



Año II, Volumen IV

Revista Parlamentaria



**REVISTA
PARLAMENTARIA**

SUMARIO

Carmen Bejarano Girón AGENDA LEGISLATIVA PENDIENTE A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	1
Víctor Manuel Valverth Morales ESTADO DE DERECHO, CORRUPCIÓN E IMPUNIDAD EN GUATEMALA	15
Manuel Duarte Barrera LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DATOS PERSONALES	27
Silvia Quan Chang LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA HISTORIA RECIENTE DE GUATEMALA	35
Marielos Araujo Bohr RELACIÓN DE COMPATIBILIDAD NORMATIVA ENTRE LOS ARTÍCULOS 141 Y 281 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA	47
Alberto Pereira Orozco GENOCIDIO	59
Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	83

AGENDA LEGISLATIVA PENDIENTE A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Carmen Bejarano Girón**

Desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se trata de presentar algunos casos emblemáticos cuyas sentencias ordenan al Estado de Guatemala reformar normas del derecho interno para adecuarlas a la normativa convencional.

Ante la imposibilidad de profundizar en cada uno de los casos que se presentan en este documento, se ha intentado un ejercicio de síntesis, recalando aspectos relevantes de los hechos y especialmente de las disposiciones de la Corte Interamericana que prescriben la adecuación del derecho interno a las normas de derecho internacional.

En primer lugar se presentan

algunos aspectos del marco jurídico vinculante para el Estado de Guatemala, y en la medida de lo posible, la jurisprudencia que ha desarrollado los respectivos parámetros para su interpretación y aplicación por parte de los Estados. Asimismo, se precisa el carácter definitivo e inapelable de las sentencias del Tribunal Interamericano. Todo esto sirve de preámbulo para concluir con la presentación de una muestra de casos guatemaltecos que se consideran emblemáticos, cuyas sentencias mandan al Estado de Guatemala a modificar algunas disposiciones del Código Penal, así como a crear otras normas. Se incorporó jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad que

* Carmen Bejarano Girón es abogada consultora experta en derechos humanos. Profesora en las maestrías de Equidad de Género y Derechos Humanos de la USAC.

sirve para tener una idea de cómo el tribunal constitucional nacional aplica estos preceptos coincidiendo y aplicando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, se establece con los casos presentados, en alguna medida, la agenda legislativa pendiente para cumplir, de buena fe, con parte de los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Guatemala, particularmente implementado lo ordenado por la Corte Interamericana a través de sus sentencias.

El deber de adecuar el derecho interno

El Estado de Guatemala ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 25 de mayo de 1978, desde entonces se constituyó en Estado Parte y adquirió los compromisos internacionales correspondientes, los cuales, de conformidad con la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados debe de cumplir de buena fe¹ y sin argumentar su derecho interno para dejar de cumplir las obligaciones internacionales adquiridas².

El deber de armonizar el derecho interno con la normativa internacional en materia de derechos, específicamente en el sistema interamericano, se encuentra regulado en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual estipula lo siguiente:

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus

¹¹ Artículo 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Pacta Sunt Servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

² Artículo 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido con precisión el contenido y el alcance de la obligación que tienen los Estados a la luz del artículo 2 de la Convención: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas (...) La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte

implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*) (...) Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”³.

Este deber del Estado es un deber jurídico, su cumplimiento tiene un doble efecto: el Estado, por una parte, otorga efectividad a los derechos consagrados en los tratados internacionales, en este caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por otra parte, el Estado cumple con una obligación internacional. Esta obligación también está presente en otros instrumentos internacionales.

En el mismo sentido, desde la doctrina se subraya la trascendencia que reviste el deber de adecuar el derecho interno en cumplimiento de la normativa internacional. Hitters sostiene que: “Hace algún tiempo hubiera sido impensable para los cultores de las

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “La última tentación de Cristo Vs. Chile” Sentencia del 11 de febrero de 2001. Párr. 87.

ciencias jurídicas en general, y del derecho internacional en particular, imaginar que los pronunciamientos y las directivas o Informes emitidos por entes cuasi-judiciales y judiciales (...) podrían “meterse” en la corriente sanguínea de los distintos países con tal fuerza como para lograr trastocar sensiblemente ciertas normas locales, incluyendo a las de linaje constitucional”⁴. Cabe recordar que, entre otros, los Estados de Chile⁵ y México⁶ han realizado

reformas constitucionales para dar cumplimiento a sentencias de la Corte Interamericana de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2 de la Convención Americana.

Debe mencionarse que el artículo 2 complementa al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece el deber de respeto y garantía⁷. Su incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado, como ya

⁴ Hitters, Juan Carlos. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* No. 10, julio – diciembre 2008. Pgs. 31 y 32.

⁵ En cumplimiento de la sentencia en el caso “La última tentación de Cristo”, el Estado chileno reformó su Constitución derogando la posibilidad de la censura previa a obras artísticas.

⁶ El Estado de México, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, de fecha 23 de noviembre de 2009 realizó reformas constitucionales, destacando las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 y 10 de junio de 2011, por medio de las cuales se reformaron, entre otros, los artículos 1º, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97,

102 y 105 de la Constitución mexicana para introducir reformas en materia de derechos humanos. Estas reformas consisten principalmente en introducir los principios pro hómíne y de interpretación conforme a este principio, ampliando considerablemente la consagración y reconocimiento de los derechos humanos, su promoción y su defensa.

⁷ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

se ha establecido.

La adecuación del derecho interno a la luz de la normativa convencional y de la interpretación que de ella ha realizado la Corte Interamericana, puede tener doble origen: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”⁸.

La competencia contenciosa de la Corte

En cuanto al reconocimiento de la competencia, consultiva y contenciosa, de la Corte Interamericana, la Convención establece en el artículo 62 que: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en

cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. (...) 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

Asimismo, el artículo 63 establece la potestad de la Corte, una vez reconocida su competencia por parte del Estado, de juzgar el caso y ordenar las medidas de reparación y el pago de costas que proceda⁹.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia 18 agosto de 2000. Párr. 178.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Artículo 63 1. Cuando decida que

hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

Cabe recordar que el Estado de Guatemala reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de marzo de 1987.

Sentencias vinculantes y su cumplimiento obligatorio

Las sentencias que emite la Corte Interamericana son definitivas e inapelables¹⁰.

Si bien conforme al artículo 68 de la Convención, se contempla la posibilidad de solicitar la interpretación del fallo¹¹, en algunas ocasiones los Estados han tratado de utilizar este procedimiento para plantear apelaciones. Por tal razón, la Corte se ha visto, reiteradamente, en la necesidad de aclarar que: “(...) la interpretación de una sentencia no debe utilizarse como un medio de

impugnación, sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive”¹².

De esta manera la Corte resuelve expresamente, ante la petición de los Estados para que nuevamente se pronuncie, por ejemplo, sobre cuestiones de hecho y de derecho que ya fueron sustanciadas en el momento procesal oportuno y sobre las cuales ya se emitió la sentencia definitiva e inapelable correspondiente.

Los casos guatemaltecos y la reforma legislativa pendiente

Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Artículo 68. El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo,

la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

¹¹ Ibid.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala (Diario Militar). Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 19 de agosto de 2013.

Desde el 19 de marzo de 1987, fecha en que la República de Guatemala reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta la fecha, se han emitido por lo menos 20 sentencias contra el Estado de Guatemala¹³. A continuación se presentan algunas sentencias que ordenan la emisión o reformas de normas del derecho interno que violan algunas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Caso Efraín Bámaca Velásquez y sus familiares

Este caso se sometió al conocimiento de la Corte Interamericana como consecuencia de la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez, además por la falta de investigación, persecución y sanción de los responsables de dicha desaparición forzada.

En este caso la Corte condenó al Estado de Guatemala. Emitió dos

sentencias: Una resolviendo sobre el fondo, de fecha 25 de noviembre de 2000; y otra sentencia de Reparaciones y Costas, de fecha 22 de febrero de 2002.

La Corte en la sentencia de Reparaciones, ordena, entre otros, lo siguiente:

“Guatemala debe adoptar las medidas legislativas y de cualquier otra índole necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico guatemalteco a las normas internacionales de derechos humanos y derecho humanitario, y para darles efectividad en el ámbito interno, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención. En particular, debe adoptar las medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario, así como aquéllas de protección de los derechos humanos que aseguren el ejercicio libre y pleno de los derechos a la vida, la libertad e integridad personales y la protección y garantías judiciales, en orden a evitar, que ocurran en el

¹³ Actualmente se encuentran en trámite pendientes de sentencia 4 casos más.

futuro hechos lesivos como los del presente caso”. (El subrayado es agregado)

La Corte ordena que la adecuación del derecho interno conforme al artículo 2 de la Convención Americana, se realice tanto en observancia de las normas de derechos humanos como de derecho internacional humanitario para asegurar el libre ejercicio de los derechos indicados. Con esta decisión se pretende asegurar la garantía de no repetición de los hechos.

Asimismo, la Corte amplía sobre el contenido de las medidas legislativas requeridas. Por un lado la Corte sostiene que: “(...) el Estado debe dar cumplimiento al artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que dispone: (...) los Estados partes velarán asimismo por que, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas”.

Por otro lado, la Corte recuerda el contenido de la sentencia de fondo y específica la normativa que debe tomarse en cuenta, indicado que: “(...) esta Corte declaró que el Estado incumplió, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, la obligación de prevenir y sancionar la tortura en los términos de los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”.

La última resolución en este caso sobre Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, por parte de la Corte Interamericana tuvo lugar el 18 de noviembre de 2010, habiendo resuelto la Corte en cuanto al cumplimiento de las medidas legislativas ordenadas, lo siguiente:

“Que se encuentran pendientes de cumplimiento las siguientes obligaciones: a) ... b) adoptar medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico guatemalteco a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario y para darle plena efectividad a

dichas normas en el ámbito interno (...)”.

Es importante traer a colación la sentencia de inconstitucionalidad por omisión¹⁴ referente al delito de tortura tipificado en el artículo 201 Bis del Código Penal, en el cuyo tipo penal no se incluyen algunos parámetros internacionales contenidos en tratados ratificados por el Estado de Guatemala, tanto en el sistema universal como en el sistema regional, específicamente la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala luego de realizar un análisis comparativo entre la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, estableció que efectivamente el legislador omitió incluir las disposiciones de los tratados antes mencionados y en consecuencia declaró con lugar la acción de

inconstitucionalidad por omisión planteada, ordenando introducir por vía de reforma a la norma penal contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal los parámetros omitidos.

El Tribunal Constitucional además resolvió que: “(...) no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, se exhorta a los indicados órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa (los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia) a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia (...)”. (El subrayado es agregado).

Debe precisarse que al no proceder con la reforma del Código Penal en los términos establecidos por las Cortes, estamos frente a un triple incumplimiento del Estado: 1) La sentencia de la Corte

¹⁴Corte de Constitucionalidad. Expediente 1822-2011. Sentencia del 16 de julio de 2012.

Interamericana de Derechos Humanos de fecha 22 de febrero de 2002, aunque ni el accionante lo argumentó, ni la Corte de Constitucionalidad lo tomó en cuenta; 2) la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Inconstitucionalidad por Omisión de fecha 16 de julio de 2012; y, 3) Los dos tratados internacionales contra la tortura, tanto el correspondiente al sistema de Naciones Unidas como el del sistema interamericano.

Caso Fermín Ramírez y Caso Raxcacó Reyes

En este caso, la Corte Interamericana emitió sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas el 20 de junio de 2005.

Por tratarse de un caso de pena de muerte que motivó la disposición de la Corte Interamericana que ordena la reforma del Código Penal, se procede a presentar una breve relación de hechos tomados de la ficha técnica del caso elaborada por dicha Corte.

Fermín Ramírez fue condenado a la pena de muerte. Solicitó un indulto,

el cual fue denegado. La imposición de la pena de muerte por parte del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente se basó en la aplicación del artículo 132 del Código Penal de Guatemala, que tipifica y sanciona el asesinato, aunque Fermín Ramírez fue acusado por el delito de violación calificada. El órgano jurisdiccional no ofreció al inculcado la oportunidad de rendir una nueva declaración en relación con los últimos hechos que se le atribuyeron, limitando su derecho de defensa. En la sentencia de 6 de marzo de 1998, el Tribunal de Sentencia cambió la calificación jurídica de los hechos imputados previamente y modificó la base fáctica de la imputación. Así, la Corte Interamericana estableció que el Estado transgredió las reglas procesales de estricta y necesaria observancia en supuestos de imposición de pena de muerte, siendo arbitraria la condena de Fermín Ramírez.

El Tribunal Interamericano recalca en su sentencia que: “La condena

se emite con base en el juicio de peligrosidad del agente (la cual) constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”¹⁵.

La Corte Interamericana en su sentencia¹⁶ ordena al Estado de Guatemala que “debe abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición dentro de un plazo razonable, adecuándola a la Convención Americana, conforme a lo estipulado en su artículo 2, de manera que se garantice el respeto al principio de legalidad,

consagrado en el artículo 9 del mismo instrumento internacional. Se debe suprimir la referencia a la peligrosidad del agente contemplada en ese precepto”.

En la resolución de supervisión de cumplimiento de fecha 9 de mayo de 2008, la Corte establece que: “(...) se encuentran pendientes de cumplimiento los siguientes puntos resolutive de la Sentencia: “a) abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala referente a la peligrosidad del agente y adecuarla a la Convención en un plazo razonable; b) adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para establecer un procedimiento para que toda persona condenada a muerte tenga derecho a solicitar indulto o conmutación de la pena (...).”.

En el caso Raxcacó Reyes, cuya sentencia fue emitida por la Corte Interamericana con fecha 15 de septiembre de 2005, tiene puntos comunes con el caso Fermín

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Efraín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio de 2005.

¹⁶ Ibid.

Ramírez, se impuso pena de muerte habiéndose violado el derecho al debido proceso. La Corte ordenó la reforma del artículo 201 del Código Penal que establece la pena de muerte para el delito de secuestro.

Caso Molina Theissen y sus familiares

Este caso se refiere a la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen, un niño estudiante de 14 años de edad, por parte de agentes de seguridad del Estado, así como a la falta de investigación y sanción de los responsables del hecho.

La Corte Interamericana emitió sentencia sobre el fondo el 4 de mayo de 2004. Emitió sentencia de reparaciones y costas el 3 de julio de 2004.

La Corte Interamericana al condenar al Estado de Guatemala por los hechos denunciados en este caso, en la sentencia de fondo, entre otros, ordenó lo siguiente:

– El Estado debe crear un procedimiento expedito que

permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada.

– El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para crear un sistema de información genética.

En cuanto a la creación de un procedimiento para declarar la ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada, se presentan dos posibilidades: una podría ser la reforma del Código Civil para declarar la ausencia en los términos indicados y otra la emisión de una ley específica sobre desapariciones forzadas.

Tanto para el tema de la ausencia o muerte presunta por desaparición forzada, como en el caso de la creación del banco de información genética, no se ha cumplido por parte del Estado, por lo que continúan siendo dos temas en la agenda legislativa pendiente de desarrollarse para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Interamericano.

En ese sentido, la última resolución de supervisión de cumplimiento en este caso, de fecha 16 de diciembre de 2009, establece los puntos cumplidos parcialmente, y los que aún se han cumplido destacando los dos antes mencionados que corresponder a medidas de tipo legislativo que debe implementar el Estado. En dicha resolución la Corte Interamericana decide “Que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento de los puntos pendientes de acatamiento en el presente caso.

Además la Corte, para promover que el cumplimiento de los dos puntos antes indicados, ordenó lo siguiente: “Solicitar al Estado que presente, a más tardar el 29 de marzo de 2010, un cronograma con información puntual, clara y exhaustiva (...) A tal efecto el Estado deberá designar un representante del Poder Legislativo, quien, junto con la COPREDEH¹⁷, realizará el

mencionado informe. Además, tal funcionario de enlace y la COPREDEH deberán presentar en el mismo plazo un informe sobre la metodología y el cronograma dirigido a impulsar la discusión y aprobación de la Ley de la Comisión de Búsqueda de Personas Víctimas de la Desaparición Forzada y Otras Formas de Desaparición”.

Sin embargo, la Corte al dar seguimiento a la supervisión de cumplimiento de la sentencia que nos ocupa, recibió en la audiencia respectiva un ataque por parte del Estado de Guatemala, en palabras de la Corte: “(...) el Estado se dedicó fundamentalmente a cuestionar la competencia temporal del Tribunal para haberse pronunciado sobre el fondo en cinco de esos casos (en los que se incluye el caso Molina Theissen) y a exponer que le resultaban “inaceptables” las consideraciones efectuadas por el Tribunal en esas Sentencias (...)”.

¹⁷ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos.

Con esta postura, el Estado incurre en desacato. Así lo establece la Corte: “La posición asumida por Guatemala en la presente etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia en la audiencia de supervisión conjunta de once casos (supra Visto 1 y Considerando 2) constituye un acto de evidente desacato de la obligatoriedad de las Sentencias de esta Corte, contrario al principio internacional de acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y un incumplimiento al deber de informar al Tribunal (...). En la audiencia de supervisión de cumplimiento de sentencias celebrada ante el pleno de la Corte en mayo de 2014, el Estado no cumplió con su obligación de informar sobre la implementación de la reparación que estaba siendo supervisada (...)”

En conclusión, se ha incumplido en informar a la Corte Interamericana sobre el avance en el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia del Caso Molina Theissen, incluyendo lo relativo a las medidas legislativas que deben adoptarse. Asimismo, el Estado ha incurrido en desacato ante el Tribunal Interamericano y es reincidente en falta de cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos

Concluimos con la elocuencia e ilustrado conocimiento del honorable Juez Cancado Trindade: “La adecuación de las normas de derecho interno a lo dispuesto en los tratados de derechos humanos puede efectivamente ser considerada una obligación de resultado. Pero esto no significa que pueda ser su cumplimiento postergado indefinidamente”¹⁸.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “La última tentación de Cristo” Vs. Chile.

