica, refutada por el Derecho porque ve en la Costumbre una fuente del Derecho, es decir, el principio de aquello que puede llegar a convertirse en una norma vigente, pero no el Derecho en sí mismo, ni tampoco como una norma opuesta al Derecho porque éste estudia toda clase de normas (escritas y no-escritas) y también establece cuáles normas pueden llegar a integrarse al Sistema, cuáles estarían en proceso o en camino de incorporarse al Sistema, cuáles nunca podrían incorporarse al Sistema y cuáles deben suprimirse o “salir” de él.

²¹. 1999, pág. 16.

²². Op. cit., pág. 14. El subrayado no aparece en el original.

En efecto, la postura de la Ciencia Jurídica es opuesta a la de la así llamada “Antropología Jurídica”, puesto que al proponer puntos de vista opuestos al Derecho no es justo llamarla “Jurídica”, sino –quizá– “anti-jurídica”. García Máynez²³, con su habitual y profunda persuasión lógica, entiende que las costumbres son “los convencionalismos” que constituyen la “manifestación de prácticas colectivas a las que la sociedad atribuye fuerza vinculante. No se trata de simples regularidades de orden fáctico, sino de normas de conducta social. Su estructura (lógica) no queda expresada, como en el caso de las costumbres no obligatorias, por la fórmula si S es, suele ser C, sino por esta otra: si S es, C debe ser”. Distingue, pues, entre costumbres (convencionalismos) obligatorios de los no obligatorios, donde las no obligatorias se quedan en el campo de la unilateralidad y de la incoercibilidad, mientras que las obligatorias se caracterizan por su bilateralidad (exigibilidad por otro de la conducta *debida*) que conlleva, generalmente, su coercibilidad y por tanto su observancia dentro del Ordenamiento Jurídico. En ese sentido, considera por “derecho consuetudinario” la norma colectiva (o “práctica”) que invocada en juicio es admitida por el juez (*opinio iuris*) quien ordena su cumplimiento porque reconoce en ella su externalidad y su coercibilidad. Aquí se advierte que la costumbre puede llegar a ser “derecho” cuando es admitida en los procesos jurisdiccionales. Y más allá de la “aplicabilidad” de la costumbre, García Máynez²⁴ llega al campo conceptual y advierte que “el hecho de que la palabra “leyes” se aplique tanto a las de la naturaleza como a las que emanan de la actividad del legislador, de la costumbre, del sentimiento ético o de la relevación religiosa, encuentra su explicación en la historia de la formación de los conceptos. La noción de ley –en el sentido de norma– surgió en el círculo de representaciones de la política, y fue elaborada por la ciencia jurídica más antigua”.

Esta postura, realmente jurídica, guarda congruencia con la más “antigua” (pero no anacrónica, ni desfasada o “superable”) consideración que nuestro legislador de 1,877 tuvo con respecto de la costumbre, quien en su informe al Presidente de la República (Exposición de

²³. 1977, pág. 109 y ss.

²⁴. 2007, pág. 9. Los subrayados son propios.

Motivos de nuestro primer Código Civil) dijo²⁵: “La costumbre contra la ley deroga las leyes escritas, claras y terminantes. La costumbre fuera de la ley establece un derecho tan coercitivo como si procediera directamente del poder que legisla. La costumbre según la ley son las prácticas judiciales que sirven de norma en la interpretación de leyes dudosas preexistente. Admitida esta triple división ningún juriconsulto, ningún juez puede SABER QUÉ LEYES SE HALLAN VIGENTES Y CUÁLES ESTÁN DEROGADAS, PORQUE BASTA UNA COSTUMBRE QUE NO SE PROMULGA PARA ABROGAR UNA LEY ESCRITA. Esta costumbre no emana del Poder Legislativo y se falta al gran principio del régimen constitucional moderno, según el cual solo las Asambleas, Cortes o Cámaras Legislativas tienen la facultad de dictar las leyes, EN EL ORDEN NORMAL. Las mismas irregularidades contiene la teoría de la costumbre fuera de la ley. TANTO UNA COMO OTRA CARECE DEL REQUISITO DE LA PROMULGACIÓN... La costumbre según la ley, no debe mirarse como un derecho no escrito, sino como una interpretación que dan los Jueces según sus opiniones y sus creencias, y que no obliga a otros Jueces que tengan otras opiniones u otras creencias”.

Tales ideas se corresponden, a su vez, con el pensamiento jurídico de aquél momento, expresadas por uno de los más importantes juristas y funcionarios del gobierno: “la costumbre no tiene fuerza de ley, por que no es obra del Poder Legislativo... la costumbre ó derecho no escrito... el uso general ó práctica de ciertos hechos durante un tiempo mas ó menos largo, no solamente tenía el carácter de ley sino que podía derogar las leyes anteriores é interpretar las dudosas. Así, había costumbre fuera de la ley, contra la ley, y según la ley... La costumbre no puede en realidad sostenerse... es exacto tambien que si se diera á la costumbre el carácter de ley, se faltaría al gran principio del régimen constitucional moderno, según el cual solo las Asambleas, Cortes ó Cámaras Legislativas, tienen la facultad de dictar leyes en el órden normal, y se impondría la obligación de observar una prescripción que carece del requisito esencial de la promulgación ó publicación (que hemos llamado “registro”), sin el cual, ni las mismas leyes escritas, tienen fuerza”²⁶.

²⁵. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de 1877, págs. IV y V. Las mayúsculas no aparecen en el original. La ortografía original se adecuó a la ortografía moderna. El sentido del término “promulgación” equivale al sentido que en la nota 2 vimos del término “registro”.

²⁶. Cruz, 1882, págs. 18 y 19. Se conservó la ortografía del original.

