



REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA

No. 65

Enero - Junio 2016





Revista del Colegio
de Abogados y Notarios
de Guatemala

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

Edición: Enero - Junio 2016

IMPRESO EN:

Foto Publicaciones

20 avenida 2-53, zona 1 Las Victorias, Guatemala, C.A.

PBX: (502) 2220-0630 FAX: (502) 2230-2214

fotopub@gmail.com

Consejo Editorial de la Revista

Coordinador: Licenciado Mario Rene Chávez García

Licenciado	Ramón Cadena Ramila
Doctor	Nery Roberto Muñoz
Licenciado	Álvaro Rodrigo Castellanos Howell
Licenciado	José Arturo Sierra González
Doctor	Rene Arturo Villegas Lara
Licenciada	Myriam Eugenia López Miyares
Licenciado	Héctor Rolando Palomo González
Licenciado	Erwin Ulises Lobos Ríos
Doctor	Mauro Roderico Chacón
Licenciado	Gustavo Adolfo Orellana Portillo
Doctor	Marco Aurelio Alveño Ovando
Licenciado	Luis Morales Chua
Licenciado	Cristian Castillo
Socióloga	Vilma Rojas
Internacionalista	Carlos Fredy Ochoa García
Licenciado	Jorge Raúl Rodríguez Ovalle

Junta Directiva

Presidente	Licenciado Marco Antonio Sagastume Gemmell
Vicepresidente	Licenciado Augusto Jordán Rodas Andrade
Vocal I	Licenciado Jacobo Benjamín Reyes Ruiz
Vocal II	Licenciada Damarys Nohemi Oliva García
Secretario	Licenciado Jorge Augusto Menéndez Barahona
Prosecretario	Licenciado Mario Salvador Rubio Pérez
Tesorero	Licenciado German Oswaldo Pop Orenos

Tribunal de Honor

Presidente	Doctor Luis Fernando Ruiz Ramírez
Vicepresidente	Licenciado Luis Martin Sunun
Secretario	Licenciado Ramiro Stuardo López Galindo
Vocal I	Licenciado Gonzalo Olegario Abaj Sinaj
Vocal II	Licenciado José Roberto Pereira Paredes
Vocal III	Licenciado Juan José Mendizábal Avalos
Vocal IV	Licenciado Midiam Urbina de León Guzmán
Vocal Suplente	Licenciado Rubén Dario Zavala Ojeda
Vocal Suplente	Licenciado Guillermo Roberto Cifuentes Dell

Tribunal Electoral

Presidente	Licenciado Erwin Ulises Lobos Ríos
Secretaria	Licenciada Alba Janneth González Aldana
Vocal	Licenciado Erick Dario Nufio Vicente
Vocal	Licenciada Floridalma Hemilce Berraza López
Vocal	Licenciada Helida Marisol Ramos
Vocal Suplente	Licenciado Jorge Manuel Andrade Monterroso
Vocal Suplente	Licenciada Edith Deras

Índice

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LA EMPRESA. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y BUENAS PRÁCTICAS DE INDITEX.

Licda. Ruth Adilia Vielman Melgar 7

EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTAUTO DE ROMA, LA INTERACCIÓN ENTRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS JURISDICCIONES NACIONALES

Lic. Julio César Cordon Aguila..... 35

LA DETERMINACIÓN Y LA FIJACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

M.A. Héctor Oswaldo Samayoa Sosa..... 47

LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y SU INCIDENCIA EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Lic. Andy Javalois 63

BELICE LUCES Y SOMBRAS EN EL DIFERENDO TERRITORIAL ACUERDO ESPECIAL INCONSTITUCIONAL LA CONSULTA POPULAR, SUS ASPECTOS NEGATIVOS

Dr. Julio Roberto Bermejo González..... 81

“LA TENDENCIA DE REELECCIÓN DENTRO DE LOS CARGOS DE PODER EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CONSECUENCIA DEL POCO INTERÉS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA”

Lic. Carlos Arístides Benavides Corado..... 113

La Responsabilidad Social en la Empresa. Códigos de conducta y Buenas prácticas de Inditex.

Licda. Ruth Adilia Vielman Melgar

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

Capitulo Primero

**La Responsabilidad Social Emresarial
con enfoque en los Codigos de conducta y
Prácticas Responsables.**

**Internalizacion de la Responsabilidad
Social Empresarial**

**Externalización de la Responsabilidad Social
Empresarial**

**Autorregulación de la Responsabilidad Social
Empresarial**

**Importancia de la Responsabilidad Social
Empresarial**

Capitulo Segundo

Codigo de conducta y Prácticas Responsables de Inditex

1. Definición y Objeto

2. Ambito de Aplicación

3. Principios Generales

4. Compromisos de Conducta y Prácticas Responsables

5. Cumplimiento del Código y Comité de Ética

6. Publicidad del código

Capitulo Tercero

Responsabilidad Social de la Empresa en Guatemala

Códigos de Conducta y Practicas Responsables en Guatemala

Conclusiones

Bibliografía

Licda. Ruth Adilia Vielman Melgar, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, egresada de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Docente de la USAC de 1981 a 1990, Pensum cerrado en Doctorado de Derecho Mercantil y Tributario de la Universidad de Valencia, España. Con 28 años de ejercicio profesional

INTRODUCCIÓN:

La responsabilidad social de la empresa ha tomado auge a nivel mundial y es el compromiso que asumen los empresarios a efecto de que no se les califique como adquirentes de riqueza y generadores de empleos, sino también que su objetivo es ser responsable ante la sociedad en la que se desenvuelve de una manera activa y responsable con buenas prácticas ante sus propios accionistas, trabajadores, contribuyendo al mejoramiento social y ambiental. Es tan importante que el Papa Francisco recientemente ha divulgado LA ECOENCÍCLICA, trata diversos temas que involucran a la responsabilidad social de las empresas

Cuando existen buenas prácticas se genera un buen clima laboral lo que permite la satisfacción personal de todos los involucrados en la operación empresarial.

Cuando las empresas son socialmente responsables, adquieren un estatus diferente ante la sociedad, adquieren credibilidad en la observancia de los derechos humanos, cuidando el capital humano, el medio ambiente y ser agentes proactivos y actuando en conjunto para la superación de todo el conglomerado, no quedándose únicamente en filantropía.

Dentro de las prácticas responsables, las empresas de una manera voluntaria han formulado códigos de conducta y prácticas responsables que contienen una normativa básica que regula su actividad tanto a lo interno como a lo externo, fundamentada en el respeto a los derechos humanos y las legislaciones vigentes, con inclusión de valores éticos y morales

En el presente trabajo se desarrolla el tema de responsabilidad social empresarial en el capítulo primero; en orden de importancia, en el capítulo segundo se hace un análisis del código de conducta de la empresa INDITEX, habiéndose escogido éste por ser una multinacional con presencia en muchos países del mundo. Adicionalmente en el capítulo tercero brevemente se hace referencia a la actividad de responsabilidad social empresarial en Guatemala.

Capítulo Primero

La Responsabilidad Social Empresarial con enfoque en los Códigos de conducta y Prácticas Responsables.

La Responsabilidad Social Empresarial.

Definición:

Para los efectos del presente trabajo es preciso conocer la conceptualización que de la misma hace EL LIBRO VERDE de Responsabilidad Social Empresarial que se denomina: El Libro Verde – Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. /*COM/2001/0366 final*/, que lo trae definido de la manera siguiente:

“20. La mayoría de las definiciones de la responsabilidad social de las empresas entienden este concepto como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores.

21. Ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo «más» en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores. La experiencia adquirida con la inversión en tecnologías y prácticas comerciales respetuosas del medio ambiente sugiere que ir más allá del cumplimiento de la legislación puede aumentar la competitividad de las empresas. La aplicación de normas más estrictas que los requisitos de la legislación del ámbito social, por ejemplo en materia de formación, condiciones laborales o relaciones entre la dirección y los trabajadores, puede tener también un impacto directo en la productividad. Abre una vía para administrar el cambio y conciliar el desarrollo social con el aumento de la competitividad.”¹

¹ Libro verde - Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. /* COM/2001/0366 final */ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52001DC0366>

De esta normativa se infiere que en la responsabilidad social de las empresas deben involucrarse, entre otros:

Medio Ambiente.

Economía

Empleados

Clientes, etc.

En la responsabilidad social empresarial convergen normas, principios y valores en la gestión de las Empresas alcanzando estándares de competitividad y de cohesión social. Las empresas no deben existir únicamente para enriquecerse sino que deben gestionarse para obtener un desarrollo económico sostenible.

INTERNALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL. Las internalizaciones están dirigidas normalmente hacia el capital humano interno, socios o accionistas, los trabajadores y la administración. No pierden de vista el objetivo primordial de la empresa que se enfoca en la generación de riqueza en bien de los inversionistas y de los trabajadores, con políticas propias en la administración. Sumado a ello que la retribución tanto a trabajadores como a los administradores debe estar en consonancia con la legislación y con su cometido de manera tal que todos salgan beneficiados en salarios, cuidados en la seguridad e higiene en el trabajo, el respeto a las jornadas de trabajo y las de descanso, beneficios sociales, etc. promociones internas, capacitaciones, en general beneficios sociales extras, etc.

EXTERNALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.

En lo externo, se refleja en competitividad sana en relación con proveedores, preferir en igualdad de circunstancias a aquellos que cumplan estándares no solo de calidad sino tomando en cuenta aspectos importantes como la prohibición del trabajo forzado, infantil, no discriminación, libertad de asociación y negociación colectiva, etc., adicionalmente debe ser amigable con el medio ambiente, desa-

rollando políticas de contratación en sus relaciones de cualquier índole con personas naturales o jurídicas que cumpla cierta normativa de responsabilidad social. Esta externalización va orientada también a políticas de apoyo en comunidades en las que trabaja, cumpliendo con las normativas legales vigentes y apoyando en actividades que tiendan al mejoramiento de la sociedad en general, primordialmente respetando los derechos humanos en lo que respecta en las cadenas de producción a escala mundial y otras.

AUTORREGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.

Es sumamente importante que esta práctica responsable de las empresas no deviene de la ley, sino que se podría decir que es una autorregulación teniendo al efecto los instrumentos necesarios, así como la fiscalización al mismo.

No obstante que es una autorregulación, los organismos internacionales a través de las instituciones apropiadas han sugerido la implementación de la Responsabilidad Social Empresarial a través de un conjunto básico de principios y directrices que representan un marco global evolutivo así tenemos por ejemplo los siguientes:

a) Libro Verde de la UE: en el apartado 2.1 se aborda específicamente la dimensión interna de la responsabilidad social de las empresas. Según esta directriz de la UE:

«Las prácticas responsables en lo social afectan en primer lugar a los trabajadores. Abren una vía para administrar el cambio y conciliar el desarrollo social con el aumento de la competitividad».

b) El Pacto Mundial de 2000. Se refiere en los términos siguientes: “El Pacto Mundial no es un instrumento normativo: no ejerce funciones de vigilancia, no impone criterios y no evalúa la conducta ni las acciones de las empresas. Al contrario, el Pacto Mundial se basa en la responsabilidad pública, en la transparencia y en la sana defensa de los propios intereses de las empresas, las organizaciones laborales y la sociedad civil para promover y ejecutar conjuntamente medidas

encaminadas al logro de los principios en que se basa el Pacto Mundial...

Los principios del Pacto Mundial gozan de consenso universal, ya que proceden de:

- *La Declaración Universal de Derechos Humanos*
- *La Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los derechos fundamentales en el trabajo*
- *La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*
- *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*

El Pacto Mundial pide a las empresas que hagan suyos, apoyen y lleven a la práctica, en sus ámbitos de influencia, un conjunto de valores fundamentales en las esferas de los derechos humanos, las condiciones de trabajo, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción:

Derechos Humanos

Principio 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos dentro de su ámbito de influencia; y

Principio 2. Deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos.

Relaciones laborales

Principio 3. Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;

Principio 4. La eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción;

Principio 5. La erradicación del trabajo infantil; y

Principio 6. La abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.

Medio ambiente

Principio 7. Las empresas deben mantener un enfoque preventivo orientado al desafío de la protección medioambiental;

Principio 8. Adoptar iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; y

Principio 9. Favorecer el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.

Lucha contra la corrupción

Principio 10. Las empresas deben luchar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.”²

b) DECLARACIÓN TRIPARTITA DE PRINCIPIOS SOBRE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y LA POLÍTICA SOCIAL. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 2006.

La Declaración Tripartita de la OIT, en esta declaración se involucran principios para ser tomados en cuenta por los gobiernos, empresarios y trabajadores, incluyendo a las Empresas Transnacionales. Las recomendaciones vertidas van en atención a recomendaciones sobre, la seguridad del empleo, la igualdad de oportunidades y de trato, la formación, los salarios, las relaciones de trabajo, prestaciones y condiciones de trabajo, la edad mínima de trabajo, la seguridad e higiene, la libertad sindical y la negociación colectiva.

C) Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

“Las Líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las

² [//www.um.es/rscpymes/ficheros/RSC_Pacto_Mundial_responsabilidad_civica_empresas_en_economia_mundial.pdf](http://www.um.es/rscpymes/ficheros/RSC_Pacto_Mundial_responsabilidad_civica_empresas_en_economia_mundial.pdf) Pag. 3

leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover.”³

En la Unión Europea existe un amplio debate en la forma de promover la responsabilidad social de las empresas tanto a lo interno como a lo externo, tomando en cuenta las empresas transnacionales. También se ha considera que ya existe mucha experiencia sobre el tema lo que debe aprovecharse para fomentar las practicas responsables que les hagan transparentes.

d) Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Estos fundamentalmente se traducen en concreción de normas nacionales, acuerdos internacionales y multilaterales, para la protección, garantía y restitución de los derechos de las personas en general ante las actividades empresariales, en resumen proteger, respetar y remediar. “Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de:

- a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;
- c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.”⁴

³ Ocede (2013) Líneas Directrices de la Ocede para Empresas Multinacionales. OECD publishing <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> Pag. 1

⁴ Principios Rectores sobre las empresas y derechos humanos. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf Pag. 1

IMPORTANCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.

La responsabilidad empresarial toma una especial importancia ya que su implementación genera un cambio de cultura tanto en los empresarios como en los trabajadores, produce motivación para trabajar con excelencia, los trabajadores tienen conciencia de lo importante de su trabajo, por lo que hay un mejor clima laboral y por ende contribuyen a una mayor productividad, pues hay una optimización del recurso humano o capital humano que trasciende a ser solo un instrumento en el proceso productivo. Los empresarios también son altamente beneficiados, se les reconocen mayores estándares de calidad y asumen un compromiso ante la sociedad quienes les reconocen la aplicación de prácticas responsables, tanto a lo interno de la empresa como a lo externo, más aún con el cuidado del medio ambiente, que es un tema preocupante para toda la humanidad.

En la Unión Europea, se persigue, la excelencia en Responsabilidad Social de las Empresas, este objetivo se expresa en documento denominado COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2006): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la Responsabilidad Social de las Empresas, Bruselas, 22 de marzo [COM(2006) 136 final].

En este documento se deja plasmado que “Las prácticas de la RSE no son ninguna panacea y no puede esperarse que consigan resultados por sí mismas: no sustituyen a la política, pero pueden contribuir a lograr varios objetivos de políticos, como:

- – mercados laborales más integrados y mayores niveles de inclusión social, si las empresas buscan activamente contratar a más trabajadores de grupos desfavorecidos;
- – inversión en el desarrollo de capacidades, el aprendizaje permanente y la empleabilidad, necesarios para mantener la competitividad en la economía del conocimiento global y enfrentarse al envejecimiento de la población activa en Europa;

- – mejoras en la sanidad pública, fruto de iniciativas voluntarias de las empresas en áreas tales como la comercialización y el etiquetado de productos alimenticios y sustancias químicas no tóxicas;
- – más rendimiento de la innovación, sobre todo en cuanto a las innovaciones que abordan problemas de la sociedad, a consecuencia de una interacción más intensa con otras partes interesadas y de la creación de un entorno laboral más estimulante para la innovación;
- – utilización más racional de los recursos naturales y menores niveles de contaminación, sobre todo gracias a inversiones en ecoinnovación y a la adopción voluntaria de sistemas de gestión ambiental y de etiquetado;
- – mejor imagen de las empresas y los empresarios en la sociedad, que intenten suscitar actitudes más favorables hacia el espíritu empresarial;
- – mayor respeto a los derechos humanos, la protección del medio ambiente y unas normas laborales básicas, sobre todo en los países en vías de desarrollo;
- – reducción de la pobreza y avance hacia los Objetivos de Desarrollo del Milenio.”⁵

Resulta muy interesante el documento denominado Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, que le denominan Estrategia Renovada de la Unión Europea para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. Es tan importante esta nueva definición que se transcribe: “3. UNA INTERPRETACIÓN MODERNA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/RespoSocEmpresas/documentos_rse/contenidos/rse240306.pdf. Pág. 3

3.1. Una nueva definición

La Comisión presenta una nueva definición de la RSE, a saber, «la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad». El respeto de la legislación aplicable y de los convenios colectivos entre los interlocutores sociales es un requisito previo al cumplimiento de dicha responsabilidad. Para asumir plenamente su responsabilidad social, las empresas deben aplicar, en estrecha colaboración con las partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de:

- – maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio;
- – identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas.

La complejidad de este proceso dependerá” de factores como el tamaño de la empresa y la naturaleza de sus operaciones. Para la mayoría de las pequeñas y medianas empresas, especialmente las microempresas, es probable que el proceso de RSE siga siendo informal e intuitivo.

Con el fin de maximizar la creación de valor compartido, se anima a las empresas a adoptar un planteamiento estratégico a largo plazo sobre la RSE, y a estudiar las oportunidades de desarrollar productos, servicios y modelos empresariales innovadores, que contribuyan al bienestar social y la creación de empleos de mayor calidad y más productivos.

Para identificar, prevenir y atenuar sus posibles efectos adversos, se anima a las grandes empresas y a aquellas que presenten un riesgo particular de producir tales efectos a llevar a cabo medidas de diligencia debida basadas en el riesgo, también en sus cadenas de suministro.

Algunos tipos de empresas, como las cooperativas, las mutuas y las empresas familiares, tienen estructuras de propiedad y de gobernanza que pueden ser especialmente propicias para una gestión empresarial responsable.”⁶

En España se le otorgó trascendencia a la responsabilidad social empresarial y a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social se promulgó el REAL DECRETO 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas. Que tiene como finalidad la creación y la regulación del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de la Empresas. Este es un órgano colegiado interministerial, de carácter asesor y consultivo del Gobierno de composición cuatripartita y paritaria, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría General de Empleo, y dentro de los objetivos se encuentran:

“a) Constituir un foro de debate sobre Responsabilidad Social de las Empresas entre las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas, Administraciones públicas y otras organizaciones e instituciones de reconocida representatividad en al ámbito de la Responsabilidad Social de las Empresas que sirva como marco de referencia para el desarrollo de la Responsabilidad Social de las Empresas en España.

b) Fomentar las iniciativas sobre Responsabilidad Social de las Empresas, proponiendo al Gobierno, en el marco de sus funciones asesoras y consultivas, medidas que vayan en ese sentido, prestando una atención especial a la singularidad de las PYMES.

c) Informar, en su caso, sobre las iniciativas y regulaciones públicas que afecten a las actuaciones de empresas, organizaciones e instituciones públicas y privadas, que constituyen un valor añadido al cumplimiento de sus obligaciones legales, contribuyendo a la vez al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible.

⁶ COM (2011) 681 final <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:ES:PDF>. Pag. 7

d) Promocionar estándares y/o características de las memorias y/o informes de Responsabilidad Social de las Empresas y de sostenibilidad, así como herramientas más adecuadas para su elaboración y seguimiento.

e) Analizar el desarrollo de la Responsabilidad Social de las Empresas en España, la Unión Europea y países terceros, e informar sobre actuaciones en materia de Responsabilidad Social de las Empresas.”⁷

Puede apreciarse que en España ha tenido trascendencia la Responsabilidad Social Empresarial.

En la Responsabilidad Social Empresarial destaca que la Organización Internacional para la Estandarización ha creado la ISO 26000, que es una guía para la gestión de Responsabilidad Social con la que se pretende mejorar los procesos de organización mostrando un desarrollo duradero y seguro con la sociedad.

Dentro de los temas que involucran la Responsabilidad Social empresarial encontramos el código de conducta y prácticas responsables.

Regularmente los códigos de conducta y prácticas responsables, en las empresas mercantiles han surgido ante la globalización y como respuesta a un compromiso ético de éstas últimas ante su propio ente, como ante la sociedad en general, resultan relevantes para dar a conocer y promover los derechos humanos laborales, prácticas responsables para con el medio ambiente, medidas contra la corrupción, etc.

En un principio fueron elaborados y aplicados unilateralmente por las empresas multinacionales, con el objetivo de dar a conocer los principios generales que en cuanto a ética practican no solo a lo interno de las empresas, sino también en lo que se denomina cadena de valor y que fundamentalmente va orientada hacia los terceros que tienen relaciones con la misma, entre ellos sus proveedores. Hay

⁷ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-3868Bloque 4>

que recordar que se tuvo siempre la impresión de que las empresas eran explotadoras de la clase trabajadora, es decir únicamente eran instrumentos para la obtención de beneficios. Surgieron como instrumentos elaborados unilateralmente por los empresarios y su administración, en los cuales no se involucra a los trabajadores.

Se les conceptualiza como ese conjunto de normativa a ponerse en práctica en una determinada empresa, orientados a facilitar el ejercicio de los derechos de los trabajadores, incluyendo todos aquellos ya reconocidos por la legislación y también aquellos que van más allá de la misma, es decir superan los derechos mínimos de los trabajadores.

Casi siempre son elaborados e implementados en forma unilateral y voluntaria por la empresa al cual los trabajadores deben adherirse en su cumplimiento. No existe intervención sindical.

Dentro de los pro y contra de dichos códigos encontramos su fuerza vinculante, ya que aparte del comité de ética que normalmente se instituye para su fiscalización, no existe fuerza legal en su cumplimiento, por tal razón excluyen responsabilidad del empresario en caso de incumplimiento.

