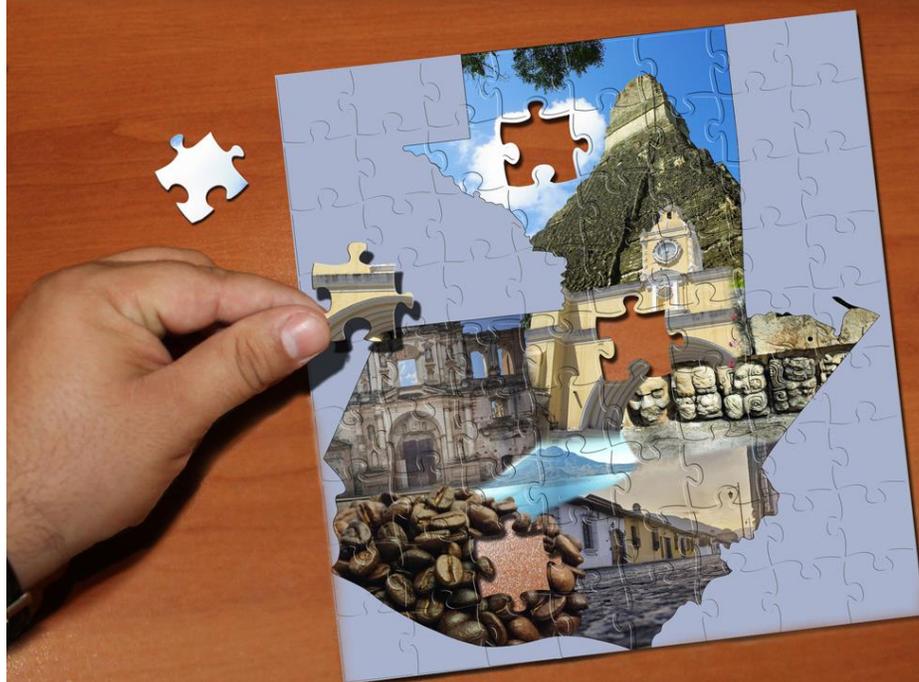




Revista Parlamentaria



Carmen Bejarano
René Villegas Lara
Víctor Valverth
Mauricio Zarazúa

Luis Mijangos
Alberto Pereira-Orozco
Edgar Batres
Alejandro Valverth



La quinta entrega de la Revista Parlamentaria editada por LEGIS mantiene una línea de exigencia editorial: La profundidad de los temas que se tratan está enmarcada en un contexto coyuntural, aunque los contenidos trascienden el momento político.

El desiderátum en el Parlamento es precisamente incitar a la discusión de los temas de interés general y el espacio de la revista está diseñado para propiciar aportes que, por polémicos, abren las puertas a la formulación de nuevas ideas y a argumentarlas para que puedan, luego, convertirse en propuestas.

Es un espacio de participación en serio que tiene la pretensión de recabar aportes y opiniones informados que enriquezcan el ideario de fortalecer el Estado y su sistema político para que los guatemaltecos podamos vivir en democracia real, más allá de la democracia electoral, y que seamos capaces de combinarla con una dosis importante de gobernabilidad.

**REVISTA
PARLAMENTARIA**

SUMARIO

| | |
|---|-----------|
| Carmen Bejarano Girón PENA DE MUERTE: RECAPITULACIÓN DE TAREAS LEGISLATIVAS PENDIENTES | 1 |
| Víctor Manuel Valverth Morales CONSTITUCIONALISMO EN GUATEMALA Conceptos elementales a tomar en cuenta cuando se habla de reformar la Constitución | 13 |
| Alberto Pereira Orozco ¿UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL LABERINTO DE LA POSDEMOCRACIA? | 29 |
| René Arturo Villegas Lara LOS DEBERES DE LOS JUECES | 45 |
| Mauricio Alejandro Zarazúa herrera LAS MISIONES DE OBSERVACIÓN ELECTORAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS –OEA- Y LA REFOMA ELECTORAL | 51 |
| José Luis Mijangos Contreras LA OCTAVA LEGISLATURA Y LAS REFORMAS A LA LEY ORGANICA | 65 |

Edgar Batres

ANTEJUICIO ENTRE LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

Los reacomodos de la elite gobernante

73

José Alejandro Valverth Flores

DISCURSO DEL ODIO

83

PRESENTACIÓN

Este volumen V de la Revista Parlamentaria editada por la Asociación para el Desarrollo Legislativo y la Democracia –LEGIS–, como en los anteriores, tiene un enfoque temático: Los derechos fundamentales y el constitucionalismo guatemalteco. Primeramente se hace un análisis de la figura de la pena de muerte desde la óptica de los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario y, luego, sobre un tema que es de actualidad: Las reformas constitucionales.

Desde luego que se abordan otros temas interesantes en la actual coyuntura, como el antejuicio, el concepto del discurso de odio y sus consecuencias violentas, así como la dinámica parlamentaria y la normativa del poder legislativo.

Todas estas contribuciones se incluyen en mayor respeto de la libertad de expresión y cada ensayo es responsabilidad de su autor/a. No existen más límites en nuestra política editorial que los que corresponden al respeto de los derechos de los demás y, sobre todo, los que se impiden publicar artículos que llamen a la violencia irracional.

Del contexto de los aportes podremos apreciar que es unánime el pensamiento sobre que Guatemala necesita cambiar y que quizás esté dando pasos en esa dirección. Es también una idea generalizada que los esfuerzos actuales no son suficientes y, por tanto, hay la necesidad de reforzarlos mediante la participación ciudadana de manera activa, que

supere las redes sociales y llegue a un involucramiento eficaz para hacer sentir la fuerza del Soberano –el pueblo- en la solución de los problemas nacionales.

La Revista Parlamentaria ofrece su espacio a las contribuciones que tiendan a ampliar derechos y a formular propuestas de solución a los problemas atávicos de nuestra sociedad y promueve la creación de ciudadanía y la participación de todo aquél que tenga algo que proponer, en el marco de la expresión democrática y libre de las ideas.

Guatemala abril de 2016

Luis Eduardo López Ramos
Director.

PENA DE MUERTE: RECAPITULACIÓN DE TAREAS LEGISLATIVAS PENDIENTES

*Carmen Bejarano Girón**

Desde un punto de vista eminentemente jurídico, la discusión sobre la vigencia de la pena de muerte en cuanto a los delitos para los que está establecida, así como la posibilidad de extender su aplicación a otros tipos penales, genera diversas opiniones que en algunos casos omiten tomar en cuenta el fundamento legal correspondiente.

Para establecer aspectos generales del marco jurídico que determina los casos en que puede condenarse a la pena de muerte, se procede a identificar las normas jurídicas aplicables partiendo de las de superior jerarquía, recordando su carácter garantista. Se destaca la situación jurídica actual de los delitos que contemplan la pena de muerte, tanto los que incluyen el elemento “peligrosidad” como los que no lo contienen. Luego se hace referencia a la figura del

indulto o recurso de clemencia y se realiza una recapitulación de las tareas legislativas pendientes a cargo del Poder Legislativo en cuanto a crear y reformar leyes. Se concluye señalando procedencia o improcedencia de la pena de muerte para cada tipo penal, así como la imposibilidad de ampliar dicha sanción a otros delitos a la luz de la ley vigente en el país.

I. Sistema garantista de derechos

Al organizar jurídica y políticamente al Estado de Guatemala, el poder constituyente afirmó la supremacía de la persona humana como principio para impulsar la plena vigencia de los derechos humanos. Todo esto dentro de un sistema de gobierno republicano, democrático y representativo.

Sumado a ello, Sumado a ello, los

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

constituyentes siguiendo la línea garantista imperante a nivel mundial, remarcaron la trascendencia de los derechos humanos¹. De tal manera otorgaron preeminencia a los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico interno, artículo 46. Además la Constitución tiene una cláusula abierta vía el artículo 44 que reconoce todos los derechos inherentes a la persona humana aunque no figuren expresamente en el texto constitucional.

Ante una Constitución garantista que en su parte dogmática consagra derechos y libertades, y que además establece mecanismos para su protección, es evidente la relación muy estrecha y la

interacción que tiene lugar entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido, es oportuno recordar que “tras el término de la Segunda Guerra Mundial, los Estados estaban determinados a dignificar a la persona humana, a brindarle la protección internacional que fuera necesaria (...) Existió un consenso entre los Estados sobre el alcance e importancia de los derechos humanos (...) cada persona está protegida por los derechos humanos sin discriminación alguna”².

En ese contexto, la Declaración Universal de Derechos Humanos³ desde el preámbulo afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos

¹ Artículos: 44 derechos inherentes a la persona humana; 45, acción contra infractores de derechos humanos; 72, se declara de interés nacional la enseñanza sistemática de los derechos humanos; 149, de las relaciones internacionales, respeto y defensa de los derechos humanos; 273, comisión y procurador de derechos humanos; entre otros.

² Steiner Cristian y Uribe Patricia. “Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario”. Fundación Konrad Adenauer, Bolivia 2014, pág. 4.

³ La Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948.

iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; destacan dos aspectos: la dignidad de la persona humana y la igualdad que son transversales en los tratados de derechos humanos. Estos crean mecanismos para hacer efectiva la protección de los derechos y así tiene lugar el principio de subsidiariedad o complementariedad de la jurisdicción internacional. De ese ejercicio jurisdiccional surgen estándares y doctrinas vinculantes para el Estado. En el sistema interamericano surgió la doctrina del Control de Convencionalidad, sobre el cual baste reiterar que es una doctrina de carácter vinculante para los Estados que como Guatemala han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH; constituye una manifestación de los deberes de respeto, garantía y adecuación que tiene el Estado⁴. Su objetivo primordial es la efectiva protección de la persona

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1 y 2.

humana de manera que todas las autoridades del Estado apliquen las normas y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos como una medida preventiva para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Dentro de ese marco de protección de derechos, en Guatemala se cuenta con un sistema penal garantista que tiene su fundamento legal en la Constitución Política, en el Código Penal y en el Código Procesal Penal, cuerpos normativos que desarrollan, entre otros, el principio de legalidad, el principio de jurisdiccionalidad, el principio de la carga de la prueba, el principio contradictorio, el indubio pro reo, el principio de inocencia, el principio de congruencia.

El Código Penal establece la pena de muerte para los delitos de ejecución extrajudicial, parricidio, magnicidio, secuestro, desaparición forzada. Anteriormente el delito de violación calificada y el delito de asesinato se castigaban con la pena

de muerte, sin embargo, desde el año 2009⁵ el delito de violación no contempla como sanción la pena de muerte. El delito de asesinato en virtud de una sentencia de inconstitucionalidad parcial general, se ordenó por parte de la Corte de Constitucionalidad expulsar del ordenamiento jurídico la disposición del Código Penal pertinente que se refiere a la peligrosidad del sindicado para definir la imposición de la pena de muerte (artículo 132 del Código Penal).

En ese orden de ideas, debe mencionarse que sobre la pena de muerte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante la Convención Americana, (artículo 4.2) al consagrar el derecho a la vida estipulan que: “En los países

que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”⁶. (El subrayado es agregado)

Es decir, que no puede extenderse la aplicación de la pena de muerte a delitos a los cuales no se aplicaba en el momento en que entró en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual fue ratificada por el Estado de Guatemala el 25 de mayo de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 9 de marzo de 1987.

II. La peligrosidad en el delito de asesinato

El delito de asesinato contemplaba la pena de muerte en el momento

⁵ El Decreto 09-2009 “Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas” derogó y reformó varios artículos del Código Penal, entre ellos los que corresponden a los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4.2.

en que entró en vigencia la Convención Americana, sin embargo, la Corte IDH en sentencia del caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala⁷ valoró la peligrosidad⁸ como circunstancia agravante para condenar a la pena de muerte y sostuvo que:

“[E]l problema que plantea la invocación de la peligrosidad (...) 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

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁸ El Juez Sergio García Ramírez, en voto razonado concurrente en la sentencia del caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala sostiene que: “El concepto de peligrosidad ha sido desterrado por las más modernas corrientes del Derecho penal de orientación democrática -- modernas, sin embargo, con casi un siglo de vigencia--, que han insistido en la necesidad de hacer de lado esta noción de raíz positivista para incorporar en su lugar, como datos rectores de la reacción penal, la entidad del delito y la culpabilidad del agente”.

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 (...) En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos (...) En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”. (El subrayado es agregado)

A pesar que en dicha sentencia, emitida el 20 de junio de 2005, la Corte IDH ordenó que: “El Estado 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”, el Estado no cumplió. Fue necesario el planteamiento de una acción de inconstitucionalidad general parcial ante la Corte de Constitucionalidad para que se expulsara del ordenamiento jurídico el penúltimo párrafo del artículo 132 del Código Penal: “sin embargo se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito,

no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa”, sentencia emitida el 11 de febrero de 2016⁹. Para el efecto, el Tribunal Constitucional entre sus consideraciones aplicó el control de convencionalidad¹⁰, citando la sentencia del caso Fermín Ramírez, específicamente en cuanto al aspecto de la peligrosidad en el delito de asesinato y resolvió que la frase impugnada vulnera el artículo 17 constitucional, principio de legalidad (no hay delito ni pena sin ley anterior).

⁹ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad general parcial, expediente 1097-2015.

¹⁰ Se observa que la Corte de Constitucionalidad si bien es cierto en alguna medida aplicó el control de convencionalidad, no mencionó lo ordenado por la Corte IDH al Estado de Guatemala en la sentencia del caso Fermín Ramírez para modificar la legislación sobre la peligrosidad del agente, ni tampoco invocó la normativa aplicable de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a pesar que ha reconocido en otros fallos que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son parámetros de constitucionalidad.

III. Otros delitos con pena de muerte que incluyen la peligrosidad:

El parricidio, la ejecución extrajudicial y el magnicidio. De conformidad con los artículos 131, 132 BIS y 383 del Código Penal respectivamente, se establece que se impondrá pena de muerte a las personas sindicadas de estos delitos, en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad en el agente o responsable.

De conformidad con las sentencias previamente relacionadas de la Corte IDH y de la Corte de Constitucionalidad al incluir la peligrosidad en la sanción de los delitos, se viola el principio de legalidad consagrado tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución Política de la República.

IV. Delitos sancionados con pena de muerte “sin peligrosidad”

El plagio o secuestro y la desaparición forzada, artículos 201 y 201 Ter respectivamente. Si bien es cierto el delito de secuestro, cuando fallece la víctima se encontraba contenido en el Código Penal sancionado con la pena de muerte previamente a que entrara en vigencia la Convención Americana, en virtud de los Decretos 38-94, 14-95 y 81-96 del Congreso de la República, se amplió la posibilidad de sancionar con pena muerte otras acciones, sin que sea requisito el fallecimiento de la víctima de secuestro, con posteridad a la ratificación de la Convención Americana. La Corte IDH, en el caso Raxcacó Reyes, sostiene que:

“El artículo 201 que se aplicó en la condena al señor Raxcacó Reyes, tipifica una sola conducta: sustracción o aprehensión de una persona, acompañada de cierto propósito. La acción de dar muerte no se halla abarcada por este tipo penal, que protege la libertad individual, no la vida, y prevé la imposición de pena de muerte al secuestrador. Si bien el *nomen*

iuris del plagio o secuestro permaneció inalterado desde el momento en que Guatemala ratificó la Convención, los supuestos de hecho contenidos en los correspondientes tipos penales cambiaron sustancialmente, hasta hacer posible la aplicación de la pena de muerte por acciones no sancionadas con ésta en el pasado. Aceptar una interpretación contraria permitiría que un delito pudiera ser sustituido o alterado con la inclusión de nuevos supuestos de hecho, no obstante la prohibición expresa de extender la pena capital, contenida en el artículo 4.2 de la Convención”. De esta manera la Corte IDH estableció que el Estado violó el artículo 4 de la Convención Americana en los incisos 4.1, 4.2 y 4.6, por lo que ordenó que el Estado de Guatemala adopte las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para adecuar su derecho interno a la Convención Americana.

En el mismo sentido, es aplicable

lo dispuesto por la Corte IDH al delito de ejecución extrajudicial, artículos 132 BIS, el cual fue agregado al ordenamiento jurídico con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención Americana, al haberse adicionado al Código Penal por medio del Decreto 48-95 del Congreso de la República.

En ese orden de ideas, se señala que los delitos para los que se establece pena de muerte y que no se encontraban contenidos en la legislación penal al momento de entrar en vigencia el tratado interamericano son: el delito de ejecución extrajudicial y desaparición forzada, artículos 132 Bis y 201 TER del Código Penal, respectivamente. Así el delito de ejecución extrajudicial contiene el elemento peligrosidad y además se adicionó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención Americana.

V. El indulto

En Guatemala, como consecuencia de la derogación desde el año

2000¹¹ del Decreto 159, existe un vacío a nivel legal que viola el derecho a solicitar indulto de las personas condenadas a la pena de muerte. Este derecho está establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.4) y en la Convención Americana (artículo 4.6): “Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

El Decreto 159, emitido por Asamblea Legislativa de Guatemala en 1892, establecía tanto la autoridad facultada y el procedimiento para resolver la petición de indulto, o recurso de gracia. Sin embargo, desde que se derogó dicho Decreto, de conformidad con la Corte IDH

¹¹ La derogación indicada se realizó por medio del Decreto 32-2000 del Congreso de la República, emitido el 1 de junio de 2000.

“tuvo como consecuencia que se suprimiera la facultad atribuida a un organismo del Estado, de conocer y resolver el derecho de gracia estipulado en el artículo 4.6 de la Convención. Por ello, la Corte consideró que el Estado incumplió la obligación derivada del artículo 4.6 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2¹² de la misma”¹³. Cabe mencionar que no obstante la Constitución Política de la República no regula el indulto, es un derecho inherente a la persona humana, que de conformidad con el artículo 44 debe aplicarse, además está reconocido en los tratados antes mencionados.