El afamado profesor Kelsen²⁷, también expresa que *“el derecho de la costumbre es un derecho sin legislador (legislator): las normas morales, al igual que las normas legales, pueden ser generadas a través de su establecimiento por parte del acto volitivo de una personalidad autoritaria”, donde el acto volitivo se funda en la categoría general del “deber ser” puesto que “una norma sólo puede ser generada por medio de un acto volitivo dirigido deliberadamente a su creación, sino también a través de la costumbre; es decir, como un resultado del hecho de que los hombres realmente suelen comportarse de una manera determinada”, pero, no obstante, “en muchos casos, no resulta apropiada la suposición de que lo que sucede por regla general también debe suceder... un ordenamiento jurídico positivo puede excluir la aplicación del derecho de la costumbre, cuya validez descansa en la suposición mencionada”, es decir que, si la aplicación de la Costumbre resultase siempre provocando un resultado que el Derecho no aprueba o no espera, la Costumbre jamás sería reconocida o aplicada por el Sistema Legal Vigente. Por esa razón, el Derecho debe abordar el estudio de la Costumbre para adaptarla o acomodarla al Sistema Legal, cuya Unidad estaría en juego en caso que la Costumbre se aplicase ineluctablemente, aun contra Derecho, sólo por el prurito del “respeto” a la Costumbre.*

Adviértase, pues, que el Derecho viene desde mucho tiempo atrás considerando la posibilidad de observar la Costumbre y de aplicarla en casos concretos, como si fuese una norma de derecho vigente, cuando con ella se consigue “la” Justicia, tarea titánica basada en esfuerzos de todas las culturas anteriores a la nuestra. El Derecho no es, pues, ningún conjunto de normas elaboradas para imponer la voluntad de la clase dominante a las clases dominadas. No. El Derecho trata de construir el Sistema Legal por encima de la lucha de clases (tomando de ésta lo que puede ser útil) y propone la observancia o cumplimiento de la Costumbre pero a través de los métodos netamente jurídicos que tengan por objetivo la unidad, coherencia y uniformidad de la codificación y de la jurisprudencia, sin recurrir al opaco, equívoco, dispersador, segregante y difuso discurso (que no “concepto”) del pluralismo jurídico respecto del cual, en nuestro país, los juristas tanto como los antropólogos y los sociólogos tienen mucho, pero muy mucho, por hacer y por reflexionar.

²⁷. 2007, pág. 288, 20 y 22, respectivamente. Los subrayados no son de Kelsen.

A diferencia de los métodos signados por la dialéctica (hegeliana o marxista), el Derecho no se reduce ni enfrasca en las contradicciones y en las luchas. Usa la amplitud del método comparativo para contrastar unos objetos con otros, y si de tal comparación aparece un conflicto, tampoco lo elude, sino lo analiza buscándole solución para luego cosechar los frutos positivos del conflicto, pero no vuelve a él, en un eterno retorno, ni tampoco se recrea en los conflictos como le acontece a toda postura dialéctica. Los métodos del Derecho se trazan la Justicia como valor supremo a realizar en la vida cotidiana y en la convivencia humana a largo plazo, y por eso también contemplan los aspectos dialécticos de las relaciones entre las cosas (cuando éstos acontecen en la realidad, no en el gabinete), pero bajo el entendido que ellos constituyen solamente una faceta, una parcela, de la realidad y de los ámbitos de estudio del Derecho, razón por la cual éste se encumbra y supera los análisis dialécticos para proseguir su tarea en la consecución de la Justicia a través de las diversas corrientes metodológicas sin aferrarse a ninguna en particular, puesto que la Verdad no se encuentra en los métodos, sino en los valores. Por esto mismo, puede decirse que el carácter de la metodología jurídica, a diferencia del de la metodología de la Antropología Jurídica, es holístico.

Esto nos lleva a considerar que la Costumbre, tratada desde el Derecho, obtiene la categoría epistemológica de su juridicidad cuando no distorsiona, se oponga o contradiga al Sistema u Orden Jurídico, ni tampoco pretenda derogar o abrogar el Sistema Político, aunque pueda modificarlo o contribuir a su evolución dentro de los límites del Derecho y del Sistema Legal Vigente, del cual derivará la legitimación que necesita todo cambio social, a diferencia de los cambios violentos que se legitiman en su fuerza pero nunca en la Razón. En cambio, vista desde la Antropología Jurídica o desde una Sociología del Derecho izquierdista, puede decirse que la Costumbre es anti-jurídica (es importante repetirlo) en cuanto se la concibe como opuesta al Orden Jurídico pues se la ve como la norma “no-oficial”, la norma “no-estatal”, cuando el Derecho la considera como una “norma sin legislador” porque es producto, siempre, de un acto volitivo individual o colectivo que marca la conducta humana. Aquí vemos el choque de la Razón Objetiva contra la Razón Étnica, de la Razón de la Unidad contra la Razón de la Pluralidad, de la Razón de Estado contra la Razón Comunal-Local.

6. LAS VERDADERAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO, LA SOCIOLOGÍA, LA ANTRPOLOGÍA Y LA FILOSOFÍA.

En cuanto Ciencias autónomas las relaciones entre ellas tres debe ser de intercambio de información y de verificación de datos, algo que suele llamarse “diálogo académico” o científico, pero no de imposición o de derogación de una contra otra, como parece que pretende la Antropología Jurídica con respecto del Derecho Guatemalteco. No estamos en contra de las conclusiones a que cada una arribe, puesto que su respectiva metodología las conduce a puntos realmente diversos, pero sí estamos en contra de un mal uso de sus propias conclusiones para justificar posturas políticas que no pudieron triunfar en las urnas de la consulta popular de 1,999.

El Derecho ha llegado a constatar que la eficacia de la Norma Jurídica consigue también la Igualdad Social pero entre iguales, no igualdad entre distintos (valor que la Antropología Jurídica quiere lograr a través del pluralismo jurídico, cuyo resultado resultará en la segregación de grupos sociales que antes habían estado unidos). Para el Derecho toda norma goza de eficacia en la medida que ella es cumplida normalmente y sin coerción pública, es decir que mediante el solo cumplimiento individual o la aplicación “oficial” de la Norma Jurídica el Derecho logra la Justicia, valor mayor y supremo por encima del de la Igualdad²⁸; cuando el Estado debe coaccionar la voluntad de los ciudadanos para cumplir las normas, entonces la Unidad del Estado y la Uni-Formidad del Derecho es indispensable, exigencia que sería imposible cumplir para un Estado Jurídicamente Plural.