No obstante, se pretende con los códigos de conducta un modelo propio de responsabilidad social que permita seguir avanzando en la política de transparencia, gestión participativa, valores éticos y compromiso social y medioambiental.

Es importante hacer constar que estos códigos de buenas prácticas unilaterales han ido mejorándose ya que la negociación colectiva se ha hecho presente de donde surgen los códigos de conducta negociados ya con los sindicatos o bien con las organizaciones de la clase trabajadora. Es donde surgen lo que se denomina Acuerdos Marco Globales.

Para los efectos del presente trabajo analizaremos el código de conducta del Grupo Inditex.

Capítulo Segundo

Código de conducta y Prácticas Responsables de Inditex.

Inditex, Industria de Diseño Textil, Sociedad Anónima.

En la historia de esta empresa se dice que su fundador es el señor Amancio Ortega Gaona y se inició en Arteijo, la Coruña España, lugar en el cual abrió su primer almacén en 1975, y donde actualmente se encuentra su sede principal, se dice que tiene más de 6460 tiendas en los cinco continentes, su matriz esta es Industria de Diseño Textil, Sociedad Anónima, convertida en una multinacional española de fabricación y distribución textil, es propietaria de marcas mundialmente conocidas como Zara, Pull&bear, MassimoDutti, Bershka, Stradivarius, Oysho, Zara Home, Uterque.

Refiere que su modelo de negocio, es cliente, tiendas, diseño fabricación logística, en una constante interrelación, con más de 137,000 trabajadores y según información de la página web su cultura corporativa se fundamenta en el trabajo en equipo y que ha promulgado el Código de Conducta y Practicas Responsables en el cual fija sus criterios que guían las actuaciones y determina los valores y principio que rigen sus relaciones con todos los grupos de interés de la compañía.

Para su análisis se subdivide en la forma en la que está redactado.

1. DEFINICIÓN Y OBJETO. Como antecedente se encuentran los documentos denominados “Código de Conducta Interno” y “Directriz Interna de Prácticas responsables” las que fueron aprobadas por el Consejo de Administración en los años 2001 y 2006, respectivamente.

Por ser una empresa Multinacional el código de conducta tiene aplicabilidad para todos trabajadores en el desarrollo de sus actividades en cualquier parte del mundo. Y define los principios y valores que deben regir las relaciones de Inditex con sus grupos de interés involucrándose a los empleados, clientes, accionistas, socios de negocio, proveedores y en general en todas las sociedades en las que desarrolla su modelo de negocio.

Con el código de conducta se persigue facilitar el conocimiento y la aplicación de la cultura empresarial, fundamentada en el cumplimiento de los derechos humanos y sociales. Establece principios de diligencia en la prevención, detección y erradicación de conductas irregulares. El principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en atención a la legislación propia de cada país donde se encuentre.

2. AMBITO DE APLICACIÓN. Es de aplicación a todas las personas involucradas en sociedades que integran Inditex. Se extiende la aplicación del Código a terceros con quien se relacione. Es necesario de conformidad con el mismo, hacerlo de conocimiento de todos sus consejeros, directivos o personas que los represente y deberán asumir por escrito la obligación de su cumplimiento, en los contratos de trabajo se hace alusión y a cada empleado le es entregada una copia.

3. PRINCIPIOS GENERALES. El código se basa en principios éticos y responsables; se establece que debe cumplir con la legislación de cada país, la que se convierte en su presupuesto; el comportamiento de todos sus empleados debe ajustarse al espíritu del código; establece un trato justo y digno para todas las personas que tengan relación laboral, económica, social o industrial; en sus actividades respetaran el medio ambiente, favoreciendo la conservación de la biodiversidad y la gestión sostenible de recursos naturales.

CON LOS EMPLEADOS. Tiene fundamentalmente los siguientes principios: no se emplea a nadie que tenga menos de 16 años, no serán objeto de discriminación por razón de raza, discapacidad física, enfermedad, religión, orientación sexual, opinión política, edad, nacionalidad o género. Prohíbe cualquier forma de abuso físico, sexual psicológico a sus trabajadores: reconoce el derecho de sindicación, libertad de asociación y de negociación colectiva. Es importante que establezca que las jornadas de trabajo no excedan del límite legal establecido por la legislación del país en el que opere y que las horas extraordinarias sean voluntarias y retribuidas como corresponde; los salarios tendrán que ser acordes con función desempeñada respetando los convenios de cada sector en cada país; y que desarrollen su trabajo en lugares seguros y saludables.

CON LOS CLIENTES: Inditex se obliga a ofrecer a sus clientes un alto estándar de excelencia, calidad, salud y seguridad en sus productos relacionándose con claridad y transparencia. Sus productos elaborados de manera ética y responsable.

CON LOS ACCIONISTAS. Hace constar en este código que desarrollan su actividad de conformidad con el interés social, de una vez lo definen como la viabilidad y la maximización del valor de la empresa a largo plazo en interés común de todos los accionistas.

SOCIOS DE NEGOCIO. Estos tienen la obligación de cumplir con lo expuesto en el código.

PROVEEDORES. Para los fabricantes existe un Código de Conducta de Fabricantes y Proveedores el que deben cumplir en lo que les resulte aplicable. El resto de proveedores debe cumplir con ambos códigos en lo que fuere aplicable, con la autorización para ser auditados y verificar el cumplimiento.

SOCIEDAD: Se establece el compromiso a colaborar con las comunidades en las que desarrolle su negocio.

4. COMPROMISOS DE CONDUCTA Y PRACTICAS RESPONSABLES.

4.1 CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y DE LA NORMATIVA INTERNA. En este epígrafe los empleados, sin excepción deben cumplir con la legislación vigente de cada país en donde haya actividad del grupo. Es importante que debe prevalecer la legislación y luego la aplicación del Código. Se deja establecido que es obligación de los trabajadores cumplir con las normas y procedimientos y aún las que se desarrollen en el futuro.

En esta cláusula constan algunas las obligaciones para Inditex, que resume en tener controles internos de manera que las normas internas y externas sean justificables, comprobables y verificables, por quien tenga un interés legítimo.

También es en este apartado en donde escuetamente consta un proceso adjetivo en caso de incumplimiento, siendo estos: la consul-

ta, notificaciones en caso de denuncia del Código (Trata de garantizar el derecho de audiencia).

4.2 CUMPLIMIENTOS DE ACUERDOS Y CONVENIDOS.

Inditex se compromete al cumplimiento de acuerdos y convenios a los que se ha adherido.

4.3 RELACIONES CON EMPLEADOS:

Se compromete a darle preponderancia al capital humano darle cumplimiento a la normativa sobre derechos humanos, tener buenas prácticas en materia de condiciones de empleo, salud y seguridad en el puesto de trabajo, así también deja establecido que los empleados en sus relaciones de trabajo se conduzcan con criterios de respeto, dignidad y justicia, no permitiendo ningún tipo de acoso o abuso en el trabajo, y la no discriminación por raza, religión, edad, nacionalidad, genero o cualquier condición personal social ajena a sus condiciones de mérito o capacidad, con inclusión de personas con discapacidad. Los empleados son responsables de cumplir las normas de salud y seguridad en el trabajo y velar por la seguridad en general. Quedando prohibido el uso de sustancias que afecten el cumplimiento de sus obligaciones.

4.4 RELACIONES CON LOS CLIENTES:

Estas relaciones deben ser de consideración, respeto y dignidad, respetando la cultura de cada persona, no permitiendo discriminaciones por raza, religión, edad, nacionalidad, género o cualquier otra condición persona, respetando a los minusválidos.

Se obliga Inditex a cumplir con estándares de calidad en materia de salud y seguridad del producto de tal manera que no impliquen riesgos a la salud del consumidor, lo que será ratificado por sus empleados.

Las actividades comerciales deben reflejar la veracidad del producto y no falsea las condiciones o características del mismo. Es muy importante que en la imagen publicitaria sea de acuerdo a la realidad de la población.

Es en este apartado donde encontramos la protección de datos de los clientes y la prevención de fraude.

4.5 PRACTICAS EN EL MERCADO.

Adema afirma que compite en el mercado de manera leal, sin conductas engañosas o similares y sus empleados en la búsqueda de su información comercial lo harán con lealtad, rechazando la información que pretenda entregarles cuando procedan medios fraudulentos; respetará la confidencialidad y respetando los secretos de empresa.

Los empleados evitara difundir información maliciosa o falsa sobre competidores; evitarán los pagos en metálico y en cualquier caso deben sujetarse a las disposiciones que al respecto emita Inditex.

4.6 RELACIONES CON PROVEEDORES:

Será en forma lícita, ética y respetuosa. Los Proveedores deben cumplir con la normativa del Código respetando los derechos humanos y laborales y transmitir esos principios a sus socios de negocio. Quedan sujetos a verificación de cumplimiento.

Las prácticas de soborno o corrupción no son aceptadas,

4.7 RELACIONES CON AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS.

Estas relaciones serán de manera lícita, ética, respetuosa y aliada con las disposiciones internacionales para la prevención de la corrupción y soborno. El personal queda sujeto a fiscalización. En casos excepcionales específicamente por obsequios deben ser monitorizadas, evaluadas y registradas adecuadamente por la compañía.

4.8 CONFLICTOS DE INTERÉS.

Siempre que haya conflicto de intereses con los empleados debe ponerse en conocimiento del Comité de Ética. Además individualizar casos específicos en los que pueda existir conflicto de intereses.

4.9 EJERCICIO DE OTRAS ACTIVIDADES.

Se permiten otras actividades laborales siempre y cuando sean aprobadas por el Comité de Ética.

Queda excluida la participación de Inditex en temas políticos y su relación con los gobiernos, autoridades, instituciones y partidos estará fundada en los principios de legalidad y neutralidad, garantizando la transparencia, no obstante se permite la participación de los empleados en contiendas electores que no interfieran con sus actividades laborales.

4.10 USO DE BIENES Y SERVICIOS DE LA COMPAÑÍA.

Estos deben ser utilizados eficientemente en beneficio de la empresa, los empleados no pueden ni deben instalar o descargar programas aplicaciones o contenidos ilegales y que contravengan las normas de la compañía.

Es muy importante resaltar que se regula lo atinente a que los datos contenidos en los sistemas y equipos de tecnología son propiedad de Inditex, adicionalmente están sujetas a fiscalizaciones.

4.11. CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

En este apartado se deja claramente establecido que la confidencialidad de la información y protección de datos debe ser respetada por todos los empleados incluyendo todo su personal, quedando establecido que solo será utilizada para la finalidad a la cual fue obtenida. Este aspecto es de suma importancia ante la sociedad, y en su cumplimiento adquiere relevancia y genera confianza. Es importante la responsabilidad de cada empleado en su cumplimiento puesto que deben respetar estrictamente las normas internas y externas para un buen tratamiento de la información, tanto de sus empleados como de terceros. El consentimiento es necesario en la recopilación de datos queda claramente establecido.

4.12 PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En el tema de la propiedad intelectual e industrial propia y ajena se norma muy concretamente y en forma atinada, en estos se incluyen derechos de autor, patentes, marcas, nombres de dominio, derechos de reproducción, derechos de diseños, de extracción de bases de datos y derechos sobre conocimientos técnicos especializados. Se deja establecido que la propiedad intelectual e industrial fruto del trabajo de los empleados durante su permanencia en la compañía son propiedad de Inditex.

4.13. REGISTRO DE OPERACIONES.

En el tema contable y financiero se regula que deben ser llevados transparentemente con claridad y exactitud, serán fiscalizados a través de auditores internos y externos, para el efecto capacitarán de manera adecuada y eficiente a sus empleados en esta materia.

4.14 COMPROMISO SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL.

Hace referencia a la Responsabilidad Social Corporativa, teniendo el compromiso social y medioambiental en el desarrollo de sus actividades en beneficio de todos sus grupos de interés, lo cual forma parte de su modelo de negocio. Destacan entre otras su colaboración con organizaciones sociales, la promoción entre los empleados para realizar voluntariado. Para ello conforma la Comisión de Patronio y Mecenazgo. Destaca su compromiso con minimizar el impacto medioambiental a lo largo del ciclo de vida de sus productos hasta su disposición final, con la obligación de implantar medidas de reducción y compensación de dicho impacto. Todos sus empleados desarrollarán la sostenibilidad social y medioambiental de la empresa.

5. CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO Y COMITÉ DE ÉTICA.

La existencia del Comité de Ética queda determinado y está compuesto por el Secretario General y Director de Cumplimiento Normativo; Director de Auditoría Interna; Director de Responsabilidad Social Corporativa y Director de Recursos Humanos. En este apartado consta el procedimiento para su integración, la cual se iniciará mediante denuncia, establece que esta deberá ser de buena fé. En lo personal creo que esto se determinará luego de su integración.

Este comité de Ética depende del Consejo de Administración a través del Comité de Auditoría y Control y en el mismo se establecen las funciones que tendrá, entre otras la supervisión del cumplimiento, y de la difusión interna del Código, la interpretación y la aplicación del mismo y como todo órgano deberá garantizar la confidencialidad y otras que le son propias.

Es muy importante analizar que las disposiciones del Código de Ética, tiene carácter vinculante para Inditex y para el empleado.

6. PUBLICIDAD DEL CÓDIGO.

Se establece la obligatoriedad de hacer llegar a todos los empleados el código en el idioma que hablen, adicionalmente debe publicarse en la página web.

En el Anexo 1 están individualizados todos los documentos y regulaciones a los cuales Inditex queda obligado en su cumplimiento, y en el anexo II la terminología y conceptualizaciones que deberán entenderse en el Código.

No obstante que el presente trabajo está orientado al análisis de Código de Conducta y Prácticas responsables, es también importante dejar constancia que Inditex tiene por aparte un Código de Conducta de Fabricantes y Proveedores.

Adicionalmente INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A. (INDITEX, S.A) ha suscrito un ACUERDO MARCO GLOBAL con la entidad denominada INDUSTRIAL GLOBAL UNION, relativo al cumplimiento de las normas internacionales del trabajo en la cadena de producción y distribución de Inditex.

El Código de Conducta y Practicas Responsables del Grupo INDI-TEX, cumple con los objetivos para los cuales fue creado, otro tema, es su cumplimiento, pues para ello debe realizarse otra investigación.

Debe tenerse presente que los códigos de conducta y practicas responsables no constituyen una privatización de los derechos sociales estos solo pueden complementar la legislación sea esta nacional o internacional tampoco debe entenderse que suprime el dialogo social o la negociación colectiva; en sí sólo pueden complementar, y no sustituir, la legislación nacional o internacional, el diálogo social o la negociación colectiva.

Capitulo Tercero

Responsabilidad Social de la Empresa en Guatemala.

En Guatemala existe la entidad denominada CENTRO DE ACCION DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (CENTRAR-SE) GUATEMALA. Inició sus operaciones en abril de 2003, es una entidad privada no lucrativa,

Según la información de su página se definen como “Fundada en el año 2003, CentraRSE es hoy una organización que cuenta con más de 100 empresas asociadas que pertenecen a más de 20 sectores y subsectores productivos del país y dan empleo a 150,000 familias; convirtiéndose en la coalición de empresas promotoras de la RSE más influyente del país y una de las más importantes a nivel regional.”

8

Dentro de uno de sus objetivos, es generar un cambio de conducta en el empresariado guatemalteco, a efecto que se conviertan en promotores que pongan en práctica la responsabilidad social en todos sus aspectos, mejorando la calidad de vida de los trabajadores, cumpliendo con la normativa básica legal, promoviendo el cumplimiento de los tratados internacionales en cuando a evitar trabajos forzados, trabajo infantil, discriminación sea cual fuere su causa, etc., incluyendo las medidas necesarias en el cuidado del medio ambiente y en general promoviendo el desarrollo de las personas, la competi-

⁸ http://centrarse.org/?page_id=6

tividad de las empresas y el desarrollo sostenible del país. También esta institución se ha enfocado a dar conferencias, capacitaciones, consultorías y otros servicios a efecto de obtener un cambio positivo en la cultura de responsabilidad social empresarial. Tienen dentro de sus proyectos a los que denominan Juntos, EcoEficiencia, IndiCARSE, yo cumpla, Pacto Global y Dialogo sostenible. Por ser esta una Asociación privada no lucrativa deben las empresas interesadas afiliarse y pagar una membresía. Es muy importante ya que poseen herramientas para auto evaluar y verificar su prácticas responsables de negocios, esto es InidiCARSE, para el efecto cuentan con una guía que busca a través de su metodología promover y desarrollar los valores y principio basados en la ética, la ley y el desarrollo sostenible, esto es que las empresas superarán a sus competidores a través de políticas responsables. Los ejes sobre los cuales trabajan son los siguientes:

Eje 1: Gobernabilidad

Eje 2: Público interno

Eje 3: Proveedores

Eje 4: Mercadeo

Eje 5: medio ambiente

Eje 6: Comunidades

Eje 7: Política pública

Los indicadores están en consonancia con los que fueron lanzados por el Instituto Ethos en Brasil 2000.

CÓDIGOS DE CONDUCTA Y PRACTICAS RESPONSABLES EN GUATEMALA.

En Guatemala, no existe una institución que tenga un registro de Códigos de conducta. Cada empresa atendiendo a la responsabilidad de la misma va autorizando sus propios códigos.

La aprobación de los mismos está a cargo ya sea de la Asamblea de Accionistas o bien del Consejo de Administración según lo establezca la escritura de constitución social.

Es importante dejar constancia que en muchas oportunidades las empresas no son miembros de CENTRARSE, pero en sus actividades propias tiene practicas responsables en su desempeño, lo mejor es estar afiliada esta entidad no lucrativa para que tengan la orientación, capacitación, seguimiento y observación de sus buenas prácticas.

En Guatemala no existe una institución pública que le de seguimiento a este tipo de actividades. El Ministerio de Trabajo y Previsión Social carece de órganos que faciliten la implementación de las practicas responsables en las empresas, se enfoca únicamente en el cumplimiento de la legislación en cuanto a los contratos de trabajo, reglamentos interiores de trabajo, la seguridad e higiene en el trabajo, la verificación del cumplimiento de la legislación aplicable en cuanto a los derechos mínimos de los trabajadores.

Dentro de la gama de empresas que tiene Código de Conducta y Prácticas responsables encontramos por ejemplo de empresas Guatemaltecas, Cementos Progreso, Amanco, Koramsa, etc., ahora bien las empresas multinacionales que tiene filiales, sucursales o franquiciatarios tiene códigos de conducta para aplicación de los mismos. Por ejemplo en el caso de análisis la franquiciataria de Inditex en Guatemala, es el Grupo Simán, quienes adecuan sus códigos de conducta a las necesidades propias en cada país.

CONCLUSIONES:

1. La responsabilidad social empresarial surge como una necesidad ante muchas circunstancias propias del momento en que se vive y una de ellas es la globalización socio-económica descompensada, adicionalmente surge como parte de la responsabilidad que tiene los generadores de riqueza ante la sociedad. La responsabilidad social empresarial a la sociedad en general creando inculcando valores, principios y normativa que mejoren las condiciones con responsabilidades tanto a lo interno como a lo externo de la misma y estas buenas prácticas le otorga a la empresa una ventaja competitiva.
2. Los Códigos de Conducta y prácticas responsables son herramientas formuladas en forma voluntaria por el empresario quien unilateralmente fija disposiciones que afectan a los propios accionistas, a los administradores, a los empleados, a las empresas proveedores y a terceros con quien tiene relaciones.
3. Los Códigos de Conducta y prácticas responsables no deben quedar únicamente estampados en papel, sino deben ser puestos en práctica a efecto que cumplan la finalidad para la cual fueron creados.
4. En los códigos de conducta debe normarse el aspecto procesal para su cumplimiento, ya que se queda solo en normas sustantivas.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Adoración Guamán Hernández y Albert Noguera Fernández. Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social. España 2014.
2. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-3868>

3. Amparo Merino Segovia "La Definición de la cualidades orales y éticas de los trabajadores de la empresa dimensión transnacional: Los Códigos de comportamiento ético y Profesional", Revista de Derecho Social No. 31.2005
4. Antonio Baylos. Un instrumento de regulación: Empresas Transnacionales y acuerdos marco globales. Universidad Castillo de la Mancha.
5. Antonio Baylos Grau, Amparo Merino Segocia . Código de Conducta Negociados. Capítulo 20. Manual Jurídico de Negociación Colectiva. Madrid 2008.

https://campusvirtual.uclm.es/pluginfile.php/498492/mod_resource/content/1/ETNS_AMG_BAYLOS.PD

6. Antonio Corral, Iñigo Isusi, Estrella Peinado-Vara, Timoteo. La Responsabilidad Social y Medioambiental de la Microempresa en Latinoamérica. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, DC 2007.
7. Anales. Responsabilidad Social de la Empresa un buen negocio para todos. Editores Antonio Vives, Estrella Peinado-Vara. IV Conferencia Interamericana sobre Responsabilidad Social de la Empresa. Salvador, Bahia Brasil 2006.
8. COM(2011) 681 final

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=-COM:2011:0681:FIN:ES:PDF>

9. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO PONER EN PRÁCTICA LA ASOCIACIÓN PARA EL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO: HACER DE EUROPA UN POLO DE EXCELENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/RespoSocEmpresas/documentos_rse/contenidos/rse240306.pdf

10. Libro verde - Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. /* COM/2001/0366 final */ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52001DC0366>
11. Mas y mejores acuerdos marco de empresas Europeos: fortaleciendo a los sindicatos en las negociaciones transnacionales con empresas multinacionales. <http://www.celds-uclm.es/celds/resources/source/AMInternacionales UE.pdf>
12. Ocde (2013) Líneas Directrices de la Ocde para Empresas Multinacionales. OECD publishing
<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>
13. Pacto Mundial. La responsabilidad cívica de las empresas en la economía mundial. <http://www.um.es/rscpymes/ficheros/RSC Pacto Mundial responsabilidad civica empresas en economia mundial.pdf>
14. Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/politicaexterior/Documents/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
15. http://centrarse.org/?page_id=6

El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma: la interacción entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales

Dr. Julio César Cordón Aguilar^{9*}

TABLA DE CONTENIDO

- 1) El principio de complementariedad
- 2) Principio de complementariedad y soberanía de los Estados
- Conclusiones
- Referencias.