Voto razonado del Juez Antonio Cancado Trindade. 5 de febrero de 2001, párr. 27.

ESTADO DE DERECHO, CORRUPCION E IMPUNIDAD EN GUATEMALA

*Víctor Manuel Valverth Morales **

Para abordar el tema de la corrupción y sus efectos de la impunidad y de las limitaciones que ambas oponen al Estado de Derecho, debe puntualizarse que la magnitud del fenómeno tiene distintas connotaciones y que hemos de referirnos al mismo en tanto corrupción generalizada, organizada, sistémica, sistemática y nociva para las instituciones democráticas.

No se trata de asimilar al vocablo “corrupción” –aunque en esencia lo sea- cualquier actitud de falsedad humana (mentir, pequeños e inocentes robos, utilización en mínima escala, para beneficio personal de bienes no propios, etc.) Tratar en toda su dimensión el tema haría dispersar el esfuerzo de enfocarlo para distinguir sus

efectos en la normalidad de la vida institucional de un Estado. Por ello nos referiremos a la corrupción significativa, sea por la escala de su monto o por lo sistemático de su realización.

Es decir, el tráfico de influencias para adjudicaciones en los contratos de Estado, para vulnerar la independencia judicial, para obtener concesiones de explotación de servicios públicos o de recursos naturales renovables y no renovables, para lograr impunidad en delitos de impacto social o cometidos por funcionarios u organizaciones del crimen organizado, para alterar resultados electorales. En cuanto a lo sistemático podremos señalar la “mordida” tradicional de parte de policías a cambio de hacerse de la

* Víctor Manuel Valverth Morales es Director de LEGIS. Profesor del programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la USAC.

vista gorda por infracciones o hasta por delitos, o de funcionarios administrativos o judiciales que obtienen beneficios económicos a cambio de hacer lo que les corresponde, o dejar de hacer lo que debieran, delito conocido como cohecho.

Determinar el grado de alteración del Estado de Derecho que tiene la práctica de corrupción, está en relación directa con el grado de afectación de la Constitución y las leyes. Esto es, si las acciones de las personas resultan violatorias del orden jurídico, el Estado de Derecho y la Democracia resulta afectada en el mismo grado que dichas acciones sean ilegales. No necesariamente debe afectar la “normalidad” de la vida social pues algunos sistemas ven como “muy normal” que se practique corrupción y hasta lo consideran necesario. En México, por ejemplo, han acuñado la frase “el que no *tranza*, no avanza”, en donde “*tranzar*” es engañar, estafar, timar, aprovecharse en forma anómala de algo, etc. También hablan de “encontrarle la

cuadratura al círculo”, es decir, dar rodeos al orden jurídico para evadirlo.

El tratamiento del tema en público suele ser contradictorio toda vez que en forma empírica se ha podido determinar que a mayor discurso radical en contra de la corrupción, mayor compromiso con la misma pues no suele acompañarse las palabras con actos determinantes.

Existe en el país una cierta cultura de la impunidad que promueve la corrupción y en términos generales, la comisión de delitos. La convicción de que el Estado es incapaz de perseguir y castigar al infractor anima la participación en hechos anómalos o corruptos. La percepción general es que el funcionario no trabaja y cobra su sueldo pero que no conforme con ello hace negocios aprovechando la posición privilegiada que su puesto le otorga y, finalmente, sustrae bienes públicos para su provecho. Lo anterior es censurado con energía por la mayoría de la población, -por no decir toda- pero también resulta cierto que una buena mayoría de dicha población

ansía ocupar un puesto público y no precisamente para invertir los papeles y erradicar esa práctica inveterada de “robarle” al Estado, sino para ser partícipe del botín político. Existe, entonces, la sensación de que los demás deben ser castigados si incurren en ilegalidades. Pero sólo “los demás”.

La incapacidad de los órganos estatales de una efectiva investigación, persecución penal, enjuiciamiento y ejecución de penas, también crea la percepción de que quien delinque tiene muy altas probabilidades de resultar impune. La incapacidad del Estado no es figurada, es real y resulta porque la incidencia delictiva rebasa las posibilidades de control, de prevención y de represión del delito. Y dicha incidencia delictiva, además de otras causas, tiene proporción directa con la situación económica y social propia de un país subdesarrollado con un Estado débil, incapaz de cumplir eficientemente la función de garantizar el bien común; con índices de progreso social muy

bajos, muy bajo nivel educativo, pobreza extrema y otras tantas “plagas” que como una maldición afectan secularmente a la humanidad.

Un Estado de Derecho en donde la regla general es el respeto a la ley y a la Constitución, donde las instituciones tienen un rol que es cumplido, donde los ciudadanos reconocen el papel de las instituciones y distinguen entre ellas y quienes temporalmente las representan, donde hay reglas para todo y esas reglas se cumplen, no es compatible con la corrupción toda vez que dicho fenómeno precisamente busca y en gran medida lo consigue, minar los cimientos del Estado de Derecho para poder actuar a sus anchas sin someterse a las reglas.

La participación de organizaciones conformadas para delinquir, fenómeno que se conoce como Crimen Organizado, en el debilitamiento de las bases democráticas del Estado de Derecho en donde debe prevalecer la Constitución y la Ley, es factor determinante. El tráfico de

influencias dentro de algunas esferas gubernamentales para adquirir ventajas para empresas propiedad de amigos o socios de los funcionarios; presión por todas las formas a los juzgadores para que resuelvan en determinado sentido un conflicto de Derecho Público o Derecho Privado, es también una práctica de curso corriente. La compra de influencias para determinar las decisiones de legisladores, ministros, directores, generales, jefes policiales, fiscales, etc. quizás sea la manifestación más palpable del fenómeno corrupción conducido y aprovechado por el crimen organizado.

También existe la corrupción de menor cuantía pero que por su diseminación generalizada constituye también un cáncer aún más difícil de extirpar por involucrar a demasiadas personas y sectores de población, y en la cual casi todo ciudadano habrá caído en alguna ocasión, como es la de

ofrecer dádivas a policías para evitar una multa por infracción de tránsito o a empleados públicos de ventanilla para “agilizar” un trámite. Las medidas para atender esta variedad de corrupción quizás sea diferentes de las que deben tomarse contra el crimen organizado y la delincuencia de cuello blanco. Pretendemos determinar eso.

El Estado de Derecho “consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos.”¹⁹ Para Román Herzog, en tanto, Estado de Derecho es aquel “que posibilita al hombre mostrarse tal como es y que

¹⁹ VALADES, Diego. Los problemas constitucionales del Estado de Derecho. UNAM, México, 2002, pp. 7/8.

a su vez, actúa en beneficio de los ciudadanos”.²⁰

Cuando hablamos del concepto Estado de Derecho, como lo que conviene al destino de nuestra Nación, debemos puntualizar toda vez que en esencia, cuando expresamos semejante desiderata nos referimos a un Estado democrático de Derecho en que predomine la Constitución y las leyes, el respeto a los derechos humanos, la división efectiva de poderes, la sucesión democrática de poderes, la consulta electoral periódica a la ciudadanía sobre quiénes han de ser sus gobernantes y sobre las decisiones trascendentales que éstos adopten.

Importa la institucionalidad, es decir, la permanencia e impersonalidad de los entes del Estado toda vez que el Estado de Derecho está presupone instituciones para la tutela de derechos y garantías como la

libertad, división de los poderes, principio de representación sujeción del poder a la Constitución y las leyes, etc.

Y como el Estado debe estar al servicio de la persona, garantizando el bien común, debe notarse que todas las instituciones del Estado no están para fortalecerlo a sí mismo porque sí, sino siempre que dicha fortaleza redunde en beneficio de los ciudadanos. “Como contenido fundamental del Estado de Derecho material aparece en primer lugar la garantía de los derechos fundamentales. La libertad y la igualdad, la dignidad humana y su manifestación en las diversas garantías de los derechos humanos son tradicionalmente los elementos esenciales del principio del Estado de Derecho”.²¹

La Convención Interamericana contra la corrupción es enumerativa cuando se refiere a los

²⁰ HERZOG, Román. Elementos que definen un Estado de derecho: El Estado servidor del ciudadano, en compilación *Estado de Derecho y Democracia*. CIEDLA, Buenos Aires, 1999, pp. 21

²¹ ROBBERS, Gerhard. El Estado de Derecho y sus bases éticas. Compilación Estado de Derecho y Democracia. CIEDLA, Konrad Adenauer, Buenos Aires, Argentina, 1999. Pp. 31

actos que la integran, siendo estos, según el artículo VI del citado instrumento:

- a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para

otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

- c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
- e) La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de

los actos a los que se refiere el presente artículo.

Enlazando el Estado de Derecho con el tema de la corrupción y la impunidad, encontramos podemos ensayar los elementos que constituyen el concepto, entre ellos, un aprovechamiento ilegítimo para beneficio propio o de terceros de los espacios que otorga la función pública. Y la impunidad es la negación de la aplicación de justicia a quien se ha hecho merecedor de una sanción legal.

Parece haber consenso en que, en Guatemala, el órgano por excelencia encargado de velar por la pureza de los actos públicos es la Contraloría General de Cuentas. Al respecto, la organización Transparencia Internacional estima que las contralorías deben reunir las siguientes características:

- ✓ Completa independencia operativa, funcional, técnica y presupuestaria en su trabajo, evitando las injerencias de orden económico y político, entre otras. De particular importancia es que las normas

que rigen el nombramiento o la remoción del Contralor y los integrantes del Tribunal de Cuentas garanticen la mayor independencia económica y política posible.

- ✓ Disponibilidad suficiente de recursos humanos y financieros para enfrentar los programas de operaciones y actividades de auditoría.
- ✓ Acceso irrestricto a la información sobre las operaciones de captación y uso de recursos públicos y las operaciones del Estado sujetas al ámbito de su control en los distintos niveles de la administración pública.
- ✓ Eficiencia, eficacia y austeridad en el desempeño de sus atribuciones.
- ✓ Objetividad, justicia y equidad en aquellos casos en los que las entidades superiores de fiscalización ejercen atribuciones jurisdiccionales.

No ha de olvidarse, sin embargo, que al Ministerio Público

corresponde dirigir la investigación y el ejercicio de acciones penales y que son los tribunales los entes encargados de aplicar las normas jurídicas, aunque para ello se basan en informes de la Contraloría.

ELEMENTOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES:

El texto constitucional y las leyes ordinarias contienen el marco jurídico que posibilita, en su pleno cumplimiento, tener control sobre los actos que ocupan el presente trabajo. En materia de fiscalización podemos señalar el artículo 232 y 233 de la ley fundamental que establecen la figura de la Contraloría General de Cuentas y el procedimiento y garantías del titular de dicha entidad. Conforme a dicho texto, “la Contraloría es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están

sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos.”

En el mismo cuerpo normativo obliga al Organismo Ejecutivo a presentar anualmente al Congreso de la República la rendición de cuentas del Estado. El Congreso de la República tiene por obligación fiscalizar dichas cuentas y pronunciarse al respecto de las mismas, aprobándolas o improbandolas. “En caso de improbación, el Congreso de la República, deberá pedir los informes o explicaciones pertinentes y si fuere por causas punibles se certificará lo conducente al Ministerio Público” (artículo 241).

En el sistema jurídico está la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, que obliga al personal al servicio de los entes estatales a formular una declaración jurada de bienes y deudas ante la Contraloría General de Cuentas, y a mantener actualizada dicha declaración.

Aunque no establece el texto legal que los datos allí consignados sean documentos públicos, suele darse publicidad a algunas de las declaraciones, en términos generales, y la tendencia es a que la sociedad civil adquiera mayor participación en el control de la vida privada de los altos funcionarios en cuanto a sus adquisiciones.

Aparte de los textos constitucionales y legales citados existen otras normativas, como el Código Penal que establece los delitos cometidos por funcionarios o por empleados públicos y los delitos de cohecho, peculado y malversación, concusión, fraude, exacciones ilegales y cobro indebido. Estos delitos fueron considerados menores pero a partir del Decreto Número 31-2012 (Ley Anticorrupción) contempla penas de prisión, incluyendo la malversación con dos a seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil quetzales.

La novedad del citado decreto es que incorpora a la ley sustantiva penal los delitos de

enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares, testaferrato, con penas que oscilan de cuatro a diez años y multas de hasta cincuenta mil quetzales.

El sistema de justicia también tiene un título en el Código Penal que contempla los delitos de prevaricato, patrocinio infiel, doble representación, denegación y retardo de justicia, orientados a castigar hechos ilícitos cometidos por los jueces.

Es decir, el sistema legal contempla la mayoría de hipótesis normativas para atender el fenómeno de la corrupción y su solo cumplimiento garantiza en buena medida el Estado de Derecho. La efectividad de la aplicación de las normas aquí descritas y otras no menos importantes, depende de la Policía Nacional Civil, del Ministerio Público y de los tribunales, como ejes centrales. Adicionalmente requiere de voluntad política de quienes ejercen el poder, para suprimir todo vestigio de protección dirigida a los infractores, toda vez que ello

fomenta la impunidad y afecta la independencia con que deben actuar jueces y fiscales.

Nuestro sistema está diseñado mediante un modelo de frenos y contrapesos, es perfectible. Seguramente debe revisarse su normativa y mejorarla para darle viabilidad, pero lo más importante es garantizar su cumplimiento.

En el plano internacional el instrumento básico en el hemisferio americano es la convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996. Los propósitos de la misma son:

- ✓ Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y
- ✓ Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar,

sancionar y erradicar las acciones de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

MEDIDAS QUE PODRIAN IMPLEMENTARSE:

Todo parece indicar que hay suficiente normativa contra la corrupción, con el objeto de hacer prevalecer el Estado de Derecho. Por consiguiente, lo que precede es dar cumplimiento a dichas normas para lo cual se requiere voluntad política y educación cívica. La primera por parte de gobernantes y funcionarios y la segunda de parte de éstos y de la ciudadanía a quien corresponde un verdadero papel fiscalizador de la acción estatal, el que solo puede jugar de manera organizada.

Otras medidas son de orden judicial. Los plazos judiciales son verdaderamente desalentadores para quienes pretenden hacer valer su derecho. Es conveniente revisar la eficacia y eficiencia de los tribunales tanto en materia de

cuentas como en materia penal principalmente a fin de que podamos hablar de una verdadera acción contra la impunidad. Corresponderá al Congreso de la República revisar las normas para ajustar los plazos, pero el cumplimiento de éstos no solo es cuestión legal o reglamentaria sino de compenetración de los operadores de la justicia de su verdadero papel en el fortalecimiento del Estado de Derecho.

El Estado debe definir una política criminal que le permita dar atención debida y proporcionada a cada uno de los casos, discriminando los intrascendentes desde luego para conceder más esfuerzo y tiempo a los casos de relevancia y propiciando soluciones negociadas para los casos de bagatela, siempre que esas soluciones sean satisfactorias para las partes pues, de lo contrario, la sensación de orfandad y desconfianza en la justicia se agrava.

La corrupción es quizás el principal enemigo del Estado de Derecho.

La corrupción fomenta la impunidad y ella misma mina la confianza de la ciudadanía en las leyes, debilitando los conceptos de democracia, legalidad y certeza jurídica. Para encaminar al Estado por la vía de la democracia debe partirse del respeto a la ley. Quienes más empeño y fuerza deben poner en esto son los funcionarios y empleados públicos, mediante una política de aplicación de la ley a quien la infrinja, sin importar las consecuencias públicas por tratarse de algún funcionario o dignatario. De esa forma la ciudadanía estará teniendo confianza en la ley y en quienes la deben aplicar.

Se percibe la necesidad de mejorar el marco normativo pero también la urgencia de que las leyes ya vigentes sean cumplidas y que eso se pueda garantizar mediante el fortalecimiento de los órganos de control. Por ejemplo, existe la Ley de Antejuicios, pero mediante jurisprudencia constitucional se ha convertido en un embudo muy estrecho toda vez que la C.C. dispuso que la Corte Suprema de

Justicia puede y debe “colar” mediante resoluciones que le corresponden constitucionalmente a otros órganos estatales, tal el caso de la interpretación que establece que cuando la ley dice que la Corte Suprema conocerá, la Corte de Constitucional interpretó que debe resolver. De esa cuenta, diligencias de antejuicio que tendrían que ser conocidas por el Congreso de la República se quedan estancadas en la Corte Suprema de Justicia que se ha convertido en un verdadero muro de contención. La normativa existe pero está desfigurada y así, aunque hubiera voluntad de hacer cumplir la Constitución, no se puede. La ley debe ser reformada pero, además, sus operadores

deben contar con disposición y carácter para hacerla positiva.

Los órganos de control débiles requieren fortaleza y esa también se puede proporcionar mediante normas legales, tales como la ley que regula las funciones de la Contraloría General de Cuentas, la Ley del Ministerio Público, la Ley de Contrataciones del Estado. No será suficiente, sin embargo, porque, insistimos, se requiere de voluntad, capacidad profesional, carácter y responsabilidad para salir al rescate de la institucionalidad tan debilitada en los últimos años, y que nos pone en situación de riesgo como Estado de Derecho.