Los métodos del Derecho no son productos puros del Derecho. Los ha tomado de la Filosofía. En su aspiración holística el Derecho no podría erigirse en creador de sus métodos. Pero se los apropia cuando los somete a la reflexión y consideración de la norma. En vista de que el proyecto de reforma del art. 203 de nuestra Constitución involucra el corrimiento-movimiento de la estructura del Organismo Judicial hacia una posición de debilidad y de incertidumbre, so pretexto de nuestra multiculturalidad, debe señalarse que en ella no se toma en cuenta que la Costumbre

²⁸ Cfr. García Máynez, 1977, *passim*; Kelsen, 2007, *passim*; Soriano, 1997, *passim*; Villegas Lara, 1996, *passim*.

puede, y debe, aplicarse conforme a los métodos jurídicos y dentro de la institucionalidad jurídica, no fuera de ella o en contra de ella. No negamos la pluralidad de nuestra realidad social. Pero no le concedemos el lugar primigenio, predominante y exclusivista que los inspiradores de la reforma constitucional propuesta quieren concederle dentro del espectro de las posibles soluciones de la problemática social guatemalteca con respecto del Derecho Consuetudinario, puesto que ella en sí misma no es “un problema” sino más bien el componente o la materia misma de esa multiproblemática nacional, que contiene y representa todo lo que somos y todo lo que hemos hecho los guatemaltecos, sin renegar de nuestro pasado que por negativo o positivo es realmente nuestro pasado sobre el cual debemos construir nuestro Derecho y mejorar nuestro Estado pero mirando hacia un único y uniforme futuro.

En ese sentido, la reforma constitucional (en cuanto a elevar a tan alto rango jurídico el Derecho Consuetudinario) podría tener pertinencia si se la introduce por la mera vía del Derecho, en lugar del atajo dialéctico que propone la reforma constitucional en la postura más extrema de la Antropología Jurídica.

7. OTRA SOLUCIÓN. NUESTRA SUGERENCIA.

A la vista de los argumentos expuestos, es pertinente considerar que la población guatemalteca puede aceptar la modificación del art. 203 de nuestra Constitución Política, siempre que la misma se realice manteniendo la jurisdicción única o también llamada “exclusividad” de la potestad jurisdiccional en el Organismo Judicial, que impide la erección pero incierta, confusa y difusa de jueces o de juzgados de ámbito local (mal llamados “de Derecho Consuetudinario”) dentro de cuya erección o creación no se ve, tampoco, claridad, certeza, ni precisión. Esto se debe a la colisión de los resultados conseguidos por el Derecho a través de métodos jurídicos (racionales y objetivos, históricos) con el método dialéctico (de permanente colisión o anti-tesis, frecuentemente ahistórico) que usa la Antropología Jurídica.

Pero al reformar el citado artículo 203 debe facultarse al Organismo Judicial para ensanchar la observancia y aplicación del Ordenamiento Jurídico hacia y hasta el Derecho Consuetudinario en los ramos de familia

y lo civil, en la esfera del Derecho Privado, y al derecho administrativo en la esfera del Derecho Público, únicamente allí, por lo que deberá excluirse del ramo penal, puesto que de esa forma se facilitaría el cumplimiento del Derecho Consuetudinario comenzando por la civilidad de la sociedad, en el ámbito donde la coerción no llega a los castigos (que es la naturaleza y la razón de ser del derecho penal) sino al mero cumplimiento de las normas, ya sea formales o ya consuetudinarias. Tampoco debe ampliarse hacia la rama del derecho tributario o fiscal, a fin de que el cobro de tributos, tasas, arbitrios, impuestos, etc., quede dentro de la competencia de las autoridades formalmente establecidas, pero es pertinente que las costumbres existentes localmente entre la administración pública (municipalidades, incluso comités de agua, pro caminos, etc.) también se regulen conforme a las costumbres que, es notorio, mantienen desde hace mucho tiempo.

El propósito del presente cuaderno es poner en el debate universitario pero ante y para el pueblo de Guatemala, la reforma de mérito. En este sentido, se sugiere una manera diferente de reflexionar la reforma puesto que se reconoce la pertinencia de la misma, y que, sujeta a discusión razonada, podría quedar de la siguiente manera:

“Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad en juzgar.

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

Los jueces y los tribunales de justicia deberán observar y hacer cumplir el derecho consuetudinario en materias del derecho de familia, del derecho civil y del derecho mercantil cuando sea invocado en los asuntos sometidos a su conocimiento y no se produzca prueba en contrario. Actuarán en igual forma cuando en asuntos de derecho administrativo, incluyendo el derecho electoral, se invoquen costumbres contra las que no se produzca prueba en contrato. Quedan expresamente excluidos del ámbito del derecho consuetudinario los asuntos correspondientes al derecho tributario y al derecho penal, los cuales se resolverán conforme a normas expresas formalmente en vigor.

Para la eficacia del derecho consuetudinario, cada sentencia dictada en la que se aplique el mismo, deberá ser recopilada por el departamento competente del Organismo Judicial y publicada convenientemente en la Gaceta del Organismo Judicial. Además, la Corte Suprema de Justicia queda obligada a hacer uso de su iniciativa de ley para proponer al Congreso de la República la promulgación de las leyes que establezcan la coordinación entre las normas de derecho consuetudinario de las regiones del territorio nacional que no guarden congruencia o compatibilidad entre sí, a fin de establecer las regiones donde se observa determinado derecho consuetudinario con respecto de las otras regiones donde éste sea distinto”

El texto en color negro corresponde a la norma vigente. El texto en color azul corresponde a la propuesta que aquí se sugiere.

Nuestra propuesta busca deshacer la oposición entre Razón Jurídica y Razón Económica, entre Razón Jurídica y Razón Étnica, entre todas las cuales debe primar la Razón Jurídica. Se basa en la unidad del Derecho y de la sociedad en la que se aplica. Busca la convivencia pacífica de los grupos, aunque diversos, que conforman la sociedad. Reconoce las diferencias y, por eso mismo, propone aplicar Justicia con Orden y con Igualdad. Los cambios sociales no tienen porqué ser bruscos, ni violentos, sino graduales y pacíficos.