⁹ * Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado y notario por la Universidad Rafael Landívar (Guatemala). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo, Máster en Corrupción y Estado de Derecho, y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Docente de las Universidades Rafael Landívar, del Istmo, Francisco Marroquín, Mariano Gálvez y San Carlos de Guatemala. Letrado de la Corte Suprema de Justicia (2005-2006). Letrado de la Corte de Constitucionalidad (2006 a la fecha).

Resumen:

La Corte Penal Internacional ha sido concebida como órgano permanente de justicia penal para la persecución y juzgamiento de los más graves crímenes de trascendencia internacional. La Corte no tiene por objeto sustituir en su función a los órganos de las jurisdicciones nacionales; por el contrario, su creación se dirige a complementar la actuación de las instancias nacionales, interviniendo en defecto de estas, es decir, en los casos en que los Estados no cumplan su deber de perseguir y sancionar a los responsables de aquellos ilícitos. Lo anterior da contenido al elemento central sobre el que se articula la interacción entre la Corte y las jurisdicciones nacionales: el principio de complementariedad.

1) El principio de complementariedad

Uno de los conceptos fundamentales para comprender los alcances de la actuación de la Corte Penal Internacional (CPI) en el juzgamiento de los responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión), es el principio de complementariedad.

Desde un inicio, el Estatuto de Roma hace énfasis en la trascendencia que para la labor de la CPI tiene el referido principio; en efecto, en el preámbulo de dicho instrumento internacional se destaca que la función de la Corte “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales” (décimo párrafo). Asimismo, el artículo 1, reiterando lo antes mencionado, expresamente establece que la CPI “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

Para entender el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales, es menester tomar en cuenta que la competencia reconocida a aquella, es decir, su ámbito material de actuación, coincide con el propio de estas últimas. En otras palabras, los graves crímenes cuya impunidad se pretende impedir

mediante la actuación de la Corte corresponden a la competencia material de los respectivos tribunales penales nacionales; más aun, es en estos últimos en los que recae, en primer término, la responsabilidad de reprimir y juzgar tales ilícitos.

Así las cosas, la preocupación internacional por que esos delitos no queden sin castigo no supone dispensar a los Estados del deber de garantizar justicia a sus habitantes, enjuiciando a los responsables y procurando una reparación digna a las víctimas. De esa cuenta, la actuación de la CPI, como órgano internacional de justicia penal, no tiene por objeto suplantar o reemplazar a las jurisdicciones nacionales, siendo este un primer elemento de singular importancia para entender el principio de complementariedad.

La propia CPI ha destacado ese primer elemento en sus decisiones, señalando que de acuerdo a una interpretación teleológica del Estatuto de Roma, su actuación se dirige a poner fin a la impunidad de los autores de crímenes especialmente graves, contribuyendo así a prevenir su perpetración, pero que dicho instrumento es claro en cuanto a que “de ninguna manera puede sustituir a las jurisdicciones penales nacionales, sino que es complementaria de estas”.

Asimismo, la propia Corte ha señalado que “los redactores del Estatuto hicieron énfasis en ‘el deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal sobre los responsables de aquellos crímenes internacionales’ y afirmaron la necesidad de garantizar su persecución efectiva ‘mediante la adopción de medidas en el plano nacional y mediante la intensificación de la cooperación internacional’.” (Pre-trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, resolución de 10 de febrero de 2006).

En tal sentido, es evidente que el Estatuto de Roma no pretende liberar a las jurisdicciones nacionales de su responsabilidad en la persecución y castigo de los autores de dichos crímenes inter-

nacionales¹⁰. Lo anterior pone de manifiesto una diferencia fundamental entre la actuación de la CPI y los denominados “Tribunales ad hoc”, pues tanto el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia¹¹, como el correspondiente para Ruanda¹², disponen la primacía de estos para el juzgamiento de los delitos de su competencia respecto de los tribunales nacionales.

Pues bien, afirmando que la actuación de la CPI no conlleva suplantarse a los sistemas judiciales nacionales, el principio de complementariedad que informa su labor se dirige a suplir las carencias de los Estados en la represión de los crímenes más graves de trascendencia internacional¹³, de forma que la Corte actuará en defecto de las jurisdicciones nacionales, es decir, cuando los Estados no hayan cumplido su deber de perseguir y enjuiciar a los responsables de aquellos ilícitos.

Conforme a lo anterior, el principio de complementariedad es el referente central sobre cuya base articula el Estatuto de Roma la interacción entre el órgano permanente de justicia penal internacional y las jurisdicciones nacionales en lo concerniente al ejercicio de sus respectivas competencias, denotando que la Corte actuará complementando el quehacer de los tribunales estatales, de cuya efectividad dependerá la intervención de aquella.

¹⁰ PIGRAU SOLÉ, Antoni: “Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional”, en: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro; y PÉREZ VERA, Elisa (coords.): *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Tomo II, Universidad de Sevilla, Universidad de Córdoba y Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pág. 1059.

¹¹ Artículo 9.2 del Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia: “El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. En cualquier estadio del procedimiento puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su Reglamento.”

¹² Artículo 8.2 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda: “El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales de todos los Estados. En cualquier momento del procedimiento puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su Reglamento.”

¹³ BUJOSA VADELL, Lorenzo: *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 90.

En el contexto de esa interacción, resulta razonable afirmar que el principio de complementariedad contribuye a fortalecer el cumplimiento de los deberes de los Estados en lo que atañe al juicio y castigo de los responsables de crímenes de Derecho Internacional¹⁴.

No obstante, es preciso señalar que la activación de la labor complementaria de la CPI es decidida, para cada caso, por ella misma, de manera que es el propio órgano que complementa el quehacer de las jurisdicciones nacionales el que resolverá cuándo está justificada su actuación ante el fracaso del Estado en el cumplimiento de sus deberes, fracaso que bien puede obedecer, según revela el Estatuto, a la falta de voluntad o a la incapacidad en la persecución y juzgamiento de los perpetradores de los crímenes aludidos.

Es así como el artículo 17 del citado instrumento (que alude expresamente al preámbulo y al citado artículo 1), al regular los parámetros que habrá de observar la CPI para admitir los casos que se le presenten, pone el énfasis en el carácter complementario de su actuación¹⁵, disponiendo que no serán admisibles aquellos asuntos respecto de los cuales existan investigaciones o enjuiciamientos pendientes ante el Estado al que se reconozca jurisdicción para averiguar el hecho y juzgar a los responsables, o cuando tales investigaciones o juicios hayan fenecido, salvo que el Estado no esté dispuesto o no esté en capacidad de llevar adelante la investigación o el juicio de que se trate, o que la decisión asumida (en cuanto se abstiene de ejercer la acción penal o declara juzgado el hecho) responda a esa falta de disponibilidad o de capacidad o a la intención de sustraer a la persona involucrada de su responsabilidad, o que haya sido emitida sin garantizar la independencia e imparcialidad exigidas en todo proceso judicial (artículo 20.3).

Los criterios de calificación para admitir un asunto (“cuestiones de admisibilidad” en los términos del artículo 17) son los determinantes para activar la actuación complementaria de la Corte, de forma que

¹⁴ ABELLÁN HONRUBIA, citada por PIGRAU SOLÉ, *Op. cit.*, pág. 1059.

¹⁵ Según AMBOS, Kai: *La nueva justicia penal internacional*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2002, pág. 79, es el artículo 17 del Estatuto el que define el principio central de actuación de la CPI, es decir, el principio de complementariedad.

esta misma, a partir del estudio de las circunstancias concretas, habrá de concluir si existe o no incapacidad o falta de voluntad por parte del Estado, incluyéndose en el Estatuto determinados parámetros que sirven de auxilio para esa labor de calificación.

Cabe añadir que el citado artículo 17, además de la falta de voluntad y la incapacidad del Estado, incluyo como elemento para decidir acerca de la inadmisibilidad de un asunto, la circunstancia de que este “no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte” (numeral 1, inciso d). Tal cuestión, que no debe ser interpretada en el sentido que desde el Estatuto se resta importancia a casos de menor entidad (menos aun, que se demerita cualquier labor de persecución y castigo contra el responsable), determina “un criterio más bien de distribución de asuntos entre las jurisdicciones nacionales y la CPI”¹⁶; por ende, se trata de un criterio que insiste en el carácter complementario de la actuación del tribunal, exigiendo que la calificación acerca de la admisibilidad de un asunto parta del principio que informa su actuación: el principio de complementariedad.

2) Principio de complementariedad y soberanía de los Estados

La Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia, en el documento presentado a la Corte de Constitucionalidad con el objeto de aportar algunos argumentos útiles para la emisión de la opinión consultiva solicitada en 2002 por el Presidente de la República acerca de la constitucionalidad del Estatuto de Roma, resaltó el carácter excepcional de la competencia de la CPI, “limitada a pocos y determinados delitos”¹⁷.

Asimismo, la Comisión señaló que el Estatuto “no debe provocar una sustitución de la jurisdicción nacional” y que “el sistema de justicia nacional tiene carácter prioritario respecto a la investigación y

¹⁶ BUJOSA VADELL, *Op. cit.*, pág. 94.

¹⁷ Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia: *Antecedentes de acciones promovidas por la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia para la ratificación del Estatuto de Roma*, Guatemala, 2012, pág. 17.

enjuiciamiento de aquellos casos que serían competencia de la Corte". Como corolario, afirmó que "lejos de provocar conflictos e injerencias con los sistemas jurídicos nacionales, el Estatuto pretende ser un complemento de los mismos, motivando incluso a los países, a reforzar sus estructuras judiciales, con la finalidad de hacer eficaz y efectiva su función de impartir justicia, ya que dependerá de su actuación en el ámbito interno, el accionar o no de la Corte Penal Internacional frente a un caso concreto"¹⁸.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad, al emitir la opinión consultiva solicitada, entre otras cuestiones consideró: "[...] el Estatuto contempla como una de sus máximas el principio de complementariedad, según el cual la Corte Penal Internacional únicamente ejercerá su jurisdicción respecto de un caso particular, cuando el Estado competente para juzgarlo no cuente con un sistema de justicia capaz de hacerlo o no exista la voluntad de hacerlo; [...]. En otras palabras, si el Estado de Guatemala cumple con su obligación de administrar justicia (preámbulo y artículos 2o, 12, 29, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala), la Corte Penal Internacional se encontrará imposibilitada de conocer nuevamente del caso; [...]" Pronunciamiento de 25 de marzo de 2002, expediente 171-2002.

A partir de lo anterior, en coherencia con los conceptos vertidos, no cabe sino insistir en que uno de los efectos derivados del sometimiento de un Estado a la competencia de la CPI es, precisamente, el necesario impulso de su jurisdicción, en tanto dependerá de la eficacia de los tribunales penales nacionales –del cumplimiento efectivo de sus deberes– que la propia Corte determinará si conoce o no de un asunto específico¹⁹.

De esa cuenta, el principio de complementariedad y sus alcances constituyen argumentos válidos para descartar, incluso, objeciones enfáticamente celosas de la soberanía nacional, pues, reiterando lo

¹⁸ *Ibid.*,pág. 19.

¹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *Principios generales del Derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Conferencia Internacional sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus Implicaciones en el Derecho Nacional de los Países Latinoamericanos, México, 21 de agosto de 2003.

antes considerado, el Estatuto que ha dado vida a la Corte no pretende en forma alguna que se reemplace o sustituya a los Estados en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales que les son propias.

Con todo, no cabe duda que la actuación complementaria de la Corte, al poder atribuirse el conocimiento y decisión de asuntos que originariamente corresponden a la esfera soberana de los Estados, en vista de su indisponibilidad o incapacidad para resolverlos adecuadamente, repercute en el contenido y significado del concepto mismo de soberanía nacional.

Así las cosas, la Corte Constitucional de Colombia, al pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la ley que dispuso aprobar el Estatuto de Roma en aquel país (sentencia c-578-02 de 30 de julio de 2002), señaló: “El contenido y límites del principio de soberanía han ido evolucionando a la par del desarrollo de las relaciones internacionales y de las necesidades de la comunidad internacional [...]. Como resultado de la creciente interacción e interdependencia entre Estados y de la constatación de desafíos globales que interesan a toda la humanidad, surgieron límites a la concepción absoluta de soberanía [...], fundados en la necesidad de respetar valores protegidos por el derecho internacional y asociados a la dignidad del ser humano, a la paz mundial, a la democracia y a la conservación de la especie humana. [...] la soberanía de un Estado existe para proteger a los habitantes que residen en su territorio, no para amparar a quienes han violado los derechos humanos o desconocido los mínimos establecidos en el derecho internacional humanitario [...]”

Pues bien, a lo que alude la Corte colombiana es a que en el contexto actual de las relaciones internacionales y, en especial, ante la toma de conciencia acerca de la existencia de valores universales que el conjunto de los Estados debe procurar respetar y afianzar, la soberanía nacional ha de ser entendida desde una perspectiva teleológica, es decir, atendiendo a los fines de su naturaleza como presupuesto indispensable para la existencia del Estado, fines que, en esencia, se confunden con los inherentes a este último, los que bien pueden sintetizarse en la protección de la persona y de la familia, la realización del bien común y la garantía del goce de los derechos y libertades de sus habitantes (artículos 2o y 140 de la Constitución guatemalteca).

Por ende, al entender que la soberanía nacional cobra sentido en tanto se dirige a garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana, es que cabe hablar de una redefinición del concepto, haciendo factible que el propio Estado, con el objeto de asegurar la consecución de aquel fin, imponga límites al ejercicio de sus potestades soberanas o, para entenderlo mejor, disponga ceder determinadas facultades que le son propias²⁰.

Es así como dentro de los mencionados límites o cesiones que responden a los fines del concepto de soberanía, se ubica la actuación complementaria de la CPI, conforme a lo dispuesto en el Estatuto de Roma, pues, para poner fin a la impunidad de los autores de los más graves crímenes a nivel internacional (fundamento de la existencia de la Corte, coherente con el respeto y garantía de la dignidad de la persona humana), es factible que dicho tribunal admita un asunto para su conocimiento ante la manifiesta falta de voluntad o incapacidad de la jurisdicción nacional de que se trate para juzgar y castigar a los responsables.

Aunado a lo anterior, es preciso subrayar que la actuación de la CPI solo será en situaciones excepcionales, taxativamente enumeradas en los artículos 17 y 20 del Estatuto de Roma, en manifiesto respeto del ejercicio efectivo de la soberanía de los Estados.

En consecuencia, la inclusión del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma obedece tanto al interés generalizado por impedir la impunidad ante la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional, como a la pretensión de impulso de las jurisdicciones nacionales, lo que determina que sin suplantar a los Estados en el ejercicio de sus potestades soberanas, la intervención de la CPI será solo ante circunstancias especiales que evidencien la necesidad de su actuación, en tanto, de no hacerlo, aunado a que

²⁰ Es esto lo que sucede, por ejemplo, con las facultades conferidas al Congreso de la República para aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional que afecte el dominio de la nación, establezca la unión económica o política centroamericana, transfiera competencias a organismos o instituciones comunitarios o disponga el sometimiento del Estado a arbitraje o a jurisdicción internacional, entre otros (artículo 171, inciso I).

quedaría burlado el fin de proveer justicia y reparación ante graves violaciones a los derechos humanos, resultaría incierta la garantía de que tales crímenes no se volverán a cometer.

Conclusiones

El principio de complementariedad es el elemento determinante a partir del cual interactúan la CPI y las jurisdicciones nacionales en el ejercicio de sus respectivas competencias, de manera que la Corte intervendrá únicamente cuando los órganos de la justicia interna no actúen, sea por incapacidad o por falta de voluntad, denotándose así que el tribunal internacional de justicia penal en realidad complementa el quehacer de los Estados.

La propia CPI es la competente para determinar cuándo es meritoria su intervención complementaria, analizando para cada caso la incapacidad o falta de voluntad de los Estados para perseguir y juzgar a los responsables de graves crímenes de trascendencia internacional; de esa cuenta, las atribuciones conferidas a la Corte y la posibilidad de intervenir por decisión propia conllevan una redefinición del concepto de soberanía nacional.

La redefinición del concepto de soberanía nacional, entendida como elemento útil para cumplir el fin último de la existencia del Estado: garantizar los derechos y libertades de sus habitantes, posibilita que los propios Estados, en aras de afianzar aquel objetivo, limiten su propia actuación e, incluso, dispongan la cesión de determinadas potestades soberanas, lo que explica la actuación complementaria de la Corte Penal Internacional.

Referencias

AMBOS, Kai: La nueva justicia penal internacional, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2002, pág. 79.

BUJOSA VADELL, Lorenzo: La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional, Atelier, Barcelona, 2008.

Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia: Antecedentes de acciones promovidas por la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia para la ratificación del Estatuto de Roma, Guatemala, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: Principios generales del Derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, Conferencia Internacional sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus Implicaciones en el Derecho Nacional de los Países Latinoamericanos, México, 21 de agosto de 2003.

PIGRAU SOLÉ, Antoni: “Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional”, en: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro; y PÉREZ VERA, Elisa (coords.): Soberanía del Estado y Derecho internacional, Tomo II, Universidad de Sevilla, Universidad de Córdoba y Universidad de Málaga, Sevilla, 2005.

La determinación y la fijación de la pena privativa de libertad.

M.A. Héctor Oswaldo Samayoa Sosa²¹

TABLA DE CONTENIDO

- I. Postulados
- II. Conceptualización de la fijación y determinación de la pena.
- III. La persistencia del modelo subjetivista en la fijación de la pena de acuerdo al derecho penal guatemalteco
- IV. La fórmula democrática de la determinación de la pena con base en el bien jurídico protegido.

²¹ Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magister Artium en Derecho Parlamentario por la Universidad San Pablo de Guatemala. Pensum Cerrado en Maestría de Derecho Procesal Penal en la Universidad Rafael Landívar. Profesor interino de Derecho Penal I, II y de Derecho Probatorio de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Resumen

La pena tiene dos momentos para cobrar vida en el ámbito jurídico, la determinación legislativa y la fijación judicial. En ambos debe adecuarse a una fórmula democrática.

La fórmula actual de fijación de la pena, al ser analizada requiere de una desagregación de sus elementos, de tal cuenta que al realizarlo se pueda obtener si está conforme al modelo constitucional de garantías. A su vez, descubrir si de forma plena configura el derecho penal de acto, garantizando la libertad de la persona y la cognición judicial objetiva. De no ser así, la reformulación de la misma, requiere de una fase de determinación abstracta basada en los principios limitadores al poder punitivo, pero, además, en la protección del bien jurídico tutelado como elemento esencial para su determinación.

En este documento se analizan ambas fórmulas, de ser el caso, se proponen sus elementos para que se apeguen al contexto social, al derecho penal moderno y esencialmente, a los requerimientos de un modelo de derecho penal de garantías.

Sumario: I. Postulados; II. Conceptualización de la fijación y determinación; III. La persistencia del modelo subjetivista en la fijación de la pena de acuerdo al derecho penal guatemalteco; IV. La fórmula democrática de la determinación de la pena con base en el bien jurídico protegido; V. Fuentes de información.

I. Postulados

El Estado debe actuar de forma reglada, atendiendo a elementos objetivos para la imposición de sanciones penales, y por lo mismo, es una obligación derogar cualquier disposición que pueda dar lugar a que el agente del Estado, el legislador o el juez, configure o imponga sanciones penales basadas en aspectos subjetivos.

La derogación de esas disposiciones subjetivas responde a una lógica generacional, es decir, lo que en un momento determinado se consideró útil de sancionar penalmente, puede no serlo en un contexto histórico distinto. O bien, el modelo de derecho penal configurado durante cierto momento de la vida del Estado, puede no ser ya el indicado para las situaciones que debe enfrentar una nueva configura-

ción estatal. Lo cierto en estos casos, es que no puede una generación condicionar a otras eternamente, así como la sociedad evoluciona de forma permanente, los modelos y modos de sancionar ciertas acciones u omisiones deben evolucionar.

Es impreciso e imperfecto afirmar que la evolución de los modelos de derecho penal se adapte de forma rápida a las evoluciones sociales. Existen experiencias ejemplares sobre los cambios a modelos penales democráticos, pero siempre tienen algún rezago. Así, puede observarse en épocas muy remotas, por ejemplo, la privación de libertad como modo de garantizar la presencia del culpable para imponer la sanción penal de muerte o de torturas. Aún hoy, organismos intergubernamentales y Estados mismos luchan de forma permanente para derogar sanciones corporales, que tienden a la aflicción física, a destruir de forma permanente la dignidad de las personas o de ciertos pueblos. Puede verse, también, el lento tránsito latinoamericano por dejar los modelos penales inquisitivos y entrar en sistemas acusatorios.

Son los juristas de cada país, quienes, en cierta dimensión, tienen la tarea de discutir permanentemente, y despojados de sus demonios ideológicos, la utilidad del derecho penal, que está íntimamente relacionada con la consideración del mismo como ultima ratio, esto es, como el último recurso de los sub sistemas de control social formal. Si estos juristas no discuten al respecto, pueden condenar a la sociedad a configurar de forma permanente modelos de derecho penal subterráneos.

Discutir, por ejemplo, sobre el artículo 87 del código penal guatemalteco, el cual, a la fecha de hoy, considera como índice de peligrosidad, para imponer una medida de seguridad, la vagancia habitual, y la define como “el que teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerable se mantiene habitualmente en holganza, viviendo a costa del trabajo de otros, o de mendicidad, o sin medios de subsistencia conocidos” Es una expresión clásica del modelo de derecho penal máximo, que se entromete en la vida íntima del ser humano, lo castiga por su condición y no por su acción u omisión contra bienes jurídicos tutelados, en palabras más sencillas, hace perdurar el derecho penal de autor. El castigo a la vagancia es, también, un claro ejemplo de Esta-

do correccional, pues expresa que “... los sancionados por vagancia, serán sometidos al régimen de trabajo en granja agrícola, centro industrial u otro análogo, por termino no menor de un año ni mayor de tres.”

Esta muestra simple, vigente en la ley penal, representa un modelo de derecho penal no ubicado dentro del contexto histórico y dentro del texto constitucional convencional vigente.