VI. Legislación pendiente

Para cumplir con los compromisos internacionales de buena fe¹⁴,

¹² Deber de respetar los derechos y deber de adecuación.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas.

¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26: “Todo tratado en

tanto con los tratados ratificados como con las sentencias de la Corte IDH¹⁵, y hacer realidad el deber de adecuación del derecho interno¹⁶ destacan las siguientes tareas que corresponde realizar al Organismo Legislativo:

- Modificar la legislación para que sea suprimida la pena de muerte aplicable actualmente por la circunstancia agravante de peligrosidad del agente del delito de asesinato¹⁷. Se reitera que, aunque tuvo lugar la expulsión del ordenamiento jurídico de una parte del artículo 132 del Código Penal mediante la sentencia de inconstitucionalidad general parcial emitida por la Corte de Constitucionalidad el 11 de febrero de 2016, lo dispuesto

por ambas cortes, Corte IDH y Corte de Constitucionalidad, aplica a los otros tipos penales sancionados con pena de muerte que contemplan la peligrosidad: parricidio, ejecución extrajudicial y magnicidio. La revisión y modificación de estos tipos penales está pendiente.

- Revisar, y en su caso modificar, los tipos penales que se sancionan con pena de muerte y que se adicionaron al Código Penal con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ejecución extrajudicial y desaparición forzada, artículos 132 BIS y 201 TER del Código Penal respectivamente.
- Modificar el artículo 201 del Código Penal vigente en cumplimiento de la sentencia de la Corte y así se proceda a estructurar “tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro,

vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

¹⁵ Específicamente en los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes.

¹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27: “Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

¹⁷ Caso Fermín Ramírez, Op. Cit.

en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal. Esta modificación, en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana¹⁸.

- Adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para establecer un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga derecho a

solicitar indulto o conmutación de la pena. Esto de conformidad a una regulación que “establezca la autoridad facultada para concederlo, los supuestos de procedencia y el trámite respectivo; en estos casos no debe ejecutarse la sentencia mientras se encuentre pendiente la decisión sobre el indulto o la conmutación solicitados”¹⁹.

Conclusión

La pena de muerte **no puede aplicarse** a los siguientes delitos para los que se encuentra contemplada en el Código Penal:

- Delito de asesinato de conformidad con sentencia de inconstitucionalidad general parcial emitida por la Corte de Constitucionalidad el 11 de febrero de 2016 por incluir la peligrosidad del agente.
- Delitos de parricidio, ejecución extrajudicial y

¹⁸ Caso Raxcacó Reyes, op. Cit.

¹⁹ Caso Fermín Ramírez y caso Raxcacó Reyes, Op. Cit.

magnicidio porque incluyen en su tipología la peligrosidad violando el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política de la República (artículo 17) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9).

- Delitos de plagio o secuestro, ejecución extrajudicial y desaparición forzada porque se modificaron o adicionaron al Código Penal ampliando la imposición de dicha pena con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención Americana violando el artículo 4.2 de dicha

Convención. En consecuencia la legislación vigente en Guatemala no permite ampliar la sanción con pena de muerte a nuevos tipos penales porque se haría incurrir en responsabilidad internacional al Estado en contravención del sistema garantista que prevalece en un Estado democrático de Derecho.

La pena de muerte no puede aplicarse a personas ya condenadas mientras no se cumpla con el requisito indispensable de emitir la normativa que regule aspectos sustantivos y adjetivos del indulto, o recurso de gracia.

CONSTITUCIONALISMO EN GUATEMALA

Conceptos elementales a tomar en cuenta cuando se habla de reformar la Constitución

*Víctor Manuel Valverth Morales **

Cada vez que se vislumbran problemas institucionales en el Estado surgen diversas propuestas para reformar la Constitución Política de la República, como recetas mágicas y según el enfoque ideológico de los que las inspiran.

Para hablar de reforma constitucional es necesario primero hablar de los elementos esenciales que, si se aprecian con claridad, darían muchas luces sobre la hoja de ruta a seguir: Esto es, hablamos del concepto de soberanía popular, como eje fundamental que junto al concepto de bien común –fin supremo del Estado- y los derechos y garantías fundamentales, pueden ser considerados la esencia de nuestro constitucionalismo, es decir, aquellos conceptos sobre los cuales gira todo lo demás.

Una Constitución, como norma fundamental del Estado, puede tener diversas características que han permitido a los juristas catalogarlas según su origen y su forma, pero también se puede caracterizar según la profundidad o extensión de sus disposiciones y el desarrollo de su contenido.

Así, una Constitución puede tener básicamente valores prevalecientes y reconocidos por el pueblo y principios que rijan la vida política y social, lo que incluye el tipo de Estado y la forma de gobierno y, además, tener disposiciones que prescriban la estructura del Estado, composición de sus organismos, ejercicio del poder, entre otros.

De esa cuenta podemos diferenciar las disposiciones constitucionales como esenciales e instrumentales. Son esenciales, para el caso de Guatemala, el artículo que define

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

el fin del Estado, que se organiza para alcanzar el bien común, los artículos que definen al titular de la soberanía y los derechos y garantías fundamentales. Todo lo demás, por tanto, tendría que tener categoría de “instrumental”.

La utilidad de esta clasificación entre lo esencial y lo instrumental es que las disposiciones instrumentales se deben sujetar a las disposiciones esenciales en una relación de supra a sub ordinación y la consecuencia de este razonamiento es que cualquier decisión en caso de duda sobre la prevalencia de unas y otras, la balanza se inclinará por el valor, principio, artículo o norma constitucional que le dé sentido y vuelva viables las disposiciones esenciales.

Del planteamiento se desprenden consecuencias de fondo según las cuales las normas constitucionales son aplicables o deben ser aplicables siempre y cuando respondan a las disposiciones esenciales: que tiendan al bien común y/u obedezcan al querer del

titular de la soberanía que es el pueblo.

Es un enfoque filosófico y sociológico del constitucionalismo y toma distancia del enfoque positivista y, dicho sea de paso, es el que suele hacer el tribunal constitucional al interpretar la norma fundamental en sus sentencias: resuelve según el interés social más que conforme al texto de la norma cuestionada.

Otra consecuencia de este enfoque resultaría ser la reflexión sobre la pertinencia de las normas instrumentales en el texto constitucional, es decir, si lo mejor podría ser una constitución de principios y valores, completada por leyes –de rango constitucional.- que contengan el desarrollo de estos principios, contenido en normas. Es una discusión que debe quedar reservada para la ocasión en que se vuelva a discutir una nueva Constitución por parte de un constituyente que tendría que poseer la calidad de “originario” y no de cualquier constituyente derivado. Y para que esto último

ocurra se requiere la formulación de un nuevo modelo de Estado habida cuenta del agotamiento que podría producirse del actual, derivado de la debilidad institucional y la voracidad de los sectores productivos que pretenden cada vez más beneficios a costa de la sociedad y a costa del resquebrajamiento de la institucionalidad y la regularidad del poder político.

Y no se está siquiera insinuando que para contar con un constituyente originario deba romperse violentamente el orden institucional. Simplemente se requiere que el pueblo ejerza la soberanía como su verdadero titular y que disponga darse un nuevo orden constitucional. El concepto de constituyente originario lo tratamos aquí en los términos que lo fijó Sieyés. “La voluntad nacional no tiene necesidad sino de su realidad para ser siempre legal; ella es el origen de toda legalidad. No solamente la nación no está sometida a una Constitución, sino que no puede estarlo, no debe estarlo, lo que

equivale a decir que no lo está”. [LINARES QUINTANA. Pág 177]

En ese orden de ideas podemos inferir que, conforme a lo planteado por Sieyés, el texto constitucional no puede sujetar la voluntad del pueblo y éste se puede dar, en cualquier momento una nueva Constitución, según su propio querer. Así, aseguramos que conforme a la doctrina del poder constituyente, el pueblo puede disponer, sin que haya intervención de movimientos violentos que derroquen un régimen por la fuerza, ordenar de nuevo al Estado para que responda adecuadamente a sus fines y darse una Constitución Política que propicie el bien común y resuelva que los órganos públicos deben tomarse muy en serio el sentir del pueblo que al fin de cuentas es el titular de la soberanía.

Por si no fuera suficientemente claro el texto citado, exponemos a continuación la interpretación de Linares Quintana, según el cual, Sieyés sostiene que “aun cuando pudiera, una nación no debería

encerrarse en las trabas de una forma positiva. Sería exponerse a perder su libertad, sin vuelta, pues no haría falta sino un momento de éxito de la tiranía para entregar los pueblos, so pretexto de Constitución, a una forma de gobierno tal, que no les sería posible ya expresar su voluntad, y por consiguiente sacudir las cadenas del despotismo”. [LINARES Q: 177]. Refuerza la idea de que la soberanía popular implica liberarse de las ataduras de un texto normativo por encima del cual puede y debe situarse a la nación.

De esa cuenta suscribimos la posición de que el titular de la soberanía debe primero reflexionar qué constitución quiere darse y después decidir los procedimientos y los contenidos. Quizás después de esa reflexión decida que no quiere unas reformas a la Constitución vigente sino pretenda darse una nueva ley fundamental menos formalista, menos desarrollada, menos normativa, con nivel de una verdadera Constitución Política que defina su

desiderátum como nación, garantice los derechos y garantías fundamentales y se reserve al pueblo la titularidad de la soberanía, sin miramientos. Cualquier delegación de la misma no debe significar una hipoteca del poder público entregado cada cierta cantidad de años a unos individuos para que hagan con él lo que les plazca. Cualquier delegación de la soberanía debe ser revocable porque el titular nunca debe despojarse de ese poder originario. Si fuera lo contrario, el pueblo dejaría de ser el soberano y solo utilizaría el poder para, una vez cada cierto período, delegarlo mediante el voto a los representantes que resulten electos –con o sin los méritos suficientes para ejercer esa dignidad-.

Quizás el planteamiento encaja en la tesis de Robert Alexi [Fontamara, pág. 47.] sobre las tres dimensiones (filosófica, política y jurídica) de la relación – estrecha y profunda- entre la teoría del discurso y los derechos constitucionales. El bien común,

la soberanía popular y la tutela efectiva de los derechos que la Constitución garantiza.

Sobre esa plataforma ideológica podemos formular una posición respecto de la normativa constitucional que debe regir el poder representativo: el parlamento.

Poder constituyente y poder constituido

El texto de la Constitución Política de la República de Guatemala vigente contempla la posibilidad de su reforma mediante dos mecanismos: a) Aprobación por el Congreso de la República con votación de mayoría calificada y ratificación en consulta popular, para una parte de la CPR y b) Reforma introducida por Asamblea Nacional Constituyente ANC convocada por el Congreso de la República, para reformas los aspectos permitidos por la CPR y que consten en la convocatoria que hagan los diputados.

Derivado de ello podemos encontrar dos tipos de contradicciones. La primera de

ellas será tratada aquí y la segunda en el subtítulo que se refiere al concepto de soberanía.

La primera contradicción se refiere a que la Asamblea Nacional Constituyente es precisamente eso “poder constituyente” y es convocada por el Congreso de la República que es “poder constituido”. En la jerarquía de estos dos entes, en nuestro razonamiento, el poder constituyente tiene cierta calidad de originario o puede ser asimilado a un poder originario mediante el cual el pueblo, titular de la soberanía, delega ese poder originario en una cierta cantidad de representantes para que éstos, en su nombre, promulguen un texto constitucional. El poder constituido –Congreso de la República- según la disposición contenida en el artículo 278 CPR emitirá un decreto de convocatoria a ANC y en el mismo “señalará el artículo o los artículos que haya de revisarse...”. Y la contradicción consiste sin duda alguna en que el poder constituido, de menor rango y alcances que el poder

constituyente le pone camisa de fuerza a éste cuando los alcances del poder constituido son menores que el poder constituyente y el razonamiento no alcanza para justificar esta disposición emitida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1985.

El poder constituyente convocado por el Congreso de la República para los efectos del artículo 178 CPR no puede considerarse un poder constituyente originario sino derivado, como podrá apreciarse infra. Indudablemente es un poder constituyente derivado pero la lógica nos lleva a concluir que aun así, ese poder constituyente debe tener mayores alcances que el poder constituido Congreso de la República, cuya función constituyente es extraordinaria y verdaderamente esporádica.

De ahí que en el medio político-jurídico guatemalteco se discuta periódicamente si una Asamblea Nacional Constituyente convocada por el Congreso y electa por el pueblo podría autoproclamarse como un poder superior al propio órgano convocante, asumir las

funciones constituyentes y legislativas, disolver el Congreso y promulgar una nueva constitución. No es el tema de este ensayo pero indudablemente es una opción que deberá discutirse seriamente. Esa duda, por lo menos, ha impedido que los diputados convoquen una asamblea como la prevista en la CPR.

La otra cuestión que ha de elucidarse oportunamente es si la Asamblea Nacional Constituyente que en 1985 promulgó el actual texto fundamental tenía rango de constituyente originario o derivado.

Vale la pena detenerse a este respecto para refrescarnos con las ideas de autores que podemos considerar clásicos sobre la teoría del poder constituyente emanada principalmente por Emmanuel Sieyès.

Hay constitucionalistas que opinan que el poder de revisión, esto es, de reformar una parte del texto constitucional no es característica de un poder constituyente sino solo de un “poder de revisión”. Es

por eso que en algunos textos de otros países no se habla de Asamblea Nacional Constituyente sino de Convención. Por ejemplo, para Segundo LINARES QUINTANA “el poder constituyente es la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político fundamental originario por medio de una Constitución, y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario. En el primer caso, el poder constituyente es originario; en el segundo, es constituido, instituido o derivado.” En tanto que RECASÉNS SICHES postuló al igual que SCHMITT, que de ningún modo debe confundirse el poder constituyente con la competencia legal establecida por una Constitución para la reforma parcial de alguna de sus normas. Afirma [Linares Q: 203] que El poder titular de esa competencia para la reforma de preceptos no esenciales de la Constitución, no posee el carácter de poder constituyente por la sencilla razón

que recibe sus facultades de la misma Constitución, cuya identidad fundamental perdura a través de todas sus modificaciones normales. RECASÉNS indica a su vez que el poder constituyente es previo y superior al derecho establecido y no está ligado por ninguna forma positiva. Nicolás PÉREZ SERRANO sostenía que el título de poder constituyente no corresponde en puridad más que al originario, al que cobra fuerza y raíz en su propia indefinición formalista.

De cualquier manera, la sola inclusión en el texto constitucional de la denominación Asamblea Nacional Constituyente tiene una carga ideológica doctrinal que no es coincidente con buena parte de los juristas, algunos de ellos ya citados aquí. El ente encargado de introducir reformas al texto constitucional suele denominarse de otra manera (Convención, por ejemplo) lo cual se podría haber evitado en el caso guatemalteco.

Lo que sí queda bastante claro es que el poder constituido Congreso

de la República al convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para introducir “ciertas” reformas a la ley fundamental, limitándola a que solo pueda ocuparse de esas reformas y no de otras, introduce un elemento distorsionante porque va contra toda lógica de la Teoría de la Constitución.

La CPR y su parte dogmática.

Si entendemos por constitucionalismo a la tendencia totalmente opuesta al totalitarismo y apreciamos su evolución a lo largo de la historia, podremos apreciar que su característica principal es el desarrollo de los conceptos que giran alrededor de la dignidad humana, tal como el concepto de Derechos Humanos. Todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, según la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en la Declaración y Programa de Acción de Viena, del 25 de junio de 1993 [Peces Barba, 2003: 12]. El autor citado sitúa la raíz del problema como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los

principios y los derechos que derivan de esos valores. Atribuye a la dignidad humana la categoría de núcleo duro de la ética pública, política y jurídica.

No es casual entonces que los derechos humanos y el concepto subyacente de dignidad humana se haya convertido en eje transversal del constitucionalismo moderno, lo que da sustento a la posición sostenida en el presente trabajo de que dichos derechos son parte esencial de la Constitución, junto con el bien común y el concepto de soberanía popular y que todo lo demás resulta instrumental y subordinado a estos ejes.

De toda la teoría sobre los derechos humanos cabe destacar aquí que el concepto de dignidad en que reposan se convierte, por ello, en eje transversal de la parte dogmática del texto constitucional. Puede tratarse de derechos humanos absolutos o relativos, según la teoría de Robert Alexy citado por Carbonell [2012, pág. 13] mediante la cual expresa que los derechos humanos no solamente pueden ser oponibles a

los Estados o grupos sino además pueden ser oponibles frente a todos los seres humanos, aunque hay derechos (que llama relativos) que solo son oponibles ante un ser humano, un grupo o un Estado, tal como el derecho al voto, que es un derecho humano relativo.

Los derechos humanos son además universales (protegen a todas las personas físicas) sin distinción de su condición ya no solo social, económica, etc. que comúnmente se menciona sino esa universalidad se refiere a que protegen a las personas que han sido condenadas o están procesadas por distintos hechos delictivos, incluyendo los relacionados con violaciones de los derechos humanos y también protege a los sujetos tales como fuerzas policiales o militares que son quienes, como materialización del Estado, son comúnmente señalados de producir esas violaciones.

El texto constitucional guatemalteco se perfila en ese sentido desde su primer artículo en que enfoca la organización del Estado para la protección de la

persona y la familia e inmediatamente, como una sentencia *a priori*, decreta que el fin supremo del Estado es la realización del bien común. Es por esa razón que hay consenso en considerarla como antropocéntrica ya que la esencia de su parte dogmática gira alrededor de la dignidad del ser humano.

Le ley fundamental autoriza la reforma constitucional de la parte dogmática solo mediante una “Asamblea Nacional Constituyente” la cual solo podría, si nos ceñimos al texto normativo, revisar e introducir reformas a los artículos que el Congreso de la República le autorice en el decreto de convocatoria.