POST-SCRIPTUM.

Unos días después de terminado este ensayo, el sábado 24 de junio de 2017 el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala celebró Asamblea

General Extraordinaria en la que se ventiló y se decidió sobre la postura oficial del Colegio respecto del conjunto total del proyecto de las Reformas Constitucionales. El resultado de la votación final fue el de 100 votos en contra y 5 a favor, aproximadamente. Es evidente que los juristas no podemos respaldar intenciones legislativas opuestas al Derecho.

FUENTES DE INFORMACIÓN (Bibliografía Mínima).

- **Castillo González, Jorge Mario.** “*Constitución Política Comentada*”. Edición del autor. Guatemala. 2001.
- **Cojtí, Demetrio.** “*La Difícil Transición al Estado Multinacional. El Caso del Estado Monoétnico de Guatemala. 2004*”. Editorial Cholsamaj. Guatemala. 2005.
- **Cojtí Cuxil, Demetrio, et al.** “*Nuevas Perspectivas Para la Construcción del Estado Multinacional*”. Editorial Cholsamaj. Guatemala. 2007.
- **Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya. Oxlajuj Ajpop.** “*Derecho de la Nación Maya K’iche’*”. Editorial Serviprensa. Guatemala. 2001.
- **Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya. Oxlajuj Ajpop.** “*Del Monismo Jurídico al Pluralismo Jurídico. Compendio sobre Pautas de Coordinación entre Derecho Maya y Derecho Estatal*. Sin Editorial. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guatemala. 2003.
- **Cruz, Fernando.** “*Instituciones de Derecho Civil Patrio*”. Tomo Primero. Tipografía “El Progreso”. Guatemala, 1882.
- **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS** de 1877 o “*Informe de la Comisión Codificadora al Señor Presidente de la República*”, 5 de febrero de 1877. CÓDIGO CIVIL de la República de Guatemala. Con el Prólogo de la Comisión y el Código de Procedimientos Civiles. Imprenta “El Progreso”. Guatemala. 1877.
- **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.** *Reforma Constitucional en Materia de Justicia*. Guatemala, 5 de octubre de 2016. http://www.reformajusticiagt.org/wp-content/uploads/2016/10/Proy_Ref_Constitucional.pdf
- **García Máynez, Eduardo.** “*Filosofía del Derecho*”. Editorial Porrúa. México. 1977.
- **García Máynez, Eduardo.** “*Importancia de la Teoría Jurídica Pura*”. Editorial Fontamara, Colección Argumentos. México. 2007.
- **Kelsen, Hans.** “*Teoría General de las Normas*”. Editorial Trillas. México. 2007.
- **Ochoa García, Carlos.** “*Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*”. Editorial Cholsamaj. Guatemala. 2002.

- **Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando.** *“Justicia y Pueblos Indígenas”*. Magna Terra Editores, Guatemala, 2000, 2ª. Edición.
- **Recaséns Siches, Luis.** *“Estudios de Filosofía del Derecho”*. Editorial Bosch. España. 1936.
- **Soriano, Ramón.** *“Sociología del Derecho”*. Editorial Ariel. España. 1997.
- **Villegas Lara, René Arturo.** *“Elementos de Introducción al Estudio del Derecho”*. Tipografía Nacional. Guatemala. 1996.
- **Yrigoyen Fajardo, Raquel.** *“Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal”*. Fundación Myrna Mack. Guatemala. 1999.

EFECTOS DEL AMPARO EN MATERIA DE ARBITRAJE

Alfredo Sánchez Chinchilla*

INTRODUCCIÓN

La presente obra se basa en el arbitraje mercantil, desarrollándose por el método deductivo, descendiendo desde aspectos generales a los particulares o específicos; verbigracia, inicia su estudio en los antecedentes del arbitraje así como sus generalidades, avanzando por la justicia constitucional y el amparo como acción y proceso, enfocado en el análisis específico del trámite y seguimiento de esa intervención judicial amparista y sus efectos materiales y procesales en materia de arbitraje, verificando si éstos son positivos o negativos con base en el propio planteamiento de esa acción constitucional. El objeto primordial del arbitraje es resolver conflictos, rápida y extrajudicialmente, sin embargo, puede ser judicializado cuando las partes recurren al amparo, mismo que en su camino podría llegar a degenerar la esencia de ésta herramienta componedora, aunando el riesgo de los intereses de la contraparte, sin olvidar el hecho que el arbitraje se detiene y se estanca provocando una demora que podría deparar en detrimento de éstos intereses. No obstante, no hay ámbito que no sea susceptible de amparo; y aunque sea extrajudicial, en el arbitraje jamás dejarán de existir la tutela judicial efectiva de las partes ni el control constitucional que el mismo tribunal arbitral ejerce en funciones.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado y Notario por la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Maestro en Derecho Tributario-Financiero. Especialista en Derecho Arbitral y Medios Alternos de Solución de Conflictos. Abogado litigante y Notario en sede independiente. Analista de Riesgos en Derecho Societario, Corporativo y Empresarial. Asesor Jurídico de la Municipalidad de Mazatenango. Catedrático Universitario.

SUMARIO:

Introducción.

1. La jurisdicción constitucional como mecanismo de defensa frente a la vulneración de las garantías constitucionales efectivas en el arbitraje.
2. Amparo Vs Arbitraje: Se advierte un exponencial problema.
3. Incidencias Procesales más importantes en el Arbitraje.
4. Efectos del Amparo en Materia de Arbitraje.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

EFFECTOS DEL AMPARO EN MATERIA DE ARBITRAJE

La jurisdicción constitucional como mecanismo de defensa frente a la vulneración de las garantías constitucionales efectivas en el arbitraje.