La ética de superioridad del Estado sobre los ciudadanos requiere, a partir de lo expresado, de un modelo de mínima intervención, es decir, un modelo penal que no se entromete en las posiciones ideológicas, religiosas, políticas y morales, pues sería tanto como imponer un sistema de valores en la individualidad de la persona, atentando contra su libre conciencia interna. En el aspecto social, la mínima intervención será en función de no intentar resolver con derecho penal las deficiencias de otras ramas del Derecho, lo que es peor, las deficiencias de la actividad social benefactora.

La mínima intervención dentro de la superioridad ética del Estado es, por tanto, una configuración lógica para determinar la utilidad del derecho penal, el cual, como ha quedado expresado debe basar sus sanciones en función de la protección de los bienes jurídicos que esa sociedad, en ese momento histórico, ha decidido deben ser tutelados o protegidos, de tal forma, que autoriza al uso de medios violentos del Estado para reprochar a quien atente contra ellos.

Quizá el maestro Luigi Ferrajoli (1995, p.387) cuando pregunta ¿para qué castigar? No hace precisa referencia a la actividad disuasiva del Estado en la prevención general o especial de la pena, si no, se refiere a la función de proteger los bienes jurídicos determinados en función de la legítima determinación social por protegerlos, teniendo un alcance, incluso, de evitar la venganza del que ya ha sido dañado en sus bienes, contra él que se los ha dañado.

Esa disposición de protección de bienes jurídicos, evita, entonces, que el derecho penal se entrometa en aspectos muy íntimos de los ciudadanos y, además, exige que, al observar la utilidad del derecho penal, esta no sea manipulada para intentar resolver temas so-

ciales con sanciones penales. Si es así, el modelo garantista de derecho penal, configurado bajo el postulado *Nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley anterior) requiere, además, de la eliminación de cualquier posibilidad de que existan elementos subjetivos, propios de los agentes del Estado encargados de la configuración de las normas y de la aplicación de las mismas, que de una u otra forma afectan a la persona por sobre los elementos objetivos de valoración para la imposición de la sanción.

Por ello la legalidad exige una máxima taxatividad en la redacción de la norma penal, bajo aspectos de máxima formalidad, pues la selección de una acción u omisión para convertirla en delito no puede, en su redacción, dejar lugar a duda sobre lo que se quiere reprochar y debe, bajo el principio de reserva de ley, ser creado por el órgano estatal legitimado para el efecto.

II. Conceptualización de la fijación y determinación de la pena.

Hablar de fijación de la pena debe ser distinto de la determinación de la pena. Aunque en términos generales puedan encontrarse ciertas similitudes en su uso, para efectos prácticos es necesario precisar su distinción. La determinación de la pena será el ejercicio que realiza el legislador, cuando a un supuesto de hecho le otorga una sanción, que en la actualidad puede ser una pena o una medida de seguridad.

La fijación de la pena será el ejercicio que realiza el juez para identificar la magnitud de la sanción que debe aplicar al caso concreto, teniendo que observar que esa sanción no puede imponerse por fuera de lo determinado por el legislador.

Así, la determinación de la pena es un acto abstracto que corresponde al legislador, mientras que la fijación de la pena es el acto concreto que corresponde al juzgador. En ambos casos, los elementos subjetivos, en base a lo que hasta ahora se ha expuesto, deben quedar por fuera.

Si se busca esta diferencia entre determinación y fijación, dentro de la legislación, no se encontrará disposición alguna al respecto. No corresponde a la legislación ocuparse de esto, si no a la doctrina y a

la jurisprudencia, pues, aunque parezca un simple juego de palabras y ser una discusión de mera forma, su valor radica en los principios limitadores al poder punitivo que se ven reflejados en la configuración del modelo de derecho penal determinado en cada Estado, así como en el acto decisorio del juez al fijar la pena y esencialmente en el acto creador de una norma jurídico penal.

Debe orientarse lo dicho, además, hacia la posibilidad material de evitar la expansión punitiva, que normalmente se manifiesta en leyes penales especiales o discursos de derecho penal simbólico. Con esto el legislador, que por principio es representante del pueblo, debe protegerlo de leyes penales inútiles, y el juez, quien es impopular, debe basar sus decisiones con exclusividad en los elementos objetivos que le son dados por las partes procesales.

Precisa diferenciar que la referencia a elementos objetivos de valoración, es diferente a un modelo objetivista. Por tanto, los elementos objetivos de valoración permiten dar vida a un proceso penal acusatorio garantista, distante de un modelo objetivista propio de un modelo de derecho penal autoritario, el cual se fundamenta por su no respeto al principio de culpabilidad, es decir, no requiere la concurrencia del dolo, culpa o no otorga relevancia al error sobre el tipo o sobre la prohibición. (ICCPG; 2005)

Sin embargo, cuando se habla de evitar normas o disposiciones que permitan cierto grado de subjetivismo por parte de los agentes del Estado, se hace referencia al modelo subjetivista, cuyo fundamento es la peligrosidad del sujeto, lo cual se enlaza con la disposición normativa penal de vagancia citada anteriormente.

III. La persistencia del modelo subjetivista en la fijación de la pena de acuerdo al derecho penal guatemalteco

El modelo penal subjetivista puede identificarse en el derecho penal guatemalteco, especialmente en el artículo 65 del código penal, el cual dispone de los elementos que deben ser observados por el juez al momento de fijar la pena que impondrá. La fórmula indica que la fijación de la pena (Fp) está en función (f) de la mayor o menor peligrosidad (mmp), antecedentes del victimario (av), antecedentes de la

víctima (avi), el móvil del delito (md), extensión e intensidad del daño causado (Eid), circunstancias atenuantes (at) y circunstancias agravantes (ag). Lo que se traduce en que:

$$Fp = f(\text{mmp}, \text{av}, \text{avi}, \text{md}, \text{Eid}, \text{at}, \text{ag})$$

De tal cuenta, si se toma como base que la responsabilidad de la persona es el elemento de enlace entre el supuesto de hecho de la norma y la sanción penal; y que por tanto la culpabilidad está sujeta a un ejercicio por determinar las motivaciones, las facultades psíquicas del autor y la capacidad de tener conocimiento de la licitud de sus actos, entonces, de la formula citada debe excluirse la consideración de menor o mayor peligrosidad, los antecedentes de la víctima, y los antecedentes del victimario, pues devienen en elementos subjetivos.

La mayor o menor peligrosidad, hace inexistentes los postulados del derecho penal garantista (Ferrajoli, Luigi; 1995) que expresan que *no hay necesidad sin daño y no hay culpa sin acción* por lo cual se configura un modelo subjetivista basado en el derecho penal de actor, violentando los principios de materialidad de la acción y culpabilidad.

En otras palabras, dentro de la estructura de la norma, más específicamente en el supuesto de hecho, debería de poder identificarse los elementos que permitan configurar la mayor o menor peligrosidad, pues de lo contrario la determinación que realice el juez no estaría dentro del entendido de ser algo típico, antijurídico y culpable, sino una mera abstracción sobre la personalidad del sujeto activo. Pueden algunos autores justificar que la existencia de dicho elemento responde a que dentro de la ley penal se contemplan las medidas de seguridad como sanciones, sin embargo, de lo que regula el Código Penal, específicamente, el artículo 65 en cuestión, expresamente se determina que estos no aplican para la imposición de las medidas de seguridad.

Así, si el sujeto es inimputable, en correspondencia con la capacidad intelectual del sujeto de comprender la licitud de lo que realiza y sus facultades psíquicas, entonces estamos frente a una persona cuya responsabilidad requiere de una medida de seguridad, y no de una pena.

Este elemento de determinación, por razones distintas, pero seguramente centradas en un discurso de derecho penal del enemigo, fue descrito, incluso, en la parte especial del código penal guatemalteco. El artículo 132 dispone que “(...) 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 revelará una mayor particular peligrosidad del agente.”

Con esto la fórmula general encuentra una variación en donde, ciertas circunstancias relacionadas a la mayor o menor peligrosidad, son agravantes de la sanción a imponer por disposición específica de cada tipo penal, lo que es lo mismo, agravan la pena (Ap).

En términos procesales, esta violación a los postulados sustantivos del modelo garantista, conlleva la violación a los postulados procesales, especialmente cuando derivado de lo que contempla la disposición del artículo 65 y del 132, se deja sin posibilidad de defensa, pues como podría el sujeto acusado defenderse de la valoración de mayor o menor peligrosidad si no se encuentra descrita dentro de la base material del tipo penal, ni dentro del supuesto del hecho de la estructura de la norma. Por tanto, los postulados *no hay acusación sin prueba* y *no hay prueba sin defensa* serían inexistentes.

La inexistencia de esos postulados, configura un modelo procesal penal de mera legalidad, que, en otras palabras, es un derecho de defensa en sentido lato, pues existe imprecisión de la definición de la desviación punible que hace incierto el hecho, dando lugar a incertidumbre sobre que se va aprobar y que se va refutar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte lo hasta ahora expuesto en la sentencia del caso Fermín Ramírez contra el Estado de Guatemala, en los párrafos 93 y 94 de dicha sentencia:

“93. Si la peligrosidad del agente trae consigo una consecuencia penal de tan grave, naturaleza, como ocurre en la hipótesis de Asesinato, conforme la ley guatemalteca, las circunstancias personales del agente deberían formar parte de la acusación, quedar demostradas durante el juicio y ser analizadas en la sentencia. Sin embargo, las circunstancias que demostrarían la peligrosidad del señor Fermín Ramírez no fueron

objeto de la acusación formulada por el Ministerio Público. Esto llevo a la Comisión Interamericana a considerar que el Tribunal de Sentencia incurrió en otra incongruencia por haberlas dado por demostradas, sin que figurasen en la acusación, lo cual significaría una violación al artículo 8 de la Convención”

“94. En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no solo puede ser analizada a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.”

Es fundamental traer a cuenta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido eco en el sistema guatemalteco. En el Recurso de Revisión 20/2008 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala interpuesto por el sentenciado Hernández Torres, quien sostuvo que el tribunal que sentenció aplico el concepto de peligrosidad para caracterizar su participación en el delito de asesinato. La Corte resolvió:

“...independientemente del cumplimiento del poder legislativo de [la obligación de] derogar el artículo 132 del Código Penal ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humano, no es permitido a la jurisdicción de Guatemala aplicar la pena de muerte fundada en la peligrosidad del autor del delito de asesinato, si en la acusación no aparece dicha circunstancia agravante y por lo mismo no fue objeto de prueba en el debate.”

Dentro de la fórmula general plasmada con anterioridad, aparece otro elemento propio de un modelo subjetivista de derecho penal. Esto es que el juez dentro de la fijación de la pena tome en consideración **los antecedentes de la víctima**, con lo cual de nueva cuenta configura algo que no puede estar contemplado dentro de la estructura de la norma -supuesto del hecho-.

Cabe la interrogante a qué se refiere el código penal guatemalteco cuando habla de los antecedentes de la víctima. Sería de preocupación si esto lo que trata de decirle al juez es que si la persona que ha sido muerta, era un conocido asesino dentro de su barrio, y el móvil de la muerte fue la venganza del familiar de una víctima del ahora muerto, entonces rebaje la pena en consideración de la venganza. O si la persona sexo servidora fue violada, entonces al victimario se le fije la pena mínima porque de igual forma la víctima sostenía relaciona sexuales con muchas personas.

Esas interpretaciones graves, serán contrarias a las aspiraciones del derecho penal como sub sistema de control social que protege los bienes jurídicos legítimamente necesarios, y por lo tanto procura el orden o la paz social.

En el mismo orden de ideas podemos referir a los antecedentes del victimario, pues si es una persona que ha cometido dos delitos de asesinato y ha cumplido una sanción penal, y vuelve a cometer otro asesinato, el juzgador no podría fijar la pena tomando en consideración los dos delitos anteriores que cometió y por los cuales ya cumplió una sentencia, sino debe ver con exclusividad el caso actual y reciente que ha cometido. Los contrarios a estos dirán que por reincidencia debe ser sancionado con mayor severidad, circunstancia que permite en otro documento exponer por qué la reincidencia es un defecto del sistema y no de la persona.

En tales circunstancias, el artículo 65 del Código Penal guatemalteco guarda los postulados de un modelo subjetivista, lo recarga en el Juez y este, hasta la fecha ha hecho uso de esas figuras, obviando que el modelo actual de Guatemala es de garantías y un proceso acusatorio. La tarea de adecuar la parte general del derecho penal guatemalteco al modelo garantista reconocido por la Constitución Política de la República, es una tarea legislativa, es decir, se ubica en el ámbito de la determinación penal. El ejercicio de reformar esa parte general cabría en que la fórmula del artículo 65, respondiendo al sistema democrático, debiera ser la siguiente:

$$Fp = f(md, Eid, at, ag)^{22}$$

IV. La fórmula democrática de la determinación de la pena con base en el bien jurídico protegido.

La determinación de la pena, dicho antes, es la construcción abstracta que realiza el legislador, cuando a un supuesto del hecho le impone una sanción penal. En ninguna de las leyes vigentes puede un legislador encontrar la fórmula para dicha determinación. Encontrará únicamente una regla general, la pena que determina no podrá ser superior a 50 años ni menor de 30 días, pues así lo dispone el artículo 44 del Código Penal guatemalteco “la pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal... su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años.”

Cuando el legislador realice el ejercicio de determinar la sanción a imponer a una falta, la regla general será distinta pues la privación de libertad podrá ser desde horas hasta un máximo de sesenta días –artículo 45, pena de arresto, Código Penal guatemalteco-. Si el hecho de privar a una persona de su libertad por sesenta días, representa una contradicción con los fines de la privación de libertad, en cuanto a la reeducación y reincorporación, el no haber fijado un mínimo de tiempo resulta aún en mayor contradictorio. Es necesario también, que los juristas puedan discutir si es prudente dentro del derecho penal guatemalteco, mantener penas de arresto por esas cantidades de tiempo, discutiendo la necesidad de incorporar sanciones penales de servicios a la comunidad y prestación de labores sociales de acuerdo a la pericia del infractor, quizá ese tipo de sanciones es más acorde a los principios limitadores del ius puniendi, pero en términos prácticos le quitamos un peso al sistema penitenciario y a las mal llamadas carceletas policiales dentro de las comisarias, y en última instancia, disminuimos los malos tratos, inhumanos y degradantes que se sufre por hacinamiento.

Si la determinación de la pena no la encontramos en el ámbito de la legislación positiva, compete de nueva cuenta a la doctrina sentar

²² La fijación de la pena (Fp) está en función (f) del móvil del delito (md), extensión e intensidad del daño causado (Eid), circunstancias atenuantes (at) y circunstancias agravantes (ag).

las bases, las cuales al igual que la fijación de la pena judicial deben responder a un modelo de garantía y en este caso particular no deben ser propios de modelos vejatorios, ni de mera prevención. Así, la fórmula no debe tomar cuestiones de libertad individual, como la ideología y la creencia religiosa. Tampoco puede tomar como base la existencia de conceptualizaciones propias de modelos de Estado autoritarios, represivos o tendientes a la protección de intereses de una colectividad minoritaria, por ello, de nueva cuenta, los principios limitadores al ius puniendi se hacen relevantes en la medida que permiten al legislador emitir una norma jurídico penal con la mayor taxatividad posible, la menor intromisión en las actividades individuales y la no utilización del derecho penal para suplir la imposibilidad de atender las necesidades sociales de la población.

El legislador debe, en el ejercicio de determinar la imposición de la pena, ver que esta sea proporcional al bien jurídico tutelado, y es este bien jurídico tutelado en donde pueden caber todas esas conceptualizaciones e intereses referidos en el párrafo anterior. Esto se ha centrado entonces en el principio de Lesividad y la relación con el bien jurídico tutelado. En otras palabras, lo que es antijurídico debe ser materialmente relevante, con lo cual lo antijurídico debe realmente poner en peligro o lesionar los elementos esenciales de convivencia social. Siendo así, las normas penales al considerar en el supuesto del hecho lo antijurídico pueden concretarse en situaciones materialmente relevantes, y, por lo tanto, escapar de una antijuricidad formal que puede ser manipulada por intereses diversos.

El profesor Díez Ripollés expone al respecto los cuatro puntos de referencia generales que el legislador debe observar como criterios de selección de bienes jurídicos, es decir, determinar esos puntos de referencia que le dan legitimidad. Aunque el profesor Díez no lo expresa, si deja ver que el primero de los criterios, el de los ideales explícitos, parte de un modelo de sociedad consensual en donde cualquier persona o grupo de personas que discutan o varíen en sus opiniones sobre lo que se ha prohibido corren el riesgo de ser sancionados y por lo tanto "...se opone desde luego a la relatividad y mutabilidad de los valores sociales propias de toda sociedad pluralista." Que el legislador se base en este criterio para seleccionar el bien jurídico a proteger, representa riesgos de implantar un modelo autoritario.

Durante varios años en Guatemala el Orden Público del Estado se conceptualizó como ir en contra de lo que los Gobiernos o dictaduras militares aceptaban como orden, es decir, no contrariar el modelo de Estado que se ha implantado. Hoy, la Constitución vigente guarda el concepto de orden público en el marco de ser un bien jurídico que vale si es alterado en el ejercicio del derecho a manifestar, con lo cual la concepción de Orden Público del Estado es la misma que el periodo del Conflicto Armado Interno. Esto se tradujo que el artículo 391 del Código Penal guatemalteco tipifique que el delito de terrorismo lo comete quien tiene la finalidad de alterar el orden público del Estado, y, en consecuencia, decenas de personas que participan en manifestaciones sociales se encuentran detenidas o sujetos a procesos penales.

El segundo criterio, que se funda en personificaciones ideales, tiende a interiorizar en la sociedad que los valores que difunden las personas promedio de la sociedad son aquellas que deben ser protegidas. Si la mayoría trabaja y la manifestación de un grupo social vulnerable le impide llegar más rápido a su sede de trabajo, entonces, debe protegerse la libre locomoción por sobre la manifestación de acceder al agua en la comunidad. Este criterio se funda en un modelo social consensual y, de igual forma, es contrario al modelo pluralista. Este tampoco debería ser el criterio del legislador. Actualmente, en la práctica, encontraremos a muchos legisladores que discuten los proyectos de leyes penales basados en el criterio de expertos, que es un enfoque funcionalista, en cuanto parten de la obtención de información cuantitativa y en su descripción fundamentan tomar decisiones penales.

Aun cuando no debe descartarse que la información cuantitativa y cualitativa sirve para poder generar discusión, el legislador que toma dichos elementos puede estar resolviendo los problemas sociales con normas penales e incurrir en el error de utilizar el derecho penal como primera herramienta de control social. Por ejemplo, la promulgación de leyes antimaras, que no son más que herramientas que visualizan un Estado inefectivo en atender las necesidades sociales de sus adolescentes. De forma concreta este criterio tampoco es el válido.

El siguiente criterio, el más válido de todos, es el que el profesor Díez Ripollés denomina constitucionalista. La norma constitucional brinda un extenso catálogo de derechos fundamentales los cuales el Estado debe garantizar y configurar como centrales de cualquier política que desarrolla “...de modo que el legislador ordinario solo debe ocuparse de explicitarlas adecuadamente...” Aun así, como se señaló anteriormente, las constituciones de los países no suelen avanzar en el mismo ritmo que los cambios sociales, responde muchas veces a su contexto de creación aun cuando sus normas sean avanzadas, es el caso del concepto de orden público del Estado.

Habiendo mencionado esos cuatro criterios, aún queda la sensación vacía de que sea suficiente la Constitución para justificar cuales deben ser los bienes jurídicos a proteger, pues también esa constitución no puede responder a un modelo social pluralista y por tanto ser excluyente.

Sin embargo, tomando este último criterio, el constitucional, como el criterio con mayor validez para el legislador, la pena que impondrá, como se decía al principio debe ser proporcional, y esta proporcionalidad tiene algo intrínseco como limitación material, el Estado por su ética de superioridad no puede imponer sanciones que dañen el bien jurídico protegido del victimario, por ello, matar al asesino es una seria contradicción filosófica. La proporcionalidad aceptada es la privación de libertad ambulatoria, y esa regla general que se hizo referencia de penas no mayores de cincuenta años y no menores de treinta días es el rango en el cual el legislador deberá definir la pena proporcional

La fórmula democrática se configura inicialmente diciendo que la pena (p) es proporcional (al bien jurídico protegido (bjp) y este se encuentra en función (f) de la necesidad legítima de protección (nlp) que está en función de la norma constitucional (c) si esta pertenece (al contexto histórico de la sociedad (h).

$$p \text{ bjp} = f (nlp) = f (c) (h)$$

Si la norma no responde al contexto histórico de la sociedad, el legislador ordinario podrá encontrar la fórmula de legitimar una va-

riación en la norma ordinaria sin ser contradictoria, valiéndose de los elementos de interpretación, pero a su vez, podrá valorar las reformas necesarias constitucionales con impacto en el modelo de Estado.

Sin duda, el legislador se preguntará cuando agravar esa pena proporcional, y nuevamente su respuesta deberá ser buscada en doctrina, aun cuando dentro de la ley penal encontrará ejemplos sobre las fórmulas de agravación de pena. La más general será en función del sujeto activo y del sujeto pasivo.

Cuando el sujeto activo tiene el deber de cuidado o la obligación de hacer, por ejemplo, un agente policial, y es este el que comete el delito, entonces buscará la agravación de la pena. De igual forma, si la actividad u omisión del sujeto activo recae sobre una persona con mayor vulnerabilidad que la normalidad de habitantes, no importando quien sea el sujeto activo, por el hecho de recaer en ese sujeto pasivo la pena será agravada.

La pena agravada (Pa) está en función del bjp más las consideraciones del sujeto activo (sa) o del sujeto pasivo (sp).

$$Pa = f (bjp) + (bjp + sa)$$

$$Pa = f (bjp) + (bjp + sp)$$

Con ello la pena proporcional responde a criterios Objetivos de valoración conforme el reconocimiento del cuidado de los derechos fundamentales, y las sanciones que se impondrán de forma agravada no corresponderán a criterios de peligrosidad y de mera formalidad, sino a criterios materiales basados en las condiciones especiales del sujeto que debía proteger y el que por su situación exigía mayor protección.