El concepto de bien común.

Nicola Abbagnano en su Diccionario de Filosofía [Pág. 131] afirma que el concepto de bien común deriva de la doctrina social de la Iglesia. Su referente mediato y mayor exponente fue Tomás de Aquino que desarrolló las ideas de Aristóteles, y le identifica con una vida feliz y

virtuosa en la que participan todos. Abbagnano también describe el concepto de Maritain sobre el bien común, quien fue más preciso al describirlo como la buena vida humana de las muchedumbres, que implica y exige el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Esa definición encaja en el desiderátum del Estado “su fin supremo es la realización del bien común”, y no debe confundirse con otras acepciones como empresa común u objeto común o el acervo común, lo que es de todos. Quizás por esto, creemos que sin razón, otros autores le han dado un enfoque individualista, tal como John Finnis quien no obstante su punto de vista, llama bien común al conjunto de condiciones de colaboración, que aumenta el bienestar (o al menos las oportunidades de realizarse plenamente) de todos los miembros de una comunidad. Al describir otro valor básico, el de razonabilidad práctica, Finnis dice que éste mira al bien común de la comunidad en cuestión, no al bien de algún individuo o grupo

desatendiendo el bienestar de los otros. [Pág. 194] y observa el bien común que es el objeto de toda justicia y que toda vida razonable en comunidad debe respetar y favorecer. Si el bien común sirve a la justicia, el propósito final y supremo, en el concepto filosófico del Estado es la justicia (social, para distinguirla de la justicia de los tribunales).

Si el bien común es el *desiderátum* del Estado, sus principios, valores y normas deben ser congruentes con el mismo. Si el bien común procura el bienestar de todos los miembros de una comunidad, las normas instrumentales de la ley fundamental deben sujetarse a este eje esencial que aquí consideramos uno de los tres pilares del constitucionalismo al cual deben subordinarse las disposiciones del texto constitucional, de tal cuenta que cuando una norma de la Constitución Política de la República contraviene el bien común, el tribunal constitucional puede ordenar su inaplicación.

Cuando haya dos valores equivalentes al bien común en

juego en una decisión sobre la prevalencia, el tribunal constitucional debe hacer la valoración de aquél que incremente el bienestar de la comunidad y que tienda a prevalecer los derechos y garantías constitucionales. Cuando corresponda debe participar en la valoración el ejercicio de la soberanía: Resolver lo que importa al soberano. La ponderación requiere la intervención de los tres ejes esenciales de nuestro constitucionalismo.

Lo delicado de esta tesis es que hace descansar en el tribunal la valoración de qué normas constitucionales obedecen o no al bien común en cada caso y le faculta para ordenar otra solución distinta de la normativa, sea porque se deposita demasiado poder en un solo órgano estatal o también porque, por su composición, caracterizada ahora por una integración corporativa, tienda a defender intereses de sectores más que el de la nación o el de la justicia para la realización del bien común. Su acogida

implicaría una reformulación del tribunal constitucional porque hoy en día un magistrado de la Corte de Constitucionalidad puede serlo no necesariamente por sus méritos profesionales, académicos y su reconocida honorabilidad, sino por alcanzar una cantidad de votos de los órganos nominadores colegiados o por simple amistad o compromisos personales con el Presidente de la República. Tal es el mecanismo de integración de nuestro máximo tribunal constitucional.

El concepto de Soberanía del Pueblo.

No cabe duda que el concepto de soberanía tiene un referente obligado: Juan Bodino quien en Los seis libros de la República, publicado en 1576, que define la soberanía como el poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a las leyes o como un derecho perpetuo humanamente ilimitado e incondicional de hacer, interpretar y ejecutar las leyes. [Sabine, Pág. 317]. Desde luego el concepto, considerado clásico,

ha evolucionado y superado su enfoque monárquico absolutista.

(Prescindiendo la narrativa de la evolución del concepto) ahora se entiende, incluso con otro lenguaje, que la soberanía es un atributo del Estado caracterizado por su independencia ante otros Estados, en el plano externo y un poder consolidado, no sujeto a otro en el plano interno. Es, ya no una potestad del rey porque la titularidad ahora se le reconoce al pueblo, en primera y última instancia. Anotamos por nuestra cuenta que la Soberanía, tan debatida y hasta negada por muchos políticos y juristas, precisamente de los países periféricos, dependientes o subdesarrollados, resulta ser más bien una utopía en el plano externo porque la autonomía e independencia del Estado respecto de las otras potencias resulta bastante relativa ante fenómenos como la globalización, la creación de organismos internacionales (Naciones Unidas y sus órganos, por ejemplo) y hasta órganos jurisdiccionales que establecen

una relación de *supraordenación* respecto de la jurisdicción interna, principalmente en materia de derechos humanos.

El concepto sigue en debate sin que haya consenso sobre su verdadero significado a la luz de lo que los Estados experimentan ante el mundo porque parece ser que hay Estados que *son más soberanos que otros* (que la Soberanía sería medible según parámetros que tienen que ver con el desarrollo económico, poderío militar, etc.). Quizás, para no ahondar en este aspecto filosófico, que no es el propósito del presente trabajo, podríamos resumir que la concepción más aceptada de Soberanía puede ser que para los pueblos resulta ser el equivalente de lo que para las personas es la dignidad.

El concepto de soberanía válido en Guatemala en la actualidad es el contenido en el texto de la Constitución Política de la República de 1985 que en su artículo 141 establece que 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. Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución. [Artículo 45 CPR]

De esa definición de soberanía podemos derivar alguna interpretación básica y es que la soberanía es delegable y que el pueblo la delega en tres organismos para su ejercicio lo cual, ante la circunstancia de que no existe ninguna norma de rango constitucional que establezca la revocatoria del mandato mediante el cual el pueblo delega la soberanía, implica que esta es delegada mediante el sufragio universal directo y mediante elección de segundo grado (para el caso del poder judicial) una vez cada cuatro o cinco años sin posibilidad de poner en marcha algún mecanismo de revocatoria. En tanto que delegar es conferir a otro la representación en nombre del pueblo.

El hecho que la soberanía se delegue a tres organismos para su ejercicio y que esté prohibida la subordinación entre los mismos y que cada organismo tenga funciones claramente establecidas implica indudablemente que la soberanía es divisible, sobre lo cual hay discrepancias relevantes, pero es un tema que no se va a discutir en este espacio. Volveremos más adelante sobre el concepto guatemalteco pero antes es conveniente conocer acepciones contenidas en textos constitucionales de otros Estados.

Venezuela establece que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos [artículo 5]. En Uruguay la soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación [artículo 4]. En Costa

Rica la soberanía reside exclusivamente en la Nación y nadie puede arrogarse la soberanía; el que lo hiciere cometerá el delito de traición a la patria [artículos 2 y 3].

En México la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno. [artículo 39]. En tanto que en España la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado [artículo 1]. En Nicaragua, la soberanía nacional reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos, decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político y social de la nación. El poder político lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o

reunión de personas pueda arrogarse este poder o representación. También podrá ejercerlo de manera directa por medio del referéndum y del plebiscito y otros procedimientos que establezcan la presente Constitución y las leyes. [Artículo 2]

El [artículo 3] de la Constitución de Colombia establece que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. Y finalmente en Cuba [Artículo 3.] la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes. Todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro

recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político, social y económico establecido por esta Constitución.

Pero para los efectos del tema que nos ocupa ahora, la discusión de la soberanía en el concepto guatemalteco contenido en el texto constitucional gira alrededor de que, por una parte el Constituyente reconoció que la soberanía radica en el pueblo, pero luego le pone camisa de fuerza para regular que el titular de la soberanía no puede tomar “ciertas decisiones” como por ejemplo votar por quien quiera, reformar la Constitución, darse una nueva Constitución, etc.

Si en el artículo 141 dice que la soberanía radica en el pueblo y al mismo tiempo al texto constitucional prescribe que 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

estatuynen 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. [artículo 281], es cuestionable en verdad la definición de soberanía pues le aplica al pueblo una *capitis diminutio* al ponerle condiciones que limitan su soberanía. El pueblo o es soberano o no es soberano, pero no puede ser “medio soberano”.

Reformar o no.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que en el actual orden constitucional resulta verdaderamente imposible convocar una asamblea nacional constituyente, en el verdadero sentido de la frase, no para revisar y aplicar reformas parciales, sino para que el pueblo se dé una nueva Constitución según su propio querer. Para que esa asamblea pueda funcionar se requiere aplicar otros mecanismos no reconocidos expresamente por la constitución o la ley, pero que pueden deducirse del artículo 141 y del artículo 173

[Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos.], como ha sido acertadamente sugerido por otros autores, entre ellos el Doctor Alberto Pereira-Orozco (Dinámica constitucional) y la Maestra María de Los Ángeles Araujo Bohr (Vid.

LEGIS. Revista Parlamentaria.). No obstante lo anterior sigue siendo un asunto de voluntad política, comprensión del alcance del concepto de Soberanía del Pueblo y de valor para estos emprendimientos, algo que ha sido escaso en nuestra vida constitucional reciente.

¿UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL LABERINTO DE LA POSDEMOCRACIA?

Alberto Pereira-Orozco *

«A menudo, las Constituciones son documentos generosos, pero en el terreno de lo real se mueven apenas del punto histórico. Por ello, la posibilidad de que el texto normativo de la Constitución se transforme en Derecho constitucional depende de la solidez específica de las instituciones sociales reales». Friedrich Müller, citado por Marcelo Neves: *La constitucionalización simbólica*.

I. Contexto. El denominado proceso de retorno a la democracia y a la vida institucional del Estado de Guatemala da pasos en firme en los primeros años de la década de los 80 del siglo pasado. Sin embargo la institucionalidad y la formación y participación ciudadana fueron socavadas perennemente durante las casi tres décadas que antecedieron a esta necesaria *reapertura democrática*. La represión desde el Estado, los grupos paramilitares y las organizaciones guerrilleras, dejan entre muertos y desaparecidos una cauda de 200 mil víctimas^{20 21}.

²⁰ Cfr. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *Guatemala. Memoria del silencio. Conclusiones y recomendaciones del*

Justo en los momentos más oscuros de la represión (1982 y 1983) es que se abre la vía democrática. Las olas de terror disminuirían, pero no desaparecerían hasta la suscripción del *Acuerdo de paz firme y duradera* (1996)²². En 1984 se

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

²¹ El 93% de la responsabilidad de estas violaciones de derechos humanos y de violencia es atribuido al Estado. Cfr. *Ibíd.*, pág. 85.

²² Cfr. FIGUEROA IBARRA, Carlos, *Genocidio y terrorismo de Estado en Guatemala (1954-1996): Una interpretación*. En: *Guatemala: historia reciente (1954-1996)*, Tomo I, *Proceso político y antagonismo social*, Guatemala, Flacso, 2012, pág. 186.

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

convoca a elecciones para integrar Asamblea Nacional Constituyente y proveer al pueblo de Guatemala de una nueva Constitución. En este proceso participan 17 partidos políticos (dos de ellos coalicionados) y tres Comités Cívicos Electorales. Esta participación plural, y la posibilidad de que los Comités Cívicos Electorales pudieran postular diputados a la Asamblea Constituyente, sumado al alto índice de participación en dicho proceso electoral (78%)²³, a priori proveen de legitimidad al proceso constituyente y a su producto: la Constitución Política de la República de Guatemala, decretada, sancionada y

²³ El Padrón electoral da cuenta de que estaban habilitados para ejercer el voto 2,554,002 guatemaltecos. De estos, poco más de 2.5 millones, la participación (tomando como referencia el total nacional de la votación para diputados distritales) fue de casi 2 millones (1,992,394 votos). Cfr. TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL, Memoria Electoral 1984, Elecciones a Asamblea Nacional Constituyente 1984, Guatemala, Tribunal Supremo Electoral, 1985, pág. 111.

promulgada el 31 de mayo de 1985, y en vigencia a partir del 14 de enero de 1986.

Sin embargo, ni la pluralidad de partidos, ni la novedad de apertura para que participaran los Comités Cívicos Electorales; tampoco el alto porcentaje de participación en el proceso electoral para elegir diputados constituyentes; nos debe llevar a concluir o sentenciar que dicha Asamblea gozó de una legitimidad envidiable. Una rápida aproximación puede poner en duda la legitimidad casi absoluta con que se ha pretendido dotar históricamente a la Asamblea del 84-85. Sí, en efecto, se abrió la puerta a los Comités Cívicos Electorales, pero desde ya se vislumbraba el monopolio de los partidos políticos respecto de la democracia representativa. Solamente participaron tres Comités, de los cuales únicamente la OCAS (Organización Campesina de Acción Social) logró elevar un diputado, uno de 88 (1.14%). Fueron tres las fuerzas políticas dominantes: a) la coalición MLN-CAN

(Movimiento de Liberación Nacional-Central Auténtica Nacionalista), con 23 diputados (26% de la Asamblea); b) La UCN (Unidad del Centro Nacional), con 20 diputados (23% de la Asamblea), y c) La DCG (Democracia Cristiana Guatemalteca), también con 20 diputados (23% de la Asamblea).

En efecto, existió un alto porcentaje de participación, lo que evidenció el deseo ciudadano de manifestarse respecto de la convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente y de las opciones políticas respecto de las cuales podía elegir. Sin embargo, en votos totales, ninguna de las opciones más votadas (MLN-CAN: 13%; UCN: 14%; DCG: 13%) pudo superar el porcentaje de votos nulos 14.86% (296,076) mucho menos a su suma con los votos en blanco (143,044: 7.18%) que representó el 22% de los votos emitidos. Hay que entender que 8 de cada 10 guatemaltecos, habilitados para votar, asistieron a las urnas y que el resultado llano es que la cantidad más alta de

votos no se inclinó por ninguna de las opciones partidarias²⁴. Pero, como lo es hasta ahora, los votos nulos y en blanco, no son considerados votos válidos, como una especie de *encerrona* que nos obliga a *elegir entre lo que hay y no más allá*.

Indudablemente, el párrafo anterior contiene un juicio que puede ser superficial y arbitrario. No pretende negar, claro está, la importancia de este paso necesario para salir de los regímenes dictatoriales y genocidas. Autores tan imprescindibles como Villagrán Kramer matizan este alto porcentaje de votos indicando que: *Los nulos mostraban, en unos casos, ignorancia o desconocimiento sobre la manera de votar —marcando por ejemplo, las planillas de dos o más partidos— en tanto que en otros era clara y manifiesta la anulación del voto como forma de protesta*²⁵.

²⁴ Cfr. *Ibíd.*

²⁵ VILLAGRÁN KRAMER, Francisco, *Biografía política de Guatemala*, Volumen II, *Años de guerra y años de*

Sumado al indiscutible monopolio de los partidos políticos en la Asamblea del 84-85, y del rechazo a los candidatos por estos propuestos, necesito añadir el factor de representación (descriptiva y sustantiva) y la ausencia de un proceso posterior de ratificación de la obra del legislador constituyente por parte del titular de la soberanía. En efecto, para esa década, conforme a datos oficiales, el 50% de la población del Estado de Guatemala eran mujeres, y el 42% de la población era indígena²⁶. Sin embargo, únicamente fueron electos, como diputados constituyentes, 3 mujeres (3.41%) y un indígena (1.14%).

Es en este contexto en que *renacemos* a la *democracia*, con un modelo republicano-liberal dominado por los partidos políticos y por un esquema corporativista. El pueblo es

soberano (reza el artículo 141) pero esa soberanía debe transitar por la voluntad de los partidos políticos quienes son los únicos que pueden autoregularse. Así, al final del día, temas como la reforma constitucional, política y electoral, quedan en manos de los partidos políticos quienes han terminado por cooptar el sistema democrático y poner en jaque el modelo republicano de división de poderes y los mecanismos de control al poder público.

II. La democracia y la ruta heredada para la reforma constitucional.

El término *democracia* es uno de los más utilizados en nuestro lenguaje político, jurídico y ciudadano, sin embargo, aún no se logra entender que existen diferentes acepciones de este (y que algunas de dichas acepciones llegan a ser contradictorias). Este vocablo deriva del griego *demokratia* que a su vez encuentra su origen etimológico en los términos *démos* (pueblo) y *krátos* (poder/autoridad). En palabras concretas, la democracia ha sido

paz, Guatemala, Flacso, 2004, pág. 294.

²⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Censo Poblacional*, Tomo I, Guatemala, INE, 1981, pág. 37.

entendida como una *forma de gobierno*, un *gobierno del pueblo*²⁷.

Contemporáneamente se ha asumido, sin mayor discusión aparente, una cierta y peligrosa sinonimia entre democracia y democracia liberal. Siendo esta última una variante de la primera, más no la única posible. Sin entrar en estos ámbitos, aquí me limitaré a enunciar que los postulados liberales de limitación al poder y de garantía de los derechos naturales, son los que dieron origen y nutrieron al *constitucionalismo*. Al concepto formal de democracia habrá entonces que pasarlo por el tamiz de la legitimación. Así entendemos que «Según la concepción ampliamente dominante, la democracia consiste en un método de formación de las decisiones públicas; y precisamente en el conjunto de las

²⁷ ABBAGNANO, Nicola, Diccionario de filosofía, Actualizado y aumentado por Giovanni FORNERO, Cuarta edición en español, México, Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2004, pág. 273.

reglas que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediante representantes, de asumir tales decisiones»²⁸.