El ordenamiento jurídico en países como el nuestro donde impera un Estado de Derecho Constitucional, tiene una estructura piramidal. En la cúspide de dicha estructura tenemos a la Constitución Política de la República, y se instituye como el principio y fundamento de cualquier ley; y con el hecho de que Guatemala promulgara la ley de arbitraje y reconociera y ratificara diversos tratados y convenios en materia de arbitraje, lo sujetó a éste desde su nacimiento a un marco de subordinación, legalidad, juridicidad y supervisión constitucional. Estos presupuestos otorgan al arbitraje la calidad de institución procesal de carácter legal y extrajudicial con jurisdicción privativa que tiene por objeto resolver conflictos de materia arbitrable que surjan entre partes, relevando así a la función judicial en forma alterna. Al arbitraje como proceso le son aplicables todos los principios que rigen al mismo, así como todas las garantías y derechos fundamentales constitucionales que asisten a los sujetos procesales. Los derechos fundamentales de carácter procesal y material que posee una persona según la ley, pueden definirse como el principio legal por el cual se reconocen y respetan los límites a los procedimientos legales de observancia obligatoria para los jueces y demás administradores de justicia. De la naturaleza jurídica atribuida al arbitraje en Guatemala deviene que los árbitros están obligados a respetar los derechos fundamentales de las partes, entre ellos, sin que los siguientes sean limitativos: todas aquellas garantías componentes del debido proceso que forman parte del denominado orden público constitucional, y que tendrían, entre otras, las siguientes manifestaciones:

- a) El respeto a la supremacía de la Constitución Política de la República de Guatemala. Uno de los principios fundamentales que informa al derecho guatemalteco es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución, y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. Esa superlegalidad se

reconoce absolutamente en tres artículos de la Ley Fundamental: el 44 que dispone que serán nulas ipso jure –de pleno derecho– las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza; el 175 que afirma que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones y que las que violen o tergiversen sus mandatos serán también nulas ipso jure; y el 204 que establece que los tribunales de justicia –y los de arbitraje– en toda resolución o sentencia, observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado.

- b) La sujeción de los árbitros a la jurisprudencia o doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad, indubitadamente. Esto, en el sentido que del principio de supremacía del que se habla en la literal anterior, se deriva el de la jerarquía normativa, que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez de la inferior, así como la jurisprudencia, pues es fuente formal del Derecho.
- c) El tribunal arbitral debe mantener el control interno constitucional y aplicación de los principios del debido proceso y derecho de defensa dentro de la propia autonomía del arbitraje, la competencia de la competencia arbitral y la no interferencia judicial.

El derecho a un debido proceso, entendido tanto en su faz procesal –como conjunto de garantías que rigen la actividad de los órganos encargados de resolver conflictos– como en su faz sustantiva –que implica el derecho a que la decisión que se emita sea objetivamente justa, dentro de los límites provistos por el Estado Constitucional de Derecho y los derechos fundamentales–¹, constituye en sí mismo un derecho fundamental, pues es inherente al ser humano o del sujeto de derecho en general, en tanto

¹ La Corte de Constitucionalidad de Colombia ha definido un derecho fundamental en función de “su íntima relación con la existencia y desenvolvimiento del ser humano en cuanto poseyendo una dignidad humana que le es inherente, es menester proceder porque así se salvaguarda también dicho ser”. Sentencia del 29 de marzo de 1993 sobre demanda de tutela citada por HUERTA GUERRERO, Luis. “Jurisprudencia Constitución e Interpretación de Derechos Fundamentales”. En: Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Ensayos, jurisprudencia. Serie Lectura sobre Temas Constitucionales. Comisión Andina de Juristas, No. 13, Lima, 1997, página 56.

asegura su dignidad y desenvolvimiento dentro de una sociedad. Por ello, los derechos fundamentales existen más allá de su consagración en el texto legal constitucional. Específicamente, tratándose del derecho al debido proceso, éste garantiza a los justiciables el acceso a la justicia, entendido como valor fundamental de la vida en sociedad. Entonces, cuando las partes someten sus conflictos a arbitraje, no implica renuncia alguna a su derecho fundamental a un debido proceso ni demás derechos fundamentales, de los que gozan simplemente por ser sujetos de derecho. Aceptar lo contrario, implicaría afirmar que al arbitraje se encuentra fuera del Estado de Derecho, lo que resulta inconcebible en cualquier sociedad que se tilde de civilizada y democrática. Como señala Ostos, *“Por encima de la autonomía de la voluntad de las partes, presente a lo largo de toda la Ley de Arbitraje y cuyo máximo exponente se encuentra en el convenio arbitral, que libre y soberanamente acuerdan, está el derecho constitucional de éstas a la tutela judicial efectiva”*.²

En cuanto a los arbitrajes de derecho, no cabe duda de la necesaria vinculación que debe existir entre la decisión y el ordenamiento jurídico, en el que sin duda se incluye a la Constitución Política del Estado. Sin embargo, en la doctrina internacional existen serios reparos en considerar que éste deber también rija para los arbitrajes de conciencia, pues en esa clase de arbitraje, las partes confían a un tercero la solución de un conflicto, otorgándole el poder de decidir y hacer valer sus decisiones con base en una relación de absoluta confianza y hasta de fe en sus calidades personales y profesionales, dándoles a las partes la garantía de que lo que resuelva sería una decisión imparcial y justa; sin embargo, al pactar un arbitraje de conciencia, las partes no liberan al árbitro del deber de respetar sus derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva y el debido proceso, pues siempre concurren los elementos que configuran la naturaleza jurídica propia del proceso arbitral y el respeto constitucional debido. Si bien el árbitro podrá dejar de invocar normas del ordenamiento jurídico, resolviendo esencialmente según sus conocimientos –leal saber y entender–, ello no obsta a que deba respetar los derechos fundamentales de las partes, así como las disposiciones imperativas que los contemplan. Aceptar lo contrario

² OSTOS, Martín. *“El Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral”*. En: Comentario Breve a la Ley de Arbitraje, coordinado por Lorca Navarrete. Bilbao. 1989. Página 75.