Fuentes de Información:

-Diez Ripollés, J. y Giménez-Salinas i Colomer, E. (2001) Coordinadores. *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*. Guatemala: Editorial Edinter.

-Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: editorial Trotta.

-Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. (2005). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Guatemala: Impreso en Serviprensa.

-Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Derecho Penal, Parte General*. México: Tirant lo Blanch libros.

La politización de la justicia y su incidencia en la independencia judicial

Lic. Andy Guillermo de Jesús Javalois Cruz:

TABLA DE CONTENIDO

Sumario.

Introducción.

1. Antecedentes.
2. La politización de la justicia y su incidencia en la independencia judicial.
3. Cómo evitar la injerencia indebida (interna y externa) que compromete la imparcialidad de los jueces.
4. Conclusiones. Fuentes

Andy Guillermo de Jesús Javalois Cruz es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado y notario, egresado de la Universidad Rafael Landívar, cuenta con una especialización en derechos humanos y archivística por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Guatemala, profesor de Introducción a la Filosofía y de Filosofía del Derecho en la Universidad Rafael Landívar.

Resumen

El presente es un breve análisis sobre el tema de la politización de la justicia. Se entiende bajo la denominación justicia no solamente el hecho de emitir una resolución judicial respecto de un asunto sometido a la competencia del órgano jurisdiccional sino, también, de la autonomía de que debe gozar dicho órgano para poder emitirla. En cuanto a la denominación de politización se comprende por la misma dar orientación o contenido político a las acciones y pensamientos de quienes integran la judicatura²³.

Introducción.

El presente es un breve análisis sobre el tema de la polarización de la justicia. Se entiende bajo la denominación justicia no solamente el hecho de emitir una resolución judicial respecto de un asunto sometido a la competencia del órgano jurisdiccional sino, también, de la autonomía de que debe gozar dicho órgano para poder emitirla. En cuanto a la denominación de politización se comprende por la misma dar orientación o contenido político a las acciones y pensamientos de quienes integran la judicatura.

La estructura institucional del Estado de Guatemala fue definida en la Constitución Política de la República, promulgada el 31 de mayo de 1985. En dicho texto se estableció el principio de separación de poderes, como eje esencial de un gobierno republicano y democrático.

En 1987, durante el gobierno de Vinicio Cerezo Arévalo, inició un proceso para alcanzar la paz el cual culminó con la suscripción de los

²³ Andy Guillermo de Jesús Javalois Cruz es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado y notario, egresado de la Universidad Rafael Landívar, cuenta con una especialización en derechos humanos y archivística por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Guatemala. Es profesor de Introducción a la Filosofía y Filosofía del Derecho en la Universidad Rafael Landívar. Profesor de Derecho Maya en la Universidad Mesoamericana. Profesor de Pluralismo Jurídico en la Unidad de Capacitación del Ministerio Público. Consultor jurídico externo de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales –ASIES–.

Acuerdos de Paz y la firma de la Paz Firme y Duradera en 1996. Este proceso puso fin a 36 años de conflicto armado interno²⁴.

Previamente había producido un intento de golpe de Estado (1993) promovido por el entonces presidente de la República, Jorge Serrano Elías, circunstancia que hizo notoria la necesidad de cambios significativos en la configuración del Estado. Fue así que se designó un nuevo presidente y se impulsaron reformas a la Constitución. De esa cuenta se modificó la organización estatal y la institucionalidad política.

Entre los cambios promovidos cabe citar la reducción del mandato presidencial, de cinco a cuatro años, se reformó el número de magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia y se modificaron las funciones, período y ejercicio de la presidencia del Organismo Judicial, la presidencia ya no sería ejercida por una persona durante cinco años, sino, que se rotaría anualmente entre quienes fueran electos por los integrantes de la Corte Suprema.

A pesar de estos cambios en 1996 el Acuerdo para el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática estableció como una de las grandes debilidades del Estado guatemalteco su sistema de administración de justicia. En dicho Acuerdo quedó determinada la necesidad de reforma y modernización, combate y erradicación de la corrupción, garantía de libre acceso a la justicia, imparcialidad, aplicación e independencia judicial.

Con su reforma, la Constitución Política de la República de Guatemala institucionalizó comisiones de postulación, a efecto de limitar la discrecionalidad de los Organismos del Estado en cuanto al nombramiento subjetivo e inidóneo de determinadas autoridades públi-

²⁴ Luján Muñoz y J. Danuel Contreras R. *Historia General de Guatemala. Tomo VI, Época Contemporánea: 1945 a la actualidad*, Asociación de Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala 1997, págs., 148 y 149. El gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca –URNG- firmaron acuerdos sobre: el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca (1993), derechos humanos (marzo de 1994), el restablecimiento de personas desplazadas (junio de 1994), esclarecimiento histórico (junio de 1994), y derechos indígenas (marzo de 1995). También hicieron un progreso significativo sobre un acuerdo socio-económico y agrario. El 29 de diciembre de 1996, el gobierno firmó los Acuerdos de Paz, que terminaban un conflicto armado interno de 36 años de duración.

cas, que ejercen acciones esenciales dentro de la actividad estatal y de relevancia para la consolidación del régimen de legalidad, el fortalecimiento del Estado de Derecho y la democracia participativa y representativa.

No obstante los esfuerzos para socavar la corrupción que se enraizó en Guatemala durante el conflicto armado interno, ésta fue el sino distintivo de la administración estatal, circunstancia a la que no fue ajena el Organismo Judicial.

Precisamente la precariedad en la administración de justicia, propició la necesidad de acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para la resolución de diversos casos, entre los que figura el juicio por el asesinato de la antropóloga Myrna Mack Chang. El proceso diligenciado ante la Corte IDH y el consecuente proceso penal nacional, evidenciaron las frágiles condiciones imperantes en toda la administración de justicia guatemalteca.

1. Antecedentes

La Constitución Política de la República (artos. 203 a 222) regula la organización administrativa del Organismo Judicial, dentro del marco de los denominados poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial²⁵. Al respecto manifiestan los autores Pereira y Richter que el Estado de Guatemala se ha organizado manteniendo el principio de división de poderes que ha segmentado la cosa pública en tres entes denominados Organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial.²⁶ En este orden de ideas la injerencia de uno sobre el otro solo se justifica si está dentro de los cánones permitidos por la ley.

De acuerdo con Guarnieri y Pederzoli²⁷, la importancia política y social que ha adquirido el poder judicial, en general, y los jueces, en particu-

²⁵ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *Derecho Constitucional*, Ediciones De Pereira, segunda edición, 2005, Pág. 267.

²⁶ *Ibid.*, Pág 102.

²⁷ Citados por: Boscan Carrasqueño, Guillermo; *Judicialización y Politización en América Latina: Una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Volumen IV, No. 2, Julio-Diciembre 2010. Disponible en: <http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v4.n2/judicializacion%20y%20politizacion.pdf>.

lar, se ha convertido en un rasgo común de las democracias contemporáneas: un fenómeno descrito como la judicialización de la política. Dicho rasgo se acentúa desde la segunda guerra mundial mediante la modificación en la distribución del poder político, que experimentó una separación del poder legislativo en dirección a los tribunales de justicia, dejando de manifiesto una relación nueva entre los conceptos de ley, tribunales y política.

Según lo manifiesta Ferejohn, este proceso definido como judicialización de la política se ha vuelto de dimensiones casi mundiales, respecto de lo cual se han distinguido tres formas en que los tribunales han tomado nuevos e importantes papeles respecto de los legisladores. El primero es aquel en el que los tribunales se han visto cada vez más aptos y con mayores deseos de limitar y regular el ejercicio de la autoridad parlamentaria interponiendo significativas barreras al poder de las legislaturas.

El segundo establece que los tribunales se han convertido en un sitio de gestión de políticas significativas. Y por último los órganos jurisdiccionales cada vez están más dispuestos a regular la actividad política de las sociedades, construyendo y haciendo valer normas de comportamiento aceptables para quienes se definen como políticos o para aquellos que solo quieren hacer valer intereses de tal naturaleza.

Esto se manifiesta en primer término por la circunstancia de que cada vez más los jueces que tienen a su cargo la revisión constitucional hacen sustancialmente definiciones de políticas públicas, ampliando el ámbito del *judge-made law* o de situaciones donde el juez crea un precedente judicial.²⁸

En segundo lugar existe evidencia sobre un aumento de los procesos y decisiones judiciales en la vida política y social de los países, así como un incremento de la resolución de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y sociedad, en los juzgados. En este último sentido es que puede entenderse mejor la judicialización de la política, partamos de la idea de que el ser humano es político por natura-

²⁸ Loc.cit.

leza, desde Aristóteles así ha sido entendido,²⁹ entonces el trasladar estas cuestiones a la decisión de los jueces bien puede subsumirse en el concepto de judicialización de la política y con ella de toda la interacción social humana.

Indica Miranda que los jueces son por esencia árbitros en los conflictos entre poderes. Y, si bien ésta era anteriormente una atribución respecto de la cual el Organismo Judicial asumía una actitud pasiva, hoy en día cada vez ingresa con mayor frecuencia al conocimiento y decisión de estas cuestiones.³⁰

Los tribunales toman decisiones más o menos finales con consecuencias políticas, cualquiera que desee obtener algún provecho presentará sus intereses como argumentos persuasivos, así como también, importantes motivos para buscar influir e incluso, controlar los nombramientos de los jueces y de los miembros de otras instituciones de derecho o del sistema justicia. Este proceso por el cual las condiciones de judicialización de la política tienden a producir la politización de los tribunales de justicia. La distinción estriba en que contrario a lo que sucede con la judicialización de la política, la politización surge en la sociedad o en alguna de las instituciones del Estado y se cierne sobre los tribunales o juzgados, generando una simbiosis entre ambos procesos que se refuerzan mutuamente.

El concepto de politización, aprovecha fundamentalmente, el avance del Organismo Judicial en tres de sus funciones específicas: a) la de guardián de la Constitución Política de la República, frente a las decisiones políticas, b) la de árbitro en conflictos en relación a los alcances y límites del poder político, y c) la de fiscalización y control de la tarea de los políticos.

²⁹ *Zóonpolitikon*: es una expresión escrita por el filósofo Aristóteles en su libro 1 de Política. El significado literal de la misma es: “animal social” o más específicamente “animal político”, y hace referencia al ser humano, el cual a diferencia de los animales posee la capacidad natural de relacionarse políticamente, o sea crear sociedades y organizar la vida en ciudades.

³⁰ Miranda Daniela. Consideraciones acerca de los efectos de la politización de la justicia en el Estado republicano y democrático de derecho, disponible en http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/file.php/144/Ponencia_Consideraciones_acerca_de_los_efectos._Ab._Daniela_Magali_Miranda.doc.

Como ya se hizo notar, de conformidad con la legislación guatemalteca, los órganos jurisdiccionales ejercen el control constitucional de las leyes y de los actos de la administración pública. Esto no debe interpretarse como una injerencia.

En cuanto a la segunda función tradicional, se aprecia una expansión de la órbita de acción del Organismo Judicial sobre cuestiones políticas y sociales, entendida como aquél conjunto de decisiones de naturaleza política que, por tales, deben quedar exentas del contralor judicial. Sobre este particular volveremos más adelante.

Respecto de la última función se afirma que cada vez con mayor frecuencia el Organismo judicial juzga el desempeño de los funcionarios públicos (quizás por defecto de funcionamiento de los entes u órgano de control)³¹.

Es de hacer notar que este proceso de judicialización y de politización tiene un carácter continuo que distingue la relación entre las distintas ramas del Estado y condiciona el tipo de comportamiento que adoptan los agentes en las interacciones objeto del presente análisis.

Los procesos de politización de la justicia se vienen dando a lo largo y ancho de todo el mundo, vinculando de manera directa al Organismo Judicial con las funciones que teóricamente han sido atribuidas como competencias de los poderes legislativo y ejecutivo.

Es de tomar en cuenta que en Guatemala los artículos 207 y 216 de la Constitución Política de la República que estatuyen los requisitos para ser magistrado o juez destacan la incompatibilidad de dichos cargos con el ejercicio de cargos directivos en sindicatos y partidos políticos.

³¹ Ansolabehere, Karina; *Jueces, Política y Derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia*; Revista Isonomía N° 25, FLACSO, Abril de 2005. Disponible en: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/133305.pdf>.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad ha manifestado:

“...al prohibir que los jueces y magistrados desempeñen otro cargo, se refiere a cualquier otro que no sea de docencia y, siempre, que ésta no entre en conflicto de horario con la judicatura. La docencia ejercida por profesionales que ostentan una judicatura, da a los educandos en las universidades, la oportunidad de enriquecerse de las experiencias de aquel maestro que ha aprendido a combinar la teoría producto del estudio de la temática del curso que imparte y la práctica que le da la aplicación del Derecho a los casos sometidos a su conocimiento en la judicatura.” Gaceta No.69, expediente No.682-03, pág. 13, sentencia: 18-8-03.

En lo que atañe a la filiación política se puede afirmar que no existe prohibición expresa para que quien ejerce la judicatura pueda vincularse a un partido político. El único impedimento en relación al ejercicio de este aspecto de la vida ciudadana, deriva de la incompatibilidad de ejercer a la vez que se es juez, algún cargo de dirección en un partido político. Esto tiene lógica con la posibilidad de todos los ciudadanos de poder libremente ejercer sus derechos cívico-políticos, además de ser coherente con la idea de que desarrollar actividades como integrante directivo de una agrupación política si puede llegar a influir en las decisiones que se adopten. Alrededor de este tema se han expuesto algunas opiniones que resultan de interés, como la expresada por el jefe del poder judicial del Perú, Javier Villa Stein quien ha afirmado que no considera negativa la filiación partidaria de los jueces. “Estamos en un país democrático donde todas las filiaciones son compatibles con el estado constitucional de derecho”³².

³² Con información disponible en: <http://elcomercio.pe/politica/352434/noticia-villa-stein-no-critica-filiacion-politica-jueces-respetemos-corazones>, consultado el 17 de octubre de 2013. La prohibición constitucional es la siguiente: “*Artículo 153. Prohibición a Jueces y Fiscales. Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.*”

Pero la visión benevolente concluye cuando se habla ya de una participación plena, como se puede desprender de lo manifestado por el presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal Argentina, Jorge Rizzo, para quien: *“Es ilegal que los jueces participen en elecciones”*³³.

*“Ley Orgánica de los Partidos Políticos, la 23298, en su artículo 33 establece las inhabilidades para ejercer cargos públicos electivos, y entre ellas está el ser juez. Expresamente no pueden ser candidatos a cargos públicos ni ser designados para ejercer cargos partidarios ‘los magistrados y funcionarios permanentes del Poder Judicial nacional, provincial y tribunales de faltas municipales.’”, subrayó Rizzo*³⁴.

El caso del Tribunal Constitucional español resulta por demás interesante en relación al asunto objeto de análisis y en particular para el caso del ejercicio de la judicatura guatemalteca. Existe en España un sistema especial en ese punto para los Magistrados del Tribunal Constitucional, a los que se les prohíbe *“el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, sindicatos, asociaciones, fundaciones y colegios profesionales y con toda clase de empleo al servicio de los mismos”* (art. 159.4 CE y art. 19.1.6º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), pero como lo explica Julio Banacloche Palao, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, no se prohíbe la simple afiliación³⁵. Esta última interpretación es coincidente con la que se hizo sobre el caso nacional, pues el tenor del artículo 207 constitucional, utiliza términos semejantes para establecer la limitación a jueces y magistrados.

No hay que confundir la prohibición de participación en política partidaria (de partidos, valga la redundancia), con lo que indica el siguiente autor:

“En la tradición de Occidente se cuentan otras maneras de entender la actividad y el compromiso político. Pese a que, por lo general, no se

³³ Con información disponible en: <http://www.noticiasurbanas.com.ar/noticias/la-participacion-de-los-jueces-en-elecciones-es-ilegal/>, consultado el 17 de octubre de 2013.

³⁴ Loc.cit.

³⁵ Con información disponible en <http://www.abc.es/espana/20130719/abci-analisis-201307182153.html>, consultado el 17 de octubre de 2013.

valora en lo que merece, lo cierto es que existe otra idea de la actividad política que no pasa necesariamente por la militancia partidista. «Hacer política», en este otro sentido —al que podemos referirnos apelando a la concepción clásica de inspiración griega—, consiste en compartir con los demás ciudadanos la preocupación por el bien común. Este objetivo se cumple o realiza de muchas maneras. Entre ellas, la de los Jueces es, sin ninguna duda, una de las más importantes. No es necesario, pues, pertenecer a un partido político para sentirse políticamente activo, aunque en muchos casos la afiliación sea el único camino, hoy por hoy, para poder tener acceso a los «puestos» de poder. Pero esto es, precisamente, lo que los Jueces no deben proponerse como objetivo. Decimos esto porque a veces nos da la impresión de que cuando se critica la prohibición del art. 127.1,ⁿ quienes así lo hacen insisten mucho en la relación que existe entre el compromiso político (partidista) y la lucha por la democracia, extremos ambos que pueden en efecto ir juntos pero no hasta el punto de excluir cualquier otro modelo de compromiso con la democracia que no pase por la afiliación a un partido político.”³⁶

En lo que atañe a remover a un magistrado o juez de su puesto durante el desarrollo del ejercicio de la judicatura debe tenerse en cuenta lo estipulado en:

Artículo 208.- Período de funciones de magistrados y jueces. Los magistrados, cualquiera que sea su categoría, y los jueces de primera instancia, durarán en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelectos los primeros y nombrados nuevamente los segundos. Durante ese período no podrán ser removidos ni suspendidos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la ley.

Respecto de este artículo la Corte de Constitucionalidad ha indicado:

“...la inamovilidad implica, en principio, estabilidad y la seguridad que debe tener un funcionario para no ser removido de su cargo sin la observancia de las formalidades y por las causas establecidas en la ley;

³⁶ Con información disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0404120037A/13883>, consultado el 17-10-2013.

ello para mantener la independencia de criterio y la imparcialidad propias del cargo que desempeña; esta inamovilidad no es absoluta, toda vez que, eventualmente, un funcionario del Organismo Judicial puede ser separado del cargo, por ejemplo, si se declara con lugar un antejuicio. La inamovilidad a que se refiere la Constitución significa que durante el período para el que fueron electos o nombrados los funcionarios, no podrán ser removidos, sino en los casos y con las formalidades legales, sin que esa ley sea exclusivamente la Ley de Servicio Civil. La norma atacada lo que contiene es una disposición que prevé el procedimiento a seguir en caso de que la conducta del funcionario sea incompatible con el cargo que desempeña, circunstancia que no lesiona la inamovilidad consagrada en la Constitución.” Gaceta No. 37, expediente No. 261-93, página No. 19, sentencia: 19-07-95.

2. La polarización de la justicia y su incidencia en la independencia judicial

Para el año 2014, los procesos de selección y elección de los más relevantes funcionarios públicos a nivel electoral y del sector justicia, se llevaron a cabo bajo el formalismo instituido en la Ley de Comisiones de Postulación. En marzo fueron electos los nuevos magistrados del Tribunal Supremo Electoral; en mayo, se eligió una nueva Fiscal General; y de julio a noviembre tuvieron lugar los procesos de selección y elección de magistrados a la Corte Suprema de Justicia y de las Cortes de Apelaciones.

En este contexto se renovaron significativamente las autoridades del Organismo Judicial de Guatemala. A pesar de la importancia de estos cambios para la justicia del país³⁷, los procesos de selección y elección estuvieron marcados por irregularidades y controversias³⁸. Acusaciones de supuesto tráfico de influencias que buscó favorecer la selección y posterior elección de ciertos postulantes definieron

³⁷ Para un diagnóstico sobre la situación de la independencia y transparencia judiciales en Guatemala, ver, Fundación para el Debido Proceso (DPLF). (2013). *Ley vs. realidad. Independencia y transparencia de la justicia en Centroamérica y Panamá. Informe de Guatemala*. Washington, D.C.: DPLF. Disponible en http://dplf.org/sites/default/files/guatemala_v05.pdf

³⁸ Postema, M. *El proceso de selección de la Fiscal General en Guatemala: más regulación no significa menos arbitrariedad*. Washington, D.C.: DPLF. Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/seleccion_fg_en_guatemala_mpostema.pdf

este período. En suma se evidenció la politización de la justicia con todos sus defectos y debilidades³⁹.

Resulta oportuno aclarar que en el caso del Organismo Judicial de Guatemala, la normatividad constitucional y ordinaria vigente distingue dos formas de ingreso. Por una parte las personas pueden ingresar al denominado sistema de carrera, llenando los requisitos exigidos para el efecto. Este sistema solo aplica a jueces de paz y jueces de primera instancia.

Por su lado los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cortes de Apelaciones, no están incluidos en el sistema de carrera, son sujetos a un proceso de selección y elección a cargo de comisiones de postulación y del Congreso de la República.

En efecto la Ley de la Carrera Judicial rige únicamente para los jueces, no así para los magistrados. Éstos ni tan siquiera están obligados a ser evaluados en su desempeño o haber hecho carrera judicial para ser electos. Por ello la elección de los postulantes quedó sujeta al arbitrio subjetivo de las Comisiones de Postulación y del Congreso de la República. Éste último incluso infringió normativa constitucional y ordinaria al momento de realizar el proceso de elección.

Algunos ciudadanos intentaron, sin éxito, interponer acciones constitucionales de amparo, a efecto de que el proceso se llevara a cabo conforme lo establecido en la ley. Asimismo se presentaron una serie de objeciones, mediante las cuales se pretendía tachar la participación de algunos postulantes que no resultaban idóneos, entre otros aspectos, por tener conflictos de intereses, al ser electores y postulantes al mismo tiempo. Otra de las lacras presentes durante esta etapa lo constituyó el nepotismo, pues algunos de los postulantes tenían familiares o amigos cercanos entre las Comisiones de Postulación y en el Congreso de la República.

³⁹ Por politización de la justicia no debe entenderse el hecho lógico de que cada juez tenga una ideología política o una concepción moral. Según lo expone Roberto L. Blanco Valdés la politización de la justicia “tiene que ver esencialmente con las injerencias del poder ejecutivo y, en menor medida, del poder legislativo en esferas materiales que deberían estar reservadas al poder judicial en exclusiva”. Con información disponible en <http://liberal-musketeer.blogspot.com/2011/11/politizacion-de-la-justicia-y.html>.