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS DATOS PERSONALES

*Manuel Duarte Barrera **

Resumen: La protección de los datos personales deriva del reciente reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa, como respuesta jurídica a los desafíos que respecto de la persona y su información presentan los modernos avances tecnológicos, en particular respecto de su recolección, procesamiento, utilización, transmisión y comercialización y que han dado lugar a la afectación de la intimidad de las personas, su honor y dignidad. En las legislaciones se ha optado no solo por su reconocimiento, incluso con jerarquía constitucional, sino también por el establecimiento del *Hábeas Data* como mecanismo jurídico procesal para efectivizar su ejercicio. En Guatemala se cuenta con una legislación que no resulta del todo adecuada por limitarse a los registros o archivos públicos, por lo que ha sido la Corte de Constitucionalidad en sus fallos la que ha suplido las pautas en que aquél derecho debe concebirse en el supuesto de bases de datos privados y proclama que, en defecto de una acción o proceso de *Hábeas Data*, que es el amparo el medio idóneo al que puede acudir para su tutela.

Derecho de Autodeterminación Informativa

Es innegable la importante incidencia que la tecnología digital

ha provocado en el mundo actual y cómo las comunicaciones han asumido un rol preponderante en la sociedad, al grado que son ya

* Manuel Duarte es Magistrado de la Corte de Constitucionalidad

escasos los aspectos de la vida y el desarrollo humano que no se encuentran bajo su cobertura.

La información sobre las personas no ha escapado a ser materia objeto de recolección, tratamiento, procesamiento, organización y utilización mediante sistemas telemáticos, lo que ha redundado en el mejoramiento sustancial de muchas actividades, tanto de índole privado como las que corresponden al Estado. Esos resultados contrastan a su vez con los efectos negativos que resienten las personas en facetas de su vida que involucran el honor, la intimidad y la dignidad.

De ello ha surgido la preocupación de crear mecanismos jurídicos que permitan a las personas protegerse frente a abusos o excesos en que incurren terceros en el manejo de información que califica en la denominación de datos personales (Gozaíni, 2014: p. 406), los que permiten identificar a una persona en su identidad propia, como el número de identificación, datos de domicilio, aspectos laborales, familiares e incluso aquellos

característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social, etc., incluyendo los datos sensibles, es decir, aquellos datos que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información sobre la salud o la vida o preferencia sexual (Bazán, 2012: p. 73).

Para proteger esos datos surge el Derecho a la Autodeterminación Informativa, como la posibilidad que tiene la persona de ejercer el control de quienes serán los destinatarios de esa información contenida en registros o base de datos, el uso que le dispensarán y poder acceder a los mismos para asegurarse que no sea tergiversada, falseada o utilizada en forma discriminatoria y con fines ilícitos o perjudiciales, incluyendo rectificarla o reclamar su eliminación (Bazán, 2012: p. 68)

En ese contexto, se presenta otro interés que igualmente exige tutela jurídica, principalmente cuando la sociedad realiza intensos esfuerzos para asegurar una adecuada

democracia y el eficaz control de quienes detentan el poder: el Derecho de Acceso a la Información, que parte del postulado que la información pertenece a los ciudadanos, es pública por regla general y es obligación del Estado positivar que se encuentre disponible y transparente.

Lo anterior ha llevado en el Derecho Comparado al establecimiento con rango constitucional o legal del denominado *Habeas Data*, que consiste en el instrumento jurídico por el cual puede la persona ejercer el Derecho a la Autodeterminación Informativa y que se manifiesta como una acción judicial específica o un proceso constitucional autónomo. Sin embargo, también se ha perfilado como una herramienta que brinda a quienes colectan información, el medio de superar la negativa injustificada de acceso a las fuentes de información pública, modalidad conocida como *habeas data* informativo (Richter, 2011: p. 422), con lo que indirectamente proyecta beneficios

a la sociedad que, a su vez, reclama el derecho a informarse por medio de quienes, luego de recabada la información, se dedican a difundirla en los distintos medios de comunicación, incluso los digitales o electrónicos.

La Constitución Política de la República de Guatemala admite el Derecho a la Autodeterminación Informativa en su artículo 31 aunque sin nominarlo, al prescribir que toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización, prohibiendo a la vez la existencia de registros y archivos de filiación política, dejando a salvo los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos. Ante la ausencia de regulación legal del *Habeas Data* como garantía procesal constitucional, la Corte de Constitucionalidad admitió, primero, la existencia del Derecho a la Autodeterminación

Informativa con jerarquía fundamental, incorporado en virtud de las cláusulas permisivas recogidas en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna, conforme los cuales debe tenerse como tal todo derecho inherente a la persona humana aunque no figure expresamente en su texto y que postula la prevalencia de todo instrumento internacional relativo a derechos humanos (Bazán, 2012: p. 42).

Para sustentar esa admisión, entre otras razones, la Corte subrayó que *“Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución... dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa”* (expediente 1356-2006, sentencia de 11 de octubre de 2006). En ese fallo, ante la falta de previsión legal

de un medio procesal de tutela, también sostuvo que es el amparo el idóneo para ese fin, incluso no solo respecto de información poseída por entidades oficiales sino de la contenida en bancos de datos particulares.

En el 2009 cobró vigencia la Ley de Acceso a la Información Pública - Decreto 57-2008 del Congreso de la República-, normativa que se perfiló principalmente como instrumento para hacer efectivo el acceso a la información pública, representando un importante avance en el fomento y fortalecimiento de la búsqueda de la transparencia en el ejercicio de la función pública, el combate a la corrupción y en el aseguramiento de la participación ciudadana en los asuntos públicos.

Si bien la indicada Ley admite la posibilidad de actuar en defensa de Datos Personales (incluyendo los sensibles) y para la mayoría de los propósitos que han sido señalados, lo hace delimitando como responsables a quienes califica de “sujetos obligados”, esto es, funcionarios públicos y entidades

privadas, pero únicamente cuando éstas perciban, inviertan o administren fondos públicos, incluyendo fideicomisos constituidos con recursos del erario nacional, obras o servicios públicos sujetos a concesión o administración.

En la Ley se define al *Habeas Data* pero como sinónimo del Derecho a la Autodeterminación Informativa, obviando desarrollar su perfil de medio o garantía judicial para hacer efectivo y eficaz ese derecho. En esencia la Ley regula lo siguiente:

Primero, la obligación de los sujetos responsables respecto de los Datos Personales;

Segundo, la exigencia de consentimiento expreso de los individuos a que se refiera la información recabada en el ámbito público, para que los sujetos obligados puedan difundir, distribuir o comercializar los datos personales recogidos en sus sistemas informáticos desarrollados en el ejercicio de sus funciones;

Tercero, la prohibición expresa de comercializar por cualquier medios aquellos datos que califiquen como sensibles; y

Cuarto, las pautas para el acceso a la información y los lineamientos para su modificación. Para reclamar frente a la negativa de la autoridad responsable a esas gestiones, la Ley establece el Recurso de Revisión que debe ser conocido por la autoridad superior que corresponda conforme la estructura del ente público, de manera que solamente agotada esta vía ordinaria administrativa es viable al afectado acudir a la garantía del amparo.

Frente a las deficiencias de la legislación aludida, ha sido la Corte de Constitucionalidad la que nuevamente ha salido al paso para sustentar que el Derecho a la Autodeterminación Informativa aplica en el supuesto de vulneración por personas particulares, determinando que es objeto de tutela mediante el amparo (expediente 863-2011, sentencia de 21 de junio de 2011). En ese fallo

consigna, entre otros aspectos, lo siguiente:

- Los derechos a la intimidad y al honor requieren de una protección especial que impida que pueda darse a conocer a terceros situaciones calificadas como deshonrosas, atentatorias de la honra personal, la propia estimación y el buen nombre o reputación de una persona.
- La dificultad que para ello presentan los avances de la tecnología informática, se superan mediante el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, que impone la posibilidad de controlar los datos referidos a su persona ante un uso sin su autorización y, asimismo, con fines de lucro, incluyendo su transmisión a otros sin los pertinentes controles para asegurar su veracidad o actualización.

- En ausencia de una normativa sobre el particular, toda comercialización de datos de una persona debe estar sujeta a que haya sido proporcionada voluntariamente, garantizando poder exigir su actualización, rectificación, declaración de confidencialidad y exclusión.

Si bien la comercialización de datos personales pudiera fundamentarse en la libertad de industria y comercio reconocida en el artículo 43 constitucional, el Tribunal en esa sentencia ha sido tajante al afirmar que ello encuentra como valladar el derecho a la dignidad humana, el cual prevalece sobre aquella libertad. Sobre esa pauta, la Corte puntualiza que toda persona individual o jurídica dedicada a esa actividad debe observar al menos las siguientes reglas: a) los datos que hubiesen obtenido, lo hayan sido conforme una finalidad plenamente definida, de forma

legítima y de manera voluntaria; b) la utilización de esos datos debe hacerse sin obviar el previo asentimiento del interesado; y c) el registro y utilización de los mismos debe conllevar, necesariamente, la implementación de controles adecuados que permitan determinar su veracidad y actualización y, asimismo, su rectificación.

Conclusiones

1. El Derecho a la Autodeterminación Informativa es un derecho fundamental que superando el tradicional concepto de intimidad y su tutela, permite a la persona poder actuar en forma extendida en la defensa de sus intereses, frente a las injerencias a que dan lugar los modernos avances informáticos que se proyecta sobre bases de datos personales y datos sensibles.
2. La Ley de Acceso a la Información Pública, vigente desde el 2009,

brinda una respuesta parcial a la necesidad de hacer efectiva y eficaz la tutela del Derecho a la Autodeterminación

Informativa, por lo que ha sido la Corte de Constitucionalidad en sus fallos la que ha reconocido la posibilidad de ejercer su protección mediante el amparo cuando la afectación provenga de bases de datos conformados y utilizados, incluso comercialmente, por personas de derecho privado.

3. Es conveniente que se legisle específicamente sobre el Derecho a la Autodeterminación Informativa y las distintas modalidades de su alcance, incluyendo el desarrollo normativo del *Habeas Data* como medio de naturaleza procesal que posibilite la tutela del derecho en el ámbito judicial.

Bibliografía

Bazán, Víctor (2012), *El habeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Colombia, Fundación Konrad Adenauer.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2014), *El proceso constitucional de Habeas Data*, en Curso de Derecho Procesal Constitucional, 2ª Ed., Ferrer Mc-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel, coordinadores, México, D. F., Editorial Porrúa y Universidad Panamericana.

Richter, Marcelo (2011), *El Habeas Data en Guatemala*, en Opus Magna Constitucional Guatemalteco, Tomo III, Guatemala, publicación del Instituto de Justicia Constitucional y de la Corte de Constitucionalidad.

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA HISTORIA RECIENTE DE GUATEMALA

*Silvia Quan Chang **

Hablar acerca de las personas con discapacidad como sujetos de derechos pareciera irrelevante, sin embargo, la historia nos ha demostrado que tal reconocimiento ha sido lento y ha significado una lucha constante de las propias personas con discapacidad en el mundo y, por supuesto, en Guatemala.

El desarrollo de las distintas corrientes de abordaje, un desarrollo en donde la participación de las personas con discapacidad ha sido en realidad ajena, hasta años muy recientes, a las propias interesadas, ha respondido a los procesos históricos, sociales, económicos y políticos mundiales. La mayoría de analistas y académicos especializados en discapacidad

coinciden que en la historia de la humanidad se pueden identificar principalmente tres grandes paradigmas, cada uno de ellos se manifiesta a través de creencias, modelo social y político, surgimiento de modelos económicos y evolución científica y tecnológica.

El primer paradigma que se ha dado por ser denominado el paradigma tradicional, se manifiesta a su vez en dos grandes modelos: el modelo del exterminio y el modelo de la caridad/asistencialista. El paradigma tradicional se fundamenta en la creencia de que la discapacidad se asocia únicamente a factores negativos, tanto como causal así también como consecuencia. Se cree erróneamente que las

* Silvia Quan Chang es fundadora del COLECTIVO VIDA INDEPENDIENTE DE GUATEMALA y experta independiente en el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

discapacidades son resultado de mitos y supersticiones relacionadas con maldiciones, castigos divinos, hechicería o pura mala suerte, creencias innumerables muy relacionadas con las ideas religiosas que en la actualidad todavía se replican. Las diversas deficiencias que generan las discapacidades, además, son tan altamente estigmatizantes que las sociedades han generado toda una serie de respuestas de rechazo que se pueden encontrar en cualquiera de nuestras estructuras – familiares, sociales, institucionales, legales, económicas, culturales, etc.

El modelo del exterminio, que es una de las corrientes del paradigma tradicional, promueve el prejuicio acerca de las personas con discapacidad como cargas sociales y económicas, inútiles, esta última idea fortalecida a partir del surgimiento del capitalismo que valora al ser humano a partir de su nivel de productividad. El rechazo, el aislamiento, el abandono y, como respuesta extrema, que responde a este modelo, la eutanasia, son algunos ejemplos de

cómo las sociedades del mundo y la guatemalteca le han dado solución al desaparecimiento físico de estas personas. Historiadores han comprobado que durante el exterminio nazi, se utilizaron a personas con discapacidad como experimentos para verificar el poder aniquilador de las cámaras de gas; en muchos países en donde el aborto está legalizado, la posibilidad de una discapacidad suele ser una de las primeras justificantes.

Ejemplos contundentes hay varios, solo por mencionar algunos en Guatemala: su utilización en la experimentación científica que buscaban el descubrimiento de tratamientos para la sífilis en la década de los 40's, los hallazgos revelados recientemente en diciembre de 2014 por la BBC del “hospital más peligroso del mundo”, son evidencia del poco valor que han tenido y siguen teniendo para el Estado guatemalteco las personas con discapacidad.

El modelo de caridad o asistencialista es la otra vertiente

del paradigma tradicional. Bajo este modelo, se refuerza la idea de la inutilidad y carga social que son las personas que tienen deficiencias físicas, mentales o sensoriales. El cristianismo conceptualizó la misericordia como un valor humano divino, por lo que a partir de dicho modelo, se crean los asilos, hogares, albergues y residencias de larga o permanente estancia para personas “enfermas” o con discapacidad cuyo objetivo es el mismo que el del exterminio – la desaparición física de estas personas del espectro social. La mendicidad, practicada por religiosos o por los propios “enfermos” o “beneficiados” se ve comúnmente en sociedades, como la guatemalteca, donde la religión y la prevalencia de este tipo de ideas juegan un rol fundamental dentro de la sociedad. La filantropía y la responsabilidad social empresarial son caras del mismo modelo, con el agravante que estas acciones llevan implícitas un fin aún más perverso: la evasión fiscal de grandes empresas y capitales disfrazada de

buenas acciones, avaladas social y políticamente.

La terminología también refleja este paradigma, y mucha de ella puede todavía encontrarse en la legislación vigente: la Constitución Política de la República reconoce la importancia de atender a los “minusválidos”; el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social tiene un sistema de pensiones por “invalidez”; y el Código Civil define y regula la “incapacidad”, solo por dar algunos ejemplos. El trasfondo de cada una de las disposiciones citadas, y otro sinfín de normas vigentes, es la premisa de que las personas con discapacidad no son capaces de actuar de manera autónoma, por lo que se debe regular su “protección” – a ellas, es decir, protección de las personas “inválidas” o “incapaces” de la misma manera como se protege a infantes y menores de edad, y no la protección de sus derechos.

El segundo paradigma es el denominado médico, pues su característica fundamental es la creencia de que las personas con

discapacidad padecen enfermedades que deben ser curadas, o cuyos efectos – la invalidez – hay que rehabilitar. Los descubrimientos científicos y los avances tecnológicos configuran un modelo para el cual se van formando a los “profesionales” de la discapacidad, toda una gama de expertos en medicina, rehabilitación, psicología, educación especial, terapeutas físicos, del habla y ocupacionales.

Dentro del paradigma médico, se ha superado el modelo del exterminio, y las personas con discapacidad se consideran “especiales”, un eufemismo utilizado frecuentemente para no aludir de manera directa a que son “anormales”. Algunos eventos históricos que definen los modelos médicos son los descubrimientos científicos que van haciendo una realidad la prevención o curación de muchas enfermedades que pueden generar discapacidades – tales como la poliomielitis, las deficiencias consecuencia de anomalías en el tubo neural como la hidrocefalia y la espina bífida,

las cataratas oculares, la rubéola, entre otros –, el surgimiento de las terapias de rehabilitación que se fortalecen con el objetivo de que personas lisiadas durante las grandes guerras puedan rehacer sus vidas y ser útiles nuevamente a la sociedad, son eventos de gran importancia que indudablemente significaron un avance en la calidad de vida de muchas personas.

El paradigma médico, sin embargo, se centró únicamente en el aspecto biológico de las deficiencias generadoras de discapacidad, es decir, las deficiencias físicas que limitaban o impedían la capacidad para desplazarse o movilizarse, las deficiencias visuales que impedían la lectura o la realización de actividades centradas en el aspecto visual o gráfico, las deficiencias auditivas que impedían el aprendizaje del lenguaje oral, por ejemplo. La premisa de este paradigma es que si alguna persona era incapaz de desarrollar alguna actividad o tarea considerada “normal”, como caminar, levantar objetos, subir o bajar escaleras, leer y escribir, contestar el teléfono,

aprender matemáticas y ciencias sociales, era consecuencia principalmente a las deficiencias de esa persona y, por tanto, el modelo médico que expresa el paradigma con este mismo nombre se desarrolló con una serie de intervenciones dirigidas a las personas “anormales”. Adicionalmente, el modelo integrador que también forma parte de este paradigma médico, se desarrolla con el objeto de que estas personas tuvieran alternativas al modelo tradicional del rechazo y aislamiento. La educación especial, la mayoría de veces sin relación alguna con la educación obligatoria oficial, los talleres protegidos, los sitios “exclusivos” para personas “especiales”, fueron y siguen siendo algunas de las acciones que se impulsan bajo estas premisas.