Así entendida, la democracia se basa en la voluntad mayoritaria, pero, siguiendo a Ferrajoli, si bien esta es *conditio sine qua non* para la misma, no es la única que hace que sea lo que es. Esto, al menos, para una democracia moderna/contemporánea, para una democracia constitucional. El otro elemento esencialísimo para la democracia constitucional resulta ser la garantía y respeto de un catálogo de derechos fundamentales: «para que un sistema político pueda considerarse expresión, siquiera sea aproximativa, del *poder del pueblo*, no menos importante que sus formas representativas es que

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Tomo II: *Teoría de la democracia*, Traducción de Perfecto Andrés IBÁÑEZ *et.al.*, Colección: *Estructuras y procesos*, Serie: *Derecho*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2011, pág. 9.

en él se garanticen, además del poder de la mayoría de sus representantes, esos contrapoderes de todos que son los derechos fundamentales»²⁹. Tenemos aquí ya planteado el concepto contemporáneo de democracia: *La democracia es un sistema de gobierno en el cual las decisiones públicas se asumen, de forma directa o por medio de sus representantes, por la mayoría de sus miembros, teniendo como límite y fin la garantía de los derechos fundamentales*³⁰.

Conforme Sartori, la democracia operativa* se puede entender de dos maneras: a) por el principio de mayoría absoluta: *los más tienen todos los derechos, mientras que los menos, la minoría, no tiene*

*ningún derecho*³¹, y b) por el principio de mayoría relativa: *los más tienen derecho a mandar, pero en el respeto de los derechos de las minorías*³². Concluye Sartori que, «desde un punto de vista operativo, el *demos* es una mayoría, o bien absoluta o bien moderada, y la doctrina es prácticamente unánime al afirmar que la democracia tiene que inspirarse en el principio de mayoría limitada o moderada. Si no, vivirá un día y empezará a morir al día siguiente»³³. La frase apocalíptica con la que Sartori cierra su aporte, entiendo (y en esto solamente estoy aventurando una hipótesis), tiene su fundamento en que se caería en una *dictadura*, la de mayoría eso sí, pero dictadura al fin^{34**}.

²⁹ *Ibíd.*, pág. 13.

³⁰ Cfr. PEREIRA-OROZCO, Alberto, *Poder constituyente, Conceptos concurrentes, noción, clasificación y límites*, Guatemala, Ediciones De Pereira, 2013, pág. 26.

* Cuando SARTORI habla de *democracia operativa*, hace una mera referencia a la manera en que la democracia opera en el ámbito fáctico de toma de decisiones.

³¹ SARTORI, Giovanni, *La democracia en 30 lecciones*, Edición a cargo de Lorenza FOSCHINI, México, Penguin Random House Grupo Editorial, 2015, pág. 17.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

** Esta última denominación la podemos derivar de la corriente marxista que entiende a la democracia, en la fase del socialismo y como paso previo a ser total,

Sea cual fuere el concepto que se asuma de democracia, un tanto distante queda el modelo de Gobierno real del Estado de Guatemala. Conforme a los artículos 140 y 141 constitucionales, *su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo. La soberanía radica en el pueblo, quien la delega para ejercicio.* Su Constitución, sus normas constitucionales y su legislación ordinaria proveen una serie profusa de controles interorgánicos, intraorgánicos y ciudadanos. Sin embargo, el poder sigue siendo cooptado por facciones políticas (a los que la normativa da la calidad de partidos políticos) y estas a su vez

como la «*dictadura del proletariado*» o, mejor aún, como lo manifestara ENGELS en una carta dirigida a Marx, «*la democracia es comunismo*». MARX, Karl y Federico ENGELS, *El manifiesto comunista*, Recuperado de: http://teketen.com/liburutegia/Manifiesto_comunista-Marx_Engles.pdf (11 de agosto de 2014), pág. 49, y MARX, Karl y Federico ENGELS, *El manifiesto comunista*, España, Editorial Alba, 2000, pág. 78.

responden o comulgan con otros factores de poder no democráticos como el poder económico y el ideológico.

La democracia heredada supone facciones políticas que son casi las únicas omnipresentes y todo poderosas en cuanto se busca la reforma de la Constitución y las leyes denominadas constitucionales. Así, la reforma constitucional solo puede ser viable mediante la actuación del Congreso de la República o de una nueva Asamblea Nacional Constituyente, cuyos diputados constitucionales solo pueden ser propuestos para elección por los mismos partidos políticos.

Si bien, conforme a los artículos 277 y 280 constitucionales, el *pueblo* tiene iniciativa para proponer reformas a la Constitución y *el Congreso deberá ocuparse sin demora alguna del asunto planteado*, el destino final de dicha propuesta es facultad exclusiva del Congreso. Además, si bien está estipulado que el *pueblo* debe ratificar, en consulta popular, la reforma aprobada por

el Congreso, dicha facultad se limita a eso, a ratificar o no la reforma, cuyo contenido queda en manos del Congreso.

Si el *pueblo* de Guatemala (el electorado) quisiera darse una nueva Constitución, el procedimiento además de ser extraordinario (como debe ser) parece estar también cooptado por las facciones políticas. El legislador constituyente no dejó prevista una ruta específica para que el pueblo se diera una nueva Constitución, solamente contempló el tema de su reforma. Así, habría que acudir, para no romper el orden constitucional, al artículo 173 constitucional, *Procedimiento consultivo*, por medio del cual se puede consultar al electorado sobre si autoriza la convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente plenipotenciaria. Sin embargo, la iniciativa de Consulta quedó reservada únicamente al Presidente de la República o al Presidente del Congreso.

Si la *democracia bajo control* que heredamos, no fuera poco óbice

para una democracia representativa y participativa real, a esto se sumaron otros factores que han sido determinantes para el esperpento de democracia en que vivimos: la casi total ausencia de formación ciudadana general, el debilitamiento de los partidos políticos que han degenerado en un estadio anterior e inferior (en facciones políticas), y la incidencia de los factores reales de poder en los proceso electorales y de la vida política del Estado (poder económico tradicional, poder económico emergente, medios de comunicación, etc.).

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, y su contra-reforma de 1993, ha evidenciado un fuerte carácter simbólico pues no ha logrado un nivel cuando menos aceptable de eficacia, tanto en materia de derechos humanos individuales como colectivos. En palabras de Neves, la ineficacia evidente de las Constituciones tiende a romper *la lealtad de las masas*³⁵ respecto de

³⁵ Cfr. Neves, Marcelo, La constitucionalización simbólica,

este documento y a *conducir a movimientos sociales y políticos por transformaciones consecuentes en dirección a un sistema constitucional democrático efectivo. Es posible, también, que conduzca a la apatía de las masas y al cinismo de las élites*³⁶.

Ese escenario planteado por Neves ya ha acontecido en Guatemala. Tanto se ha dado una primera y constante apatía de las masas respecto de la cosa pública, del control del poder (conformándose con una *democracia* en la cual participaba únicamente emitiendo su voto cada cinco o cuatro años), así como el descaro de los gobernantes que se sentían inalcanzables por la justicia, ya que la corrupción había permeado a tal punto a las instituciones, que hacía predecible su impunidad. También la evidente y descarada corrupción propició *la salida a las*

plazas de muchos guatemaltecos. Estas manifestaciones llegaron a poner en jaque a la *cleptocracia*^{***} que ya tenía varios períodos instalada (incluso creo que ha estado allí siempre, con honrosas y muy contadas excepciones), y que se tornó cínica y generalizada.

Llegado el momento cúspide en *La plaza*, los poderes fácticos insinuaron cambios para evitar que las manifestaciones pasaran a más y rompieran el *statu quo*. Ante la consigna *Más que protestas necesitamos propuestas*, la multitud evidenció que deseaba un cambio, pero no sabía si solo quería cambiar a los gobernantes de turno, o si lo que quería era un cambio profundo, sustancial, del modelo democrático, particularmente del de partidos políticos. Pero los poderes facticos tienen más experiencia que la

Traducción a cargo de Renzo Cavani, Lima, Perú, Palestra Editores, 2013, pág. 156.

³⁶ *Ibíd.*

^{***} Por *cleptocracia* se entiende: «Sistema de gobierno en el que prima el interés por el enriquecimiento propio a costa de los bienes públicos». Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=9RpnEgQ> (marzo 10 de 2016).

exigua ciudadanía guatemalteca y, fieles a su *gatopardismo*³⁷ (*cambiar todo para que nada cambie*), aceptaron el cambio de gobierno pero nada cambió. A 30 años del retorno a la democracia, la sociedad guatemalteca no logró fortalecer ni a su ciudadanía ni a sus instituciones, peor aún, los partidos políticos, otrora instituciones, entraron en un progresivo debilitamiento y cooptación. Así, la sociedad guatemalteca ingresó en el laberinto de la *posdemocracia*.

III. El laberinto de la posdemocracia. En 25 siglos de historia occidental, la vigencia del modelo democrático ha sido especialmente breve. Desde su replanteamiento en la modernidad (siglo XVIII) como sistema democrático representativo, el mismo solamente empezó a tener especial incidencia luego de la *Segunda Guerra Mundial* y,

particularmente, en el período posterior a la *Guerra Fría*³⁸. La historia político-constitucional del Estado de Guatemala, que no alcanza a superar los dos siglos, es también particularmente escasa para dar cuenta de estadios democráticos eficaces. Siempre, como único ejemplo inmediato, se recurre a la década 1944-1954, a *los Gobiernos de la Revolución de octubre*. Como ya se indicó, es a mediados de la década de 1980 en que se hace viable la búsqueda de la ruta institucional y del retorno al modelo democrático.

El resurgido modelo democrático viene acompañado con un esquema propio de un Estado constitucional y democrático de Derecho. Guarda los principios de pluralidad partidaria, participación ciudadana, elecciones periódicas y transparentes, órganos electorales autónomos, partidos políticos institucional e ideológicamente

³⁷ Término extraído de la novela: *Il Gattopardo*, de Giuseppe Tomasi di Lampedusa, Traducción a cargo de Fernando Gutiérrez, Barcelona, España, Editorial Argos Vergara, 1980, pág. 20.

³⁸ Cfr. Pereira-Orozco, Ob. Cit., pág. 25, y Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Décima edición, Colombia, Editorial Temis, 2006, pág. 459.

fuertes, limita y establece controles eficaces al ejercicio del poder, incorpora órganos de control que vendrían a robustecer la división de poderes, reconoce un fuerte catálogo de derechos humanos y sus respectivas garantías constitucionales. Sin embargo la pretendida institucionalidad, la democracia y el modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, pronto se toparon con la realidad de una sociedad cansada de tanta represión, con electores a los que les había calado el papel autoritario del Estado y preferían no involucrarse en actividades políticas, y con una sociedad cuyos valores fueron descuidados. Los factores reales de poder se encargaron de darle a los guatemaltecos una *democracia bajo control*, en la cual la voluntad popular, el ejercicio de la soberanía, estuviera limitada, tanto formal como materialmente.

Así entramos en un laberinto que Crouch (sociólogo y politólogo

inglés) denomina *posdemocracia*. Dicho autor indica que la *posdemocracia* es una especie de regreso, de degradación, a los momentos *predemocráticos* pero con la existencia de todo un bloque normativo que formalmente hace creer que se está en democracia. «En este modelo, aunque por supuesto las elecciones existan y puedan cambiar los gobiernos, el debate electoral público se limita a un espectáculo que está estrechamente controlado y gestionado por equipos rivales de profesionales expertos en técnicas de persuasión, y que se centra solamente en una pequeña gama de cuestiones escogidas por estos equipos. La mayor parte de los ciudadanos desempeña un papel pasivo, inactivo e incluso apático, y responde únicamente a las señales que se le lanzan. Más allá de este espectáculo del juego electoral, la política se desarrolla entre bambalinas mediante la interacción entre gobiernos elegidos y unas élites que, de

forma abrumadora, representan los intereses de las empresas»³⁹.

Los síntomas de la *posdemocracia*, como los denomina Crouch, se pueden resumir así: a) influencia de las empresas globales sobre los gobiernos; b) el debilitamiento de las clases sociales que le pueden hacer contrapeso al gobierno y a las empresas: la clase obrera y la clase media; c) la desaparición de los partidos políticos como instituciones democráticas y articuladas, el poder se concentra en sus dirigentes que procuran y reciben financiamiento de las empresas; d) el debate electoral es reducido a un espectáculo mediático carente de contenido político; e) una ciudadanía decepcionada de los partidos políticos, de los procesos electorales, de la clase política, y que no cuenta con otros medios efectivos de incidencia; f) la autoridad pública y el poder ciudadano han sido reducidos a su

mínima expresión; g) un gobierno que considera que no le corresponde intervenir en la economía capitalista y en los servicios públicos; h) las empresas globales desarticulan las conquistas sociales del Estado de bienestar y se apropian de los servicios públicos; i) el auge de las élites corporativas es simultáneo a la pérdida de vigor de la democracia creativa, y j) la política se ha convertido en un asunto de élites cerradas, tal como ya ocurría en los tiempos *pre-democráticos*⁴⁰.

Este es el escenario inmediato de la sociedad guatemalteca: estamos inmersos en un periodo *posdemocrático* en el cual la democracia ha sido vaciada de contenido, la ciudadanía es escasa y débil, los partidos políticos, en puridad, son inexistentes, el esfuerzo de combate a la impunidad es opacado por la cooptación de los más altos tribunales y esferas de poder del Estado y la reforma constitucional

³⁹ Crouch, Colin, *Posdemocracia*, Traducción a cargo de Francisco Beltrán, México, Editorial Taurus, 2004, pág. 11.

⁴⁰ *Ibíd.*, págs. 35 y ss.

y electoral, que depende de la voluntad de las facciones políticas en el Congreso de la República, ha sido rechazada por dichas facciones que *dijeron no* al sistema de cuotas electorales, se opusieron participación de los Comités Cívicos Electorales en la postulación de diputados y negaron una mayor autonomía financiera al Tribunal Supremo Electoral, etc.

IV. Reformar o no la Constitución. Estimo que es necesaria la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente plenipotenciaria para dar a la sociedad guatemalteca una nueva Constitución. No considero que el proceso de mera reforma logre atender las demandas de la ciudadanía ni las necesidades que la misma evolución y complejidad de ejercicio y control del poder han venido evidenciando como necesarias. Una reforma constitucional, necesariamente, pasará por manos de las facciones políticas que hoy conforman al Congreso de la República. Estas facciones no se autolimitarán, eso

ha quedado evidenciado con la discusión a las reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos.

Una nueva Constitución, inevitablemente, tendrá que dar cara a realidades y necesidades inobjetables como el carácter plurinacional del Estado, el fortalecimiento de los órganos de control y defensa del orden constitucional y de los mecanismos de control interorgánicos e intraorgánicos. También deberá establecer un modelo democrático más depurado que permita mejores y más amplios medios de participación ciudadana y rompa con el monopolio de los partidos políticos (además de democratizarlos internamente) como casi único medio para acceder al poder. Deberá recuperar el principio de alternabilidad en todas las esferas del poder. También tendrá que instituir como eje transversal la igualdad cultural y de género en todos los ámbitos pertinentes y erradicar la opacidad que tanto alimenta a la corrupción. Entre otros.

¿Es prudente reformar la Constitución o convocar a una Asamblea Nacional Constituyente?:

La convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente es necesaria, más no conveniente en el escenario actual. Es mi criterio que un cambio de esta magnitud requerirá de una participación amplia y comprometida de la ciudadanía que no se deje manipular ni limitar por los poderes económicos, ideológicos y políticos que hasta hoy mantienen cooptada la democracia. Hasta que no se logre esta participación cuantitativa y cualitativa, todo, o

casi todo, lo que se haga, se avizora poco eficaz para la consolidación de un auténtico modelo de democracia participativa y de un eficaz Estado constitucional y democrático de Derecho. Sin una auténtica ciudadanía, no habrá modelo democrático que podamos hacer eficaz. Una reforma constitucional (o una nueva Constitución), bajo los síntomas de la *posdemocracia*, *vendrá a cambiar todo para que nada cambie*. No debemos acometer semejante empresa sin tener claro el modelo de Estado y de sociedad que deseamos y que podemos procurarnos.

Bibliografía

- Abbagnano, Nicola. *Diccionario de filosofía*. Actualizado y aumentado por Giovanni Fornero. Cuarta edición en español. México: Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2004.
- 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.
- Crouch, Colin. *Posdemocracia*. Traducción a cargo de Francisco Beltrán. México: Editorial Taurus, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Tomo II: *Teoría de la democracia*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et.al.* Colección: *Estructuras y procesos*. Serie: *Derecho*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2011.
- Figueroa Ibarra, Carlos. *Genocidio y terrorismo de Estado en Guatemala (1954-1996): Una interpretación*. En: *Guatemala: historia reciente (1954-1996)*, Tomo I, *Proceso político y antagonismo social*. Guatemala: Flacso, 2012.
- Instituto Nacional de Estadística. *Censo Poblacional*. Tomo I. Guatemala: INE, 1981.
- Lampedusa, Giuseppe Tomasi di. *Il Gattopardo*. Traducción a cargo de Fernando Gutiérrez. Barcelona, España: Editorial Argos Vergara, 1980.
- Marx, Karl y Federico Engels. *El manifiesto comunista*. Recuperado de: http://teketen.com/liburutegia/Manifiesto_comunista-Marx_Engles.pdf (11 de agosto de 2014).
- Marx, Karl y Federico Engels. *El manifiesto comunista*. España: Editorial Alba, 2000.

- Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Décima edición. Colombia: Editorial Temis, 2006.
- Neves, Marcelo. *La constitucionalización simbólica*. Traducción a cargo de Renzo Cavani. Lima, Perú: Palestra Editores, 2013.
- Pereira-Orozco, Alberto. *Poder constituyente, Conceptos concurrentes, noción, clasificación y límites*. Guatemala: Ediciones De Pereira, 2013.
- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=9RpnEgQ> (marzo 10 de 2016).
- Sartori, Giovanni. *La democracia en 30 lecciones*. Edición a cargo de Lorenza Foschini. México: Penguin Random House Grupo Editorial, 2015.
- Tribunal Supremo Electoral. *Memoria Electoral 1984. Elecciones a Asamblea Nacional Constituyente 1984*. Guatemala: Tribunal Supremo Electoral, 1985.
- Villagrán Kramer, Francisco. *Biografía política de Guatemala*. Volumen II. *Años de guerra y años de paz*. Guatemala: Flacso, 2004.