Los problemas suscitados en los procesos de selección y elección de los magistrados para integrar la Corte Suprema de Justicia y las salas de la Corte de Apelaciones hacen ver que existe un debilitamiento sistemático de la calidad y la independencia de la justicia guatemalteca. Esto tiene un impacto negativo directo sobre el sistema democrático del país, ya que uno de los tres pilares del Estado –el encargado de proteger el Estado de Derecho y frenar eventuales excesos del gobierno– se ve gravemente afectado.

Para garantizar la independencia del Organismo Judicial el primer paso lo constituye una profunda revisión y reforma de la normatividad que regula su estructura y funcionamiento. Además es imperativo minimizar la injerencia de actores internos y externos en los procesos de selección y elección de magistrados.

A lo manifestado debe aunarse la exigencia de que quienes se postulen a las cortes deben reunir las condiciones de capacidad, idoneidad y honradez⁴⁰. Además la Constitución exige otro requisito como lo es la reconocida honorabilidad⁴¹. Precisamente el componente ético tiene que ser exigencia primordial a cumplir, incluso, sobre otras consideraciones. Lo dicho se entiende cuando se considera que el derecho y la moral no se excluyen, sino, más bien se complementan⁴².

La conducta ética exige de quienes se postulan para las cortes, que lo hagan libremente, exentos de todo compromiso. Para lograr efectivamente tal cometido es esencial que nadie influya en la decisión de cómo se integran las magistraturas. Que quienes se postulan no consideren que deban su selección y elección a la influencia de persona o grupo alguno.

Por ello el respeto de las normas de comportamiento ético, en especial aquellas referidas al ejercicio de la profesión de la judicatura, es

⁴⁰ Las mismas están contempladas en el artículo 113 de la Constitución Política de la República de Guatemala, además de otro conjunto de disposiciones tales como los artículos 132, 207, 234 y 270 de la citada Carta Magna nacional.

⁴¹ Véase el artículo 207.

⁴² De acuerdo con H.L.A. Hart, la separación entre Derecho y moral, propuesta por el positivismo jurídico, no implica que el derecho no tenga un mínimo de contenidos morales lo cual ofrece legitimidad al conjunto de normas jurídicas. Por tanto, la Moral y el Derecho son diferentes en algunos aspectos, pero no están separados entre sí.

un requisito ineludible para cualquiera que desee formar parte del Organismo Judicial.

3. Cómo evitar la injerencia indebida (interna y externa) que compromete la imparcialidad de los jueces

Para evitar la injerencia indebida en el sistema de postulación y elección de los magistrados para integrar la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelaciones se deben cuando menos realizar las siguientes acciones:

Investigar los méritos de las candidatas y los candidatos. Valorar la excelencia profesional, sustentando la selección y elección en los resultados adecuadamente evaluados de entrevistar a las y los postulantes.

Establecer parámetros claros en la evaluación, incluyendo la evaluación de méritos éticos, a efecto de evitar cualquier discrecionalidad en la medida que pueda afectar el libre desempeño de la judicatura. Valorar la información objetiva aportada sobre las candidatas y los candidatos por las instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil, indagando la veracidad de los datos de soporte presentados.

Para que estas acciones puedan concretarse de manera objetiva, deben estar a cargo de un ente imparcial, que cuente con los insumos técnicos necesarios para dicha labor y que este facultado legalmente para interactuar con quienes postulan y eligen a quienes integraran las cortes.

Las reuniones de trabajo de selección y elección deben celebrarse a puertas abiertas, permitiendo la presencia de medios de comunicación y de la sociedad civil organizada.

Se debe prestar la atención debida e investigar las denuncias que se presenten en relación a cualquier injerencia en las decisiones de las comisiones.

Hay que evitar interpretaciones arbitrarias de la normatividad aplicable, haciendo acopio de un análisis integral de la misma, con miras a lograr la legalidad y legitimidad del proceso de selección y elección de magistrados.

4. Conclusiones

La politización entendida como una orientación hacia la forma en que los jueces resuelvan debe ser totalmente evitada y prohibida.

La simple circunstancia de la filiación a algún partido político, no debe ser determinante para prejuzgar la independencia de un juez o magistrado, siempre y cuando aquella no implique el ejercicio de un cargo directivo.

La garantía de inamovilidad, consustancial de la de independencia judicial, no es absoluta y está delimitada por las circunstancias taxativamente señaladas en la ley y que dan lugar a la formación de un procedimiento de antejuicio, precisamente para determinar si existen causas de justificación suficientes para procesar a un juez o magistrado.

La imparcialidad de los jueces y magistrados solo puede lograrse mediante la sustancial reforma del sistema de carrera judicial. Por ello debe promoverse la inclusión en dicho sistema de todos los actores claves de la administración de justicia.

Actualmente hay un enfoque meramente formalista en las evaluaciones del desempeño lo cual incide en la escasa efectividad de las mismas. Prima en gran medida el elemento subjetivo que no atiende más consideraciones que el sometimiento expreso, de los jueces y magistrados, a determinados grupos o personas.

La pobre calidad del proceso de evaluación se agrava cuando se considera que no se toma en cuenta la ética en el trabajo del Organismo Judicial. Si bien existen disposiciones deontológicas expresas para el trabajo de la judicatura, también lo es que las sanciones por su incumplimiento son por completo ineficaces. Con ello solo se genera una cultura de impunidad que se traslada a todas las esferas de la administración de justicia.

Esto hace imprescindible que para poder optar al cargo de magistrado de apelaciones o bien de la Corte Suprema de Justicia, los postulantes se sometan al escrutinio público y a una apropiada evaluación del desempeño.

Por lo expuesto, en tanto no se configure una reforma constitucional, debe privilegiarse, en lo posible, las postulaciones de aquellas personas que han hecho carrera dentro del Organismo Judicial y tienen los méritos idóneos para poder ser considerados para ocupar tan importantes cargos dentro del sistema de justicia guatemalteco.

Fuentes de información

Bibliográficas

Luján Muñoz y J. Danuel Contreras R. Historia General de Guatemala. Tomo VI, Época Contemporánea: 1945 a la actualidad, Asociación de Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala 1997.

Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. Derecho Constitucional, Ediciones De Pereira, segunda edición, 2005.

Electrónicas

Ansolabehere, Karina; Jueces, Política y Derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia; Revista Isonomía N° 25, FLACSO, Abril de 2005. Disponible en: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.Biblioteca.org.ar/libros/133305.pdf>.

Boscan Carrasqueño, Guillermo; Judicialización y Politización en América Latina: Una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Volumen IV, No. 2, Julio-Diciembre 2010. Disponible en: <http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v4.n2/judicializacion%20y%20politizacion.pdf>.

Fundación para el Debido Proceso (DPLF). (2013). Ley vs. realidad. Independencia y transparencia de la justicia en Centroamérica y Panamá. Informe de Guatemala. Washington, D.C.: DPLF. Disponible en http://dplf.org/sites/default/files/guatemala_v05.pdf.

Miranda Daniela. Consideraciones acerca de los efectos de la politización de la justicia en el Estado republicano y democrático de derecho, disponible en http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/file.php/144/Ponencia_Consideraciones_acerca_de_los_efectos._Ab._

Daniela_Magali_Miranda.doc.

Postema, M. El proceso de selección de la Fiscal General en Guatemala: más regulación no significa menos arbitrariedad. Washington, D.C.: DPLF. Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/seleccion_fg_en_guatemala_mpostema.pdf.

<http://liberal-musketeer.blogspot.com/2011/11/politizacion-de-la-justicia-y.html>.

Normativas

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República. 1985, y sus reformas.

Congreso de la República de Guatemala. Ley de la Carrera Judicial.

Otras fuentes

Estado de Guatemala-Unidad Revolucionario Nacional Guatemalteca. Acuerdo para el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática. 1996.

Belice

Luces y sombras en el Diferendo Territorial Acuerdo Especial Inconstitucional la Consulta Popular, Sus Aspectos Negativos

Dr. Julio Roberto Bermejo González*

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.

Antecedentes Históricos.

Belice a la Luz de la Constitución Política
emitido el 31 de Mayo de 1985.

Convención de Montevideo sobre Derechos y
Deberes de Los Estados.

Reconocimiento de Belice como Estado
Independiente.

Sentencia le la Corte Constitucionalidad
de Fecha 3 de Noviembre de 1992 y Acuerdo
Legislativo Numero 21-92 de 24 de Noviembre
de 1992.

Gestiones Posteriores al Reconocimiento
de Belice como Estado Dependiente.

**Doctor en Derecho Graduado por la Escuela Diplomática Española Ex -integrante del
Comisión de Belice.*

INTRODUCCIÓN:

Es importante que el pueblo de Guatemala refresque su memoria sobre cómo se ha manejado este diferendo territorial a través de la historia.

Guatemala tiene razones legales e históricas para afirmar que el territorio que ocupa Belice le pertenece. Con título suficiente únicamente para explotar palo de tinte Inglaterra inició la ocupación de la parte Norte del área de Belice, la que después amplió de hecho hasta el Río Sarstun. Es deleznable el argumento de que el derecho de Inglaterra nace de abandono, prescripción ó conquista del territorio, después de guerra que tuvo con España. Del Río Sibún hasta el Sarstun Belice formó parte del territorio de la Verapaz y éste era parte de la Capitanía General de Guatemala. Producida la Independencia Guatemala sucede a España en sus derechos sobre el área comprendida del Río Hondo al Sibún. Esta breve descripción del proceso solo tiene por objeto identificar cual era la situación del territorio de Belice al producirse la independencia y después al desintegrarse la Federación.

Sin derechos de soberanía y sustentada únicamente en su ocupación, basada en su condición de potencia mundial, se llega a la década del 60 y con ella la política mundial de descolonización. Inglaterra consolida autoridades en Belice y en este proceso se llega a 1859. Inglaterra en virtud del Tratado Clayton-Bulwer de 1850 estaba comprometida con EE.UU a no ocupar con pretensiones de soberanía territorio alguno en América. En el citado año de 1859 Inglaterra presiona a Guatemala para firmar un Tratado de límites, cuando en realidad era de cesión territorial. En 1981 Inglaterra le concede a Belice su independencia, continuando su presencia militar. Belice promulga su Constitución Política y en ella consigna que el territorio que geográficamente se identifica como Belice, le pertenece como el territorio propio del Estado de Belice, siendo exactamente el mismo que se identifica en la Convención de 1859. Con esto, para Belice una negociación futura sobre su territorio será un problema y esto con realismo político debe ser tomado en cuenta. La Comunidad Internacional se volcó en apoyo de la independencia de Belice, al punto

que forma parte de la ONU, OEA y otros organismos internacionales más, que lo sustentan y protegen como Estado Independiente.

Como vecinos tenía una singular importancia que Guatemala no reconociera su condición de Estado independiente y en este punto radicaba la principal arma de Guatemala, de cara a una negociación o a un litigio internacional. A Belice le interesaba fundamentalmente el reconocimiento de Guatemala. En todos los demás puntos la Comunidad Internacional la respaldaba.

A partir de la promulgación de la Constitución de 1985 Guatemala, con realismo político trató de entrar en una negociación seria en la que esperaba beneficios importantes para el país, pero Belice no reaccionó positivamente. En 1991 cambia el gobierno en Guatemala, se paran las negociaciones y se llega, en septiembre de 1991, a un inesperado y políticamente irresponsable reconocimiento de Belice como Estado independiente, vía una declaración unilateral del gobierno de Guatemala y las subsiguientes Declaraciones Conjuntas en las que se afirman algunos puntos más de especial importancia para Belice. En su visita oficial a Guatemala la prensa escrita registra que el Señor Musa, Ministro de Relaciones Exteriores de Belice nos vino a decir en nuestra casa que el Estado de Belice no cedería a Guatemala ni un centímetro de territorio. ¿Qué de positivo obtuvo Guatemala?. Simplemente promesas y vía los convenios contenidos en los Comunicados Conjuntos, la posibilidad de que puedan negociarse en el futuro algunas cosas que podrían ser eventualmente beneficiosas para el país, sobre los cuales si no se llega a definir nada, podrían servir de base para una demanda en el futuro. Guatemala se ubicó gratuitamente en una posición totalmente de desventaja y esto el pueblo no puede ni debe olvidarlo nunca, porque traicionar los intereses de la patria es un hecho grave.

Reconocer a Belice como Estado independiente supuso aceptar su existencia jurídica, con una población propia, territorio propio, gobierno estable y capacidad de asumir obligaciones internacionales.

A la luz de Derecho Internacional esto a sido así siempre y en forma muy especial si se analiza el caso a la luz de la Convención de Montevideo de 1933.

Aceptar que obligadamente un Estado debe tener territorio, en el caso de Belice es admitir que éste tiene un espacio geográfico dentro del cual ejerce su poder soberano y solo este hecho afecta profundamente el futuro de una reclamación territorial por parte de Guatemala.

Lamentablemente el error político del Reconocimiento tuvo su aval jurídico en la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 3 de noviembre de 1992 y posteriormente un aval político en el Acuerdo Legislativo número 21-92 de 24 de noviembre de 1992, emitido por el Congreso de la República.

Es legítimo que el pueblo de Guatemala siga pensando con nostalgia en sus derechos sobre el territorio de Belice, pero para ser realistas a los guatemaltecos primero debe preocuparles rescatar el Honor y la Dignidad nacionales y esto constituye un imperativo categórico. El principio de ese rescate debe estar, en revertir el Acuerdo Legislativo ya mencionado; después, declarar la inconstitucionalidad de los actos que condujeron al reconocimiento de Belice como Estado independiente; y después, con Dignidad y Honor rescatados, discutamos mediante negociación o litigio internacional nuestros legítimos derechos.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

Hasta el 30 de abril de 1859 los derechos históricos de la República de Guatemala eran claros. Guatemala había sucedido en los derechos del Reino de España sobre el territorio de Belice.

Los únicos títulos que tuvo Inglaterra durante la época colonial son los Tratados de 1763, 1783 y

1786 los que únicamente concedían a los ingleses derechos para la explotación del palo de tinte, teniendo fijados límites indelebles y definitivos hasta el Río Sibún.

En 1817 y 1819 el Parlamento Inglés reconoció en forma expresa que Belice no estaba dentro de los límites y dominios de la Corona Británica.

Con la independencia en 1821, Guatemala y los demás territorios que formaban las Provincias Unidas de Centroamérica sucedieron a España en sus derechos territoriales.

Entre 1835 y 1850 los ingleses extendieron el Establecimiento de Belice hasta el Río Sarstún.

Es interesante señalar que al suscribir Guatemala y la Gran Bretaña el Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación de 1947, Guatemala formuló las respectivas reservas de derechos sobre el territorio de Belice.

El 19 de abril de 1850 los Estados Unidos y el Reino Unido de la Gran Bretaña fumaron el Tratado Oayton Bulwer que obligaba a Inglaterra a no ocupar ni colonizar parte alguna de Centroamérica. Este Tratado fue incómodo para los ingleses porque comprometía su presencia en el territorio de Belice. El 19 de abril de 1857 entre las mismas Partes se firma el Tratado "Dalias Clarendon", en el que, respecto al Establecimiento de Belice, denominado Honduras Británica, con mucha hipocresía, remitía a que entre Guatemala é Inglaterra debían fijarse los límites. Con este Tratado se le abren a Inglaterra las puertas para forzar la suscripción de La Convención de "Límites" de 30 de abril de

1859, lo que realmente era una Convención de "Cesión Territorial"; ya que Inglaterra nunca había tenido derechos de soberanía y dominio territorial en el área de Belice. Esta Convención solo tiene una explicación: la lejanía del territorio y el temor de que una potencia como Inglaterra extendiera sus pretensiones invasoras a los territorios de Petén é Izabal. Claro ejemplo de la relación entre un tiburón y una sardina.

Ante el incumplimiento de Inglaterra en relación a los compromisos adquiridos de conformidad con la cláusula 7a. de la Convención de 1859 y su complemento contenido en la Convención de 1963 la que no fue ratificada por Inglaterra, Guatemala denunció su Caducidad en 1882. A partir de este momento se inicia un proceso de tratamiento errático del tema, en el que en unos momentos se pretende sostener el principio de Caducidad de la Convención y en otros momentos fundándose en los términos de la Convención, se acepta que para el

establecimiento de los límites se parta de los monumentos existentes, tal como sucedió en 1931, cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores estuvo a cargo del Licenciado Alfredo Skinner Klee.

El Congreso de la República el 9 de abril de 1946, emite el Decreto número 224 en el que aprueba y confirma la declaración de Caducidad de la Convención de cesión territorial, bajo cláusula compensatoria, llamada de límites, suscrita por Guatemala y la Gran Bretaña el 30 de abril de 1859. El tema de Belice no tuvo tratamiento Constitucional sino hasta la Constitución de 1945 en la que se declara que Belice es parte del territorio del Estado de Guatemala. Con ligeras variantes esta misma normativa se mantuvo en las Constituciones emitidas en 1956 y 1958 y ésta rigidez constitucional fue la que impidió que Guatemala pudiera realizar con el Reino Unido de la Gran Bretaña, una negociación favorable a los intereses de Guatemala. Esta situación también explica por qué los diversos gobiernos no aportaron ninguna fórmula importante orientada a la solución del Diferendo. Hay que tener presente también, que al amparo de la naciente organización de las Naciones Unidas -ONU- y principalmente a partir de 1960, se inicia el proceso de descolonización, el cual tuvo como consecuencia, en relación a Belice, que el 21 de septiembre de 1981 Inglaterra le otorgara la independencia a Belice, con apoyo de toda la Comunidad Internacional, ingresando Belice a la ONU, años después a la OEA y a una variedad de otros Organismos Internacionales, con lo cual Guatemala se fue ubicando en una situación incómoda, ya que hasta los hermanos países centroamericanos le negaron su apoyo,

BELICE A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EMITIDA EL 31 DE MAYO DE 1985:

Dentro del contexto comentado se llega a la promulgación de la vigente constitución de 1985, en la que de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y Finales, se establece:

"ARTÍCULO 19.- BELICE. El Ejecutivo queda facultado para realizar las gestiones que tiendan a resolver la situación de los derechos de Guatemala respecto a Belice, de conformidad con los intereses nacionales. Todo acuerdo definitivo deberá ser

sometido por el Congreso de la República al procedimiento de consulta popular previsto en el Artículo 173 de la Constitución. El Gobierno de Guatemala promoverá relaciones sociales, económicas y culturales con la población de Belice.

Para los efectos de nacionalidad, los beliceños de origen quedan sujetos al régimen que esta Constitución establece para los originarios de los países centroamericanos".

De conformidad con la norma citada, es al Organismo Ejecutivo, cuya cabeza es el Presidente de la República y a quien le corresponde dirigir y conducir la política exterior y las relaciones internacionales, con apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores a quien le corresponde ejecutar las acciones correspondientes, sobre los derechos de Guatemala en relación a Belice.

Cuando se habla de "derechos de Guatemala", tenemos que tener la claridad jurídica y política de que se está hablando de "derechos territoriales" porque este es el claro antecedente histórico que existe, correspondiendo tratarlos de conformidad con los más legítimos intereses del país. Una razonable interpretación de la expresión "de conformidad con los intereses nacionales" nos conduce necesariamente a la conclusión de que las acciones resolutorias que se realicen deben de resguardar el interés o lo que sea beneficioso para el país. La expresión "de conformidad con los intereses nacionales" abre la puerta a las más diversas posibilidades de negociación y en ésta radica el más importante giro de la regulación que la Constitución de 1985 le dio al tema de Belice. Sin embargo, no obstante el hecho de que la norma citada abre un amplio espectro de posibilidad de negociación, la misma no faculta para resolver, sin tener contraprestación importante, sobre los derechos territoriales de Guatemala, ya que la norma claramente ata al Ejecutivo a realizar las diligencias que se orienten a la resolución y no a la resolución misma. Este punto es un extremo importante al analizar los actos realizados al respecto por el Gobierno del ex-Presidente Jorge Serrano Elías.

CONVENCIÓN DE MONTEVIDEO SOBRE DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESTADOS:

Esta Convención fue suscrita por Guatemala el 26 de diciembre de 1933, durante la celebración de la VII Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo, República Oriental del Uruguay.

Guatemala es parte de la Convención y su normativa es un derecho vigente en el país.

Esta Convención contempla, para que un Estado sea considerado Persona de Derecho Internacional, lo siguiente:

- a) población permanente;
- b) Gobierno;
- e) Capacidad de entrar en relación con los demás Estados;
- d) Que tenga territorio determinado.

Sin discusión, para la Comunidad Internacional Belice es un Estado, con el que pueden establecerse relaciones, tiene población, gobierno y territorio. Es oportuno volver a señalar, al respecto de este último elemento, que en la propia Constitución de Belice se señalan los puntos de referencia o Monumentos fijados de conformidad con la Convención de 30 de abril de 1959 como límites fronterizos con Guatemala.

Según la misma convención de Montevideo el Reconocimiento que un Estado haga de otro es incondicional e irrevocable.

Ningún Gobierno y en el caso concreto el Organismo Ejecutivo de la República de Guatemala, podía ignorar lo siguiente:

- a) la existencia de la Convención de Montevideo, que Guatemala es parte de ella y que sus normas vinculan al Estado de Guatemala.

- b) Que la Convención de Montevideo establece que el reconocimiento de un Estado es incondicional e irrevocable.
- e) Que Belice, Estado miembro de la ONU, tiene vigente una Constitución Política que norma la identificación de su territorio, especialmente su frontera terrestre con Guatemala.

La citada Convención de Montevideo, contiene una clara estipulación a favor de Terceros y en consecuencia, el Organismo Ejecutivo de la República de Guatemala, tenía que ser extremadamente prudente al realizar un Reconocimiento de Estado, principalmente si se trataba de Belice, el cual tiene un tratamiento Constitucional muy especial.