La Ley de Atención a las Personas con Discapacidad, aprobada por Decreto legislativo no. 135-96, responde al paradigma médico. Algunos de sus contenidos que se resaltan aquí dan evidencia de ello: su título alude a que las personas

con discapacidad deben ser “atendidas”, como lo regula dicho Decreto que deriva del artículo 53 Constitucional que literalmente reza: “**Minusválidos.** El Estado garantiza la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad. La ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios.” Nótese que en este artículo constitucional se menciona nuevamente el carácter de objeto de protección irreconociendo el sujeto de derechos, y el enfoque que se centra en la atención médica y social, los servicios y la rehabilitación.

La ley específica que data de 1996, responde también a una corriente internacional que promueve la “normalización” de las personas con discapacidad, con la adopción en 1993 por la Asamblea General

de las Naciones Unidas, de la resolución 48/96 de las Normas Uniformes para la Equiparación de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. En este documento, la ONU le recomienda a los Estados Parte que le den prioridad a las personas con discapacidad para que desarrollen una ciudadanía activa, y cree la institucionalidad necesaria que coordine las políticas de “integración”. Como una reacción a esta resolución, la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad le da vida al Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, como ente coordinador, asesor e impulsor de políticas en materia de discapacidad, pero sin herramientas claras para desarrollar dicho mandato.

La definición de persona con discapacidad es central en la medida que conceptualiza el paradigma al cual responde, y es así como el Decreto legislativo no. 135-96 (reformado por el Decreto legislativo no. 5-2011), define en su artículo 3: “Se considera como

discapacidad cualquier deficiencia física, mental, sensorial, trastornos de talla y peso, genéticas, congénitas o adquiridas, que limite substancialmente una o más actividades consideradas normales para una persona.” El texto centra la definición de la discapacidad en el factor biológico, tal y como se explicó anteriormente, y la incapacidad de desarrollar actividades consideradas “normales”.

Adicionalmente, en el artículo 7 de este Decreto, se refuerza el carácter de “protector” que deben asumir las familias, la sociedad y el Estado hacia las personas con discapacidad: “El Estado, las Organizaciones de y para personas con discapacidad y la familia, velarán por el cumplimiento de la presente ley y, específicamente, porque las personas con discapacidad no sean expuestas a peligros físicos, psíquicos, sensoriales o morales en relación con la actividad que realicen.” La consideración como objeto de protección se fundamenta en la premisa de que las personas con

discapacidad son incapaces de protegerse como resultado de su incapacidad para ser autónomas, entiéndase la autonomía como moral y de conciencia. En la práctica, es muy probable que la mayoría de las personas con discapacidad en Guatemala carezcan de herramientas y medios para ser autónomas, pero más que atribuir esta situación a sus deficiencias físicas, sensoriales o mentales, se deben de explicar como resultado de una larga historia de exclusiones y carencias, de una ausencia de servicios desde los satisfactores más básicos como la salud, alimentación y educación, hasta las oportunidades para trabajar o generar ingresos.

El paradigma médico se caracteriza, no solo por su modelo biologicista, sino por su carácter segregador. La Ley de Atención a las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 12 que para garantizar el cumplimiento de dicha ley, el Estado deberá: "... b. Facilitar la creación de fuentes de trabajo, específicas para las personas con discapacidad; c.

Fomentar la creación de escuelas o centros especiales para la atención de personas con discapacidad, que, con motivo de su limitación física o mental, no puedan asistir a las escuelas regulares.", es decir, trabajo protegido y segregado, y educación igualmente segregada con calidad no garantizada. Bajo dicho modelo también fue aprobado el Decreto legislativo no. 58-2007 o Ley de Educación Especial para Personas con Capacidades Especiales.

El tercer paradigma de la discapacidad es el social y de derechos humanos. Como fundamento central se reconoce a todas las personas con discapacidad como sujetas y titulares de todos los derechos humanos, y atribuye las limitaciones que tienen para su participación e inclusión social, a las barreras construidas por las sociedades como una forma de negación y rechazo a su existencia. Desde el modelo de derechos humanos que se configura bajo este paradigma, se promueve, en primer lugar, la participación protagónica

de las personas con discapacidad en sus procesos de inclusión, se pretende regular el combate de todas las formas de discriminación, tanto directas como indirectas, por motivo de la discapacidad, y la eliminación de todas las barreras existentes que limitan o impiden que las personas con discapacidad puedan gozar y ejercer de todas las libertades fundamentales y derechos humanos que han sido reconocidos para el resto de las personas.

El cambio de paradigmas, desde los modelos tradicionales y el modelo médico biologicista, hacia el modelo social y de derechos humanos, inicia por eliminar las barreras mentales y actitudinales que se manifiestan en la percepción de que las personas con discapacidad no son capaces o que son inútiles. Traslada la carga y responsabilidad de las limitaciones desde la persona individual hacia la sociedad y el Estado, obligando a éste último a que adopte medidas en todos los ámbitos para eliminar las barreras físicas, legales,

económicas, sociales, políticas y de otra índole.

Tal y como se dio en el paradigma médico, el modelo de derechos humanos también plantea otra conceptualización, en el presente artículo citaremos el empleado por la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento internacional de derechos humanos ratificado por el Estado de Guatemala en el 2009. El segundo párrafo de su artículo 1 reza: “

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Este modelo va configurando así la transición en las prácticas que respondían a modelos y paradigmas anteriores, para lo cual se requiere también una legislación que proteja los derechos fundamentales y dicha transición se

pueda efectuar sin contratiempos. Algunos ejemplos de tales cambios son los siguientes: de la “incapacidad legal” al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, y con ello, la disponibilidad garantizada por el Estado guatemalteco de los apoyos necesarios para que los sujetos puedan ejercer este derecho, respetando su voluntad y preferencias y su libertad para tomar sus propias decisiones; de la educación especial y segregada hacia la inclusión educativa de calidad, que requerirá de la formación de profesionales y docentes que comprendan y respeten este derecho básico; del trabajo protegido hacia igual salario por igual trabajo y que éste sea digno y de acuerdo con la formación individual de cada persona con discapacidad, para ello se deberán aprobar herramientas legales que combatan seriamente la discriminación en contra de las personas con discapacidad; de la incapacidad legal hacia la plena

participación ciudadana, electoral y política.

La no discriminación es un principio fundamental de derechos humanos ampliamente reconocido en muchos ámbitos, sin embargo, en Guatemala todavía hay un largo camino que recorrer para primero identificar lo que se consideran como actos discriminatorios, para posteriormente legislar su prohibición y ampliar el tipo penal en el Código respectivo.

Como se mencionó anteriormente, la discriminación puede ser directa o indirecta, y esto se define claramente en el artículo 2 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico,

social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;” y dado que los ajustes razonables son un concepto introducido en este mismo tratado internacional en ese mismo artículo, copiamos aquí su conceptualización: “ Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.” Contar con instrumentos de protección antidiscriminatorios por motivo de discapacidad es fundamental para avanzar con los derechos humanos, y dada la naturaleza de los ajustes razonables, habrá que regularlos con claridad, sin ambigüedades y de manera positiva.

La legislación guatemalteca aún tiene como un enorme pendiente

incorporar todos estos conceptos, disposiciones y normas para hacer efectiva las garantías a todas las personas con discapacidad del goce y ejercicio de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales – crear los instrumentos y mecanismos de protección de tales derechos y dejar en el pasado aquéllos prejuicios y normas que consideraban a las personas con discapacidad como objetos de protección. Transicionar hacia el paradigma de derechos humanos requiere de eliminar muchas barreras, y en el ámbito legislativo, de promover reformas en un conjunto enorme de leyes, tarea nada fácil si se considera que existen limitaciones para las personas con discapacidad en todos los ámbitos de participación. He aquí la enumeración de tan solo algunas leyes de carácter fundamental que deben de ser reformadas: Ley Electoral y de Partidos Políticos, Código Penal y Código Procesal Penal, Código Civil, Ley del Organismo Judicial, y por supuesto, las leyes específicas

incluyendo la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad – que implicará una reforma profunda a la institucionalidad del Estado – y la Ley de Educación Especial para Personas con Capacidades Especiales.

El cambio de paradigmas hacia el pleno respeto de la dignidad de todas las personas con discapacidad se plantea como una serie de intervenciones multidisciplinarias y multisectoriales, en donde las reformas legislativas apenas son uno de múltiples ámbitos de acción. Es de notar que además en la sociedad guatemalteca conviven expresiones y prácticas de los tres paradigmas, obviamente que las relativas a los paradigmas tradicionales y médico son en detrimento de los derechos de las personas con discapacidad. La

persistencia de prácticas lesivas a la dignidad de estas personas se explican como expresiones de prejuicios sociales profundamente arraigados, y la prevalencia de intereses de tipo económico y político cuando se ven afectados estos aspectos. La erradicación de la discriminación conlleva también un proceso largo y permanente de formación y educación dirigidos especialmente a las propias personas con discapacidad, la sociedad en su conjunto, profesionales “especializados” en discapacidad, medios de comunicación, poderes del Estado y todas las instituciones que lo componen. La meta es hacer valer la consigna acuñada por las propias personas con discapacidad: “¡Nada acerca de las personas con discapacidad, sin las personas con discapacidad!”



Relación de compatibilidad normativa entre los artículos 141 y 281 de la Constitución Política de la República de Guatemala

*Marielos Araujo Bohr **

El concepto de *soberanía* aparece ante nosotros como un término difícil de delimitar, esto se debe, en parte, a que es un vocablo contingente pues ha evolucionado, de su concepción original. En sus primeros momentos no se podía prever la incidencia que tendrían en el ejercicio de la soberanía los pactos sociales modernos como lo son la Constitución liberal y el Derecho internacional, particularmente en materia de derechos humanos y relaciones económicas.

Es el artículo 141 de la Constitución Política de la República el que, para el caso del

Estado de Guatemala, prescribe en quién radica (y por ende en quién encuentra su fundamento) la soberanía y cómo esta se manifiesta (cómo se ejerce primariamente) en respuesta al sistema de Gobierno representativo que adopta (artículo 140). La lectura del artículo 141 no presenta mayor conflicto, el pueblo es el titular de la soberanía, este decide cómo dirigirse tanto interna como externamente, pero como no es posible consultar a cada elector sobre estas decisiones, el electorado se da una Constitución por medio de una Asamblea Constituyente. Esta Constitución, mediante el principio de supremacía constitucional,

* Marielos Araujo Bohr es Magistrada de la Corte de Constitucionalidad

garantiza que la voluntad del poder constituyente, que por mera ficción es la voluntad del pueblo, no sea desobedecida por los poderes constituidos.

Sin embargo, al dar lectura al artículo 281, que contiene las denominadas *cláusulas pétreas* o *normas intangibles*, el mismo principio latente de ejercicio de la soberanía parece también petrificarse. Este es el problema que se busca dilucidar. El contenido del artículo 281 constitucional, al declarar irreformable el artículo 141, resulta contraproducente al contenido de este último pues si la soberanía radica en el pueblo y sobre la voluntad de este no hay poder constituyente que pueda prevalecer, no puede enclaustrarse la posibilidad de modificar la forma de ejercicio de la soberanía, tal y como lo hace el artículo 281.

Conforme al concepto desarrollado por Ribó Durán, la soberanía contiene dos elementos

constitutivos: *supremacía* e *independencia*. Esto derivado que la soberanía es el derecho del Estado a determinarse por sí mismo en su vida interna y en sus relaciones con la comunidad internacional.

*“La **supremacía** consiste en que la voluntad del Estado no admite contrarresto en el orden interno, dado que está respaldada por un poder supremo, irresistible, no condicionado. Desde este punto de vista, el poder del Estado, considerado en relación con otros poderes que existen en su territorio, es un poder superior: está supraordinado a todos los demás.”*²²

*“La **independencia**, en cambio, es el elemento de la soberanía que se manifiesta con respecto al exterior del Estado y que le permite a éste actuar y conducirse libremente en el campo internacional, en pie de igualdad con los demás Estados, no obstante las diferencias de orden territorial, demográfico o*

²² Borja, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, Segunda edición, México,

Fondo de Cultura Económica, 1991, pág. 37.

económico. Desde el punto de vista internacional, la soberanía es sinónimo de independencia.”²³

Estos elementos emergen de la autodeterminación que es propia a todas las organizaciones político-estatales. La concepción moderna y contemporánea de soberanía, como ya se explicó, tiene como base la voluntad popular, la voluntad soberana es legítima cuando emerge de procesos democráticos. Así, la mayor expresión de soberanía, en las democracias representativas, es la voluntad que emerge de los procesos constituyentes y del poder constituyente, propiamente dicho. La soberanía tiene su máxima expresión de delegación en el poder constituyente, pero no se agota con este, continua latente. Se ejercita ordinariamente por medio de los poderes constituidos y extraordinariamente, por medio del poder constituyente y los referendos.

La soberanía es el poder de una sociedad de autodeterminarse,

tanto en el ámbito interno como externo. La forma democrática de autodeterminarse mejor aceptada ha sido mediante el poder constituyente. Durante el transcurso del siglo XX se discutió ampliamente sobre los límites del poder constituyente, la discusión terminó por reafirmar la corriente de que los derechos humanos, sumados a otros factores como el Derecho internacional, la historia y la cultura de los pueblos, son límites extrajurídicos al ejercicio de dicho poder. En síntesis, que el poder constituyente a pesar de ser tal, no puede ser entendido como absoluto.

Respecto del concepto de poder constituyente, Pérez Serrano indica: “*cuando en la técnica habitual de nuestras disciplinas se habla de ‘Poder constituyente’ se alude estrictamente a aquel poder singular y extraordinario por virtud del cual un pueblo que venía viviendo sin Constitución se da su primera Ley política fundamental de tipo liberal moderno o al menos,*

²³ *Ibíd.*

reforma y modifica su Código político preexistente, que ya respondía a ese carácter. No entran en cuenta, a decir verdad, más Constituciones que las 'revolucionarias', las recientes, las nacidas de un acto de normación solemne y excepcional."²⁴

En lo que refiere a las cláusulas pétreas y a la libre determinación de los pueblos, estos aspectos han sido reiteradamente considerados como esenciales para el modelo del Estado liberal. Desde su misma configuración, de ambos lados del Atlántico, los constituyentes estadounidenses y franceses rechazaban cualquier aspiración de perpetuidad de la voluntad constituyente.

Thomas Jefferson entendía que *"ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua o incluso una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación en vida."*²⁵ Mientras que los

miembros de la Asamblea francesa plasmaban en su segunda Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1793: *Artículo 28. El pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar la Constitución. Una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras.*

Entendiéndose a las normas pétreas como excepcionales y necesariamente temporales: *"dentro del constitucionalismo contemporáneo aún se encuentran presentes en un buen número de constituciones, sin embargo se consideran un mal necesario pues permiten que se establezca el orden constitucional, pero su determinación de perpetuidad disminuye el poder constituyente que radica en el pueblo. En razón de ello las cláusulas intangibles solo pueden tener cabida dentro de*

²⁴ Pérez Serrano, Nicolás, *El Poder Constituyente*. Discurso de recepción como Académico de número. Madrid, España, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,

1947, págs. 14 y 15.

²⁵ Wikipedia, *Thomas Jefferson*, http://es.wikipedia.org/wiki/Thomas_Jefferson (29 de julio de 2014).

*una Constitución democrática si son de carácter temporal.*²⁶

El poder constituyente no puede encapsularse, no puede restringirse por un ejercicio previo. La única excepción es que la prohibición sea justificada y, necesariamente, de carácter temporal. La relación entre soberanía y poder constituyente es la de un titular a un representante, es de carácter extraordinario y absolutamente revocable. El titular es el pueblo, por la imposibilidad de darse su Constitución mediante asamblea directa, elige representantes para que integren una asamblea constituyente que será portadora e intérprete de su voluntad, la cual concretará en un documento escrito, el cual es recomendable sea refrendado por el pueblo. El ejercicio de la soberanía, por parte de su titular, permanece latente. De manera extraordinaria se puede, nuevamente, convocar a una Asamblea Constituyente y modificar su Constitución o darse una totalmente nueva.

La Constitución Política de la República de Guatemala; que es promulgada el 31 de mayo de 1985, cobra vigencia el 14 de enero de 1986 y es reformada el 17 de noviembre de 1993; contiene un total de 308 artículos, 27 de ellos transitorios y un artículo derogado (el 256). Su contenido suele agruparse, para efectos académicos, en: parte dogmática, parte orgánica y parte procesal.

Todos los cuerpos normativos, sean ordinarios o constitucionales, presentan diferentes grados de dificultad en su aplicación, esto suele derivarse de múltiples factores como integración, interpretación, extractividad, antinomias aparentes, ponderación, entre otros. Los artículos que entraremos a conocer (141 y 281) aparecen, *a priori*, con cierto contenido antinómico, trataremos en las siguientes páginas de determinar si existe tal antinomia y, en su caso, establecer en qué medida el contenido del artículo

²⁶. Pereira-Orozco, Alberto, Constitución Política de la República de Guatemala. Texto

de 1985 y sus reformas de 1993. Estudio conceptual, Guatemala, Ediciones De Pereira, 2014, pág. 52.

281 afecta, positiva o negativamente, el pleno ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, y cuál es la forma correcta de resolver este conflicto pues, al estar ante dos normas del mismo rango, no se puede hacer uso de criterios de exclusión como el cronológico y el jerárquico.

El contenido del artículo 141 de la Constitución, necesariamente, tiene que ser entendido de manera contextual, particularmente con el desarrollo del artículo que le antecede y abre la sección que arriba denominamos como *parte orgánica*, en la cual se organiza o estructura el ejercicio del poder, los medios y requisitos para optar a él y los mecanismos para su control. El artículo 140 prescribe: ***Estado de Guatemala.*** *Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.* Con este antecedente pasaremos a delimitar el alcance del artículo 141.

Artículo 141.—Soberanía. *La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida.*

Este artículo no define el concepto soberanía, indica quién es el titular de la misma, el pueblo, y, su forma delegada de ejercicio ordinario en los Organismos constituidos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La sentencia referida a la prohibición taxativa de subordinación entre estos, complementa el principio de división de poderes plasmado en el artículo 140.