LOS DEBERES DE LOS JUECES

*René Arturo Villegas Lara **

Quiero expresar algunas ideas sobre el tema de los deberes de los jueces y específicamente el que se refiere a la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales que dicte, especialmente los autos y las sentencias.

El tema es materia de estudio en el Derecho Constitucional, porque el fundamento lógico y legal de una resolución tiene que ver con el debido proceso y el debido proceso es una garantía individual prevista en la Constitución Política de la República como parte de la tutela judicial efectiva. También es un tema de la Teoría General del Derecho, porque la interpretación y aplicación de la ley dejaron de ser temas de técnica jurídica, para convertirse, además, en temas de la ciencia del Derecho en General. Y es con base en estas previsiones científicas que las reglas jurídicas contenidas en las leyes procesales establecen el deber del juez de indicar las razones lógicas y legales por las cuales dicta una

resolución en uno u otro sentido.

Se cuenta que en Guatemala existió un juez de la jurisdicción ordinaria, en el primer cuarto del siglo XX, que era más que lacónico para dictar sus resoluciones: Si quería resolver con lugar la petición, escribía simplemente “SI” y luego citaba los artículos pertinentes; y si la denegaba, escribía “NO” y luego los artículos del caso. Como eso ponía en peligro el derecho de las partes, en la Ley del Organismo Judicial se estableció una norma o regla que obliga a los jueces a MOTIVAR la resolución que emite; es decir, explicar las razones lógicas y legales en que se fundamenta. Y esta obligación es similar a la que existe para el legislador, en el sentido de explicar en los considerandos de las leyes el porqué y el paraqué de la normas que emite, con la diferencia de que en este caso la falta de considerandos no vicia la ley, es un error de técnica de

* * René Arturo Villegas Lara es Doctor en Filosofía por la Universidad Rafael Landívar; Doctor en Derecho por la Universidad de San Carlos; Socio Correspondiente de la Asociación Nacional de Abogados de México; Miembro de Número de la Asociación Latinoamericana de Abogados; Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos; Expresidente del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. 45

formulación, lo que no sucede en el campo jurisdiccional, pues la ausencia de motivación es un vicio de la resolución y puede verse anulada por una instancia superior.

Para centrarme en el tema, me guío por lo que dice el maestro español de Derecho Constitucional, Francisco Laporta, en su obra “El Imperio de la Ley, una Visión Actual”.

En el capítulo IX de dicha obra, el maestro Laporta se inicia diciendo que en ciertas circunstancias la ley no es suficiente, que el ordenamiento jurídico no es completo como se cree en algunos sectores de la doctrina. No es cierto que todo esté resuelto, porque el derecho es obra de seres humanos que por naturaleza somos falibles. A veces hay falta de norma, contradicciones, insuficiencias, obscuridades y otras omisiones más, que como se dice en la Ley del Organismo Judicial, no excusan al juez de su obligación de resolver un conflicto de intereses; por el contrario, debe resolver, bajo

pena de incurrir en denegación de justicia. Esta obligación de dar siempre una respuesta, no ocurre en otras ciencias, como las de la naturaleza, y por eso al derecho se le ha negado categoría científica, aunque no debe olvidarse que el derecho es ciencia normativa, que funciona con parámetros distintos a los de la ciencia natural.

¿Cuáles son los deberes fundamentales de los jueces?

Laporta identifica tres:

- a) El deber de fallar;
- b) el deber de aplicar el derecho; y,
- c) El deber de motivar los autos y las sentencias. Veamos someramente cada uno de estos deberes.

a) El deber de fallar

El deber de fallar existe para el juez ante un conflicto para el cual se exige una solución. Para el cumplimiento de este deber, el juez recurre a las fuentes tradicionales en un orden jurídico: La ley, la costumbre y la jurisprudencia. Claro que en la

actualidad esta tríada de fuentes está en amplia discusión, pues la evolución de un Estado de Derecho basado en el imperio de las leyes ordinarias, se ha pasado al Estado Constitucional de Derecho, en donde la primera fuente del orden jurídico es la Constitución. Y resulta que como todo debe entenderse en concordancia con la Constitución, esta establece el mandato de interpretar principios y valores que muchas veces no están en la norma ordinaria, sino que hay que extraerlos de todo el entramado ideológico y filosófico de la Constitución, tal el caso de los derechos fundamentales no enumerados, que el juez puede traer a cuenta para resolver un caso concreto. Este deber está previsto en el artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, que obliga al juzgador a resolver tomando en cuenta la norma de clausura prevista en el artículo 10 de dicha Ley, en donde está reglado tomar en cuenta el fin de la ley y su espíritu, es decir su esencia, además de la analogía, la

equidad o justicia en particular y los principios generales del Derecho. Si no existiera este deber, estaríamos induciendo a los ciudadanos a resolver sus diferencias fuera de los tribunales. Por eso es que se habla de un derecho a la jurisdicción como el que se tiene para pedir, derecho de petición para que los jueces resuelvan una pretensión o sea el derecho a la justicia.

b) El deber de aplicar el derecho

El Juez, en principio tiene el deber de aplicar el derecho y para ello debe recordar lo que dice el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial en cuanto a la integración del ordenamiento jurídico: la ley, la jurisprudencia y la costumbre. Como nuestro país es de derecho escrito, el lugar primario lo ocupa la ley. El segundo, la jurisprudencia constituida por los fallos reiterados de la Corte Suprema de Justicia que forman doctrina legal y los de la Corte de Constitucionalidad en materia constitucional. En cuanto a la costumbre, sabemos el papel que juegan los usos en materia

mercantil y en materia laboral. En países que no son de derecho escrito, como en el Common Law, el lugar primario lo tiene la jurisprudencia y la costumbre. En nuestro medio la jurisprudencia es muy limitada y los fallos de instancias menores a los tribunales supremos, no tienen el valor de precedente que se practica en los Estados Unidos, lo cual es importante para la vida del derecho pues el derecho que realmente vale es el que se discute en los tribunales. En el futuro debiera revisarse esta jerarquía de las fuentes, sin que necesariamente se pase a un sistema de derecho no escrito. En todo caso, el juez debe cumplir su deber de aplicar la ley; aunque en la actualidad, como las relaciones sociales se han modificado y se han vuelto más complejas, hay otros recursos a los que el juez puede recurrir para resolver un conflicto: especialmente la equidad, la analogía, los valores y los principios jurídicos, sin olvidar la norma de normas: La Constitución Política de la República, que es

obligatorio observarla por jerarquía normativa y por mandato del artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial que ordena observar la Constitución, así como los valores y normas del ordenamiento jurídico.

c) El deber de motivar la sentencias

Consiste este deber en exponer públicamente las razones que llevan al fallo que se dicta. Según Laporta, en este deber debemos distinguir dos términos que inciden en su cumplimiento: MOTIVAR Y JUSTIFICAR LA SENTENCIA. Dice el maestro español:

“Una cosa es explicar una decisión a partir de sus motivos, y otra cosa es justificar una decisión sobre la base de unas razones. En el primer caso, en la pura explicación, estamos situados en lo que los filósofos de la ciencia llaman contexto de descubrimiento. El contexto de descubrimiento es el conjunto de circunstancias que rodean el hallazgo científico o la toma de la decisión y viven, por

así decirlo, en el reino de la causalidad...Pero cuando lo que perseguimos es justificar un descubrimiento científico o una decisión judicial, y no solo explicarlos a partir de lo causal, nos situamos en el contexto de la justificación. Y no son los motivos externos los que sirven motivar y justificar una resolución judicial. De lo que se trata es de expresar la justificación del fallo en base a razones expresadas en los enunciados normativos. Son razones que existen en la

normatividad aplicable al caso que se discutió en el proceso. En resumen, la motivación de una resolución judicial, auto o sentencia, radica en expresar por qué razones acoge o rechaza una pretensión, la que deben provenir de las esencialidades contenidas en las normas del ordenamiento jurídico que aplica, sin olvidar que la administración de justicia tiene como soporte la norma jurídica y los valores y principios jurídicos que informan a la totalidad del sistema jurídico.

LAS MISIONES DE OBSERVACIÓN ELECTORAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS -OEA- Y LA REFORMA ELECTORAL

*Mauricio Alejandro Zarazúa herrera **

El presente instrumento tiene como objeto enfocar los aspectos generales de las Misiones de Observación Electoral de las Organizaciones de los Estados Americanos -OEA- y su incidencia por medio de las recomendaciones en la reforma electoral en el supremo interés de la garantía de los ejercicios políticos.

El Estado Guatemalteco como miembro de la Organización de los Estados Americanos-OEA-, ha contado en diversos procesos electorales con la participación de la referida misión Internacional y para un panorama enunciativo en primera instancia es necesario traer a colación lo que se entiende por **Observación Electoral Internacional** definiéndolo como *“un procedimiento mediante el*

cual un grupo organizado de personas ajenas al país anfitrión lleva a cabo, en forma sistemática, un conjunto de acciones y actividades complejas para constatar en forma directa, completa y exacta un proceso electoral. El objeto de la observación es el proceso⁴¹”.

Con base a lo antes citado e identificado el procedimiento y el objeto de la Observación Electoral Internacional, es menester definir lo que es una **Misión de Observación Electoral Internacional** teniéndose esta como *“El instrumento jurídico con organización propia por medio del cual se lleva a cabo una*

⁴¹ Manual para las misiones de observación electoral de la Organización de los Estados Americanos P. 10.

*Mauricio Alejandro Zarazúa Herrera es Abogado y Notario. Estudios de postgrado en Derecho Constitucional. Medicina Legal y Ciencias Forenses. Certificado de aprobación del Curso Virtual para “Observadores Electorales”. Organización de los Estados Americanos (OEA), a través del Departamento para la Gestión Pública Efectiva (DGPE) y el Departamento para la Cooperación y Observación Electoral de la Secretaría de Asuntos Políticos (SAP) 16 de Septiembre al 24 de octubre de 2014.

observación electoral internacional⁴²”.

Sumadas a las anteriores definiciones el marco teórico, en el que se cimienta una **Misión de Observación Electoral Internacional –MOE-**, de conformidad con el Manual para las misiones de observación electoral de la Organización de los Estados Americanos “*las condiciones para la aceptación de una invitación para una MOE/OEA por parte de un Estado Miembro son las siguientes:*

a. Que el proceso electoral en cuestión se encuentre contemplado expresamente en la regulación legal del Estado miembro.

b. Que la organización y juzgamiento del proceso electoral recaiga exclusivamente en el órgano electoral nacional o federal o estatal/provincial/regional, según sea el caso.

c. Que la invitación del Estado miembro se haya originado por el órgano electoral quien lo remitirá

a la Cancillería del Estado miembro, para su presentación formal a la SG/OEA.

d. Que no existan limitaciones a la MOE/OEA, sean de naturaleza legal o reglamentaria.

e. Que se garanticen las condiciones de seguridad, libre acceso a la información y amplia cooperación con la MOE/OEA⁴³”

De las anteriores condiciones, se advierte la importancia que reviste un proceso democrático con sustento normativo, es decir que la misión no tendría participación en aquellos procesos que devienen de procedimientos no contemplados en la Ley y dentro del concurso Internacional, toda vez que no podrá legitimar un proceso anómalo. Es importante recordar que la justicia electoral es por imperativo legal única y soberana competencia del órgano electoral del Estado miembro. No deja de ser un punto preponderante, el hecho que una vez recibida la invitación por la

⁴² Ibid., p. 10

⁴³ Ibidem . p. 10

vía diplomática correspondiente, se garantice a la misión la no obstrucción de sus labores por limitaciones legales, integridad física, acceso a la información y amplia cooperación.

Continúa citando el Manual para las misiones de observación electoral de la Organización de los Estados Americanos que los **objetivos específicos** de las Misiones de Observación Electoral Internacional –MOE’S-, son los siguientes:

“1. Observar la actuación de los protagonistas del proceso electoral con el fin de constatar el cumplimiento de las normas electorales vigentes en el país anfitrión; analizar el desarrollo del proceso electoral en el contexto de las normas adoptadas por los Estados miembros de la Organización; y tomar nota de lo observado e informar al Secretario General y al Consejo Permanente.

2. Colaborar con las autoridades

gubernamentales y electorales, y con la ciudadanía en general, para asegurar la imparcialidad, transparencia y confiabilidad de los procesos electorales.

3. Contribuir a crear una atmósfera de confianza pública y alentar la participación de la ciudadanía.

4. Servir como conducto para la búsqueda y construcción de consensos en situaciones de conflicto entre los diferentes participantes en el proceso electoral en caso de ser requerido.

5. Formular recomendaciones con el fin de contribuir al mejoramiento del sistema electoral.

6. Demostrar el apoyo internacional y la solidaridad interamericana a favor del desarrollo de un proceso electoral imparcial, transparente y confiable⁴⁴”.

Asimismo los **principios fundamentales** de las Misiones

⁴⁴ Ibidem. p.p. 10

de Observación Electoral Internacional –MOE`S-, son los siguientes:

“1. Objetividad y neutralidad. El trabajo de una MOE/OEA depende de la imparcialidad, neutralidad e independencia de la misma. Estas características fundamentales de las MOEs/OEA, se reflejan, entre otras cosas, en las acciones de los Observadores Internacionales así como en las declaraciones y pronunciamientos de la MOE/OEA.

2. Respeto por la legislación interna del país anfitrión. El cumplimiento de la tarea de observación supone el pleno respeto a la Constitución y las leyes de la nación donde tiene lugar el proceso electoral. Los privilegios e inmunidades que se otorgan a los Observadores Internacionales tales como inmunidad contra arrestos, allanamientos y/o procesos judiciales, tienen por objeto salvaguardar la independencia de actuación de los Observadores

Internacionales en el cumplimiento específico de sus funciones.

3. No sustitución de los actores nacionales del proceso. Las MOEs/OEA no sustituyen a ninguno de los actores del proceso electoral. La responsabilidad última y exclusiva por el desarrollo del proceso electoral recae en las instituciones y en los protagonistas del país anfitrión. En este sentido, a los Observadores Internacionales no les compete aprobar, desaprobado o corregir las decisiones de la autoridad electoral; reemplazar o cuestionar a los fiscales de los partidos políticos o incrementar los recursos humanos o materiales de ninguno de los participantes del proceso, incluyendo la autoridad electoral nacional competente, quien es el único árbitro del proceso^{45”}.

Reviste de gran importancia que las misiones de observación electoral, buscan en un sentido

⁴⁵ Ibidem. p.p. 10

predominante la colaboración del proceso electoral, constatando el cumplimiento de la Ley y en ningún caso subrogando las responsabilidades de las autoridades locales, toda vez que enfatiza que no le compete bajo el principio toral de no intervención y deviene del marco jurídico-normativo vinculante siendo en este caso los siguientes instrumentos legales siendo enunciativos y no excluyentes en su siguiente presentación:

- a) Carta de la Organización de los Estados Americanos;
- b) Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos;
- c) Normas emitidas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos –OEA-;
 - c.1 Resolución sobre derechos humanos, democracia y observación electoral (1989);
 - c.2 Carta Democrática Interamericana (CDI) (2001);

d) Acuerdos suscritos entre la SG/OEA y los Estados miembros.

Las misiones de observación electoral, ejercen su trabajo en varias fases que van desde la etapa pre-electoral, el día programado para las elecciones y los días ulteriores al mismo, como resultado de su trabajo una vez obtenida toda la información y habiendo hecho el discernimiento por razón de la materia, emite un informe final en el que relata un diagnóstico general del proceso electoral, los hallazgos y recomendaciones para el fortalecimiento del mismo.

Teniendo una superficial y somera relación de lo que es una misión de observación electoral, es menester establecer la incidencia y pertinencia de la reforma en materia electoral en virtud de las recomendaciones vertidas, por estos procedimientos.

El diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, la Misión de Observación Electoral, presentó el informe ante el Consejo

Permanente de la Organización de los Estados Americanos –OEA⁴⁶-, en el cual relata los antecedentes que revistieron en el último proceso electoral guatemalteco, en el cual fue designando al Doctor Juan Pablo Corlazzoli como Jefe de la citada misión. En el informe se refiere a un período preelectoral con varias vicisitudes que colocaban entredicho el proceso electoral, posteriormente indica que para el día de la primera vuelta electoral existió una participación ciudadana en la urnas con un histórico setenta y un por ciento (71%) y cincuenta y seis punto treinta y dos por ciento (56.32%) para la segunda elección. De las recomendaciones que pusieron de conocimiento de las autoridades guatemaltecas con el objeto de fortalecer los procesos electorales de Guatemala, se

encuentran conducentemente las siguientes:

- a) Proveer al Órgano Electoral de un presupuesto suficiente así como su recepción oportuna;
- b) Desarrollar y adoptar un plan de acción y calendario tecnológico destinado a la puesta en marcha del sistema;
- c) Simplificar y automatizar el proceso de inscripción de los ciudadanos en el registro electoral;
- d) Instauración de medidas para propiciar la inclusión de género;
- e) Voto en el extranjero para la facilitar la participación en procesos políticos de los connacionales fuera de su país;
- f) Controlar y sancionar las vulneraciones a la Ley en materia de financiamiento;
- g) El requerimiento de un régimen democrático fortalecido y con ello evitar el transfuguismo;
- h) En cuanto al tema de Justicia Electoral buscando que no se le reste supremacía e independencia al Tribunal Supremo Electoral;

⁴⁶ Organización de los Estados Americanos- Informe ante el Consejo Permanente-Misión de Observación Electoral –Guatemala-.Elecciones Presidenciales, Legislativas, Municipales y del Parlamento Centroamericano 6 de septiembre y 25 de octubre de 2015. Páginas 1-6.

i) Sustitución de candidaturas y derecho de antejuicio garantizando el derecho individual de toda personas para competir en las elecciones; y

j) Institucionalizar la fiscalía de delitos electorales dotándola de recursos humanos y financieros necesarios para su adecuado funcionamiento.