es admitir que cuando se pacta un arbitraje de conciencia, se acuerda también mantenerse al margen del Estado de Derecho, lo que resulta claramente insostenible en nuestro sistema jurídico. En consecuencia, y en la medida que la Constitución es la norma fundamental que contiene las bases esenciales –de principios y valores– que regulan las conductas en nuestra sociedad, es claro que las disposiciones que contiene deben regir los actos de todos, incluyendo a los árbitros y a las partes que intervienen en el conflicto. De este carácter fundamental de las garantías y derechos como el de la tutela judicial efectiva, del debido proceso y derecho de defensa, se concluye que resultan de aplicación absoluta en cualquier proceso o procedimiento, sin excepción, ya sea judicial, arbitral, castrense, administrativo, etc. Como consecuencia de ello, ningún tercero que pretenda solucionar un conflicto se encuentra exento de su cumplimiento, sea o no un órgano estatal; pero en caso de afectación o potencial amenaza, es allí donde el titular se encuentra en aptitud de recurrir a los mecanismos de defensa constitucional para conseguir su inmediata restauración o efectiva protección. Dichos mecanismos nos remiten en específico al que nos ocupa, el Amparo. Y es que, no hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procede siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

Conforme a lo anterior, se halla la razón por la que el mismo tribunal arbitral debe realizar un control interno constitucional subjetivo y objetivo para garantizar los derechos fundamentales de las partes. No obstante, no puede dejar de reconocerse que en el arbitraje existe posibilidad de que surjan casos de violaciones flagrantes al debido proceso, al derecho de defensa y demás derechos fundamentales que puedan generar irreparabilidad de los daños sufridos, con lo cual el inicio de un proceso arbitral carece de toda eficacia práctica, conllevando, en la mayoría de los casos, a dejar abierta la posibilidad de una pretensión indemnizatoria, a través de un proceso de responsabilidad civil, si fuera el caso. Así mismo, existe la posibilidad que se emitan laudos arbitrales o actuaciones arbitrales que resulten lesivos a la tutela procesal efectiva, en cuyo caso, quien se considere afectado podrá recurrir a la justicia constitucional como mecanismo postrimero en búsqueda de la restauración del derecho violentado en contexto de la acción de

amparo y su aplicabilidad en el arbitraje. A manera de recomendación, debe observarse el principio de definitividad del amparo para recurrir a éste dentro del arbitraje, pues en la práctica si una resolución arbitral, ya sea de trámite o de fondo, no favorece los intereses de alguna parte, la actitud iterativa es judicializarlo con el amparo, sin importarle al amparista que esta práctica o artimaña, a la postre resulta improcedente y sin lugar en la gran mayoría de veces. La interposición del amparo en el arbitraje ha mermado su eficacia en Guatemala, pues suspende su tramitación y también suspende los efectos procesales del mismo, como lo son la ejecución y revisión del laudo arbitral, en su caso; y con ello aparejan la dilación prolongada del proceso de arbitraje y la solución al problema inicial, siendo así que a raíz de esta mala práctica tribunalicia amparista, se ha venido arraigando y constituyendo un problema jurídico real dentro del actual sistema alterno de resolución de conflictos en Guatemala, al promover un amparo por la más mínima resolución contraria a los intereses de una parte, provocando que el arbitraje siga siendo una bella durmiente en el bosque de las leyes y la judicialización.

AMPARO VS ARBITRAJE: SE ADVIERTE UN EXPONENCIAL PROBLEMA.

Hoy, debido al crecimiento exponencial de la producción de bienes y servicios y de las transacciones comerciales regionales, nacionales e internacionales, el arbitraje se utiliza con mayor regularidad para solucionar controversias que puedan surgir entre particulares, entre particulares y los Estados, y entre los mismos Estados. El arbitraje, luego de una remozada experiencia, también nos brinda una serie de respuestas a los nuevos problemas. El arbitraje viene a constituir un importante instrumento de resolución de conflictos dentro del mundo empresarial y de los negocios, pues es el más usado en ese ámbito, enriqueciendo el principio pro arbitraje, que es la normativa creada o formulada por las partes para regir sus posibilidades y diferendos, convirtiéndose en una poderosa fuente de Derecho que suele ser desatendida, y no es estar exagerando. El uso del amparo por las partes dentro del trámite del arbitraje, atendiendo, según ellas, a garantizar el debido proceso y otras garantías constitucionales que les asiste en el arbitraje, no es otra cosa sino una evidente arbitrariedad o abuso en el uso del amparo en materia arbitral, aparejando la problemática de que el desmedido y

muchas veces innecesario uso de esa acción constitucional únicamente tiende a detener y estancar por tiempo indeterminado, eminentemente extenso y degenerar los procesos arbitrales; y así, no únicamente se desvía el objeto de resolver conflictos rápidamente, sino como daño colateral, pone en riesgo los intereses, dineros y hasta el propio giro comercial de las entidades o partes que han recurrido a la vía arbitral. El amparo puede interponerse en cualquier fase o instancia del proceso arbitral.

INCIDENCIAS PROCESALES MÁS IMPORTANTES EN EL ARBITRAJE.

Deben observarse obligatoriamente los recursos y remedios procesales aplicables al arbitraje para no desnaturalizarlo. Este tema deriva en las incidencias procesales del arbitraje.