La interpretación jurisprudencial que realiza la Corte de Constitucionalidad del contenido del artículo 141 es particularmente conservadora. Busca mantener el mandato del poder constituyente ordinario, lo cual me parece correcto. Sin embargo señala que, *de manera especial, corresponde a esa colectividad ciudadana dar o negar su respaldo a la propuesta de variar la estructura de tal norma*

fundante, lo que solo cubre parte del ejercicio de la soberanía, pues la limita a cambios, *variaciones*, de la estructura de la *norma fundante*, nada dice de la posibilidad del ejercicio del poder constituyente originario como máxima expresión de la soberanía.

La soberanía pertenece al pueblo, en esto, tanto el texto constitucional como la interpretación de la Corte de Constitucionalidad, son sumamente claros. Sin embargo, parecen subordinar y limitar cualquier expresión posterior a las facultades de un poder constituyente derivado o de reforma, mismo que tendrá como marco los procedimientos y límites previamente trazados por el poder constituyente originario. Dentro de sus límites se encuentra las normas intangibles que se contienen en el artículo 281 constitucional.

Asumida la limitante conservadora que acompaña al contenido del texto constitucional guatemalteco y de su interpretación, entendemos que el poder constituyente derivado tiene, cuando menos, dos tipos de

límites en su ejercicio: “los límites del poder constituyente derivado pueden ser de dos clases: A) **De forma**, en cuanto se tiene que usar siguiendo el procedimiento o mecanismo fijado por la Constitución que se va a reformar, y no de cualquier manera. En el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala, para hacer efectivo el principio de estabilidad constitucional y complementar su característica de rigidez, se establecen los procedimientos a través de los cuales será posible su reforma. Así, para el caso guatemalteco el articulado conducente es el siguiente: 278 (Asamblea Nacional Constituyente) y 280 (Reformas por el Congreso y consulta popular). B) **De contenido**, si es que la Constitución a reformar tiene cláusulas o partes que no se pueden suprimir, destruir, alterar o modificar, y que por presentar tal dureza se denominan contenidos pétreos. Si una reforma constitucional se realiza violando el procedimiento indicado para hacerla, o los contenidos pétreos,

la reforma es inválida. Para el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece: artículo 281 (Artículos no reformables).’’²⁷

El contenido del artículo 281 ha estado acompañado de una aparente ausencia de la observancia de las reglas del uso de la razón o de la lógica. Como veremos, diversos autores consideran que dicho artículo enumera normas pétreas o intangibles pero que, el mismo artículo 281, no es pétreo en sí. Esto es, que todo lo relativo al Estado de Guatemala, su forma de Gobierno, su soberanía, la facultad del Congreso para desconocer al Presidente de la República y, la prohibición de reelección, pueden ser objeto de reforma mediante el cambio del contenido de dicho artículo pues, argumentan, dicho artículo no se protegió a sí mismo.

Artículo 281.—Artículos no reformables. *En ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186 y 187, ni en forma alguna toda cuestión*

que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido.

“Se comprende que los artículos enumerados no podrán ser reformados en ningún sentido por la Asamblea Nacional Constituyente convocada expresamente para determinada reforma, de las permitidas por la Constitución, y por el Congreso. Solo podrán ser reformados alterando el orden constitucional por un Gobierno de facto o por un gobierno provisional cuyo propósito sea dictar una nueva Constitución. El error de los diputados constituyentes fue no declarar irreformable el artículo 281. Este artículo puede ser

²⁷ Pereira-Orozco, Ob. Cit., págs. 42 y 43.

reformado y de hecho, queda sin fundamento la prohibición constitucional. Solo resta considerar si una Asamblea Nacional Constituyente aunque limitada por la convocatoria puede o no emitir una nueva Constitución. A primera vista la función de una Asamblea es redactar una Constitución y nada le impide derogar y decretar. Es parte de su función soberana.”²⁸

“Algunos autores opinan que se deduce que el Art. 281 debe ser considerado como norma pétrea. Sin embargo esta asunción genera mucha polémica, ya que si el Legislador constituyente no le dio esta categoría expresamente, dejó abierta la puerta para una posible reforma.”²⁹

Para entender si el artículo 281, en sí mismo, se constituye como norma pétrea, y que cualquier otra argumentación es ilógica, basta con recurrir al razonamiento lógico *a fortiori* (*a minore ad maius*): Si está prohibido lo menos, está prohibido lo más³⁰. Si está prohibido modificar alguno de los artículos enumerados (lo menos), es lógico que, cuanto más, esté prohibido modificar el artículo que los contiene.

Entiendo así, que el artículo 281 es también una norma intangible. Esto no conlleva que deje de considerar a esta norma una disposición necesaria para el proceso de transición iniciado en 1984 y que, por su propia naturaleza, esta norma solamente puede ser entendida como transitoria.

²⁸ Castillo González, Jorge Mario, *Constitución Política de la República de Guatemala. Comentarios, explicaciones, interpretación jurídica, documentos de apoyo y sentencias de la Corte de Constitucionalidad*. Quinta edición. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, 2003, pág. 496.

²⁹ Mendoza G., Lissette Beatriz y Ricardo Mendoza Orantes, *Constitución explicada* —

artículo por artículo—. Comentarios, doctrina, jurisprudencia, vocabulario y legislación aplicable, Segunda edición, El Salvador, Editorial Salvadoreña, 2008, pág. 371

³⁰ Vea: *Los argumentos por comparación o analogía*. En: García Damborenea, Ricardo, *Uso de razón*. Recuperado de: <http://perso.wanadoo.es/usoderazonweb/html/conten/argum/arganalo/analo2.pdf> (4 de octubre de 2014).

Estimar lo contrario sería lesionar gravemente el ejercicio de la soberanía que es superior a lo que materialice normativamente cualquier poder constituyente. El *quid* de la discusión no la centro en si es o no reformable dicho artículo para permitir el ejercicio de la soberanía, el punto medular de la cuestión la centro en lo que anunciaba ya Castillo González en su interpretación de esta misma norma: cómo poder hacer efectivo el ejercicio de la soberanía sin que esto conlleve un golpe de Estado técnico.

La confrontación entre el contenido de los artículos 141 y 281 evidencian que estos son, en principio, antinómicos. Al formar parte del mismo cuerpo constitucional la antinomia solo puede ser aparente pues, por principio la voluntad del constituyente no puede ser contradictoria ni objeto de los procesos ordinarios de resolución de conflictos. Se debe acudir a las reglas de interpretación constitucional.

La reforma constitucional no es posible, por las normas pétreas, la costumbre constitucional está ausente, y los movimientos violentos o revolucionarios es lo que se trata de evitar al buscarle una salida institucional que permita el ejercicio de la soberanía sin que ello implique el rompimiento del orden constitucional.

Siguiendo las reglas de interpretación que sugiere Badeni (teleológica, semántica, sistemática y dinámica). De estas es prudente acudir a la interpretación sistemática y dinámica, para hacer posible una interpretación que permita coexistir a ambas normas (141 y 281).

Interpretación sistemática: *“La interpretación de las cláusulas constitucionales no debe de ser efectuada de manera aislada, generando contradicciones entre ellas, sino buscando una relación de concordia que permita desentrañar un significado*

armónico de todas sus partes.”³¹

Interpretación dinámica: “*Es una herramienta sumamente útil para mantener actualizada una Constitución, pues la interpretación de sus contenidos se hará de la manera más razonable y conveniente para satisfacer las necesidades sociales del presente. El límite del uso de esta técnica radica en que no debe hacer posible violar o reformar el texto constitucional.*”³²

La interpretación sistemática nos llama a buscar consenso y concordia entre las normas constitucionales, particularmente entre las que están directamente en conflicto, sin que ello conlleve descartar otras que necesariamente estarán vinculadas. Para este caso en particular se trata del artículo 173. La interpretación dinámica impide que simplemente se privilegie una de las dos normas, aún aduciendo que los momentos políticos bajo los que se redactó la Constitución fueron muy diferentes

a los actuales. Esta última técnica impide la violación o reforma, mediante interpretación, del texto constitucional. Todo apunta a la necesidad de que se haga mutar la Constitución mediante la correlación entre los artículos 141, 173 y 281.

Respecto a los alcances del artículo 173 constitucional, la Corte de Constitucionalidad ha manifestado:

“La Consulta Popular. Denominada en la doctrina ‘Referéndum Consultivo’, significa las funciones de sufragio y ejercicio del voto en virtud del cual el pueblo, mediante el cuerpo electoral, decide en última instancia resoluciones que le afectan en forma directa. Tiene, en general, dos componentes: a) el órgano facultado que acepta, discute y aprueba una decisión política importante, que habrá de reflejar sus efectos en la estructura normativa del Estado y, por tanto, en la población; y, b) el pueblo, en el que radica la soberanía, que por

³¹ Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho constitucional*. Tomo I, Segunda edición,

Argentina, Editorial La Ley, 2006, pág. 114.

³² *Ibidem*, pág. 118.

medio del voto acepta o rechaza la propuesta aprobada, de donde deriva su voluntad de adoptar o no la decisión sobre la que se pronuncia en las urnas... Cabe, a este respecto, la cita del profesor Antonio E. Pérez Luño, quien sobre el particular expresa: ‘El principio de la soberanía popular se realiza así en la praxis a través de un proceso dialéctico en el que el momento de la decisión mayoritaria no tiene por qué excluir el momento previo de la orientación de la decisión, que puede corresponder a una élite o minoría intelectual. Siempre que dicha élite se halle comprometida con la masa en la elaboración común de un determinado programa de acción.’” Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente: 931-98. Sentencia del 08/02/1999.

La solución que proponemos; que mediante el artículo 173 se consulte al titular de la soberanía sobre la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente plenipotenciaria y, posteriormente, se convoque a elección de

diputados constituyente; presenta la limitante política señalada por Pérez Luño: *el proceso de orientación de la decisión que descansa en la élite o minoría intelectual.* Para el caso guatemalteco, el proceso de orientación descansa en los sujetos que están facultados para promover la consulta: el Presidente de la República o el Congreso de la República.

La dificultad de hallar una salida institucional que permita el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo para modificar las cláusulas intangibles contenidas en el artículo 281, sin vulnerar el ordenamiento constitucional, deja clara evidencia que la existencia de este último artículo vulnera el pleno ejercicio del poder soberano por parte del pueblo del Estado de Guatemala. Para permitir una transición institucional que permita modificar el artículo 281, se debe potencializar la soberanía y hacer su ejercicio eficaz mediante el artículo 173.

GENOCIDIO

Alberto Pereira-Orozco *

«Los actos de torturas, violaciones sexuales, abortos de mujeres embarazadas, los asesinatos a golpes de niños indefensos, el castigo mortal a los ancianos y la destrucción total de la aldea no admiten ningún tipo de justificación. Estos antecedentes llevan a concluir a la CEH que el único propósito de acciones como la investigada era el exterminio total de la comunidad.» Caso ilustrativo No. 31. Masacre de las Dos Erres.

I. Introducción. Al igual que lo hace Casaús Arzú³³, quiero que esta introducción sea un punto de partida para el tema del genocidio que en estas páginas pretendo abordar. Para el caso guatemalteco, se ha repetido hasta la saciedad, sin que esto parezca ser suficiente que, combinando los datos de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) con otros estudios

realizados sobre la violencia en Guatemala³⁴, «[...] *que el saldo en muertos y desaparecidos del enfrentamiento fratricida llegó a más de doscientas mil personas.*»³⁵. Del total de víctimas que registró la CEH (42,275), entre hombres, mujeres y niños, y de las que pudieron ser plenamente identificadas, «[...] *el 83% eran mayas y el 17% eran ladinos.*»³⁶.

³³ Cf. CASAÚS ARZÚ, Marta Elena, *Genocidio: ¿La máxima expresión del racismo en Guatemala?*, Cuadernos del presente imperfecto, Número 4, Guatemala, F&G Editores, 2011, pág. 11.

³⁴ Cf. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *Guatemala. Memoria del silencio*.

Conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Guatemala, Editorial Litoprint, 2000, pág. 17.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Cf. *Ibíd.*

* Alberto Pereira-Orozco es Director de la Unidad Académica de la Academia Quetzalteca de Constitucionalistas -AQC-; Director del Centro de Investigaciones Jurídico-Sociales Atanasio Tzul -CIJAT-; Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Guatemala. Contacto: albertodepereira@gmail.com

Los datos anteriores permiten dimensionar, medianamente, lo acontecido en los 36 años de *enfrentamiento armado interno*, particularmente entre 1980 y 1982³⁷, y qué grupo de la sociedad fue el principal blanco de la actividad represora del Estado.

Por primera vez, indica Casaús Arzú, «[...] en la historia del país, una comisión oficial confirma que el racismo constituyó un elemento fundamental para explicar la saña y discriminación con la que se llevaron a cabo los operativos militares contra las comunidades indígenas de Occidente. Por segunda vez en la historia, se confirma, según las normas de derecho internacional, que se cometieron actos de genocidio por parte del ejército que identificó a grupos del pueblo maya como el

enemigo interno.»³⁸. Casaús Arzú hace referencia al Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico y al Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (remhi).

Con base en esta primera aproximación, y haciendo comulgar las posturas de Casaús Arzú y de Torres-Rivas, pretendo demostrar la perpetración de actos de genocidio dentro del *enfrentamiento armado interno* que sufrió la sociedad del Estado de Guatemala (1960-1996) y que dichos actos tuvieron como elemento fundamental el racismo imperante que el *enfrentamiento armado interno* vino, coyunturalmente, a desatar en su manifestación más irracional: el genocidio.

³⁷ El período histórico comprendido entre 1980 y 1983, registró 41 mil 187 víctimas, muy por encima de cualquier otro período dentro de la guerra interna que aconteció en Guatemala de 1960 a 1996. Además, solo en los años 1980 (46), 1981 (103) y 1982 (192), se registraron 341 masacres (80.8%) de un total de 422 masacres suscitadas en el período de *enfrentamiento armado interno*. Cf. OFICINA DE

DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, *Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, Guatemala Nunca Más*, (Versión resumida), Guatemala, Editorial Taller Tercera Prensa, 2002, págs. 385 y 387.

³⁸ Cf. CASAÚS ARZÚ, *Genocidio: ¿La máxima...;* pág. 11.

II. Presupuestos. La sociedad guatemalteca, asumiendo que existe como tal, es una sociedad racista. El racismo es una característica que ha acompañado el desarrollo de la sociedad asentada en el territorio de la Provincia de Guatemala (que formaba parte de la Capitanía General de Guatemala o Reino de Guatemala), que posteriormente pasó a conformar lo que hoy se conoce como el Estado de Guatemala. Su carácter racista no es antojadizo, es más bien

ideológico y económico³⁹. El racismo justificó la exclusión, marginación y explotación del sector poblacional mayoritario del Estado de Guatemala. La economía colonial y republicana dependió y sigue dependiendo del *factor racismo* para poder pasar por desapercibidos la servidumbre, la explotación laboral, la desatención en temas de desarrollo, salud, educación, participación, incidencia política, entre muchos temas que se han acumulado como

³⁹ Detrás del genocidio no solo estaba el factor político-ideológico y el racismo. El factor económico, los intereses de la burguesía principalmente agraria, estaba presente: «Mientras la economía guatemalteca se tambaleaba, el desempleo y el subempleo en el altiplano estaban alcanzando niveles alarmantes. Si hubo algún momento apropiado para ejercer formas de violencia ejemplar en contra de lo que hubiera tenido que ser una fuerza laboral servil, recurriendo a alternativas cooperativistas de desarrollo comunitario, al sindicalismo campesino, o posiblemente a la insurrección armada, los primeros años de los ochenta eran, sin duda, el momento propicio. // La importancia de los indígenas como trabajadores temporales en la costa sur también significaba que, a pesar de las altas tasas de desempleo, solo parte de la población podría ser destruida sin poner en

riesgo a las provisiones laborales en tiempos de recuperación económica. La estrategia militar parece haber sido erradicar, mediante el genocidio, a una amenaza contra el “statu quo” rural y hacer que la repetición de dicha amenaza en el futuro sea lo más difícil posible. // Al destruir las comunidades indígenas, como tales, los militares también intentaron destruir su capacidad históricamente comprobada de organizarse, de movilizarse, y de formar cooperativas, sindicatos u otros medios independientes de consulta y de desarrollo local». DROUIN, Marc, «Acabar hasta con la semilla». *Comprendiendo el genocidio guatemalteco de 1982*, Cuadernos del presente imperfecto, Traducción de Byron DURÁN MOLINA, Guatemala, F&G Editores, 2011, págs. 53 y 54.

lastre para la dignificación de población indígena.

*«El racismo constituye un elemento justificador de la ideología dominante para asegurar su cohesión como clase y su dominio frente al indígena. De este modo, la oligarquía se afianza en el poder desde la época colonial hasta nuestros días. El racismo constituye un elemento histórico en la ideología de la clase dominante guatemalteca, que se manifiesta de diversas formas en las distintas etapas históricas y funciona como mecanismo legitimador de la clase dominante, como un factor de diferenciación social, valorizando las diferencias reales e imaginarias y convirtiéndolas en estereotipos. El estereotipo del indio varía poco desde la colonia hasta la actualidad. El prejuicio étnico-racial es a la vez un prejuicio de clase que, poco a poco, a lo largo de la historia, va configurando el imaginario racista guatemalteco.»*⁴⁰

*«El racismo ha estado estrechamente vinculado a la opresión, explotación, represión y humillación del pueblo indígena. Ha sido uno de los argumentos más empleados para someter al indígena a lo largo de la historia y continúa siendo uno de los más utilizados a la hora de justificar dicho comportamiento. El racismo ha servido también de factor de desestabilización social y de división entre las clases subalternas, al plantear el divorcio entre indígenas y ladinos como algo inherente a la naturaleza humana, o como un elemento de origen divino o genético, generando de este modo una sobrevaloración del ladino frente al indígena.»*⁴¹

El constitucionalismo guatemalteco ha evitado el tema indígena, evidenciando con ello el racismo que subyace en la conciencia de las clases alta y media, mismo que se ha permeado hasta las clases menos favorecidas.