En comunicaciones oficiales de fechas 16 de abril y 6 de mayo de 1991, Álvaro Arzú Irigoyen, Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala, hace ver al Presidente de la República, Ingeniero Jorge Serrano Elias, respecto a Belice, que es "el problema más grave que tiene Guatemala desde el punto de vista de soberanía, por lo que sería de consecuencias históricas incalculables que se firmaran documentos sin el suficiente análisis jurídico y político cuyos resultados gravitarían negativamente sobre el actual régimen", y le solicita, "que todo lo concerniente al problema sea de la exclusividad del Ministerio de Relaciones Exteriores".

La advertencia formulada evidentemente no produjo ningún impacto por cuanto que en Boletín de Prensa de fecha 5 de septiembre de 1991 de la Presidencia de la República, fumado por el propio Presidente, divulgado por la Secretaría de Relaciones Públicas de la Presidencia y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala, se reconoce a Belice como Estado soberano, declarándose:

- a) Se reconoce el derecho del pueblo beliceño a su autodeterminación; y
- b) Se agotarán todas las instancias legales civilizadas que lleven a la :resolución definitiva del diferendo territorial.

La Comunidad Internacional ya había reconocido el derecho de autodeterminación de Belice, reconociéndolo como Estado y al hacer ésta declaración Guatemala también lo :reconoció como tal. Debiéndose conocer las consecuencias jurídicas y políticas de la normativa que sobre Reconocimiento de Estados está contenida en la Convención de Montevideo, el Gobierno de Guatemala no debió haber hecho ese reconocimiento, por cuanto de inmediato entró a reconocer a Belice como un Estado con un territorio determinado y esto fue grave por cuanto que la reclamación histórica de Guatemala era sobre todo su territorio. Con este reconocimiento se afectaron los derechos territoriales respecto a Belice y sin lugar a dudas no se actuó de conformidad con los intereses nacionales, por cuanto el diferendo, según el punto de vista de Belice, reducido a cuestiones de delimitación fronteriza y no territoriales, ya que al reconocer a un Estado como ente soberano se le reconoce con un territorio y esto compromete cualquier reclamación territorial que pretenda Guatemala.

Con fecha 5 de septiembre de 1991, el Gobierno de la República emite un Comunicado Oficial en el que no solo :reconoce a Belice como Estado independiente, sino que señala que continuará con él discusiones directas para llegar a "una solución definitiva del diferendo", pero además, acepta como favorable a Guatemala la limitación que el Estado de Belice hace al respecto de su mar territorial y mar patrimonial, lo que Belice todavía no había formalizado; y se congratula de la declaración que hizo, de que si se llegaba a un acuerdo podría Belice facilitar el acceso desde el Petén al Mar Caribe y el uso de facilidades Portuarias en Belice y la participación de Guatemala en la explotación con Belice de áreas en el mar patrimonial de Belice. La interpretación lógica y natural de todo esto es que Guatemala reduce sus pretensiones en el diferendo y la reduce a la expectativa expuesta. Esta declaración Unilateral que analizamos, que de conformidad con el Derecho Internacional obliga, es contraria al Mandato claro y terminante contenido en el Artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Constitución de 1985. Con mucha sagacidad el Gobierno de Belice, al día siguiente, 6 de septiembre de 1991, emite Comunicado de Prensa en el que declara lo siguiente:

- a) que el Gobierno de Guatemala ha confirmado al mundo su aceptación de Belice como un Estado caribeño en Centro América, soberano e independiente y con fronteras propias.
- b) reduce el diferendo territorial a la dimensión de disputa fronteriza entre los dos países, ofreciendo continuar negociando con Guatemala para llevar a una conclusión honorable el antiguo problema entre los dos países.
- c) como símbolo de buena fe, alara que ha introducido una ley en la Asamblea Nacional para limitar su Mar territorial en el área de colindanda con Guatemala a tres millas, quedando sujeto esto a que se llegue a una negociación con Guatemala.

Pareciera ser que con una y otra declaración unilateral el marco de referencia en relación al diferendo entre Guatemala y Belice queda precisado. Guatemala no formuló protesta sobre ésta declaración.

Como una paradoja, en la misma fecha la Embajada Británica en Guatemala formula una Declaración en la que señala que el Gobierno Británico ha acordado entregar 22.5 millones de Libras Esterlinas como contribución al lanzamiento de un proyecto conjunto para renovar y extender la red de caminos que enlazan a Belice y Guatemala.

Con fecha 9 de septiembre de 1991, Francisco Villagrán De León, Embajador de Guatemala ante la ONU transmite el Comunicado del Gobierno de Guatemala de fecha 5 de septiembre, al Secretario General de la ONU, solicitando que se circule como documento oficial y expresando lo siguiente: "... transcribir el comunicado del Gobierno de Guatemala que contiene un reconocimiento expreso del Estado de Belice y que se refiere a los avances significativos tendientes a lograr una solución definitiva del diferendo entre Guatemala y Belice...".

La Comunidad Internacional quedó informada que a juicio del Gobierno de Guatemala lo indicado en el Comunicado del Gobierno de fecha 5 de septiembre contiene a su juicio avances significativos tendientes a lograr una solución definitiva del diferendo.

El 10 de septiembre de 1991 el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala divulgó un Comunicado de Prensa en el que señala que el reconocimiento formulado no constituye renuncia a los intereses y reclamaciones de la República sobre el diferendo territorial y reitera que estima que la posición de Belice sobre limitación de su Mar territorial responde a un proceso de acercamiento y diálogo que aspira a una resolución del diferendo.

Al día siguiente, 11 de septiembre de 1991, Guatemala y Belice divulgan un Comunicado Conjunto en el que declaran que han decidido establecer relaciones diplomáticas y reiteran que "continuarán en la búsqueda de soluciones al diferendo aún existente entre ambos..."

Días más tarde, el 16 de septiembre de 1991 los Ministros de Relaciones Exteriores de Guatemala y Belice, por Guatemala, Álvaro Arzú Irigoyen, divulgan un Comunicado Conjunto, en el que por parte de Guatemala se señala que "el reconocimiento de Belice como Estado independiente, es producto de la política exterior del Gobierno del Presidente Serrano...". Se señala además, que "los dos gobiernos continuarán, a través de sus respectivas cancillerías, la negociación de un acuerdo definitivo que ponga fin al diferendo..."; además se manifestó la decisión de integrar comisiones bilaterales que tendrán a su cargo buscar acuerdos en los campos económico, social y cultural, en el que además de los puntos señalados en la Declaración unilateral de Guatemala de fecha 5 de septiembre de 1991, se agregan la cooperación en el campo turístico, el intercambio cultural y educativo que incluya el otorgamiento de becas, la cooperación en la lucha contra el tráfico de drogas y el desarrollo del comercio e inversiones entre ambos países.

Esta Declaración Conjunta tiene las características siguientes:

a) Se adopta la negociación, como el único mecanismo para llegar a un Acuerdo definitivo, confirmándose con ello el compromiso manifestado en la Declaración Unilateral de 5 de septiembre, al privilegiar el mecanismo de discusión directa para solucionar el diferendo. Podría interpretarse que en ese momento Guatemala renunciaba al eventual planteamiento de un juicio ante una Corte Internacional. Podría interpretarse

además que esto restringía radicalmente el espacio de acción de Guatemala sobre la reclamación de sus derechos. Dentro de una negociación la única posibilidad de que una de las partes satisfaga sus pretensiones, es que se las reconozca la otra parte. En estos términos una reclamación territorial de Guatemala se encontraría no sólo frente a un marco constitucional beliceño totalmente negativo, sino frente a negociadores renuentes al otorgamiento de concesiones territoriales. Adicionalmente, el Comunicado Conjunto pareciera que quiere ponerle límites definidos al espacio de negociación de las Comisiones bilaterales. Todo esto es muy grave y negativo en relación al espacio en el que podría moverse Guatemala en el caso de una reclamación de sus derechos territoriales. Pareciera ser que el Ministro de Relaciones Exteriores de esa época tuvo una visión muy estrecha del problema o quizás hizo gala de inexperiencia o falta de asesoría. En todo caso, con la Declaración Unilateral del entonces Presidente Serrano Elías :reconociendo a Belice como Estado y la Declaración Conjunta últimamente comentada formulada por los Ministros de Relaciones Exteriores de Guatemala y Belice, pueden afectar profundamente, en sentido negativo, los derechos territoriales de Guatemala en relación a Belice.

El 7 de octubre de 1992 el Ministro de Relaciones Exteriores de Belice pronunció discurso durante el desarrollo de la 47 Asamblea General de Naciones Unidas y en tal oportunidad, refiriéndose a Guatemala señaló lo siguiente: ... "tenemos confianza en que con la continua buena voluntad de ambas partes se llegará a una resolución satisfactoria al reclamo territorial de Guatemala, el cual está todavía pendiente". Ya en esta declaración unilateral se abandona el concepto de "diferencia existente" y se adopta la fórmula de "reclamo territorial de Guatemala" con lo cual de controversia mutuamente aceptada se pasa a pretensiones unilaterales de Guatemala. Ésta Declaración Unilateral no fue protestada por Guatemala y cuando no hay protesta oportuna, a la luz del Derecho Internacional, puede considerarse que el punto es aceptado.

El 21 de septiembre de 1991, el Presidente Ingeniero Serrano Elías dirigió mensaje al pueblo de Guatemala, en cadena de radio y

televisión y en relación a ese confuso discurso solo es importante señalar lo siguiente:

- a) que su gobierno no ha celebrado ningún Acuerdo definitivo con Belice, ya que lo que ha existido son únicamente declaraciones unilaterales;
- b) que el reconocimiento de Belice ya existía con anterioridad y que él solo :reconoció esa situación, ya que Guatemala y Belice forman parte como Estados independientes de la ONU y OEA.
- e) que con su actuación no cedió territorio, porque ese territorio Guatemala no lo ha ocupado y que la reclamación sobre la parte de territorio que sí corresponde a Guatemala si se va a continuar;
- d) que de todo lo que hizo su gobierno está conforme con la Constitución vigente; y
- e) que Guatemala ganó Mar territorial en la negociación y la posibilidad de construir instalaciones portuarias, etc.

Lo curioso de esta declaración unilateral ampliamente divulgada, radica en que como Jefe de Estado pretende ignorar el valor de una Declaración Unilateral como fuente de obligaciones a la luz del Derecho Internacional y esto denota impericia en el manejo de las relaciones internacionales.

RECONOCIMIENTO DE BELICE COMO ESTADO INDEPENDIENTE:

Es importante también comentar la declaración unilateral que a nombre del Gobierno de Guatemala hizo el Licenciado Haroldo Rodas Melgar en su carácter de Viceministro de Relaciones Exteriores de Guatemala, ante el Consejo Permanente de la OEA, el 23 de septiembre de 1991. Al privilegiar la negociación directa como medio para darle una solución definitiva al diferendo territorial incurre en la falacia siguiente: "además, la única forma de desatar el nudo gordiano que impedía avanzar en la solución del diferendo era reconociendo que

el territorio en disputa es habitado por una nación que ejerciendo como país independiente en 1981, habiendo sido reconocido desde entonces por la Comunidad Internacional." En esta Declaración además de privilegiar como única vía idónea la negociación directa se ignora los especiales efectos jurídicos que produce el reconocimiento de Estados a la luz de la Convención de Montevideo. Constituyó esta Declaración un nuevo acto hecho con ligereza política por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores.

También es interesante destacar la formulación de una nueva política de Guatemala en relación a Belice contenida en documento fechado 24 de septiembre de 1991, en el que, además de repetir las falacias ya comentadas se señala lo siguiente: "De hecho ya Guatemala había reconocido la existencia de un Belice que no era parte de Guatemala cuando estableció relaciones consulares...". En este documento oficial se llega al atrevimiento de sugerir la existencia de dos Belices, uno totalmente ajeno a Guatemala, y otro que podría estar vinculado a Guatemala. Se incurre en una inconsistencia de conceptos grosera, que en última instancia, llegado al momento de discutir el punto, solo puede jugar en contra de Guatemala.

El 27 de septiembre de 1991, en Nueva York, durante el desarrollo de la 46 Asamblea Ordinaria de la ONU, el Presidente de la República Ingeniero Jorge Serrano Ellas pronuncia discurso oficial y señala: "El reconocimiento del Estado de Belice y el establecimiento de relaciones diplomáticas nos permite entrar en forma civilizada a dirimir el diferendo". La declaración es temeraria; solo el desconocimiento de los efectos internacionales de los actos realizados; o la mala fe, puede explicar este tipo de declaraciones.

A principios de 1992 el Ministerio de Energía y Minas de Guatemala publicó una Licitación Pública Internacional para exploración y explotación petrolera incluyendo el área correspondiente a la Bahía de Amatique y ante protesta de Belice el Licenciado Gonzalo Menéndez Park dirige una nota al Ministro de Relaciones Exteriores de Belice, fechada 13 de febrero de 1992, indicando, después de señalar que la inclusión de tal área no había sido consultada con la Cancillería, lo siguiente: "Puede Vuestra Excelencia estar seguro de que este error ha sido involuntario y a fin de asegurar a Vuestro Gobierno de que no es la

intención del Gobierno de Guatemala crear fricciones con Belice, esta área no será adjudicada a compañía alguna que se haya presentado a la licitación". En relación a este mismo asunto, en nota de fecha 23 de abril de 1992, circulada como documento oficial, la Encargada de Negocios a.i. de la Misión Permanente de Belice a las Naciones Unidas, manifiesta al Secretario General lo siguiente: "El Ministro de Relaciones Exteriores Gonzalo Menéndez Park me escribió una carta el día siguiente, 13 de febrero de 1992, indicándome que el Ministerio de Relaciones Exteriores no había sido consultado en relación a la descripción del área; que esto fue un error involuntario y que ésta área no sería adjudicada a ningún oferente. Asimismo, él me aseguró que la próxima publicación a efectuarse en junio próximo solo contendrá áreas debidamente delimitadas para evitar equívocas interpretaciones".

Esta respuesta confirma al Gobierno de Belice que el Gobierno de Guatemala comprende y acepta los efectos de la ley de áreas marítimas, es decir, que por medio de ésta Belice no abandona su derecho de reclamo del área afectada como mar territorial, sino que simplemente la reserva para negociación y que mientras tanto se define su situación, su status es que ésta área es parte de la zona económica exclusiva de Belice."

Este documento oficial no fue protestado por Guatemala en esa oportunidad, no obstante que los términos en que está redactado comprometen los legítimos intereses de Guatemala en el área de su mar territorial. No protestar esto puede suponer que a la luz de Derecho Internacional pueda interpretarse como una declinación o :renuncia de derechos o esto es contrario a los legítimos intereses de Guatemala en el área marítima.

El 31 de julio de 1992 los Ministerios de Relaciones Exteriores de Guatemala y Belice, por Guatemala el Licenciado Gonzalo Menéndez Park, formulan Declaración Conjunta en la que se señala: "Tomando en cuenta que Guatemala y Belice como dos Estados Soberanos e independientes, no han firmado aún un tratado entre sí que establezca finalmente sus fronteras territoriales y marítimas y que dicho Tratado es uno de los resultados que se espera de las negociaciones; preocupados porque la falta de un

arreglo definitivo y del tratado arriba mencionado pueda ser obstáculo para alcanzar cualquier Acuerdo Bilateral, su celebración o su ejecución, ya que esto podría interpretarse de manera que comprometa las respectivas posiciones de las partes."

Además en la citada Declaración Conjunta, se acuerda: "aceptar que cualquier mención a sus respectivos territorios en cualquier acuerdo, su celebración o ejecución, será hecha en base a los Monumentos de referencia existentes".

Esta Declaración Conjunta que a la luz del Derecho Internacional origina derechos y obligaciones, parte de la negociación como única vía para llegar a un acuerdo definitivo sobre el diferendo, orilla a Guatemala a aceptar a priori la referencia de los monumentos de "Gradas a Dios" y Garbutt" para determinar los límites de los respectivos territorios. Esta constituyó una declinación de posiciones por Guatemala totalmente inaceptable, porque su aceptación a partir del 31 de julio de 1992 va a significar sea planteado en una futura negociación. Este documento evidencia una ingenuidad política intolerable, que puede significar en el futuro que los derechos de Guatemala se afecten.

Con fecha 28 de junio de 1993 el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala, siendo Ministro el Licenciado Arturo Fajardo, divulga a nombre del Gobierno, un documento que es calificado como "Base de la política del Gobierno respecto a las relaciones con el Estado de Belice, afirmándose en dicho documento lo siguiente:

- a) Que el Gobierno considera contraproducente y perjudicial para los intereses nacionales no respetar los actos realizados y decisiones adoptadas, porque al no ser inconstitucionales, ni vulnerar los derechos de Guatemala, ni constituir un arreglo definitivo, ni afectar el dominio de la Nación únicamente tendrían efectos negativos en nuestras relaciones con la Comunidad Internacional al contravenir compromisos adquiridos;
- b) Que al establecer relaciones diplomáticas con el Estado de Belice se han desarrollado relaciones económicas,

sociales y culturales que favorecen a ambos Estados e inciden positivamente en la negociación de una solución al diferendo existente;

- c) Que partiendo de la situación existente y con patriotismo y conforme a la Constitución iniciar las negociaciones para buscar la solución al diferendo territorial".

Este documento no sólo está cargado de una ingenuidad tremenda, sino definitivamente pone de manifiesto que no había voluntad política de revertir, en resguardo de la dignidad y legalidad nacionales, los actos que en contravención de la Constitución Política realizó el Gobierno del ex Presidente Serrano Elías, los que fueron cubiertos por un manto de impunidad por la Corte de Constitucionalidad y el Congreso de la República.

Meses después del documento comentado, ahora el Ministerio de Relaciones Exteriores bajo la dirección de la Licenciada Maritza Ruiz de Vielman, dirige nota de fecha 4 de marzo de 1994 al Secretario General de la ONU, refiriéndose tardíamente a la declaración contenida en carta que con fecha 22 de abril de 1992 dirigiera la Encargada de Negocios a.i. de Belice al Secretario General, la cual se analizó en párrafos anteriores. En la citada nota de 4 de marzo de 1994 se afirma, que el Gobierno de Guatemala no consideró necesario hacer reservas a dicha declaración en virtud de que con la Declaración Conjunta de fecha 31 de julio de 1992 quedaba claro que no podía interpretarse la citada declaración de 22 de abril de 1992 en perjuicio de los derechos soberanos de Guatemala y que la exclusión de un área de la litoralización internacional de exploración y explotación de hidrocarburos bajo ningún concepto debe interpretarse como renuncia de los derechos soberanos de Guatemala sobre la plataforma continental en el Mar Caribe; además, reitera conceptos contenidos en las Declaraciones Conjuntas formuladas principalmente la de fecha 31 de julio de

1992; se señala que "la reclamación territorial que Guatemala mantiene comprende un área terrestre actualmente ocupada por Belice y espacios marítimos en el Mar Caribe"; se formulan, calificándolas de reservas y declaraciones, afirmaciones sobre los derechos de Guatemala en los espacios marítimos, ya contemplados

en el Decreto 20-76 del Congreso, aún cuando no se menciona. Se solicitó que ésta nota se circulara como documento oficial.

También en la misma fecha, la Ministra de Relaciones Exteriores prepara un documento denominado "Comunicado a los Señores Embajadores de Guatemala en relación con el tema de Belice y la forma en que éste debe ser abordado", en el que destacan las siguientes afirmaciones:

- a) "Si bien Guatemala reconoce al Estado de Belice como independiente, Guatemala no reconoce fronteras";
- b) Interpretando la Declaración Conjunta de 31 de julio de 1992, en dicho documento "no existen límites establecidos los que deberán definirse en un tratado";
- c) Que no se ha definido el procedimiento más adecuado para proponer a Belice a fin de solucionar el diferendo;
- d) Que los Monumentos existentes no los considera Guatemala como Monumentos de referencia fronteriza, dado que no reconoce límites con Belice, los que de ninguna manera pueden tomarse como la base para definir fronteras.

Este documento a la luz del Derecho Internacional tiene valor como declaración unilateral y difícilmente puede anular los compromisos contenidos en Declaraciones Conjuntas anteriores formuladas entre las partes. Tomando esto en consideración, solo señalamos lo siguiente: se afirma que no hay fronteras, lo que podría interpretarse como aceptación de que el diferendo es de delimitación de fronteras y no territorial. Respecto a los Monumentos existentes, se pretende contradecir lo consignado en la Declaración Conjunta de 31 de julio de 1992 y esto con mucha dificultad puede defenderse.

SENTENCIA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE FECHA 3 DE NOVIEMBRE DE 1992, Y ACUERDO LEGISLATIVO NÚMERO 21-92 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1992:

Para los efectos de este análisis simplemente es importante destacar, que la Corte de Constitucionalidad en su Sentencia de fecha 3 de noviembre de 1992 formula los razonamientos siguientes:

- a) Ignorando la vigencia y aplicación al caso de la Convención de Montevideo de fecha 26 de diciembre de 1933, afirma que el reconocimiento de Belice como Estado independiente hecha por el Presidente de la República en Declaración Unilateral el 14 de agosto de 1991 y 5 de septiembre de 1991 y aceptado por Belice el 6 de septiembre de 1991 y el subsiguiente

Acuerdo de establecimiento de relaciones diplomáticas, no significa Acuerdo definitivo y que en consecuencia no era aplicable la normativa contenida en el Artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y Finales de la vigente Constitución Política de la República de Guatemala. Puntualiza además la Corte, que los actos realizados por el Presidente de la República de Guatemala y Ministro de Relaciones Exteriores se enmarcaban dentro de los actos normados a que hacen referencia los Artículos 183 literal o) y 194 literal f) de la Constitución Política, sobre si se afectó o no el dominio de la Nación, manda que el Organismo Ejecutivo somete a consulta del Congreso de la República los actos realizados.

- b) En esa oportunidad, en forma muy digna y meritoria los Magistrados Jorge Mario García Laguardia, Epaminondas González Dubón y Carlos Enrique Reynoso Gill, emitieron voto razonado en contra, afirmando el criterio siguiente:

"a) el reconocimiento de Belice como Estado independiente es una decisión unilateral e incondicional y por constituir un acto definitivo debe ser sometido a la consideración del Congreso de la República para cumplir con lo preceptuado por el Artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Constitución Política;

- b) por estar pendiente la intervención del Congreso el acto de reconocimiento de la independencia de Belice no representa todavía la decisión del Estado de Guatemala, por lo que el acto no puede ejecutarse;
- e) que el convenio de establecer relaciones diplomáticas y el nombramiento de Embajador se emitieron sin haber cumplido con el procedimiento establecido por el Artículo 19 citado, y consecuentemente son inconstitucionales."