Del Amparo. En el trámite del arbitraje, tanto en su fase de conocimiento como en la ejecución y revisión del laudo arbitral, se interponen amparos ante cualquier órgano jurisdiccional, desde uno del orden penal, hasta un juzgado de paz, remitiéndose a donde corresponde. Sin embargo, en Guatemala la acción de Amparo está muy lejos de ser el medio idóneo para garantizar y proteger un derecho dentro del proceso arbitral. Así mismo, pudo evidenciarse que el arbitraje se detiene y no avanza, atentando en el acto, con la celeridad del arbitraje, pues su objetivo principal es resolver conflictos de la forma más rápida posible. Las instancias ulteriores del arbitraje, la revisión y la ejecución del laudo arbitral, también se afectan al detenerse debido al amparo; y dicho retraso puede verse hasta por varios años mientras el amparo se resuelve, ya que en Guatemala estadísticamente demora en promedio, de uno y medio a dos años e incluso tres para ser finalizado, y eso contando con que un gran número de procesos de amparo culmina hasta sentencia en grado por apelación interpuesta; y todo esto sin mencionar que los laudos no pueden ser anulados por el Tribunal de Amparo, ya que éste no tiene jurisdicción para conocer sobre el fondo del asunto. No obstante los amparos en esta materia casi siempre son improcedentes, el tribunal de amparo condenará al pago de costas, imponiendo multas y sanciones al interponente de éste. En los antecedentes del amparo puede constatarse que antes de la vigencia de la constitución política de la república actual, la utilización de éste medio

procesal era bastante reservado, ya que si los abogados o las partes litigantes usaban dicha acción de forma equívoca o innecesaria, podían terminar en la cárcel por atreverse a accionar de esa forma. Siguiendo en esta línea, otro antecedente de lo prohibitivo que era esta acción, es que en la década de los cincuenta, el Congreso de la República removió a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia por admitir para su trámite un Amparo contra la aplicación de la Ley Agraria. Sin embargo, hoy en día en procesos como el arbitraje, se observa un abuso y uso innecesario del amparo con la finalidad de dilatar la prosecución del mismo proceso arbitral. Podríamos aducir tal fenómeno, al hecho que el artículo 265 de la Ley Fundamental establece que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, lo que deja abierta la puerta a un uso malo e innecesario del Amparo, apoyado por la mala fe de los sujetos procesales.

De la Revisión y Ejecución del Laudo Arbitral. A estas alturas es preciso identificar los efectos del arbitraje, los que se clasifican en dos grupos: efectos materiales y efectos procesales. Los efectos materiales se refieren al efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el laudo conminando a una de las partes a acatar lo resuelto, y por otro lado, los efectos procesales que se derivan de un juicio arbitral, y son: la ejecución y revisión del laudo; consistentes en obligar judicialmente a la parte vencida a acatar, modificar o revocar el laudo emitido. Es importante delimitar esto, en el sentido que en el arbitraje guatemalteco, el recurso de revisión es el único que teórica y legalmente puede ser interpuesto contra un laudo arbitral; mismo que se considera *sui generis* por el ordenamiento jurídico vigente y positivo ya que proviene del apartado de impugnaciones de la ley modelo de arbitraje –UNCITRAL–, en donde se le denomina recurso de nulidad; sin embargo, en Guatemala se le ha cambiado el nombre por el de revisión, debido a que la nulidad solo procede contra resoluciones no definitivas. Algunas de las características de este recurso son visibles con relación a varios puntos, el primero, es que el órgano para conocer y dilucidar el recurso, es una sala de la corte de apelaciones del ramo civil y mercantil; y el segundo, versa con relación al plazo para promoverlo, el cual es de un mes después de notificado el laudo, diferenciándose del plazo previsto en la ley modelo que es de tres meses. El mismo plazo de un mes aplica para promover el reconocimiento y ejecución de un laudo, siendo competente para conocer el juzgado de primera instancia civil o mercantil del domicilio de la persona contra quien se ejecute o el del lugar donde estén sus bienes.

EFFECTOS DEL AMPARO EN MATERIA DE ARBITRAJE.

A estas alturas la pregunta más aguda debe ser, ¿Cuáles son entonces los efectos del amparo en materia de arbitraje? Implícitamente ya ha sido contestada, sin embargo, éste es el pico para contestar directamente, empezando por establecer que los efectos del amparo en el arbitraje son eminentemente negativos, pues viola los principios inherentes al arbitraje; y los efectos son los siguientes: detención, estancamiento, tardanza, desnaturalización y judicialización del juicio arbitral.

I) Principios del arbitraje violados por la interposición del amparo.

- a) Principio de celeridad: El amparo detiene definitivamente el trámite del arbitraje.
- b) Principio de privacidad: Deben enviarse las actuaciones a un órgano del Estado.
- c) Principio de la autonomía de la voluntad de las partes.
- d) Principio de libertad extrajudicial: El amparo judicializa el arbitraje.
- e) Principio Kompetenz-Kompetenz: Surgen amparos por motivos de competencia.
- f) Principio de no interferencia: Desnaturalizando al arbitraje al buscar ampararse.

II) Motivos que estancan el arbitraje por la interposición del amparo.

- a) Del amparista: Ambas partes deben actuar en el arbitraje, lo cual no concurre cuando una de las partes se ampara, y detiene el arbitraje inevitablemente.
- b) Del amparo provisional: No siempre se otorga, pero si fuere el caso, el amparo provisional produce el efecto inmediato de detener el arbitraje.

- c) De la remisión de los antecedentes al Tribunal de Amparo: El arbitraje no puede seguir con un amparo, pues el expediente debe remitirse al tribunal constitucional.
- d) Del interés de terceros en el amparo: El amparo no afecta sólo a la autoridad recurrida sino también a la contraparte del arbitraje, debiendo desatender el mismo.
- e) De la sustanciación del Amparo: El trámite del amparo debe ser atendido por todas las partes e interesado, incluida la autoridad o entidad reprochada.
- f) De la incertidumbre de la sentencia: La espera por la resolución definitiva constituye un motivo para detener el proceso en espera de la sentencia final de amparo.
- g) De la apelación de la sentencia de amparo: Obviamente si la sentencia de amparo es desfavorable al amparista, éste apelará, indudablemente.

Será mejor verificar qué tan acertado y necesario es el amparo en el arbitraje, pues aunque las costas, multas y sanciones son de imposición obligatoria por parte del Tribunal de Amparo, no equiparan el tiempo perdido, ni compensan el riesgo que corren los intereses de la parte afectada respetuosa. Ese mal uso del amparo lo convierte en un instrumento procesal arbitrario y de uso innecesario en materia arbitral, afectando derechos y activos de quienes un día fueron compañeros en una negociación; y lo irrefutable es que, no hay un mecanismo para oponerse a ese atropellado uso del amparo, dejando indefensa a la contraparte que sí tiene moción de respetar lo actuado en el arbitraje, dejando residualmente al Tribunal de Amparo a apegarse a la jurisprudencia respectiva, para agilizar la tramitación del amparo y así poder mitigar uno de los tantos negativos efectos del amparo en materia de arbitraje.