⁴⁰ CASAÚS ARZÚ, Martha Elena, *Guatemala: linaje y racismo*, Tercera edición, Guatemala,

F&G Editores, 2007, pág. 258.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 259.

Desde el *Modelo colonial de segregación*⁴², pasando por el *Modelo asimilacionista de Independencia*⁴³, hasta llegar al *Modelo integracionista republicano*⁴⁴, la vida societaria y jurídica de los indígenas correspondió a seres inferiores y ciudadanos de segunda clase.

Es con la Constitución Política de la República de Guatemala, de 1985, que se pasa a un régimen de igualdad, al menos en la Constitución formal, y ello no se debe al tratamiento que se da a las *Comunidades indígenas*, en la Sección Tercera del Capítulo II (*Derechos sociales*). La mejor expectativa de igualdad y respeto a la población y culturas indígenas, tiene cabida por medio del tema de los derechos humanos y los tratados internacionales en esta materia.

«A pesar que la Constitución reconoce el principio de igualdad y de no existir una restricción legal explícita para el acceso de los pueblos indígenas a los servicios del Estado, subsiste una exclusión de hecho de los pueblos indígenas en las esferas de lo social, político y cultural. El ser indígena en Guatemala sigue determinando el hecho de ser excluido del acceso a estos derechos, aún siendo la población mayoritaria del país (60%).»⁴⁵

«Aunque la Constitución Política de la República garantiza los derechos humanos, reconoce y promueve a los pueblos indígenas, sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso del traje indígena, idiomas; las condiciones en las cuales viven en el país son de marginalidad sociocultural,

⁴² Cf. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *Justicia y Pluralismo Legal en Guatemala*, pág. 4. Recuperado de: http://vsites.unb.br/ics/dan/geri/boletim/fajardo_1999.pdf

⁴³ Cf. *Ibíd.*

⁴⁴ Cf. *Ibíd.*, pág. 5.

⁴⁵ NACIONES UNIDAS. Derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado. Guatemala, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su Oficina en Guatemala*, Guatemala, (s.e.), 2012, pág. 13.

desfavorables a la realización de sus derechos.»⁴⁶

Como se ve, aún en la sociedad guatemalteca contemporánea, el tema indígena es marginado y se le concibe como un tema folklórico al cual casi todos recurren para identificarse internacionalmente como cultura, pero que se indignan si se les vincula su ascendencia y/o se les señala de ser «indios». Todo esto pareciera no estar ligado con el tema del genocidio, pero lo está al punto de haberlo desencadenado como factor coyuntural, que pasó sin mayor aspaviento interno, porque la misma sociedad guatemalteca, dominante, no se sentía agraviada, pues no consideraba miembros plenos, vamos a decirlo sin mayores eufemismos, no consideraba seres humanos a los indígenas.

Estos presupuestos ayudarán a entender el genocidio en Guatemala, más allá de la intencionalidad y de su materialización. Seguramente

permitirán responder a la pregunta que lanzan Chalk y Jonassohn: *¿Cómo es posible que las personas puedan matar a otras personas en una escala tan masiva?* Y en lo que ellos agrupan como *condiciones previas del genocidio* podemos sostener la hipótesis de que el genocidio *pudo ser* por la prevalencia del racismo, la exclusión social (ideológica y económica) y la ausencia de otredad.

«La respuesta parece ser que ello no es posible, al menos no mientras las potenciales víctimas se perciban como personas. No contamos con pruebas que demuestren que alguna vez se ha realizado un genocidio contra un grupo de iguales. Las víctimas no solo no deben ser pares, sino que además se las debe definir claramente como inferiores a la condición plenamente humana. // Para llevar a cabo un genocidio, el genocida ha tenido siempre que organizar una campaña que

⁴⁶ PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual Circunstanciado. Situación de*

los derechos humanos en Guatemala, 2011, Guatemala, (s.e.), 2012, pág. 311.

*redefine al grupo de víctimas como insignificantes [...] // el genocidio requería, primero, la deshumanización de las víctimas y, segundo, una autoridad centralizada y una organización burocrática fuertes.»*⁴⁷

III. Genocidio. Origen y evolución. El siglo XX es, sin duda, el siglo de los genocidios. Si bien la práctica de estos actos ha sido concurrente al desarrollo histórico de las sociedades⁴⁸, es en el siglo XX que tiene sus mayores expresiones y, como consecuencia de ello, se toma en cuenta para ser sancionado tanto en el orden internacional como estatal, mayormente en los Estados de

occidente y en los Estados bajo el influjo directo de estos. Sin embargo, su regulación y castigo como crimen internacional no ha sido del todo efectiva, mucho menos eficaz.

*«Salvo contadas excepciones, el Derecho internacional ignoró durante décadas la protección específica de las minorías étnicas, nacionales o religiosas y solo durante la Primera Guerra Mundial se produjo la primera Declaración formal al respecto cuando, el 24 de mayo de 1915, Francia, el Reino Unido y Rusia condenaron las tropelías llevadas a cabo contra el pueblo armenio en el Imperio Otomano.»*⁴⁹

⁴⁷ CHALK, Frank y Kurt JONASSOHN, *Historia y sociología del genocidio. Análisis y estudio de casos*, Traducido por Carla SCOTTA, Colección de Estudios sobre Genocidio, Buenos Aires, Argentina, Editorial Prometeo Libros, 2010, págs. 53, 54 y 55.

⁴⁸ El sacrificio humano existió en todo el mundo antiguo. Las grandes civilizaciones se desarrollaron al amparo de grandes masacres de la que rara vez se da cuenta en los libros de historia y, cuando se hace, se tienden a glorificar pues era la versión de los vencedores. A guisa de ejemplo: *«Según los libros de texto de escuelas secundarias y universidades, ATENAS fue próspera, pero muy rara vez se*

habló de la masacre del pueblo de MILO. Los romanos destruyeron CARTAGO y CORINTO, pero su suerte no se puso en tela de juicio. Los autores de libros de texto casi nunca explicaban qué significaba la devastación de una ciudad antigua para sus habitantes. En otras palabras, la suerte de millones de seres humanos que sufrieron muertes forzosas como civiles indefensos fue y seguirá siendo invisible [...]». *Ibídem*, págs. 28 y 29.

⁴⁹ CERVELL HORTAL, María José, *Genocidio, Responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Madrid, España, Editorial iusdel, 2013, págs. 24 y 25.

«La adopción en 1948 de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 1948 supuso, por tanto, una absoluta novedad, convirtiéndose así en la primera que, escasos años después de la Segunda Guerra Mundial, contemplaba de manera particular y con un régimen específico, el castigo de un crimen internacional, pero también en una de las que mayores problemas originó desde prácticamente el mismo momento de su firma.»

Luego de la adopción de dicha Convención, el tema y la sanción del genocidio desaparecen, salvo el caso de condena a *Eichmann*, por parte de un tribunal israelí en 1961. Con el final de la Guerra Fría la sociedad internacional se ve obligada a no ignorar los hechos que acontecían en el mundo y que eran propiamente actos de genocidio. Producto de este reinvolveramiento de la Comunidad Internacional en los casos de genocidio son el **Tribunal Penal Internacional para la ex**

Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), creados por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas en 1993 y 1994, respectivamente, ambos con capacidades para perseguir y procesar a personas culpables de los delitos de *crímenes contra la humanidad y genocidio*. Posteriormente, otro hecho importante es la creación del Estatuto de Roma en 1998 que crea la **Corte Penal Internacional (CPI)**, mismo que tras su ratificación, entra en vigor en 1 de julio de 2002.

IV. Genocidio. Concepto. En cuanto al origen del término «genocidio», no hay mayor debate, el mismo fue acuñado por el abogado judío Raphael Lemkin⁵⁰, a partir del griego *geno* (tribu, raza) y del latín *caedere* (matar). *«El nuevo concepto se aplicaría, en definitiva, a crímenes en los que el factor étnico o nacional era determinante y que tenían como*

⁵⁰ Cf. *Ibíd.*, pág. 28.

*objetivo de ataque el individuo, pero como integrante de un grupo concreto.»⁵¹. Lemkin no solo acuñó el término *genocidio*, además lo relaciono con una serie de hechos históricos para darle contenido. Así, el término *genocidio* «era la aniquilación coordinada y planificada de un grupo de determinada nacionalidad, religión o raza, mediante diversas acciones, cuyo objetivo consistía en socavar los cimientos fundamentales para la supervivencia del grupo como tal.»⁵². Otro concepto, doctrinariamente muy socorrido es el propuesto por Chalk y Jonassohn, quienes indican que «El *genocidio* es una forma de matanza masiva unilateral mediante la cual un Estado u otra autoridad buscan destruir a un grupo, tal como éste y sus miembros han sido definidos por el genocida.»⁵³.*

Sin embargo, es el concepto que de *genocidio* brinda la **Convención para la prevención y sanción del**

delito de Genocidio de 1948 el que se ha predominado en este tema, tanto en el ámbito teórico como en la esfera normativa:

«[...] se entiende por *genocidio* cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: // a) matanza a miembros del grupo; // b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; // c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; // e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.»

V. Genocidio. Sus elementos. Lo que distingue al *genocidio* de otros crímenes, en los cuales se solía encuadrar la conducta que este castiga antes de ser regulado como tal y, particularmente, del crimen contra la humanidad, es la existencia de una intención

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² CHALK y JONASSOHN, *Ob. Cit.*; pág. 30.

⁵³ *Ibíd.*, pág. 48.

criminal agravada (*dolus specialis*). Es esta intención (*mens rea*⁵⁴) lo que lo caracteriza como tal. «El genocidio es diferente a otros crímenes ya que abarca una intención especial o un *dolus specialis*. La intención especial de un crimen es la intención específica, exigida como un elemento constitutivo de un crimen, que supone que el que lo perpetra busca claramente producir el acto del que se le acusa. Sin embargo, la intención especial en el crimen de genocidio reside en la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.»⁵⁵.

En lo que refiere a su elemento objetivo, es claro que el juez y la sociedad deben de entender que no somos esclavos de la norma, pero sí tributarios del Derecho. Es por ello que Cervell Hortal apunta,

atinadamente, que «los tribunales han sido generosos al interpretar las conductas del artículo II para permitir que determinados hechos, de calificación a veces complicada pudieran considerarse genocidio y evitar así la impunidad de sus autores. Sin embargo, también ha tenido clara la existencia de límites infranqueables: no puede negarse que algunas conductas, por la gravedad de sus consecuencias o por sus similitudes se acercan mucho a la figura del genocidio y, sin embargo, no pueden tacharse de tal por no concurrir alguno de los elementos necesarios.»⁵⁶.

El elemento objetivo del genocidio resulta ser la comisión de una, o más, de las conductas estipuladas en el artículo II de la *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*: a) *matanza a miembros del grupo*; // b) *lesión*

⁵⁴ «**Mens rea** es un término latino (que se puede traducir como "mente culpable") utilizado en el derecho penal. En las jurisdicciones que contienen un debido proceso debe haber un *actus reus* acompañado con un nivel de *mens rea* para constituir el delito». Fuente: WIKIPEDIA. Término: *mens rea*. Recuperado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Mens_rea

⁵⁵ En este sentido se pronunció la SALA DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, en el asunto *AKAYESU (PROSECUTOR v. AKAYESU)*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 498). Fuente: CERVELL HORTAL, *Ob. Cit.*; pág. 33.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 35.

grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; // c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; // e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

«Las categorías son aparentemente claras, pero la jurisprudencia a tenido ocasión de matizarlas. Así, ha considerado que el término matanza debe de interpretarse como asesinato y no como mero homicidio. // En lo que se refiere al daño físico o mental, el que sea grave no equivale a afirmar que deba ser permanente o irremediable (es más, ese daño puede ocasionarse mediante la tortura física o mental, e incluso por violencia sexual o persecución). Por otro lado, infligir daños al grupo puede abarcar un amplio número de conductas, por ejemplo, someterle a restricciones alimentarias, expulsarlo de sus hogares, reducirle los servicios médicos por

debajo de los mínimos exigibles, privarles deliberadamente de los recursos necesarios para su supervivencia o crear circunstancias que le conduzcan a una muerte lenta, como privarles de casa, ropa, higiene o someterlos a trabajos excesivos. Entre las medidas que impidan nacimientos, la jurisprudencia ha incluido las mutilaciones sexuales, esterilizaciones, control de nacimientos, separación de sexos, prohibición de matrimonios, e incluso medidas de carácter psicológico. Por último, bajo “traslado forzoso de niños”, puede subsumirse cualquier acto de intimidación llevado a cabo con ese fin.»⁵⁷

Con el elemento objetivo, como ha quedado expuesto y se expondrá adelante, no se tiene mayor problema para identificar los actos de genocidio dentro del enfrentamiento armado interno guatemalteco. La mayoría de los actos regulados como actos de genocidio ocurrieron durante dicho

⁵⁷ *Ibídem*, págs. 34 y 35.

enfrentamiento, particularmente entre de los años 1980 a 1982. El punto toral para distinguir si lo acontecido en Guatemala fueron actos de genocidio o crímenes contra la humanidad, es el elemento subjetivo o intencional, ya que el mismo es un delito doloso por naturaleza.

Como ya se mencionó, este delito tiene un doble componente (además de su carácter doloso que descarta el alegato de negligencia o accidente): a) la intención criminal, que no es más que el deseo consciente de materializar los actos penados y, b) el *dolus specialis*, la intención de destruir, en todo o en parte, al grupo como tal y la conciencia de que sus actos contribuirán a dicho fin. El *quid* para distinguir el genocidio de otro tipo de delitos resulta complejo.

«El elemento intencional y, en concreto, el dolus specialis, se erige, por tanto, en el núcleo del genocidio: sin él, el delito no existe. Es lo que lo distingue de los actos

*similares y, en concreto, de los crímenes contra la humanidad, y la jurisprudencia no ha desaprovechado las ocasiones para aclararlo.»*⁵⁸

Al ser el *dolus specialis* la *piedra de toque* que permite determinar si el acto que se juzga es un acto de genocidio, la problemática se centra en este elemento, con razón el mismo TPIR declaró previamente que el elemento mental es *«difícil, incluso imposible de determinar.»*⁵⁹. Ha sido la jurisprudencia la llamada a hacer efectiva la *Convención* y el mismo Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional pues, este último, reprodujo lo contemplado en la *Convención*. Es por ello que la lectura de la jurisprudencia producida por estos tribunales resulta indispensable para poder determinar, con mejores recursos, la existencia o no del *dolus specialis*. En este caso nos auxiliaremos de la conclusión que extrae Cervell Hortal del estudio de

⁵⁸ *Ibidem*, págs. 37 y 38.

⁵⁹ *Akayesu (Prosecutor v. Akayesu, sentencia*

del 2 de septiembre de 1998, párrafo 498).
Fuente: CERVELL HORTAL, *Ob. Cit.*; pág. 38.

dos casos conocidos por la CPI y la Corte Internacional de Justicia (CIJ), respectivamente:

*«La intención genocida nunca se presume y para acreditarla será necesario, con independencia de que la jurisprudencia nos haya aportado elementos de ayuda, analizar cada caso de manera independiente y aportar **pruebas suficientes**, que acrediten que el acusado era plenamente consciente de lo que hacía. Y no siempre será fácil, salvo que pueda acreditarse la existencia misma de un plan gubernamental para destruir a un determinado grupo, en cuyo caso será posible probar con menos esfuerzo que el acusado conocía de su existencia.»*⁶⁰

VI. Responsabilidad. Ya que el *dolus specialis* es el elemento subjetivo y el que presenta mayores dificultades de probar y que, como se señala en el párrafo anterior la mejor prueba de esta intención se puede encontrar en los documentos oficiales que permitan acreditar que el acusado, o los acusados,

estuvieron plenamente conscientes de lo que se hacía, en la brevedad que permite este artículo, los informes de la CEH y de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, ya citados, sumados a ellos el Plan Victoria 82 (y uno de sus planes operativos el Plan Sofía, cumplimentados, si aún hicieran falta más pruebas, con documentos desclasificados de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y del Departamento de Estado de los Estados Unidos, ofrecen suficiente certeza sobre lo ocurrido en Guatemala, particularmente entre los años 1980 y 1982.

Comenzaré con lo doméstico, con el informe de la CEH, que en sus conclusiones recuerda el marco jurídico relativo al genocidio, acoge la figura de genocidio contemplada en la *Convención* respectiva y pasa a detallar los hechos y, con base en ambos elementos, objetivo y subjetivo, deriva consecuencias:

⁶⁰ *Ibídem*, págs. 48 y 49.