De lo anterior varios temas están dentro de la agenda legislativa y que revisten de total importancia para el fortalecimiento electoral guatemalteco, en su mayoría estos tópicos ya fueron analizados de conformidad con el artículo 175 de la Ley Fundamental por parte del Tribunal Constitucional y fueron dados a conocer dentro del dictamen de fecha quince de febrero de dos mil dieciséis, dentro del expediente identificado con el número **4528-2015**, mismo que reflejo una situación providencial en la que sólo resta que el ejercicio legislativo con el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso de la República,

determinen por ser el único organismo competente su pertinencia de reforma.

El tema de la observación electoral y las resultas de sus recomendaciones que en ocasiones se traducen en reformas al ordenamiento jurídico correspondiente, no deja de ser un proceso sistémico, toda vez que guarda correlación con el mejoramiento de un régimen democrático estable, de lo anterior es necesario reiterar que la misión no subroga funciones ni interviene en procesos locales, sin embargo las recomendaciones devienen del apoyo de la comunidad Internacional en la consagración de la voluntad popular en los diferentes procesos electorales de los Estados miembros y los compromisos que se han adquirido.

Es necesario apuntalar que la reforma electoral, es un hito compromiso con el desarrollo de los diferentes procesos y sin tomar una afinidad política partiendo de una base objetiva estimo prudente

el hecho que la **Justicia Electoral** se vea reflejada y consagrada como un evento en el que la autoridad electoral tenga esa máxima función dentro del marco de sus competencias y no supeditada a los dilatorios procesos que si bien tiene su sustento dentro del marco normativo vigente, la búsqueda se refiere a no colocar en riesgo un instancia, esto se traduce en proceso si no se han agotado las buscar mecanismos expeditos sin menoscabar en todo momento el debido proceso y el derecho de defensa como garantías fundamentales, asimismo continuando con la temática del riesgo, que el órgano electoral cuente con los recursos económicos que si bien, ya está determina en el artículo 122 de la ley Electoral y de Partidos Políticos, es imperativo hacer tangibles sus presupuestos normativos, ya que de la pronta entrega de los recursos, la masificación, concientización del voto a nivel Nacional e Internacional y

consecuentemente tomar las acciones técnicas que simplifiquen y automaticen el registro electoral no podrán lograrse por imputabilidad presupuestaria sujeta a una metodología de planificación estratégica y sus respectivas actividades operacionales.

En el tema de inclusión, es necesario que al momento que se planifique su manejo se visionen en tres ejes temáticos: 1) **La participación como electores;** 2) **Participación como candidatos o candidatas** y 3) **Participación en la organización electoral.** Dentro de este contexto la Organización de Estados Americanos indica dentro del manual de observación correspondiente que *“El derecho a elegir, a ser elegido, y el de acceder a las funciones públicas, son reconocimientos básicos que deben guiar el involucramiento de los pueblos indígenas y afrodescendientes en la vida política de cada país... Sin embargo, la discriminación*

estructural que experimentan los pueblos indígenas y los afrodescendientes en materia política no solo debe enfrentarse desde el punto de vista de garantizar el ejercicio del derecho a elegir, ser elegido y acceder a las funciones públicas, sino también desde la perspectiva de asegurar la inclusión en los procesos electorales a través del reconocimiento de sus tradiciones y culturas, y de la expresión colectiva de sus derechos. El fortalecimiento de la democracia y de la participación ciudadana está ligado a la eliminación de toda forma de discriminación y al respeto de la diversidad étnica y cultural de los pueblos... El derecho a elegir... supone que todas las personas estén capacitadas para ejercer su derecho al voto en igualdad de condiciones. Mediante el enfoque étnico-racial se busca observar los factores que afectan las condiciones de equidad en la contienda electoral para los indígenas y afrodescendientes que aspiran a acceder a los cargos de

elección popular⁴⁷”. Asimismo dentro del tema de Equidad de género indica que “...los mecanismos de postulación de las candidaturas implica la observación de las acciones afirmativas: medidas de acción positiva orientadas a eliminar las barreras que impiden a las mujeres acceder a la esfera de las decisiones públicas. Un ejemplo importante de una medida de acción afirmativa es la cuota de género, la cual obliga a los partidos políticos a postular un porcentaje mínimo determinado de candidaturas de un mismo sexo en sus listas. Se considera una cuota de paridad cuando se exige que un 50% de las candidaturas sean de un sexo distinto. Es importante destacar además que las cuotas de género pueden ser legales o

⁴⁷ Observando la participación electoral de pueblos indígenas y afrodescendientes: Un manual para las Misiones de Observación Electoral de la OEA / [Preparado por el Departamento para la Cooperación y Observación Electoral de la Secretaría de Asuntos Políticos de la Organización de los Estados Americanos]. Págs. 26-33.

voluntarias. El primer caso es cuando están previstas en leyes de observancia obligatoria y el segundo cuando están reguladas en las normas internas de los partidos políticos (estatutos o reglamentos)⁴⁸”.

Por último para garantizar el atributo de elecciones competitivas, en el tema de financiamiento es significativo hablar de los componentes de **equidad** y **transparencia**, partiendo con el primero de ellos desde la óptica del Manual para las Misiones de Observación Electoral de la OEA que indica que: *“Un sistema de financiamiento político equitativo es aquel que busca garantizar la igualdad de condiciones para el ejercicio de los derechos de elegir*

y ser electo mediante la regulación de los recursos de las campañas. La regulación implica... igualdad de condiciones y la restricción de aquellos que la perjudican, así como la limitación de los gastos de campaña. Los recursos estatales están asociados a la realización del interés público. La igualdad de condiciones en los procesos electorales es parte del interés público, pues promueve la inclusión social y el ejercicio de los derechos políticos de todos los ciudadanos. Además, los recursos estatales están desvinculados de la realización de intereses privados, por lo que en principio son imparciales. La imparcialidad permite que esos recursos sean empleados para construir o consolidar condiciones de equidad en la competencia electoral.⁴⁹”.

En cuanto al tema de la

⁴⁸ Manual para la incorporación de la perspectiva de género en las Misiones de Observación Electoral de la OEA (MOEs/OEA) = Manual for incorporating a gender perspective into OAS Electoral Observation Missions (OAS/EOMs) / Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos = General Secretariat of the Organization of American States. p. 19

⁴⁹ Observando los Sistemas de Financiamiento Político-Electoral: Un Manual para las Misiones de Observación Electoral de la OEA = Observing Political-Electoral Financing Systems: A Manual for OAS Electoral Observation Missions p.p.13 -19.

transparencia el citado manual indica que *“Un sistema de financiamiento político transparente es aquel que busca garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de acceso a la información sobre el flujo de recursos económicos de las campañas de los partidos. Las condiciones necesarias de un sistema transparente son la rendición de cuentas de los partidos, el control gubernamental, un régimen de sanciones, y el acceso a la información en sí. La rendición de cuentas de los partidos es condición necesaria de un sistema de financiamiento transparente, en la medida que registra, sistematiza y ofrece la información básica sobre el flujo de recursos económicos de las campañas”*⁵⁰. Una información relativa a los indicadores y variables sobre este tema, es importante que se analice por lo cual invito al respetable lector dirigirse a la página 26 del

manual citado con anterioridad, en el cual hace una descripción gráfica de los subcomponentes para la armonización de las garantías básicas para una campaña electoral dentro del atributo de elecciones competitivas.

Para completar con el presente ensayo concluyo indicando de manera general, que es imperativo la interrelación que surge de los compromisos internacionales adoptados por el Estado Guatemalteco, esto tomando el valor rector de las soberanas decisiones que se lleven en materia electoral. El fortalecimiento de las organizaciones políticas, tendrá como resultado el contar con mecanismos legales en los cuales podrán desarrollarse de manera programática y consiente a sus ideologías con el votante y que sea este último el que fortalezca sus nexos con programas estables, confiables y no posicionamientos mediáticos o en boga y que se vean materializados en una

⁵⁰ Ibid. p. 20

armónica participación cívica a considerarse un derecho
través del voto libre por personalísimo.

Bibliografía

Manual para la incorporación de la perspectiva de género en las Misiones de Observación Electoral de la OEA (MOEs/OEA) = Manual for incorporating a gender perspective into OAS Electoral Observation Missions (OAS/EOMs) / Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos = General Secretariat of the Organization of American States. 72 Páginas; Año 2013.

Manual para las misiones de observación electoral de la Organización de los Estados Americanos. 68 Páginas; Año 2008.

Observando la participación electoral de pueblos indígenas y afrodescendientes: Un manual para las Misiones de Observación Electoral de la

OEA / [Preparado por el Departamento para la Cooperación y Observación

Electoral de la Secretaría de Asuntos Políticos de la Organización de los Estados Americanos]. 85 Páginas. Año 2015.

Observando los Sistemas de Financiamiento Político-Electoral: Un Manual para las Misiones de Observación Electoral de la OEA = Observing Political-Electoral Financing Systems: A Manual for OAS Electoral Observation Missions 64 Páginas; Año 2012.

Leyes

Constitución Política de la República de Guatemala.

Ley Electoral y de Partidos Políticos.

Dictamen

Corte de Constitucionalidad.
Dictamen de fecha quince de febrero de dos mil dieciséis del proyecto de reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos., Expediente identificado con el número 4528-2015.

Informe(s)

Organización de los Estados Americanos- Informe ante el Consejo Permanente-Misión de Observación Electoral – Guatemala-Elecciones Presidenciales, Legislativas, Municipales y del Parlamento Centroamericano 6 de septiembre y 25 de octubre de 2015.

LA OCTAVA LEGISLATURA Y LAS REFORMAS A LA LEY ORGANICA

*José Luis Mijangos Contreras **

La actual y anterior legislatura, han enfrentado como no sucedía desde hace aproximadamente 20 años que derivó en el denominado “Serranazo”, una severa crisis institucional de credibilidad y desgaste ante opinión de la ciudadanía, la primera por la inacción legislativa del año 2015, derivada de la emisión de pocas leyes y la permanencia durante muchos meses de ministros interpelados ante el Pleno del Congreso, que incidió precisamente en esa inacción, y la segunda y actual, por la reelección de un buen número de diputados que la propia ciudadanía había cuestionado, pero que obtuvieron el favor de los electores en sus respectivos distritos.

Uno de los factores fundamentales de la crisis de credibilidad que le tocó afrontar al Congreso, fue el migracionismo (transfuguismo) inter bancadas, que se produjo, en

esta legislatura, el mismo día de la toma de posesión y aún más, para algunos diputados provenientes de la anterior legislatura y que habían logrado su reelección, antes de tomar posesión de sus cargos el 14 de enero del 2016.

Si bien, como se mencionó en un trabajo similar a este, el transfuguismo o migracionismo inter bancadas dentro del Congreso, no es un fenómeno novedoso e incluso no es exclusivo de nuestro parlamento, en la anterior y actual legislatura, estos cambios han sufrido un incremento exponencial, que pone en riesgo el mismo sistema de partidos políticos, al extremo de poder dejar sin representación, al algún partido político que llevó un considerable número de diputados a integrar esta legislatura y que por los cambios producidos o que se puedan producir, quedarse sin diputados.

* José Luis Mijangos Contreras es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, experto en Derecho Parlamentario.

La presión ciudadana y la presión ejercida por algunas bancadas parlamentarias, hizo que el Congreso se viera en la necesidad de realizar reformas a su Ley Orgánica (Ley de Régimen Interior de conformidad con la Constitución de la República), para tratar de frenar el migracionismo inter bancadas, imponer sanciones aun cuando no severas a los que resultaran tráfugas, impedir participación en los órganos directivos del Congreso, presidencias de comisión, integración de comisiones en representación de las bancadas parlamentarias e impedimento para comisiones en representación del Organismo.

Se buscó igualmente regular algunos procedimientos administrativos, tales como la integración en número de las comisiones, forma de distribución de éstas en relación directa al número de miembros de cada bancada, creación de comisiones ordinarias, prohibición de cambios futuros de bancada parlamentaria

una vez cumplido el período de vacancia de la ley y, regulaciones relacionadas con el nombramiento de personal dentro de los distintos renglones presupuestarios, como asesores, asistentes y personal de apoyo a los parlamentarios, así como regulación de las interpelaciones en cuanto a su duración e intervención en las repreguntas, trámite de los vetos emitidos por el Organismo Ejecutivo, publicidad de las sesiones y actas de las comisiones

Para tener una mejor idea de los principales cambios producidos, trataremos de comentar las más importantes modificaciones a la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, no por artículos, sino básicamente por materia y así hacer un comentario general, sobre la incidencia que las mismas tienen, si han cumplido las expectativas ciudadanas o si solamente se han hecho aquellos cambios que permitan un funcionamiento más adecuado a sus instancias parlamentarias y administrativas.

El proyecto de reformas se hizo tomando en consideración, según lo expresado, que se hacía necesario incorporar sustanciales reformas a la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, a efecto esté actualizada con los principios del derecho generalmente aceptados, las prácticas de representación democrática y que los asuntos del Organismo Legislativo, se administren con transparencia, agilidad, oportunidad, eficiencia, eficacia y economía y que, algunos procesos normados en la referida ley, tengan una mayor concordancia y coherencia con las disposiciones establecidas en la Constitución Política de la República.

Para hacer esta disgregación, debemos resaltar que se tocan cuatro grandes ejes con sus respectivas subdivisiones, en la forma siguiente:

1. Temas políticos y de fortalecimiento de los partidos políticos; y,

a. Integración de los Bloques parlamentarios

b. Cambio de Bloques parlamentarios

c. Diputados independientes

2. Temas legislativos.

a. Regulación de las comisiones de trabajo

b. Creación de comisiones ordinarias

c. Sanciones disciplinarias

d. Regulación de las comisiones extraordinarias y específicas.

3. Temas administrativos.

a. Creación de la Dirección de Asesoría Parlamentaria

b. Regulación sobre contratación de asesores legislativos

c. Regulación sobre la contratación de asesores de comisión y de Bloques legislativos.

d. Disposiciones sobre control administrativo

4. Disposiciones transitorias y finales.

Dentro de los temas políticos y de fortalecimiento de los partidos presenta una serie de modificaciones relacionadas con la integración de los bancadas parlamentarias, los cargos de la Junta Directiva y de la Comisión Permanente, los cambios entre las bancadas y la regulación de la existencia de los bloques legislativos y la limitación de los derechos que tienen los diputados, al no ser parte de un bloque de los que la ley reconoce.

Este eje tenía como propósito de dar un asidero legal fuerte a las instituciones partidarias, al disponer que los cargos en junta directiva, Comisión Permanente y las comisiones, pertenecían a las bancadas parlamentarias de partido político y reconocía derechos únicamente a sus integrantes, estableciendo la imposibilidad que diputados que no pertenecieran a bloques de partido político, pudieran tener cargos dentro de los órganos del Congreso o cumplir comisiones en su representación.

Era importante al analizar este eje desde el punto de vista de su procedencia constitucional, ante la posibilidad de limitar derechos constitucionales que corresponden a los diputados al Congreso de la República desde el momento de su elección. Derivado del análisis que se produjo durante la discusión de la temática anteriormente relacionada, se aprobaron enmiendas que suprimen la relación a los partidos políticos, dejando en los bloques parlamentarios constituidos conforme lo establece la reforma legal, disponer de los distintos cargos, desde las presidencias de las comisiones, hasta quiénes de sus miembros formarán parte de las mismas, modelo que se sigue para los integrantes del máximo órgano administrativo del Congreso, como lo es la Junta Directiva.

Con las modificaciones planteadas por enmiendas, ya no se sigue la tendencia de pretender, mediante reformas a su ley orgánica, fortalecer a los partidos políticos,

tema que se ha insistido, correspondería a la Ley Electoral y de Partidos Políticos y en todo caso, más a un proceso de fortalecimiento institucional de esas organizaciones de derecho público, mediante la procura de la participación ciudadana, la democratización de sus órganos internos de dirección y, fundamentalmente, que los procesos de elección de los mismos sean democráticos, transparentes, con participación igualitaria de género, dejando de lado, la designación de estos órganos por quienes tienen la dirigencia nacional del partido, su líder o “dueño” del mismo.

Insistimos en nuestra posición al respecto, no es la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, el instrumento que va a fortalecer a las entidades partidarias, sino la propia decisión de estos de buscar una genuina democratización interna, aumentar su número de afiliaciones partidarias, el diseño de proyectos y programas políticos y de gobierno, con el propósito de

fijar una posición, si no ideológica, al menos programática como institución partidaria.

Al abordar el segundo de los ejes, relacionado con temas legislativos, se buscó la regulación de la integración de las comisiones de trabajo, desde su presidencia a demás integrantes, buscando que éstos, respondieran al respaldo de organizaciones partidarias, para fortalecer, no solo el trabajo del Congreso en Pleno, sino de las propias organizaciones políticas que habían obtenido representación en el Congreso, y que su posición al momento de ejercer el voto, respondiera a disposiciones institucionales internas y no a posiciones personales, situación que igualmente cambió con la presentación de las enmiendas respectivas, que dejan ya no a bloques parlamentarios de partido la integración de las comisiones, sino a los bloques parlamentarios constituidos o que se constituyan, hasta antes de la vigencia de las reformas de la ley.

Se amplió el número de comisiones ordinarias, que aparecían en la ley vigente en un número de 32, a un número de 38, eso sí, manteniendo la disposición sobre los cambios de bloque y la pérdida de los cargos o membresía dentro de las respectivas comisiones.