CONCLUSIONES

1. El arbitraje es un juicio de conocimiento con legitimidad, jurisdicción exclusiva y de carácter privativo y legal, que tiene por objeto la rápida

resolución de conflictos comerciales, nacionales e internacionales, así como de todos aquellos asuntos de materias que sean de naturaleza arbitrable y de libre disposición para las partes.

2. Las partes pueden someter un conflicto a arbitraje antes o después que surja el mismo, a través de un acuerdo de arbitraje en cláusula o contrato independiente.
3. Los laudos no pueden ser anulados por el Tribunal de Amparo, ya que éste no tiene jurisdicción para conocer sobre el fondo del asunto.
4. Los efectos del amparo en materia de arbitraje son negativos, ya que violan principios rectores del arbitraje; provocando como consecuencia: detención, estancamiento, tardanza o retardo, desnaturalización y judicialización del juicio arbitral, afectando los intereses en juego de las partes y los efectos procesales inmediatos del arbitraje, es decir, la ejecución o revisión del laudo arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

Obras:

1. **ALVAREZ, Gladys y HIGHTON, Elena;** *Mediación y Justicia*; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1996.
2. **ALSINA, Hugo;** *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*; Tomo III; Buenos Aires; 1943.
3. **BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia;** *Arbitraje y Jurisdicción*; Editorial Comares S.L.; Granada. 2002.
4. **BRAVO PERALTA, Martín Virgilio;** *El arbitraje económico en México*; Primera edición; Porrúa Ediciones; México; 2002.
5. **CANDUELAS CERVANTES, Maribel; YON LI, Rosa Lucía Y CAJAHUANCA CHAVARRÍA, Sonia;** *El Arbitraje*; Edición Centro Peruano de Justicia Alternativa y Conciliación; Lima; 2003;
6. **CÁRDENAS MEJIA, Juan Pablo;** *Autonomía del Contrato de Arbitraje: El Contrato de Arbitraje*; Primera Edición; Editorial Legis; Lima; 2005.
7. **CLAY, Tomas;** *L'arbitre*; Volumen 2; Editora Dalloz; Francia; 2001.

8. **DE TRAZEGNIES GRANDA, Leopoldo;** *Los Conceptos y las Cosas: Vicisitudes Peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral en el Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*; Cultural Cuzco; Lima; 1989.
9. **GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco;** *Arbitraje*; Primera Edición; Porrúa Ediciones; México; 2004.
10. **GUZMÁN HERNÁNDEZ, Martín Ramón;** *El amparo fallido*; Serviprensa; Ciudad de Guatemala; 2010.
11. **LEDESMA NARVAES, Marianella;** *Jurisdicción y Arbitraje*; Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima; 2009.
12. **MORENO BALDIVIESO, Ramiro;** *El Arbitraje Comercial en Bolivia*; Segunda edición; Estudio de Abogados Editorial; La Paz; 2001.
13. **OSTOS, Martín;** *El Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral*; Lorca Editorial; Bilbao; 1989.
14. **RIVERA NEUTZE, Antonio;** *Arbitraje y Conciliación*; Serviprensa; Ciudad de Guatemala; 2000.
15. **ROCA MARTÍNEZ, José María;** *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*; José María Bosch Editor S.A.; Barcelona; 1992.
16. **RODRIGUEZ MENDOZA, Fernando;** *Procedimiento Arbitral*; Editorial El País; Santa Cruz; 2004.
17. **SALA, Juan;** *Ilustración del Derecho Real de España*; Tomo II; Joseph De Orga Editores; Sevilla; 1803.
18. **VIDAL RAMÍREZ, Fernando;** *Manual de Derecho Arbitral*; Primera Edición; Gaceta Jurídica; Lima; 2003.

Artículos de publicaciones periódicas

1. **MERINO ALAMA, Richard;** *El Arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*; Primera Edición; El Notariado; Lima; 2006.

REQUISITOS QUE DEBEN TENER LOS TRABAJOS PARA SER PUBLICADOS EN LA REVISTA C.A.N.G.

1. Los trabajos deben ser inéditos, salvo que se trate de reproducir artículos publicados en revistas extranjeras.
2. Los trabajos deben ser elaborados en formato word, con sangría de un centímetro y medio, entre lineado 1.5. Se sugiere utilizar Times New Roman o Arial.
3. Los trabajos deben estar precedidos de un resumen que no exceda de una cuartilla al final de la primera hoja, colocar los datos del autor como pie de pagina.
4. Incluir al inicio del trabajo el Índice o Tabla de Contenido diferenciando los Títulos y subtítulos. Incluir citas o notas al pie de pagina, señalando como es debido las fuentes de consulta.
5. Incluir al final de trabajo un alista de referencias bibliográficas u otras fuentes bajo el epígrafe "FUENTES DE INFORMACIÓN"
6. El contenido del trabajo debe de encontrarse entre un mínimo de 8 y un máximo de 30 paginas. La Revista considerará como excepciones aquellos trabajos que por la naturaleza e importancia del tema requiera un numero superior a las 30 paginas.
7. El Consejo Editorial de la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar los trabajos presentados posteriores a su evaluación.



EN ESTA EDICIÓN

LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE Y EL
DEBER SER DEL PROFESIONAL DEL DERECHO
Rodrigo Enrique González Camargo

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS
Gilma Esperanza Valladares Orellana

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y FUNCIÓN
DEL PODER JUDICIAL
Marisol Figueredo Cacacho

DERECHO CONSUETUDINARIO
Y CONSTITUCIONALISMO:
Breve Ensayo sobre la Reforma del art. 203 de la
Constitución Política de la república de Guatemala
René Guillermo Girón Palacios

EFFECTOS DEL AMPARO
EN MATERIA DE ARBITRAJE
Alfredo Sánchez Chinchilla