«El marco jurídico adoptado por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) para analizar la eventual comisión de actos de genocidio en Guatemala durante el enfrentamiento armado interno es la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y ratificada por el Estado de Guatemala en virtud del Decreto 704, el 30 de noviembre de 1949.»⁶¹

«110. Luego de realizar un examen de cuatro regiones geográficas seleccionadas, (Maya-Q'anjob'al y Maya-Chuj, en Barillas, Nentón y San Mateo Ixtatán del Norte de Huehuetenango; Maya-Ixil, en Nebaj, Cotzal y Chajul, Quiché; Maya-K'iche' en Joyabaj, Zacualpa y Chiché, Quiché; y Maya-Achi en Rabinal, Baja Verapaz) la CEH puede confirmar que entre los años 1981 y 1983 el Ejército identificó a grupos del

pueblo maya como el enemigo interno, porque consideraba que constituían o podían constituir la base de apoyo de la guerrilla, en cuanto sustento material, cantera de reclutamiento y lugar para esconder sus filas. De este modo, el Ejército, inspirado en la Doctrina de Seguridad Nacional, definió un concepto de enemigo interno que fue más allá de los combatientes, militantes o simpatizantes de la guerrilla, incluyendo en dicho concepto a los civiles de determinados grupos étnicos.»⁶²

«111. Considerando el conjunto de actos criminales y violaciones de los derechos humanos correspondientes a las regiones y a las épocas señaladas, analizados al efecto de determinar si constituían delito de genocidio, la CEH concluye que la reiteración de actos destructivos dirigidos de forma sistemática contra grupos de la población maya, entre los que se cuenta la eliminación de líderes y actos criminales contra menores

⁶¹ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, Ob. Cit.; pág. 39.

⁶² *Ibidem*, pág. 40.

que no podían constituir un objetivo militar, pone de manifiesto que el único factor común a todas las víctimas era su pertenencia a un determinado grupo étnico y evidencia que dichos actos fueron cometidos "con la intención de destruir total o parcialmente" a dichos grupos (Artículo II, párrafo primero de la Convención).»⁶³

«119. El análisis de la CEH demuestra que en la ejecución de los hechos hubo una coordinación de las estructuras militares de nivel nacional, que permitía una actuación "eficaz" de los soldados y patrulleros en las cuatro regiones estudiadas. El Plan Victoria 82, por ejemplo, establece que "la misión es aniquilar a la guerrilla y organizaciones paralelas", el Plan de Campaña Firmeza 83-1 determina que el Ejército debe apoyar "sus operaciones con el máximo de elementos de las PAC, para poder arrasar con todos los trabajos colectivos".»⁶⁴

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 41.

«120. Todo lo expuesto ha convencido a la CEH de que los actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a numerosos grupos mayas no fueron actos aislados o excesos cometidos por tropas fuera de control, ni fruto de eventual improvisación de un mando medio del Ejército. Con gran consternación, la CEH concluye que muchas de las masacres y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en contra de tales grupos respondieron a una política superior, estratégicamente planificada, que se tradujo en acciones que siguieron una secuencia lógica y coherente.»⁶⁵

«122. En consecuencia, la CEH concluye que agentes del Estado de Guatemala, en el marco de las operaciones contrainsurgentes realizadas entre los años 1981 y 1983, ejecutaron actos de genocidio en contra de grupos del pueblo maya que residía en las cuatro regiones analizadas.»⁶⁶

⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 42.

⁶⁶ *Ibíd.*

«123. La CEH tiene información de que hechos análogos ocurrieron y se reiteraron en otras regiones habitadas por el pueblo maya.»⁶⁷

Edelberto Torres-Rivas sostiene el argumento de que «la gestión genocida es coyuntural, y que apareció aquí por el profundo odio homicida que trajo el anticomunismo.»⁶⁸.

«En Guatemala la guerra contrainsurgente creó condiciones para que el genocidio como conducta apareciera entre quienes aplicaban la violencia.»⁶⁹

«Aquí, hubo crueldad y odio, un olvido culposo de lo que prescribe como objetivos y propósitos la Doctrina de la Seguridad Nacional. Y lo más grave fue la confusión de “quién es el enemigo”: ¿los guerrilleros o toda la oposición? Se practicaron actos genocidas durante la contrainsurgencia difíciles de

probar; supone dos componentes, definir al enemigo de una manera ideológica y estar animado por un profundo racismo.»⁷⁰

«[...] la alta capacidad de combate del Ejército guatemalteco, se excedió de los límites relativos al respeto a los derechos humanos señalados por los EE. UU. Son conocidos los numerosos documentos reprobatorios enviados por altos oficiales norteamericanos (bajo el gobierno de Carter) llamando la atención y amenazando a sus colegas guatemaltecos por los excesos cometidos contra civiles durante la guerra. Los reportes de denuncia llegaron a su límite hasta el punto que se suspendió la ayuda militar.»⁷¹

«La ayuda israelí y la argentina trajeron otros artilugios letales. Con estos artefactos de alta calidad técnica más el odio y el racismo que pusieron los militares,

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ TORRES-RIVAS, Edelberto, *¿El genocidio se diseñó en el exterior?* Artículo publicado en: elPeriódico, 09 de junio de 2013, Sección:

Opinión, pág. 15.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

aparecieron los rasgos genocidas. // La extrema violencia, un brutal racismo y el odio anticomunista se fusionaron profundamente en la cultura guatemalteca. Son rasgos “made in Guatemala” que explicarían el genocidio.»⁷²

Sumado a lo ya apuntado por Torres-Rivas, acudo a Victoria Sanford para acreditar lo relativo a los documentos extranjeros que dan cuenta de lo acontecido en Guatemala, durante el período histórico analizado, y de la evidente línea de mando en la ejecución de los actos de genocidio.

«[...] un documento secreto de la CIA, de fines de febrero de 1982, establece que a mediados del mismo mes y año, el ejército guatemalteco había reforzado sus fuerzas y lanzado una “operación de limpieza en el Triángulo Ixil. Los comandantes de las unidades participantes han sido instruidos para destruir todos los pueblos y aldeas que cooperan con el Ejército Guerrillero de los Pobres

(EGP) y de eliminar todas sus fuentes de resistencia”⁷³. El primer punto del memo declara que los civiles “que estén de acuerdo con colaborar con el ejército... serán tratados bien”. Luego, en el tercer punto del memorando, la CIA reconoce que “un gran número de guerrilleros y colaboradores han muerto”. Y concluye con un “COMENTARIO: Cuando una patrulla del ejército confronta resistencia y le disparan de un pueblo o aldea, se asume que todas la población es hostil y como consecuencia es destruido... Se asume que una aldea vacía apoya al EGP, y por lo tanto es destruida”. El punto cuatro indica cínicamente que el Alto Mando del Ejército “está muy satisfecho con los resultados iniciales de esta operación de limpieza y cree que será exitosa”. La CIA luego aclara que “el ejército todavía no ha encontrado una fuerza mayor de las guerrillas en el área”, concluyendo que el éxito del ejército “hasta la fecha parece

⁷² *Ibíd.*

⁷³ CENTRAL DE INTELLIGENCE AGENCY,

“Document Secret G5-41,” February 5, 1982, 2. Declassified January 1998.

estar limitado a la destrucción de varios pueblos controlados por el EGP”; y agrega: “COMENTARIO: La bien documentada creencia del ejército, de que toda la población ixil está a favor del EGP ha creado una situación en la que el ejército combatirá sin clemencia tanto a combatientes como a no-combatientes [civiles]”⁷⁴. En palabras de un consejero legal de la CEH, Jan Perlin: “La adjudicación histórica de ciertas características a las ‘masas indígenas’, lo cual es integral al racismo [en Guatemala], ha determinado el uso de tácticas militares en áreas claramente definidas de este grupo, cada vez que [el ejército] determinó que constituían una amenaza.”⁷⁵

«Aunque esta justificación del genocidio está basada en la amalgama de que todos los ixiles son pro-EGP, en ningún momento la cuestión étnica queda de lado en

la mezcla. Además, el documento de 1982 de la CIA deja muy en claro que el Alto Mando Militar no está solamente informado sobre las masacres, sino que también los “comandantes de las unidades han sido instruidos para destruir todos los pueblos y aldeas”, y de que el Alto Mando Militar está “muy satisfecho con los resultados iniciales”.»⁷⁶

Sanford demuestra, mediante del análisis de un patrón de masacres, acaecidas en Quiché y Baja Verapaz durante los últimos meses de régimen de Lucas García (1981-1982) y los primeros meses del gobierno de Ríos Montt (1982-1983): «(1) que las masacres no fueron el resultado de oficiales del ejército fuera de control; (2) las masacres fueron una campaña estratégica del ejército como institución; (3) Ríos Montt no solo continuó la campaña de masacres iniciada por Lucas García, sino que él sistematizó la campaña de

⁷⁴ CIA, “Document Secret,” 2-3.

⁷⁵ SANFORD, Victoria, *Violencia y Genocidio en Guatemala*, Prólogo de Sofía DUYÓS

ÁLVAREZ-ARENAS, Tercera edición, Guatemala, F&G Editores, 2012, págs. 40 y 41.

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 42.

masacres; y, (4) esta campaña sostenida de masacres fue la primer campaña genocida del ejército.»⁷⁷

Cierro este apartado de la responsabilidad en la comisión de los actos de genocidio, citando a Marc Drouin, quien evidencia la clara intención genocida del Ejército guatemalteco en contra de la población indígena: *«ataques del ejército en contra de los sobrevivientes no ocurrieron únicamente en Guatemala, sino también se llevaron a cabo más allá de una frontera internacional. Se dice que organizaciones de derechos humanos documentaron hasta sesenta incursiones distintas del ejército guatemalteco en territorio mexicano entre 1982 y 1984, para intimidar y atacar a los refugiados que se encontraban allí. Por su parte, la CEH documentó cinco masacres cometidas en México en 1982 y 1983. Masacres adicionales de esta naturaleza, cometidas contra poblaciones completamente desamparadas,*

indican el extremo al cual el ejército guatemalteco estaba dispuesto a llegar para asesinar a personas que ya habían escapado a uno o incluso numerosos intentos de destruir sus comunidades. Estas matanzas subsecuentes, más allá del territorio guatemalteco, indican una clara intención genocida.»⁷⁸

VII. ¿Para qué juzgar el genocidio? El genocidio, sin margen de dudas, es un hecho repudiable a la *naturaleza humana*. No habría necesidad de argumentar en favor de la necesidad de que este acto sea juzgado y execrado de toda sociedad. Sin embargo, no ha faltado quién, dentro del colectivo guatemalteco, se cuestione sobre la necesidad y beneficios de juzgar los actos de genocidio. La polarización de la sociedad guatemalteca respecto a este tema ha permitido esta pregunta. Total, *los muertos no revivirán y los victimarios en su mayoría son ancianos en espera de la muerte.*

⁷⁷ *Ibíd*em, págs. 49 y 50.

⁷⁸ DROUIN, *Ob. Cit.*; págs. 48 y 49.

Entonces, ¿para qué juzgar el genocidio? Feierstein inicia por recordarnos que los juicios por genocidio son, en esencia, juicios de reproche moral que, además de la condena jurídica del hecho, buscan ser una garantía de que dichos actos no volverán a suceder. Feierstein apunta que los juicios por genocidio buscan, en esencia, la condena del hecho y la garantía de que no volverá a repetirse:

«a) La posibilidad de “hacer justicia”, es decir, condenar en el ámbito legal las responsabilidades de quienes hayan participado en la “elaboración” del plan (resulta evidente que no parece posible someter al ámbito legal a todos los participantes de un proceso genocida, dado que equivaldría a condenar y eventualmente encarcelar a una porción demasiado relevante de la población en la que se llevó a cabo el genocidio, lo cual difícilmente sería tolerado ni material ni simbólicamente por los regímenes

occidentales modernos). // b) La reprobación moral que surge de la sociedad ante estas acciones junto con la profunda convicción de la necesidad de destierro de tales prácticas sociales.»⁷⁹

VIII. Conclusiones

—La sociedad guatemalteca se configuró con base en una ideología racista y excluyente, dichas características siguen vigentes, tal vez ya no tan pujantes públicamente como en las épocas pretéritas a la firma de los Acuerdos de Paz Firme y Duradera. El racismo es un tema que ha calado y definido a la sociedad guatemalteca, evidencia de ello lo fueron los actos de genocidio perpetrados por el Estado-Ejército con total impunidad interna.

—Con base a la exposición realizada y, particularmente en la documentación traída a cuenta, concluyo que en Guatemala, durante el *enfrentamiento armado interno*, puntualmente entre los

⁷⁹ FEIERSTEIN, Daniel, *Seis estudios sobre genocidio. Análisis de las relaciones sociales: otredad, exclusión, exterminio*, Tercera

edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 2008, pág. 3.

años 1980 y 1982, **se cometieron actos de genocidio por parte del Estado en contra de la población civil indígena.**

—La cúpula económica, más que la rancia cúpula militar, es la más interesada porque estos actos no se juzguen*. Pues de acontecer dichos procesos, corre el grave riesgo de que se revele una verdad más repugnante: ¿quién estaba tras las órdenes de los altos mandos militares?

* Esta conclusión no resulta tan aventurada cuando se lee «Preguntado sobre quiénes son las personas que les están subvencionando [en referencia a la FUNDACIÓN CONTRA EL TERRORISMO], MÉNDEZ RUIZ, de forma contraria a todas las demás preguntas a las que responde sin inconvenientes, se niega a ofrecer información al respecto. Pero sí señala que son “empresarios”, “grandes empresarios

del país”, pero que colaboran con sumas pequeñas de dinero». Cf. GAMAZO, Carolina, Fundación Contra el Terrorismo. El club de la balanza y la daga. Publicado en PlazaPública, 25 de junio de 2013. Recuperado de: <http://www.plazapublica.com.gt/content/el-club-de-la-balanza-y-la-daga>

IX. Bibliografía

Casaús Arzú, Marta Elena. *Genocidio: ¿La máxima expresión del racismo en Guatemala?* Cuadernos del presente imperfecto. Número 4. Guatemala, F&G Editores, 2011.

_____. *Guatemala: linaje y racismo*. Tercera edición. Guatemala, F&G Editores, 2007.

Cervell Hortal, María José. *Genocidio, Responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*. Madrid, España, Editorial iusdel, 2013.

Chalk, Frank y Kurt Jonassohn. *Historia y sociología del genocidio. Análisis y estudio de casos*. Traducido por Carla Scotta. Colección de Estudios sobre Genocidio. Buenos Aires, Argentina, Editorial Prometeo Libros, 2010.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico. *Guatemala. Memoria del silencio. Conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento*

Histórico. Guatemala, Editorial Litoprint, 2000.

Congreso de la República de Guatemala. *Código Penal*. Decreto 17-73. Guatemala, 1973. Y sus reformas.

Drouin, Marc. «Acabar hasta con la semilla». *Comprendiendo el genocidio guatemalteco de 1982*. Cuadernos del presente imperfecto. Traducción de Byron Durán Molina. Guatemala, F&G Editores, 2011.

Feierstein, Daniel. *Seis estudios sobre genocidio. Análisis de las relaciones sociales: otredad, exclusión, exterminio*. Tercera edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 2008.

Gamazo, Carolina. *Fundación Contra el Terrorismo. El club de la balanza y la daga*. Publicado en PlazaPública, 25 de junio de 2013. Recuperado de: <http://www.plazapublica.com.gt/content/el-club-de-la-balanza-y-la-daga>

Naciones Unidas. Derechos humanos. Oficina del Alto

Comisionado. Guatemala. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su Oficina en Guatemala*. Guatemala, (s.e.), 2012.

Naciones Unidas. Asamblea General. *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. 9 de diciembre de 1948. Ratificada por el Estado de Guatemala en virtud del decreto 704, el 30 de noviembre de 1949.

Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, *Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, Guatemala Nunca Más* (Versión resumida). Guatemala, Editorial Taller Tercera Prensa, 2002.

Procurador de los Derechos Humanos. *Informe Anual Circunstanciado. Situación de los derechos humanos en Guatemala, 2011*. Guatemala, (s.e.), 2012.

Sanford, Victoria. *Violencia y Genocidio en Guatemala*. Prólogo de Sofía Duyós Álvarez-Arenas.

Tercera edición, Guatemala, F&G Editores, 2012.

Torres-Rivas, Edelberto. *¿El genocidio se diseñó en el exterior?* Artículo publicado en: elPeriódico, 09 de junio de 2013, Sección: *Opinión*, pág. 15.

Wikipedia. Término: *mens rea*. Recuperado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Mens_rea

Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Justicia y Pluralismo Legal en Guatemala*. Recuperado de: http://vsites.unb.br/ics/dan/geri/bol_etim/fajardo_1999.pdf

La Comisión Guatemalteca de Auditoría Social en Discapacidad, COGUASDI, publicó el Informe Preliminar de la Auditoría Social en Discapacidad llevado a cabo a 33 instituciones públicas que tienen como responsabilidad la ejecución de políticas generales o sectoriales en materia de discapacidad, entre ellas el CONADI.

Entre los hallazgos más significativos presentados el 2 de diciembre del 2014, se encuentran:

- Solo el 0.13% del presupuesto general es para la población con discapacidad
- Las instituciones públicas en su mayoría, desconocen la normativa vigente y los derechos de las personas con discapacidad
- Los programas que funcionan son de carácter asistencialista y caritativo lo cual se contradice con el enfoque del pleno respeto y garantía de los derechos humanos de esta población.
- CONADI tiene una deficiente ejecución presupuestaria y poca capacidad administrativa, técnica y estratégica; poca efectividad en impulsar proyectos de ley de reformas legales y otras acciones que fortalezcan la protección de los derechos de esta población; asimismo carece de un sistema de evaluación y desconocimiento del nivel de cumplimiento de la Política Nacional en Discapacidad y la estructura política y organizacional de CONADI es ineficiente y costosa.

Actividad realizada en el marco del Día Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, conmemorado el 3 de diciembre de cada año, estuvieron presentes representantes del sector público, de las organizaciones de personas con discapacidad del interior de la república y medios de comunicación social.

INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera *

El presente instrumento académico tiene como objeto el identificar de manera somera las teorías en las que versa la argumentación jurídica, la estructura de los modelos en los que se sustenta el lenguaje del Derecho, teniendo a bien ofrecer un cúmulo de reglas y principios, que tiendan a dilucidar los tópicos que se derivan en el ámbito del propio Derecho. Para el efecto menester traer a colación algunos destacados Doctores en Derecho y conocer su opinión, en cuanto al punto de las teorías de la argumentación jurídica, iniciaremos con lo manifestado sobre el tópico de marras por el **Doctor José Antonio Pinto**

Fontanillo, que indica que “...*la argumentación jurídica... Pretende otorgar un plus de racionalidad y eficacia al frío concurso de las normas en el debate de los problemas jurisdiccionales de los sujetos de Derecho, al tiempo que otorga la necesaria versatilidad a sus administradores a la hora de aplicar los recursos que le son propios.*⁸⁰”.

Al suscitarse circunstancias complejas, la **argumentación jurídica per se**, ofrece un método motivado y razonable, que permite dirimir estas vicisitudes, tomando como base el silogismo que se derivan de las intervenciones argumentativas, lo que conlleva a

⁸⁰ Pinto Fontanillo, José Antonio. “La Teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy” Tesis Doctoral. Facultad de Derecho,

Universidad Complutense de Madrid, España.2003. p.100.

* Mauricio Zarazúa es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Colegiado 7270. Estudios de postgrado en Derecho Constitucional. Medicina Legal y Ciencias Forenses

un resultado epistemológico y congruente. En ese orden de ideas para el prestigioso **Doctor Manuel Atienza**, *“La teoría o las teorías de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos”*⁸¹. Para el Doctor Atienza se pueden distinguir tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones, para el efecto se trae a colación lo manifestado sobre el presente tópico en su obra titulada **Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica**: *“El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Las primeras se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución... puede ser la adopción de una medida legislativa...la fase prelegislativa puede considerarse que los argumentos tienen, en general, un carácter más político y moral que jurídico, en la fase legislativa los*

*papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo técnico-jurídico las que pasan a un primer plano.”*⁸². De lo anterior cabe destacar que los valores axiológicos en los que se edificada una norma jurídica, sirven de pleno elemento al ubicar una interpretación armónica de su historia fidedigna, la que puede coadyuvar indudablemente al intérprete para entender el momento político que se decretó la promulgación de determinada norma jurídica y sus alcances. Continúa Manifestando el Doctor Atienza en cuanto a este tema que *“Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares ... Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica. La*

⁸¹ Atienza, Manuel. “Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica”, Instituto de Investigaciones Jurídicas,

Universidad Nacional Autónoma de México. Tercera Impresión, México 2007. p.p. 1-4

⁸² Ibid. p.p- 1-4

dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.⁸³”.

Al respecto cabe destacar de lo manifestado por este distinguido Doctor Atienza, en cuanto a los campos que pueden evidenciarse argumentaciones de carácter jurídico, el que señala que el **primer campo** aborda aquellas problemáticas que buscan que por medio de una Ley puedan obtener un cobijo y respuestas inmediatas, cuestión cotidiana que se viven en todas las latitudes al inferir o más bien argumentar que por medio de un cuerpo normativo se puedan dilucidar aquellas deficiencias que se evidencian en el seno de la sociedad, ante tal tesis se comparte la idea con el prestigioso Doctor

Atienza puesto que ya en la fase legislativa las argumentaciones que originan la creación de una Ley, se sujetan al vaivén técnico, donde pueda darse el caso que el origen del problema y que haya sido objeto de varias argumentaciones este condicionado por cuestiones exógenas. En cuanto al **segundo campo** que señala el autor citado, es importante argumentar que vía interpretación determinado hecho encuadre en un enunciado normativo, el devenir en esta faceta es la que se desarrolla en la aplicación del Derecho, donde puede condicionarse por la argumentación interpretativa. Finalmente tomando en cuenta lo relacionado por el Doctor Atienza hace relación al **tercer campo**, destaco que dentro de este ámbito la fortaleza de las argumentaciones se identificaría con el análisis de la jurisprudencia sentada por cada una de estas instancias, toda vez que poseen una competencia plenamente identificada, en cuando al resguardo no solo de los

⁸³ Atienza, Manuel. “Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica”, Instituto de Investigaciones Jurídicas,

Universidad Nacional Autónoma de México. Tercera Impresión, México 2007. p.p. 1-4

derechos difusos por los instrumentos constitucionales de rescate constitucional y a la vez velar por el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, haciendo interpretaciones extensivas ajenas a ciertas apreciaciones subjetivas que puedan estar limitadas por diversas razones, es decir que su **hermenéutica no se convierta en una mutación constitucional**, que pueda causar irreparables consecuencias al ordenamiento jurídico de un Estado.

El ilustre Doctor Juan Antonio García Amado al referirse de sus logros y carencias, manifiesta que “...que la aportación de la teoría de la argumentación jurídica ha consistido, por un lado, en hallar fructíferas vías medias para muchas de las artificiosas y engañosas dicotomías en que se movía la teoría de la aplicación del Derecho y, por otro lado, en sentar un nuevo modelo de racionalidad con la que medir críticamente las

decisiones jurídicas, modelo que, sin embargo, y pese a las apariencias y la ingente cantidad de papel, no ha alcanzado aún una elaboración suficientemente precisa como para servir de instrumento analítico y crítico de esas decisiones... Es frecuente, por ejemplo, hablar de los argumentos o métodos interpretativos tratándolos como si todos ellos contribuyeran de la misma forma a sentar positivamente un significado de la disposición que se interpreta. Sin embargo, no todos funcionan de la misma manera. Por ejemplo, mientras unos aportan referencias o criterios para afirmar un determinado significado, otros desempeñan una función meramente negativa, descartando significados de los que con los otros argumentos se proponen”⁸⁴.

Con base a lo manifestado por el destacado e ilustre Doctor Juan Antonio García Amado, en cuanto a los logros y carencias de la argumentación jurídica, manifiesto

⁸⁴ García Amado, Juan Antonio. “Interpretación y Argumentación Jurídica:

Modulo Instruccional” San Salvador, El Salvador: El Consejo. 2004. p.p. 100-124

que no podemos establecer un método o fórmula argumentativa que prefije un resultado armónico a nuestras pretensiones, puesto que cada vicisitud debe individualizarse sus elementos e identificar que postulado argumentativo puede recurrirse, tal y como citaba el Doctor Atienza en el segundo y tercer campo, el análisis en abstracto de una situación con base a la dogmática jurídica debe en primera instancia suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas incidencias en que ello tiene lugar; proveer criterios para la aplicación del derecho; y ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

Para conocer la noción de la argumentación jurídica me he permitido citar lo manifestando por el Ilustre Doctor José Antonio Pinto Fontanillo en cuanto que señala que “...La argumentación jurídica, hoy, no puede entenderse únicamente como una metodología para resolver conflictos sociales. Su papel está también en el campo

de la crítica y la investigación social de todos aquellos fenómenos susceptibles de una solución más o menos coactiva, más o menos vinculante; es decir de una solución jurídica. Podemos diferenciar, al menos, dos conceptos de argumentación jurídica: o, bien, la metodología aplicativa de reglas y principios confrontada con los hechos en cuestión y utilizando una mecánica procedimental como la que propone Alexy u otros; o, bien, un concepto más complejo que incluye la elección del propio modelo (modelo de principios, modelo de reglas, orientación moralista, orientación positivista, etc.), para luego aplicar al procedimiento, o no. El **primer modelo** utiliza el tejido jurídico como referencia para una posterior actuación argumental; es decir, una fase pasiva seguida de una fase activa. En cambio, el **segundo modelo** estaría constituido por una sola fase activa, que consistiría en identificar o reconocer el problema dentro del ordenamiento. En última instancia, de lo que se trata es de un modelo aporético que pone el

*sistema a disposición del problema, frente a un modelo sistemático, que ha de encajar el problema en el sistema.*⁸⁵“.

De lo manifestado por el Ilustre Doctor José Antonio Pinto Fontanillo, en cuanto a los modelos citados cabe destacar que en el primero de ellos, instituye el hecho de identificar los parámetros jurídicos de los que puede ser objeto un determinado acto, el punto versa en la tesis, que se va a desarrollar la argumentación, del porque fue utilizado determinado postulado, no se puede ante una judicatura recitar un compendio normativo puesto que el juez conoce del Derecho, el objetivo es argumentar e inclinar el pensamiento del juzgador para determinada tesis en abstracto. Asimismo en el segundo modelo se limita a identificar únicamente el problema a lo que señala el Doctor Pinto Fontanillo, que resultaría en una aporía, término que según la

Real Academia Española define como un “*Enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional*”⁸⁶”, puesto que con ello tal y como recalca el autor antes mencionado es que pone el sistema a disposición del problema, frente a un modelo sistemático, que ha de encajar el problema en el sistema.

En cuanto a la estructura de la argumentación jurídica señala el autor antes citado que “*La necesidad de dar respuesta tanto a los casos clásicos, como a aquellos más complicados, hace que la argumentación pase de ser un proceso de simple deducción a un debate complejo donde hay que tener en cuenta a los actores, a los hechos y a todo tercero susceptible de ser, no ya sujeto de derecho, sino posible sujeto de argumentación.*”⁸⁷”.

⁸⁵ Pinto Fontanillo, ob. cit. p. 101

⁸⁶ <http://lema.rae.es/drae/?val=aporia>

⁸⁷ Pinto Fontanillo, ob. cit. p. 101

El ámbito de la lógica jurídica estaría rebasado por el de la argumentación jurídica. *“Bobbio citado por el Doctor José Antonio Pinto Fontanillo⁸⁸ distingue dentro de aquella entre lógica del Derecho, que se ocuparía de la estructura lógica de las normas, y la lógica de los juristas, que se ocupa del análisis de las argumentaciones teórico-prácticas de los juristas y otros administradores del derecho”*.

Para el efecto es menester destacar de lo antes acotado, que el silogismo jurídico toma como premisa general la norma jurídica la cual al determinar los presupuestos de la misma, toma como parte vinculante los hechos que determinar su armonía en cuanto a sus enunciados y así poder determinar la procedencia de su resolución.

El destacado e ilustre Doctor Manuel Atienza, prevé *“Diez (10) consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador”*

1. El mejor consejo que puede darse a quien desee argumentar bien en el Derecho o en cualquier otro ámbito es prepararse bien ... No se puede argumentar bien jurídicamente sin un buen conocimiento del Derecho... 2. Hay aspectos comunes a cualquier tipo de argumentación, pero también rasgos peculiares de cada campo, de cada tipo de debate. Por ejemplo, lo que es apropiado para una conferencia (la exposición por extenso de una tesis) no lo es para el que participa en una mesa redonda: una buena presentación de la tesis que se desea defender en ese tipo de debate no tiene por qué ser una “miniconferencia”; lo importante aquí no es efectuar una exposición completa, exhaustiva, sino más bien clara, razonablemente informativa, que estimule la discusión y prepare de alguna forma para, al final, persuadir al auditorio. 3. No se argumenta mejor por decir muchas veces lo mismo, ni por expresar con muchas palabras lo que podría decirse con muchas menos. La

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 104.

amplitud excesiva del discurso aumenta las probabilidades de cometer errores y corre el grave riesgo de provocar hastío en el oyente. 4. En una discusión, en un debate racional, esforzarse porque el otro tenga razón —como alguna vez propuso Borges— parece demasiado. Pero esforzarse por entender bien lo que el otro ha dicho es una exigencia moral —en el sentido amplio de la expresión— que resulta además bastante útil como recurso retórico o dialéctico: hace más difícil que podamos ser refutados (por ejemplo, con un «yo no he dicho eso») y aumenta las probabilidades de que nuestros contendientes estén también dispuestos a entendernos bien. 5. Cuando se argumenta en defensa de una tesis, no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada. Hace difícil o imposible que la discusión pueda proseguir y muestra en quien adopta esa actitud un rasgo de carácter, la tozudez, que casi nadie aprecia en los demás. No es, por tanto, un buen camino para lograr la persuasión. 6. Cuando se

argumenta con otro, uno puede tener la impresión de que los argumentos de la parte contraria funcionan como una muralla contra la que chocan una y otra vez nuestras razones. Por eso, una vez probada la solidez de esa defensa, lo más aconsejable es ver si uno puede tomar la fortaleza intentando otra vía. Esa maniobra debe hacerse sin desviar la cuestión. O sea, no se trata de disparar torcido, sino de disparar desde otro lado, cambiando la posición. 7. La argumentación no está reñida con el sentido del humor, pero sí con la pérdida del sentido de la medida. Hay ocasiones en que no es apropiado hablar en broma (por ejemplo, del holocausto, del genocidio de un régimen militar...) y hay bromas y bromas. Para distinguir unas de otras, el mecanismo más simple y efectivo consiste en ponerse en el lugar del que tiene que soportar la broma. 8. No se argumenta bien por hacer muchas referencias a palabras prestigiosas, autores de moda, etc. Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan: la calidad y fortaleza de esas

razones son responsabilidad exclusiva del que argumenta. 9. Frente a la tendencia, natural quizás en algunas culturas, a irse por las ramas no cabe otro remedio que insistir una y otra vez en ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión. 10. En cada ocasión, hay muchas maneras de argumentar mal y quizás más de una de hacerlo bien. Este (ligero) apartamiento de la regla de la multiplicidad del error y la unicidad de la verdad se debe a que en la argumentación las cuestiones de estilo son importantes. Como ocurre con los autores literarios, cada persona que argumenta tiene su estilo propio y es él el que ha de esforzarse, primero, por encontrarlo, y luego, por elaborarlo.⁸⁹”

De lo antes manifestado por el Doctor Atienza, resalto la frontera entre lo que sería el discurso y la argumentación jurídica, partiendo

de la premisa general de que los jueces conocen la Ley y que no se puede alegar inobservancia de la misma, el tópico deviene procedente identificar cual es la estructura de la norma jurídica, porque de ello al conocer no solo los presupuestos, la intención es que al momento de disertar sobre un caso concreto se pueda identificar la intencionalidad legislativa en cuanto al valor axiológico que engloba, procurando que vía argumentación se pueda identificar los intereses preponderados de carácter general, el conocer el Derecho y su intencionalidad, brinda el soporte para que un argumento jurídico no sea calificado como un simple discurso en el cual solo se citan la leyes aplicables al caso objeto de análisis.

⁸⁹ Atienza, Manuel “Diez Consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador”
<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01371963122385973092257/iso>

[nomia03/isonomia03_12.pdf?portal=4](#). (01 de Agosto de 2012).

CONCLUSIONES

a) En el devenir de esta somera investigación, en la cual se ha tomado en cuenta los destacados conocimientos que sobre el tópico de marras, han elaborado ejemplares Doctores en Derecho, al concluir con el tema de la lógica jurídica y la argumentación como tal, se reitera que la misma está constituida al análisis de la estructura lógica de las normas y del ordenamiento jurídico que ocupa el estudio de los diversos razonamientos o argumentaciones, de esa cuenta no es permisible que lo que es de color negro se quiera convertir en color gris cuando los enunciados normativos son claros en sus presupuestos e intencionalidad, lo dañino es cuando la lógica del intérprete está condicionada por diversos aspectos y busca en forma

extensiva lo que la norma no indica o peor aun cuando la lógica al hacer el silogismo jurídico deriva en conflictos normativos, al no considerar una estructura armónica del ordenamiento jurídico, que sin mantener un sentido lógico se constituye en una dispersión normativa .

b) Al haber circunstancias complejas, la **argumentación jurídica** ofrece un método motivado y razonable, que permite dirimir estas vicisitudes, tomando como base el silogismo que accede a las intervenciones argumentativas que conlleven a un resultado epistemológico y congruente. La dogmática jurídica, destaca la fortaleza de las argumentaciones, identificando epistemológicamente la jurisprudencia anotada por cada una de las instancias jurisdiccionales, haciendo

interpretaciones extensivas ajenas a ciertas apreciaciones subjetivas que puedan estar condicionadas por diversas razones tales como de carácter moral o político, es decir que su **hermenéutica se convierte en una mutación constitucional**, que pueda causar irreparables consecuencias al ordenamiento jurídico de un Estado.

- c) No se puede establecer un método o fórmula argumentativa que prefije un resultado armónico a nuestras pretensiones, puesto que cada vicisitud debe individualizarse sus elementos e identificar que postulado argumentativo puede recurrirse. El análisis en abstracto de una situación con base a la dogmática jurídica, debe en primera instancia proveer criterios para la producción del derecho en

las diversas fases en que ello tiene lugar; de forma ordenada y lógica, no se puede ante una judicatura recitar un compendio normativo puesto que el Juez conoce del Derecho y el objetivo es argumentar e inclinar el pensamiento del mismo para determinada tesis en abstracto, guardando la frontera entre lo que sería el discurso y la argumentación jurídica, **nunca peleando contra el Juez**, situación que de forma indubitable causa resabios subjetivos en el diligenciamiento del proceso, porque su función es mediadora y no de contraparte.

- d) Para argumentar deviene procedente identificar cual es la estructura de la norma jurídica, porque al conocer los presupuestos, visualizamos nuestra intención al momento de disertar sobre un caso concreto, siendo importante

ubicar la intencionalidad legislativa en cuanto al valor axiológico que engloba, procurando que vía argumentación se pueda destacar la misma en cuanto a su propósito garante de intereses preponderados de carácter general.

FUENTES DE INFORMACIÓN

LIBROS

1. **Atienza, Manuel.** “Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Tercera Impresión, México 2007.
2. **García Amado, Juan Antonio.** “Interpretación y Argumentación Jurídica: Modulo Instruccional” San Salvador, El Salvador: El Consejo. 2004.
3. **Pinto Fontanillo, José Antonio.** “La Teoría de la Argumentación Jurídica en

Robert Alexy” Tesis Doctoral. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España.2003.

E-GRAFÍA

1. **Atienza, Manuel** “Diez Consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador”
http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01371963122385973092257/isonomia03/isonomia03_12.pdf?portal=4. (01 de Agosto de 2012).
2. <http://lema.rae.es/drae/?val=aporia>