El proyecto de reformas incluyó hacer una división y diferenciación a las comisiones extraordinarias y específicas, ampliando así el contenido del artículo 32 original; las primeras, creadas ante una situación de contingencia, con fin específico y concreto y para fungir un tiempo determinado; las específicas por otra parte, tienen el componente de su temporalidad para tratar un tema determinado de trascendencia nacional, que finaliza su existencia al momento de emitir su dictamen o informe sobre el cual haya recaído resolución del Congreso.

Igualmente, la reforma tiende a hacer más eficiente y optimizar algunos de los procedimientos parlamentarios, mejorando las

técnicas y prácticas legislativas, el tiempo del uso de la palabra, la alternabilidad en ella, la libertad de expresión sin que ello signifique sacrificio en la extensión en el tiempo, y que se alarguen innecesariamente los debates, y pretende crear las mejores condiciones para el ejercicio de los mecanismos constitucionales de control, tanto a nivel administrativo y presupuestario como el propio control político por excelencia, como lo es la interpelación a ministros de Estado. Se garantiza el ejercicio de dicho control constitucional, procurando, dentro de las disposiciones que ello no signifique retraso en el conocimiento de la agenda legislativa o el cumplimiento de plazos o compromisos establecidos legalmente.

En el eje de temas administrativos, se ha pretendido por el Pleno del Congreso, establecer orden y confianza en el personal administrativo, técnico y de servicio, buscando la racionalidad

en el número de personas contratadas respecto al servicio (profesional, técnico u otro) que tenga encomendado.

La reforma ha buscado la racionalización en la existencia de algunas de las direcciones administrativas, con el propósito de hacer más eficiente su labor y abarcar aspectos que habían quedado pendientes de considerar así como la creación de la Dirección de Estudios e Investigación Legislativa, que entre otros objetivos tendrá el de proporcionar los servicios de asesoría y estudio a las comisiones de trabajo del Congreso sobre los asuntos propios e inherentes a las mismas y, sobre los procedimientos parlamentarios a desarrollar por éstas, así como asesorar y adecuar a la lógica y técnica legislativa, en congruencia, coherencia y concordancia, toda iniciativa de ley que se conozca y discuta en las comisiones de trabajo, orientándoles sobre normas legales vigentes que podrían ser afectadas, las que

deban derogarse o reformarse, así como las posibles incongruencias, o incompatibilidades que pudieran observarse, en relación directa con el ordenamiento jurídico nacional.

Esta Dirección tendrá también como objetivo y obligación, seleccionar asesores parlamentarios que cumplan con el perfil necesario para brindar un adecuado servicio a las comisiones. Así mismo, brindar asesoría y asistencia a la Comisión de Estilo, en la búsqueda de mejorar el trabajo legislativo.

Hemos de referirnos al cuarto de los ejes de reforma, que se refiere a las disposiciones transitorias y finales del proyecto de reformas a la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, haciendo lo que pareciera una sentencia final del mismo, el proyecto visto desde la perspectiva de sus disposiciones transitorias, da al traste con uno de los ejes finalistas del proyecto, como lo era lograr la recuperación de la confianza en los ciudadanos

electos diputados al Congreso, ciudadanía que, aun aferrándose a conceptos tradicionales, ya superados, esperaba que el mandato dado a los diputados, fuera un mandato férreo al que ellos debería afianzarse y cumplir con los postulados, si los hubiere, de la institución partidaria que los propuso y, con respecto a esa misma mantener fidelidad a quien les propuso.

En síntesis, podemos llegar a la conclusión de que las reformas, aun cuando importantes desde el punto de vista de agilización de algunos trámites, garantía de permanencia en los bloques legislativos a partir de la vigencia de las mismas y poner orden en el tema de contratación administrativa, ha quedado corto al no abordar otra temática que es importante, como lo es el fortalecimiento institucional de las comisiones de trabajo, para que cumplan con mayor eficiencia, eficacia y objetividad, el trabajo que les encomienda el Pleno del

Congreso, ya que constituyen al proyectos finales que, como final, los órganos que presentaran a consideración del Congreso, los iniciativas de ley, originalmente remitieron los órganos constitucionalmente facultados para ello.

Debe entonces considerarse estas reformas, como la primera generación de ellas, que permiten superar problemas derivados de la experiencia del funcionamiento legislativo y administrativo del Congreso en los últimos años, pero que debe darse continuidad con un pliego de reformas o sustitución integral de la ley orgánica, que le haga más congruente con la evolución de la institución parlamentaria, tomando en cuenta para ello ejemplos de otros parlamentos con realidades parecidas a la guatemalteca, pero que han superado algunos de los escollos que actualmente padece el Congreso de la República y que urge superar.

ANTEJUICIO* ENTRE LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

Los reacomodos de la elite gobernante

*Edgar Batres***

Guatemala en su dinámica política históricamente ha sufrido reacomodos institucionales que han afectado a los organismos de Estado, antes de 1985, se denominaban “coup d'État” y básicamente eran dirigidos por las estructuras militares quienes se hacían con el poder y del control del gobierno, por supuesto con mutuos acuerdos entre las elites económicas del país.

Esta relación de poder por la fuerza, cambio con el ex presidente Serrano Elías, quien perpetró su coup d'État en el año de 1993, siendo abortado. Este reacomodo permitió la reforma constitucional de 1994, modificando parte de la estructura política, jurídica y económica del país. Esto indica efectivamente

que el sistema ha de renovarse periódicamente y mantener así el statu quo.

En el año 2015, nuevamente se vivió la necesidad de un nuevo reacomodo lo que dio como resultado la salida de la vice presidenta y luego la del presidente. Este hecho político se ha dado en llamarse un golpe suave, cuya característica radica en que es avalado por la población por medio de la movilización pacífica especialmente urbana que motivados por las redes sociales encuentran un interés común para actuar.

Estos hechos políticos, se dan en un ambiente de rechazo a la corrupción e impunidad, pero especialmente este rechazo es producto de la inmunidad de que

*Ver: Antejuicios. <http://www.grupolegis.com/wp-content/uploads/2016/04/Antejuicios.pdf>

**Edgar Batres es Asesor de la Bancada WINAQ del Congreso de la República.

gozan los funcionarios públicos amparados por la figura del antejudio⁵¹, mecanismo que permite resguardo a la impunidad en la mayoría de los casos.

Esta figura jurídico – política, constituye un privilegio para los funcionarios públicos, tiene sus orígenes en el siglo XVI en Inglaterra, se conoce originalmente como Impeachment, palabra inglesa que traducida al español sería “acusación” siendo el enfoque para la implementación de acción jurídica, contra un funcionario público.

Entre los teóricos que nos orientan sobre esta categoría están John

William Cooke y Eduardo Luis Duhalde, citando a Hallan, que establecen que el Impeachment “*es una solemne acusación contra cualquier individuo hecha por la Cámara de los Comunes, ante la Barra de los Lores*”⁵²; otra versión nos refiere al termino ingles equivalente a los de *felony* (delito grave) y *levying war* (hacer la guerra), y que con él se identificaba una especie de juicio político usado para imputar a aquellos delincuentes que podían escapar a una acusación basada en el common law.⁵³

Esta figura es luego trasladada a los Estados Unidos de Norte América, en la Constitución de Virginia de 1776, y posteriormente en la de Massachusetts de 1780; El artículo II, Sección IV establece “*el presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de*

⁵¹ “Yo tengo derecho a gozar de antejudio y eso me obliga a ejercer mi cargo con responsabilidad. Es una garantía que tienen los dignatarios de la nación y los funcionarios de que no van a ser perseguidos por cualquier tipo de denuncia. Pero cuando no ajustamos nuestra conducta a las normas legales que estamos obligados, nos arriesgamos a que se nos despoje de ese beneficio”, Entrevista a la Presidenta de la Corte de Constitucionalidad Licenciada Gloria Porras, por la Periodista Claudia Palacios. Diario la Hora 15 de julio 2015.

⁵² Cooke, John William, Acción Parlamentaria, Tomo I Buenos Aires , Ediciones Colihue, 2007, pág. 305-

⁵³ Fernández Segado, Francisco, La evolución de la Justicia Constitucional. Editorial DYKINSON,SI..Meléndez Valdez, 61-28015 Madrid. Pág. 548

*los Estados Unidad serán destituidos de sus cargos mediante juicio político, previa acusación y convictos que fueren de traición, cohecho u otros delitos graves y menos graves*⁵⁴ ⁵⁵

Para la legislación guatemalteca el antejuicio de raíz anglosajona etimológicamente sería “*de ante- y juicio*” según el diccionario de la Lengua Española “*Tramite previo que se establecía como garantía a favor de los jueces y magistrados, y en el que se decidía si había lugar o no a proceder criminalmente contra ellos por razón de su cargo*”⁵⁶.

En Guatemala, la figura se puede rastrear a partir de la Constitución de Bayona de 1808, artículo 34; “*Las plazas de senador serán de por vida. No se podrá privar a los*

⁵⁴ *ibíd.*

⁵⁵ Ver: Interpelación y juicio político. <http://www.grupolegis.com/wp-content/uploads/2016/01/Revista-parlamentaria-III.pdf>

⁵⁶ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, España, Vigésima segunda edición, disponible en: <http://www.rae.es/rae.html>. consulta 10 marzo 2016

senadores del ejercicio de sus funciones, sino en virtud de una sentencia legal dada por los Tribunales competentes”⁵⁷ Es importante este antecedente constitucional que si bien no cobro vigencia en América, si constituye base para el andamiaje constitucional a desarrollarse posteriormente en Guatemala.

En la Constitución de la República Federal de Centro América, de 1824, se lee el artículo 103 “*Declarará quando há lugar a la formación de causa contra los ministros diplomáticos y cónsules en todo género de delitos; y contra los secretarios del despacho -el comandante de armas de la Federación- y los gejes de las rentas generales por delitos cometidos en le ejercicio de su funciones, quedando sujetos en todos los demás a los tribunales*

⁵⁷ García Laguardia, Jorge Mario, Constituciones Iberoamericanas, Guatemala, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2006 pág. 20.

comunes”⁵⁸

La tradición constitucional sitúa esta figura de protección tanto en el continente americano como europeo. Para Guatemala, encontramos los antecedentes en la Constitución de 1825, en el artículo 220 se establece: “deberá declararse cuando ha lugar a formación de causa contra los representantes de la Asamblea, por: -traición a la patria – venalidad –falta grave en el desempeño de sus funciones, y delitos comunes que merezcan pena más que correccional”.

La asamblea Constitutiva de 1879; en relación al Poder Legislativo en el artículo 44, dicta: “Los diputados, desde el día de su elección gozaran de las siguientes prerrogativas: 1° *Inmunidad personal para no ser acusados ni juzgados si la Asamblea no autoriza previamente el enjuiciamiento, declarando haber lugar a formación de causa, pero en el caso de delito “in fraganti”*,

podrán ser arrestados”. Al tenor de este artículo encontramos el artículo 161, de la actual Constitución que en la literal a) establece la inmunidad de que gozan los diputados. Por lo que es el antecedente principal del goce de este derecho especialmente para de los diputados.

La Revolución Pequeño Burguesa decreto en 1945 su Constitución y regulo está materia en el artículo 107 numeral 1° y el artículo 116 atribuía al Congreso “*declarar si ha lugar o no, a formación de causa contra el Presidente de la República, Presidentes del Organismo Legislativo y Judicial, Ministros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Tribunal de Cuentas, Procurador General de la Nación, Jefe de las Fuerzas Armadas y Diputados*”⁵⁹. Revisando es importante ubicar esta norma, constituyéndose en el inicio que de la ampliación de

⁵⁸ *Ibíd.*, 83.

⁵⁹ García Laguardia, Jorge Mario, Constitución y constituyentes del 45 en Guatemala, Guatemala, Editorial PDH, 2012, pág. 50.

sujetos de la administración pública que podían optar a este derecho.

La Constitución de 1956, establecía en el artículo 37, el derecho de antejuicio para los Magistrados del Tribunal Electoral, y para los diputados y dignatarios de la nación, el artículo 137, literal 1º. *Inmunidad personal para no ser acusados ni juzgados si el Congreso no autoriza previamente el enjuiciamiento y declara haber lugar a formación de causa...*” En esta Constitución además establece por primera vez el artículo 237 en donde se brinda la inmunidad a los Alcaldes del país.⁶⁰

En la Constitución de 1965, se establece una nueva modalidad para otorgar el antejuicio y el artículo 23 introduce el reconocimiento de antejuicio a los candidatos a elecciones populares:” *desde el momento de ser proclamado, goza de inmunidad personal y sólo podrá*

ser detenido o enjuiciado si se declara que ha lugar a formación de causa en su contra.”

Actualmente los candidatos a la hora se ser inscritos por el Tribunal supremo electoral otorgan un carnet en donde se lee goza de antejuicio art. 217 Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente. Reformado por el Art. 123 Decreto 10-04 del Congreso de la República de Guatemala.

La Constitución de 1985, vigente actualmente establece: Diputados del Congreso de la República, artículo 161 literal a) *prerrogativas de los diputados, “Inmunidad personal para no ser detenidos ni juzgados, si la Corte Suprema de Justicia no declara previamente que ha lugar a formación de causa, después de conocer el informe del juez pesquisador que deberá nombrar para el efecto. Se exceptúa el caso de flagrante delito en que el diputado sindicado deberá ser puesto inmediatamente a disposición de la Junta Directiva o*

⁶⁰ *Ibíd.*

Comisión Permanente del Congreso para los efectos del antejucio correspondiente.

El artículo 165 literal h) se concede el antejucio para: el Presidente y Vicepresidente de la Republica, Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad, Ministros, Viceministros de Estado cuando estén encargados del despacho, Secretarios de la Presidencia de la República, Subsecretarios que los sustituyan, Procurador de los Derechos Humanos, Fiscal General y Procurador General de la Nación. De igual manera existen artículos particulares para funcionarios tales como el 206, 251, 252, 258, 233, 227, y 279.⁶¹

El reflejo político y social de una nación lo constituye en este caso el Congreso de la Republica, en donde la preeminencia de la

función parlamentaria respecto de otras está ligada al tipo de Congreso que se constituya. En Guatemala el Estado Constitucional del que se goza implica un amplio sistema de controles de muy diversas características tales como jurisdiccionales, políticos, sociales y económicos.

El control que el Congreso puede ejercer es eminentemente político en toda la dimensionalidad de los organismos del Estado, siendo este Organismo de Estado que tiene el mandato de elegir a la mayoría de los representantes de los diversas instituciones del Estado (Magistrados a Corte de Constitucionalidad; Magistrados ante la Corte Suprema de Justicia, entre otras instituciones públicas en donde tiene representatividad) lo que ubica al Congreso como una instancia de control y fiscalización pero a la vez se constituye en un actor político de primer orden y en especial en el tema del antejucio ese ha sido su papel protagónico, al menos en la

⁶¹ Molina Barreto, Roberto, Constitución Política de la Republica de Guatemala, con notas de jurisprudencia. Editorial Ediciones especializadas.

coyuntura que aun se vive.

En ese sentido amerita ubicar teóricamente la conceptualización de “juicio político” cuyo objetivo es la sanción política ante un acto cometido en contra del Estado, como la traición, la corrupción, figuras que dieron origen a configurar este acción, entre otros, sin caer en lo eminentemente penal, pero sí moralmente penable. El juicio político castiga y reprime una conducta por considerarla políticamente incorrecta, aun cuando dicha acción no sea penalmente perseguible⁶². Esta situación para el caso es observable los antejuicios conocidos por el Congreso de la República en la legislatura séptima, ya que por primera vez en la historia de Guatemala⁶³, el

⁶² García Chavarría, M. Abraham. Juicio político, antejuicio y acusación constitucional en el sistema de gobierno peruano. Revista Jurídica Cajamarca. Pág. 5.

⁶³ Palacios, Claudia, Diario la Hora. 15 de julio 2015. Guatemala no es el único país que goza de antejuicio para sus funcionarios públicos. En El Salvador,

Congreso de la República producto de la presión social, llevada a cabo durante los meses de abril- septiembre del 2015, hicieron que se produjeran antejuicios contra los dos dignatarios de la nación como lo fueron el Presidente y Vicepresidenta.

Además puso a prueba el procedimiento que se debe llevar a cabo para declarar con lugar una acción penal en contra el cargo más elevado de la estructura de gobierno. Sin embargo para la Comisión Contra la Impunidad es importante que se reforme la ley que regula este procedimiento por lo que ha recomendado:

1. El antejuicio sólo se aplique por actos realizados por el dignatario o funcionario público en el ejercicio de la función que le fue asignada y

México, Colombia, Brasil, ciertos cargos públicos gozan de inmunidad. Sin embargo, en Guatemala el beneficio de la inmunidad se aplica a una gran amplitud de funcionarios públicos e incluso candidatos a cargos públicos electos popularmente.

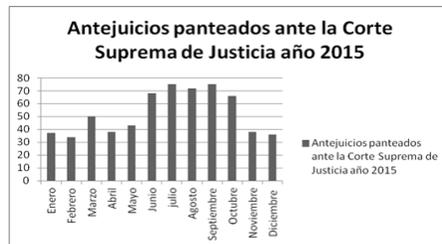
por actos cometidos por el dignatario o funcionario público durante el ejercicio de su cargo.

2. Se recomienda que las normas relativas al antejuiicio dispongan que se suspenda en el cargo al dignatario o funcionario público al emitirse el auto de prisión. Además propone que el antejuiicio que las normas relativas al antejuiicio, en tanto mecanismo de defensa de la función pública, establezcan que éste, al no prejuzgar respecto de la culpabilidad o inocencia del dignatario o funcionario público, no puede generar efectos definitivos en materia penal.
3. Se recomienda que se establezca la obligatoriedad del Ministerio Público de efectuar las diligencias de urgencia y necesarias para evitar la pérdida de evidencias mientras se tramita el antejuiicio. Asimismo, se recomienda que en casos de

flagrancia, el Ministerio Público deba continuar con las diligencias urgentes y con las pericias o solicitudes necesarias.

4. Que en la Ley en Materia de Antejuiicio no se incluya la categoría de “Servidor Público” como beneficiario del antejuiicio, ya que se presta a confusiones y que en su lugar se utilice las de “dignatarios y funcionarios públicos”, como establece la Constitución.

En la gráfica siguiente se evidencia el incremento de las solicitudes para quitar el antejuiicio a los diversos funcionarios públicos.



Elaboración propia en base a datos del Organismo Judicial.

En cuanto a los casos de antejuicios trasladados al Organismo Legislativo durante el periodo legislativo 2012-2016. Se observa la dinámica siguiente en donde además se evidencia la acción del juicio político,

planteado y que permite a los diputados ejercer su función como fiscalizadores de la administración pública.

| Antejuicios conocidos por el Congreso de la República Legislatura 2012-2016 | | | | |
|---|--|-------------------------------------|---|---|
| <i>N° Expediente</i> | <i>Promovido contra</i> | <i>Integración Pesquisidora</i> | <i>Informe Circunstanciado al Pleno</i> | <i>Resultado</i> |
| 237-2012 | Ministro de Salud Pública Dr. Jorge Alejandro Villavicencio Álvarez | 10-Dic.-12 | S/d | S/d |
| 77-2013 | Ministra de Educación Dra. Cyntia del Águila de Sáenz de Tejada | 27-may-13 | 20 de agosto de 2013 se declaro por el Pleno No a lugar a formación de causa | No procedente |
| 161-2013 | Vicepresidenta de la República de Guatemala Licda. Roxana Baldetti Elías | 07-may-15 | | La Vicepresidenta renuncio el 08 de mayo de 2015, la cual fue aceptada por el honorable Pleno el 09 de mayo de 2015, según Acuerdo Legislativo 04-2015. |
| 02---2015 | Ministro de Salud Pública Lic. Luis Enrique Monterroso de León | 07-may-15 | 21 de mayo 2015 se presento el informe. | s/d |
| 68-2015 | Ministro de Energía y Minas Erick Archila Dehesa | 07-may-15 | 26 mayo 2015, y trasladado a Dirección Legislativa el 19 de junio 2015 | Ministro Renuncio el 15 de mayo 2015. |
| 69-2015 | Ministro de Desarrollo Social Edgar Leonel Rodríguez Lara | 07-may-15 | 12 de mayo 2015 | S/d |
| 119-2015 y 121-2015 | Ministra de Ambiente y Recursos Naturales Michelle Melisa Martínez Kelly | s/d | s/d | Ministra fue destituida por medio del Acuerdo Gubernativo 33-2015 del 22 de mayo 2015 |
| 197-2015 | Presidente de la Republica de Guatemala. Otto Pérez Molina | 12-Jun.-15 | 03 de julio de 2015 se presenta el informe circunstanciado a Dirección Legislativa. El 13 de agosto 2015, se conoció Informe circunstanciado conforme a Precedente 01-2015 | El Presidente renuncia el 2 de septiembre 2015, aceptada por el Pleno el 03 de septiembre 2015, según Acuerdo Legislativo 8-2015 |
| 86-2015 | Ministro de Desarrollo Social Edgar Leonel Rodríguez Lara | 16-jun-15 | 27 de julio de 2015 | s/d |
| 401-2015 | Presidente de la Republica de Guatemala. Otto Pérez Molina | 27-Ago.-15 | 29 de agosto de 2015. el 01 de septiembre 2015, el Pleno con el voto favorable de más de dos terceras partes declaro con lugar la formación de causa: según resolución 1-2015 | El Presidente renuncia el 2 de septiembre 2015, aceptada por el Pleno el 03 de septiembre 2015, según Acuerdo Legislativo 8-2015 |
| <i>Elaboración en propia en base a información proporcionada por Dirección Legislativa.</i> | | | | |

DISCURSO DEL ODIO

*José Alejandro Valverth Flores **

La libertad de expresar el pensamiento de cada individuo, es un derecho humano fundamental que permite el ejercicio de otros derechos, reconoce la participación activa en la sociedad, la información y la difusión. Permite también ejercer la individualidad del ser humano, el poder emitir una opinión propia, expresar la razón y el objeto de sus pensamientos. La libertad de opinión y expresión es un derecho humano consagrado en los cuerpos normativos internacionales y nacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19 indica que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación

de fronteras, por cualquier medio de expresión”. A su vez también se encuentra normado en la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 35 y en la Ley de Emisión del Pensamiento en donde se otorga a todos los individuos libertad de emitir el resultado de su razonamiento sin ser censurado.

La libertad de expresión es también ampliamente desarrollada por entes como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos -CIDH-, que señala sobre las funciones del derecho a la libertad de expresión: “Se trata de uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña y caracteriza a los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de

**José Alejandro Valverth Flores es miembro del equipo de LEGIS y consultor de la Asociación Integridad.*

comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir.”⁶⁴

La jurisprudencia interamericana se ha enfocado a la libertad de expresión, como un derecho de dos dimensiones: “una individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos... y una colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información... a estar bien informada”⁶⁵

Es decir, se defiende tanto la emisión como la recepción de las opiniones expresadas por los individuos y se vela por la no

censura en ambas vías. Esto protegido en la misma constitución en su artículo referente a la libertad de emisión del pensamiento: “Es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho”.

Limitaciones a la libertad de expresión

El derecho a expresar el pensamiento no es un derecho absoluto e irrestricto en virtud de que tiene limitaciones en su ejercicio. De esa cuenta se puede observar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en su artículo 13 trata lo referente a la libertad de pensamiento y de expresión, posteriormente de indicar que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión, indica que en el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: el

⁶⁴ Botero, C. (2010). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Washington: Organización de los Estados Americanos.

⁶⁵ Botero, C. (2010). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Washington: Organización de los Estados Americanos.

respeto a los derechos o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.⁶⁶

En el numeral 5, termina el artículo de la siguiente forma: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de la raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

Nuestra norma fundamental, en su artículo 35 fija como limitación, el faltar el respeto a la vida privada o a la moral. En la misma postura, la Ley de emisión del pensamiento en su artículo 27 indica que “Nadie puede ser perseguido ni molestado por su opiniones; pero serán responsables ante la ley quienes falten al respeto, a la vida privada o a la moral, o incurran en

delitos y faltas sancionadas por esta ley.”

El Código Penal de Guatemala, señala sobre los delitos contra el honor, la calumnia y la injuria. Siendo el primero la falsa imputación de un delito y la injuria toda expresión o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. Además el delito de difamación, en el artículo 164, refiere que ocurre cuando los delitos de calumnia e injuria se hicieren por medios de divulgación que puedan provocar odio o descrédito o que menoscaben el honor, la dignidad y el decoro del ofendido ante la sociedad.

Discurso incitador al odio

Turienzo, Alejandro (2015) cita a la recomendación número R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en donde dicho cuerpo legal define el discurso del odio: “aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra

⁶⁶ Artículo 13.2 del Pacto de San José

forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se expresa en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración.”⁶⁷

Los países Europeos han puesto un especial énfasis en el discurso que promueva el odio, motivados por el holocausto judío. Debido a que dicho discurso fue ampliamente usado para provocar en el pueblo alemán el odio hacia otras culturas en especial la judía que desencadenó el mayor genocidio que la historia humana ha conocido en donde perdieron la vida alrededor de 6 millones de judíos.

Payeras, Javier (2009) describe al odio: “El odio justifica la esclavitud, los exterminios masivos y todas las prácticas religiosas aberrantes que existen. El odio también construye:

fanatismos y nuevos venenos que se inoculan en mentes jóvenes dando como resultado guerras interminables o separatismos ridículos.”⁶⁸

Un elemento primordial para la expresión de odio es la apología del mismo. Por apología, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica que es el “discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”, en este caso la manifestación, la defensa, la alabanza de acciones que instiguen, promuevan, patrocinen o expresen el odio hacia un grupo de personas.

La Asociación UNITED (2008) expone los objetivos del discurso del odio: “El discurso del odio pretende degradar, intimidar, promover prejuicios o incitar a la violencia contra individuos por motivos de su pertenencia a una

⁶⁷ Turienzo, A. (2015). El delito de negación del holocausto. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

⁶⁸ Payeras, Javier. (2009). Apología del odio. Recuperado 22 de abril 2016. Sitio web: <http://soledadbrother.blogspot.com/2009/02/apologia-del-odio.html>

raza, género, edad, colectivo étnico, nacionalidad, religión, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, lengua, opiniones políticas o morales, estatus socioeconómico, ocupación o apariencia (como el peso el color de pelo), capacidad mental y cualquier otra elemento de consideración. El concepto se refiere al discurso difundido de manera oral, escrita, en soporte visual en los medios de comunicación, o internet, u otros medios de difusión social.”⁶⁹

En el transcurso de la historia, se ha podido observar que el discurso del odio ha sido usado de una forma sistemática, efectiva y eficaz para lograr la manipulación de masas y crear una opinión general. Opinión que promueve la divergencia de ideas, de culturas y religiones. Puesto que a pesar de todo el daño que el discurso del odio causó en el holocausto, todo

el avance para legislar, regular, prohibir este tipo de actividades de expresión que degradan a un ser humano, sigue sucediendo de una forma hasta cierto punto normal.

Podría al día de hoy, causar impresión y asombro las actividades del Ku Kux Klan en el siglo 19 en los Estados Unidos, en donde esta agrupación promovía la supremacía blanca, la xenofobia, la homofobia y el racismo. Dicha agrupación fue prohibida y ha sufrido de altibajos en donde por temporadas tiende a desaparecer y eventos e incidentes provocan su reactivación.

Ramila, Janire indica que debido al ataque que sufrieron los estadounidenses el 11 de septiembre del año 2001, estimuló el patriotismo del pueblo norteamericano, surgiendo movimientos ultraconservadores: “Entre sus ideales está el rechazo a la inmigración, la defensa de la forma de vida tradicional norteamericana... con estos ideales, no es extraño que el Klan esté viviendo un nuevo renacer en

⁶⁹ Pankowski, R. (2008). Comprender y luchar contra el discurso del odio. Recuperado el 22 de abril de 2016 de: http://www.unitedagainstracism.org/pdfs/HateSpeechLeaflet_E.pdf

el siglo XXI... El grupo supremacista Ku Klux Klan está viviendo un auge en Estados Unidos y está explotando el tema de la inmigración ilegal para atraer nuevos miembros.”⁷⁰

Apoyado en ese falso patriotismo, no es de extrañar que líderes políticos utilicen el discurso del odio para manipular la opinión pública con el fin de conseguir sus propósitos a cuenta de desgranar la cohesión de la sociedad. De dicha cuenta se observa a candidatos presidenciales satanizar a la inmigración al punto de generalizar a todo un pueblo (toda Latinoamérica incluso) como la cuna de los males de una nación. Bastante similar a las ideas incitadoras de violencia del holocausto.

En su informe anual de la relatoría para la libertad de expresión, publicado en el año 2004 en su

⁷⁰ Ramila, J. (s.f.) Ku Klux Klan ¿Quién hay tras la tiple k?. De: http://entrediaros.bligoo.es/media/users/29/1452842/files/484347/Clio_KuKluxKlan.pdf

capítulo 7 indica: “Las expresiones de odio o el discurso destinado a intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo en base a su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad u otra característica grupal, no conoce fronteras de tiempo ni espacio. De la Alemania nazi y el ku klux klan en Estados Unidos, ...se han empleado expresiones de odio para acosar, perseguir o justificar privaciones de los derechos humanos y, en su máximo extremo, para racionalizar el asesinato.”⁷¹

La sociedad guatemalteca históricamente ha sufrido de personajes que promueven el discurso del odio, específicamente en racismo, género, ideología política y en su orientación sexual; esto aparentemente ha llegado a

⁷¹ Organización de los Estados Americanos, CIDH. (2004) Informe anual de la relatoría para la libertad de expresión. Washington. De: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>

implantar en la mente de la sociedad un sentido de intolerancia hacia todo aquello que sea distinto.

En otras sociedades no extraña observar a una pareja del mismo sexo realizando pequeñas muestras de cariño en público. Su avance se refleja en la reforma de leyes para que personas del mismo sexo, si así lo desean, puedan ser partes de un instrumento similar al del matrimonio.

En Guatemala, el discurso homofóbico emitido por unos cuantos y difundido por muchos, en especial por las redes sociales, destruye la carrera política de un joven candidato a diputado, provocando la renuncia a la candidatura por un masivo ataque por redes sociales donde se observaban fotografías que cuestionaban su orientación sexual. No importándole a una sociedad sedienta de cambios en la política, las capacidades de esta persona, únicamente su preferencia sexual.

Una sociedad que tacha de inmoral y antinatural la homosexualidad;

esto explicado posiblemente porque la religión cristiana condena la homosexualidad y más del 80% en Guatemala confiesa profesar la religión judeocristiana⁷²; pero resulta a su vez contradictorio en virtud de que la misma religión insta al perdón y condena la muerte de una persona, la mayoría de guatemaltecos apoyan la pena capital⁷³ supuestamente por los altos índices de criminalidad que sufre la sociedad, se escuchan argumentos como: “Definitivamente, en las cárceles de Guatemala, que se escapan los reos y que hay alta peligrosidad de que en la puerta de la casa de muchos guatemaltecos haya violadores además de asesinos, simple y sencillamente creo que la pena de muerte puede evitar más violaciones”.⁷⁴

⁷² www.latinobarometro.org/latOnline.jsp

⁷³

www.prensalibre.com/hemeroteca/guatemaltecos-dicen-si-a-la-pena-de-muerte

⁷⁴ El País. (2015). Guatemala: Jimmy Morales dice que “la pena de muerte puede evitar más violaciones”. Recuperado: 26 de abril de 2016, de EFE

El relator especial para la libertad de expresión indicó: “las expresiones que incitan o fomentan el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia son perniciosas y que los delitos de lesa humanidad con frecuencia van acompañados o precedidos de esta forma de expresión”⁷⁵

En la quasi primavera democrática guatemalteca, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ordenado al Estado de Guatemala, investigar -ahora si- delitos contra los deberes de la humanidad, delitos cometidos en tiempos del conflicto armado interno, que por su gravedad no pueden ser amnistiados. De esa cuenta, la justicia guatemalteca ha

condenado a un ex jefe guerrillero, a un ex jefe de la Policía Nacional, a un ex comisionado militar y a un coronel retirado.

Lastimosamente, los enjuiciamientos del conflicto armado interno, han sido caldo de cultivo para reavivar las posiciones ultras y rígidas de algún sector de la sociedad y la forma de ataque, no de expresión, es el discurso del odio en contra de toda persona que no piense de la misma forma que ellos.

Existen páginas de internet, páginas de redes sociales, dedicadas exclusivamente a la incitación al odio y violencia. Si se es minucioso, en estas plataformas, citan eventos e incluso otras fuentes en donde aparentemente están sucediendo cosas que resultan no ser del todo ciertos e incluso son manipulados para lograr el convencimiento de que más personas se unan al odio colectivo.

Estas fuentes provocan, por la desinformación: intolerancia.

Sitio web:
<http://www.elpais.cr/2015/10/14/guatemala-jimmy-morales-dice-que-la-pena-de-muerte-puede-evitar-mas-violaciones/>

⁷⁵ Organización de los Estados Americanos, CIDH. (2004) Informe anual de la relatoría para la libertad de expresión. Washington. De:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>

Tratan de fijar posturas radicales, “con nosotros o en contra de nosotros. Si estás con nosotros, apoyas y difundes el discurso de intolerancia y odio.”

Se busca estereotipar ideologías, personas, inclusive objetos. El discurso del odio busca separar personas, trata de impedir el libre ejercicio del órgano jurisdiccional atentando contra la independencia judicial. Si una persona expresa su opinión en contra, se ataca a la persona no al argumento.

Estas publicaciones provocan el menosprecio en la dignidad de las personas atacadas con argumentos que incluso justifican lo que les sucedió. Claramente esto sobrepasa la libertad de expresión que otorga la Constitución. La libertad de expresión se encuentra limitada por el derecho de toda persona a no verse agredida en su dignidad.

El discurso del odio es como una bola de nieve que crece por cada persona que comparte el mensaje y no se detiene a analizar el fondo del mismo; es menester de todos

no permitir que ésta se convierta en una avalancha descontrolada que arrase con todo y con todos, puesto que si no se pone un límite las consecuencias serán nefastas; cuando se pase de la violencia verbal a la física, a la sexual. En el estudio preliminar a la elaboración de esta investigación, se pudo observar algunas publicaciones que ya están llamando a levantarse en armas.

La historia ha mostrado el tremendo daño que hace el discurso incitador del odio, porque promueve al final de cuentas la violencia. En Europa, los países buscan erradicar esta forma de violencia, la expresión racista, antisemita, homofóbica. Francia publica en 1990 la ley 90-615 conocida también como Ley Gayssot en donde “castiga con 5 años de cárcel y 45 mil euros de multa toda expresión pública de tesis que nieguen la existencia de los crímenes contra la humanidad...”⁷⁶

⁷⁶ http://www.ambafrance-ve.org/IMG/lucha_contra_el_racismo.pdf

El discurso del odio no puede ser visto de una forma somera. Nadie debe estar exento de condenar esta manifestación violenta. Toda la sociedad debe de levantarse en contra de las expresiones que inciten a la violencia y al odio. Nadie debe de dejarse manipular, todos deben de racionalizar el

nefasto contenido de dicho discurso y provocar la erradicación del mismo. El Estado por su parte no debe ser permisivo a que estas actividades se sigan llevando a cabo.

En el discurso de odio no hay ganador, todo el país pierde.