En cumplimiento con el fallo de la Corte de Constitucionalidad el Congreso de la República, para definir si los mismos afectaron o no el dominio de la Nación, se plantea las interrogantes siguientes:

- a) Si la decisión de reconocer Belice como Estado Independiente, el establecimiento de relaciones diplomáticas, el nombramiento de un Embajador y el beneplácito de un Embajador de Belice constituyen tratado, arreglo internacional o convenio que afecte el dominio de la Nación y que por ende requieran sometimiento al procedimiento de consulta popular. Acuerda que no.
- b) Si las decisiones y acuerdos contenidos en las Declaraciones Conjuntas de fechas 16 de septiembre de 1991 y 31 de julio de 1992 constituyen tratado, convenio o arreglo internacional que afecte el dominio de la Nación. Acuerda que no.

Sobre estos aspectos es preciso formular con intención de resumen, lo siguiente:

La Convención de Montevideo de 1933 es un tratado internacional que contiene evidentes estipulaciones a favor de Terceros Estados y vincula a Guatemala.

Es ley de la República.

Esta Convención señala que el reconocimiento de un Estado es un acto incondicional e irrevocable y que supone por parte del Estado que reconoce, aceptar la personalidad internacional del otro, con todos los derechos y deberes determinados por el Derecho Internacional del otro, con todos los derechos y deberes determinados por el Derecho

Internacional. Para que un Estado pueda ser reconocido como tal tiene que tener población permanente, Gobierno, capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados y tener territorio determinado.

El Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores responsables, uno de dirigir y el otro de conducir las relaciones internacionales, tenían obligación legal de conocer que un reconocimiento de Estado solo puede darse cuando concurren los requisitos señalados anteriormente. Tenían que tener también presente que en relación a Belice existía un diferendo territorial y como consecuencia a] reconocerlo se afectaba el dominio de la Nación, el que en relación a Belice es un derecho histórico. El Convenio para establecimiento de relaciones internacionales y el acreditamiento de Embajador son actos derivados y secundarios, ya que los importantes son: el reconocimiento formulado en Declaraciones Unilaterales de fechas 14 de agosto de 1991 y 5 de septiembre de 1991, formuladas y dadas a conocer por el Presidente de la República y Ministerio de Relaciones Exteriores; la Declaración conjunta de 16 de septiembre de 1991, vinculante para las partes por constituir un acuerdo internacional, porque en ésta se identifica a las Negociaciones directas como el método que se conviene para buscar una solución al diferendo existente.

Con el reconocimiento de Belice como Estado independiente se afecta el dominio de la Nación y con la Declaración Conjunta referida se afectó el espado político para reclamar, ya que se convino hacerlo por la vía de las negociaciones directas, aunque esto por acuerdo puede variar como efectivamente ya se hizo; también, en la Declaración Conjunta de 31 de julio de 1992 firmado por el Ministro de Relaciones Exteriores Licenciado Gonzalo Menéndez Park, también vinculante, se limitó el espado de una posible reclamación de Guatemala por cuanto se aceptaron ciertos monumentos existentes desde la época de la Convención de 1859 como puntos de referencia de los límites fronterizos entre Guatemala y Belice. Esto es inaudito.

Si un Tribunal Internacional tuviera que analizar estos actos se corre el riesgo de que sean interpretados en forma negativa a los intereses de Guatemala.

A la luz del Derecho Internacional no todo acto realizado por un funcionario obliga al Estado, sino solamente son vinculantes aquellos realizados por los que de conformidad con el Derecho Internacional están facultados para ello; en este caso, tanto el Presidente de la República, como el Ministro de Relaciones Exteriores, son los funcionarios que tienen a su cargo dirigir y conducir la política exterior y las relaciones internacionales.

Puede concluirse en lo siguiente:

- a) Ni el Presidente de la República, ni el Ministro de Relaciones Exteriores, en los actos analizados ajustaron su conducta a lo específicamente establecido en el Artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Constitución Política y ello les deriva responsabilidad legal y política.
- b) El Congreso de la República, órgano de representación popular por excelencia, tampoco actuó responsablemente al emitir el Acuerdo Legislativo número 21-92 de fecha 24 de noviembre de 1992. Legalmente el Congreso de la República pueda dejar sin efecto el citado Acuerdo Legislativo y emitir el que corresponda de conformidad con la realidad de los hechos. Como el máximo órgano de representación popular, el Congreso de la República deber ser celoso y eficiente en el cumplimiento de sus funciones.

GESTIONES POSTERIORES AL RECONOCIMIENTO DE BELICE COMO ESTADO INDEPENDIENTE.

En nota diplomática fechada el 18 de octubre del año 1999, fumada por el Canciller Eduardo Stein, se realizó por parte del gobierno de Guatemala otro acto imprudente y comprometedor, que consiste en lo siguiente: "El Gobierno de Guatemala, considera que debe revertir a Guatemala el territorio que correspondía a la República Federal de Centro América y por sucesión a la República de Guatemala, comprendido desde el Río Sibun al Río Sarstun, parte integrante de la Providencia de la Ve:rapaz". Lo anterior es nuevo y teniendo la nota diplomática la misma eficacia que un tratado, Guatemala quedo vinculada a reclamar a Belice únicamente el territorio comprendido del Río Sibun al Río Sarstun. Belice respondió que el tratado sobre su territorio se funda en ocupación real y prescripción y

no en tratado entre Gran Bretaña y España. Lo anterior sin olvidar que Belice tiene contemplado en su Constitución del año 1981 que su territorio es exactamente el mismo que se describe en la convención de 1859. Con lo anterior el Señor Ministro de Relaciones Exteriores de esa época se excedió de las facultades que le otorgan los artículos 151 y 193, de la Constitución Política de la República de Guatemala y artículo 38 literal d) de la Ley del Organismo Ejecutivo, porque aparte es conducir las Relaciones Exteriores y otra cosa es declinar un derecho de Soberanía sobre un territorio que históricamente Guatemala lo considera suyo; y además, se abandonó definitivamente la reclamación territorial sobre el área comprendida del Río Hondo al Río Sibun, lo cual no estaba tampoco dentro sus funciones. Todo lo anterior origina una responsabilidad legal y política importante, conexas con la responsabilidad legal y política en que se incurrió al reconocer a Belice como Estado ignorando que para Guatemala estaba vigente la convención de Montevideo de 1933. Todo este conjunto de situaciones dejaron a Guatemala en una posición precaria ante una discusión del asunto ante la Corte Internacional de Justicia, máxime sabiéndose o debiendo haber estado debidamente enterados que Belice por haber modificado su ley interna que regula la consulta popular y lo hizo aprobando una norma que señala que para que la consulta popular sea válida se requiere que asistan a las urnas el 60% de los ciudadanos, cuando la práctica ha demostrado que en otras consultas la asistencia de las urnas ha sido el 30 o 35%. Esto unido al obstáculo constitucional que tiene nos permite presumir que Belice no aprobará en su consulta popular el acuerdo celebrado con Guatemala, para someter el diferendo territorial a la Corte Internacional de Justicia. Hemos adelantado algunas ideas pero creo que ello contribuirá a una mejor comprensión del problema.

Después de 1999, Guatemala acudió a la OEA solicitando una Mediación y esta mediación desembocó en un proceso de conciliación y todos conocemos el fracaso que esto representó por cuanto hasta el Conciliador propuesto por Guatemala apoyó la parte de la propuesta que incluía la no devolución a Guatemala de ninguna porción de territorio continental detentado por Belice, lo que significa que le negaban a Guatemala derechos sobre el territorio continental y áreas insulares y marítimas. Durante este proceso Belice manifestó una posición inflexible por cuanto que

en su presentación del 30 de abril del 2001 manifestó: "Desde ya Belice manifiesta que la posesión de su territorio es indaudicable. No existe posibilidad alguna de transigir en materias que afecten la soberanía beliceña sobre su territorio continental e insular y sobre sus espacios marítimos." Guatemala en nota de fecha 25 de agosto del 2003 dirigida al Secretario General de la O. E.A, rechaza las propuestas de los conciliadores. El Secretario General de la O.E.A, después del fracaso del proceso Conciliación continuó interviniendo y en Noviembre de 2007, recomendó un procedimiento de carácter judicial, sea un Tribunal Arbitral o la Corte Internacional de Justicia. Guatemala en nota de fecha 17 de Diciembre del 2007, enviada por el Canciller Gert Rosenthal, acepto la recomendación de someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia y lo mismo hizo Belice en nota de fecha 29 de mayo del 2008.

La O.E.A sistemáticamente ha estado ejerciendo presión para que se acuerde un mecanismo de solución y Guatemala en forma sumisa ha respondido favorablemente. Se llegó a la suscripción de ACUERDO ESPECIAL entre Guatemala y Belice para someter el reclamo territorial, insular y marítimo de Guatemala a la Corte Internacional de Justicia, suscrito el 8 de Diciembre de 2008, por Guatemala fumó el Ministro de Relaciones Exteriores Harold Rodas Melgar. Sobre este Acuerdo Especial es importante hacer algunas observaciones:

1. Se acepta que el juicio se decidirá conforme a Derecho aplicando el artículo 38 numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Desde la época del Gobierno del Doctor Juan Jose Arevalo Bermejo se había insistido en que el litigio debía decidirse exaequo el: bono, es decir aplicándose preceptos de equidad, justicia y buena fe. Funcionarios de la Cancillería señalan que Belice no quiso que el caso se juzgara bajo ese procedimiento. Por influencia del Doctor Alberto Herrarte, la cancillería consideró que la naturaleza de la controversia era de carácter eminentemente jurídica y que debería ser resuelta, conforme lo establece el artículo 36 de la Carta de la ONU y el artículo 26 de la Carta de la O.E.A. Si el caso se juzgara conforme "equidad y justicia" quizás Guatemala estaría en mejor posición, pero se afirma que Belice no quiso y se adoptó otro procedimiento.

2. Se suscribió el Acuerdo Especial, pero no deben olvidarse las radicales posiciones de Belice sobre que la soberanía sobre la totalidad del territorio es plena lo que sustenta en los terminantes límites fronterizos que se consignaron en su Constitución de 1981. Es de suponer que Belice no está actuando de buena fe o que tiene la certeza de que el fallo será a su favor.
3. Es importante analizar si el Acuerdo Especial a que hemos hecho referencia se celebró por parte de Guatemala conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de las disposiciones transitorias y finales de la Constitución Política de la República de Guatemala; conforme al punto tercero del Acuerdo Legislativo Numero 21-92 del Congreso de la República, emitido a raíz del reconocimiento de Belice como Estado Independiente. El citado artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Constitución, señala que todo Acuerdo Definitivo sobre los derechos de Guatemala respecto a Belice deben ser sometidos a Consulta Popular. En este mismo sentido y en una forma muy clara, lo señala el Acuerdo Legislativo Numero 21-92 de fecha 24 de noviembre de 1992.

Sobre los actos realizados por el ex-Presidente Serrano es de señalar que los mismos violaron el espíritu y la letra del artículo 19 de las Disposiciones transitorias y finales de la vigente Constitución Política, porque el Ejecutivo según ese precepto legal no estaba facultado sino para realizar actos que se orientaran a definir los derechos de Guatemala sobre Belice y no para realizar actos incondicionales e irrevocables como es el reconocimiento de un Estado, lo que conlleva a reconocer que ese Estado tiene un territorio determinado, ya que históricamente y legalmente los derechos de Guatemala son de carácter territorial.

Cuestión diferente es promover relaciones sociales, económicas y culturales con la población de Belice, a lo que sí está facultado el Poder Ejecutivo, de conformidad con el citado artículo 19 transitorio de la Constitución Política.

Los citados actos del Gobierno del Ex-Presidente Serrano Elías fueron inconstitucionales por violar el espíritu y la letra del citado

Artículo 19, ya que representaron más que simples gestiones orientadas a resolver los derechos de Guatemala respecto a Belice; además al reconocer a Belice como Estado, en forma incondicional e irrevocable, tal como lo señala la Convención de Montevideo, titular de un territorio determinado, viola el artículo 171 literal 1), numeral 2) de la Constitución Política que establece que el Congreso debe aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando se afecte el dominio de la nación y aun cuando al Presidente de la República le corresponde la función de dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, no puede en el ejercicio de tal función ignorar la existencia de los mandatos constitucionales y tampoco la vigencia del principio consagrado en nuestra legislación, de que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia.

Desde el momento que se hizo el reconocimiento del Estado de Belice con las características indicadas, es lógico suponer que el dominio de la nación se afectó. El Presidente de la República no podía realizar tal acto de carácter incondicional e irrevocable, porque previamente tenía que ser aprobado por el Congreso de la República. Si el acto realizado limitaba, restringía o hacía nugatoria la función asignada al Congreso de la República, el Presidente de la República se situaba en violación flagrante de la Constitución Política de la República. En el Acuerdo Legislativo número 21-92 el Congreso de la República le señala al Organismo Ejecutivo que continúe las gestiones incluso en Cortes Internacionales, a fin de hacer valer los derechos de Guatemala y que al arribar a un acuerdo definitivo, lo sometan a consulta popular conforme el mandato contenido en el artículo 19 transitorio de la Constitución Política.

Según el artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Constitución Política y el Acuerdo Legislativo 21-92 del Congreso de la República lo que se somete a consulta popular es el acuerdo definitivo en relación al reclamo. Compromete la reclamación territorial de Guatemala someter, de acuerdo con Belice, el diferendo a un fallo de la Corte Internacional de Justicia, cuya decisión conforme a los artículos 38, 59 y 60 del Estatuto de la Corte es decidir, siendo sus decisiones obligatorias para las partes en litigio y el fallo tendrá carácter de definitivo e inapelable. El fallo de la Corte Internacional

de Justicia, no puede entenderse como el Acuerdo Definitivo, a que hace referencia el artículo 19 transitorio de la Constitución, ratificado por el Acuerdo Legislativo 21-92 del Congreso de la República.

Es evidente que la suscripción por parte del Ministro de Relaciones Exteriores del tantas veces citado Acuerdo Especial y obligar éste, como lo hace el artículo 5 del mismo, al Estado de Guatemala a aceptar como definitivo y obligatorio el fallo de la Corte Internacional de Justicia y comprometerlo a cumplir y ejecutar íntegramente y de buena fe el fallo, constituye una actuación absolutamente inconstitucional.

Sobre el decreto 31-2010 del Congreso de la República emitido el 9 de septiembre de 2010, parece ser que los señores diputados ignoran cuales son las disposiciones legales aplicables en relación al reclamo territorial de Guatemala. ¿Por qué se señala lo anterior?. En primer lugar, porque se aprueba la ilegal actuación política del Organismo Ejecutivo al comprometer a Guatemala a someter el histórico diferendo territorial con Belice a un fallo definitivo e inapelable de la Corte Internacional de Justicia, sabiendo que tal fallo no puede tener el carácter de Acuerdo Definitivo a que hace referencia el artículo 19 transitorio de la Constitución Política. Todo acuerdo definitivo supone la confluencia soberana de 2 o más voluntades sobre una controversia y el fallo que pueda emitir la Corte Internacional de Justicia no tiene ese carácter, sino representa el sometimiento de 2 o más partes a la decisión de un tercero, que puede ser una instancia internacional, como lo es la Corte Internacional de Justicia. En segundo lugar, porque el artículo 5 del citado Decreto propone que la consulta que se debe hacer al pueblo de Guatemala, es sobre si está de acuerdo a que la solución definitiva sobre el diferendo territorial, insular y marítimo sea sometido a la Corte Internacional de Justicia y que sea ésta la que defina las fronteras de los respectivos territorios. El Congreso de la República no puede emitir leyes contrarias a la Constitución Política y como consecuencia éste decreto es inconstitucional y corresponde que lo derogue el mismo Congreso y emita otro que esté conforme con la normativa contenida en la Constitución Política de la Republica.

Finalmente, es oportuno destacar nuevamente que Belice está dando muestra de no querer que el pueblo de Belice apruebe en una consulta popular llevar el caso a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, al aprobar una ley que exige una participación ciudadano de por lo menos el 60% para que las consultas populares tengan validez, sabiendo que en casos anteriores no se ha llegado al 30 o 35% de asistencia ciudadana. ¿Quién con una luz se pierde?.

Con estos antecedentes, es inexplicable que Guatemala gaste 250 o más millones de quetzales para sacar adelante la consulta popular, sabiendo o debiendo presumir que Belice no aprobará en su consulta popular llevar el caso ante la Corte Internacional de Justicia. Además gastar US\$100,000.00 equivalentes a Q800,000.00 en honorarios de Abogados y gastos obligados del juicio. Pero en el caso de Guatemala, lo más importante es que siendo inconstitucional el Decreto 31-2010 del Congreso de la Republica, este debe ser derogado y con ello se termina el mandato de ir a una consulta popular. Esta sería una posición digna que le correspondería asumir al Congreso de la Republica. En todo caso si el Presidente de la Republica insistiera en que la consulta popular se realice, el pueblo debe votar No, porque el fallo de la Corte Internacional de Justicia, tal como está el caso actualmente, podría ser adverso en cuanto a la reclamación territorial y ello se proyectaría al ámbito de la reclamación insular y marítima.

El procedimiento de someterse a un fallo de la Corte Internacional de Justicia ha sido apoyado y presionado por la O.E.A, sin importarle como quedarían los derechos históricos de Guatemala sobre su reclamación territorial y sería saludable que mejor orientara sus acciones y su capacidad de presión hacia que haya un arreglo directo y justo entre Guatemala y Belice, a través de una negociación en la que las partes se reconozcan sus derechos legítimos, todo dentro de una negociación equilibrada. Lo anterior si estaría dentro del marco legal señalado en la Constitución Política de la Republica.

En entrevista otorgada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores (El Periódico, martes 19 de febrero 2013) simplemente le preocupa y lo destaca como una ganancia, que Guatemala alcanzará estabilidad en sus relaciones internacionales y que al fallar la Corte Internacional de Justicia los guatemaltecos deberíamos estar

satisfechos porque se habría solventado un diferencio y que en todo ello el territorio es solo un medio. Es una visión del problema muy corta, muy estrecha y pone de manifiesto que a los ojos del gobierno de Guatemala no hay confianza en que el fallo pueda ser favorable a Guatemala.

Un columnista (El Periódico lunes 25 de febrero de 2013) señala: "Guatemala no debe desviarse del objetivo de zanjar jurídicamente el diferendo con Belice" y señala además que un fallo de la Corte Internacional de Justicia afirmarí la base de una relación de beneficio mutuo entre Guatemala y Belice. Si el objetivo fuera solo zanjar jurídicamente el diferendo, se expone a Guatemala a que por un fallo de la Corte Internacional de Justicia pueda perder su reclamación sobre el territorio que ocupa Belice y con ello pierda consecuentemente su reclamación insular y marítima. Sería mejor que Guatemala continuara con una negociación seria sobre los diferentes aspectos contemplados en el diferendo, tal como se desprende del texto del artículo 19 transitorio de la Constitución Política de Guatemala; además, sería ocioso y antipatriótico que Guatemala gaste 250 millones o más por sacar adelante una consulta popular y además una cantidad extraordinaria de dólares para pago de honorarios y gastos diversos que la conducción del juicio requiere y todo sabiendo, o debiendo saber, que Belice no tiene voluntad de ir a un fallo de la Corte Internacional de Justicia, porque la consulta popular que realice no la autorizara. Los países amigos de Guatemala deben comprender que se percibe que hay organismos internacionales que tienen interés en que se resuelva pronto el caso sin importarle como queden los derechos territoriales de Guatemala. Ya se han sugerido las acciones políticas que Guatemala podría tomar para reorientar la situación en que la han colocado. Se ha estado insistiendo por parte de algunos funcionarios en que se realice una consulta popular esperando que la población apruebe llevar el caso a la Corte Internacional de Justicia, no comprendiendo plenamente que ese procedimiento no es el indicado a la luz del artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y finales de la Constitución Política de la República.

Finalmente, no es aceptable la afirmación de otro columnista que señaló "Guatemala tiene mucho que ganar y poco que perder...". Tampoco es procedente compartir la afirmación de otro columnista que al referirse al costo de la consulta popular señaló: "de manera que un ahorro mal entendido resultaría injustificado".

El pueblo de Guatemala merece tener una información cierta sobre las ampliaciones favorables y desfavorables que concurren en el caso del diferendo territorial entre Guatemala y Belice.

“La Tendencia de Reelección dentro de los Cargos de Poder en la Administración Pública como consecuencia del poco Interés de Participación Política Ciudadana”

***Licenciado Carlos Arístides
Benavides Corado⁴³***

TABLA DE CONTENIDO

1. La administración pública
2. Los sistemas electorales como fundamento de participación ciudadana conforme el ordenamiento jurídico guatemalteco
3. La reelección en los cargos públicos
4. La falta de participación política ciudadana como condicionante a la reelección

Conclusiones

⁴³ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, graduado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Pensum Cerrado en la Maestría de Derecho Penal de la Universidad de San Carlos de Guatemala y con estudios de primer año del Doctorado en Derecho de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, consultor particular.

Presentación

Dentro de un Estado democrático, la participación ciudadana resulta ser muy importante especialmente para la toma de decisiones de las autoridades. De hecho ha sido evidente que en la actualidad los ciudadanos participen a través de manifestaciones a partir del momento en que consideran que las políticas empleadas sobre determinado asunto, les afecte, citando como ejemplo lo que sucede en el caso de la minería.

Es por ello que ha resultado de interés para quien escribe, realizar un breve esbozo de la importancia que tiene la participación política de la ciudadanía y de los intentos que han existido por regularla.

En Guatemala, la historia política del país ha sido muy accidentada, si se toma en cuenta que han predominado en el poder gobiernos militares, lo que ha impedido que los ciudadanos intervengan en la toma de decisiones. El hecho de haber sufrido un conflicto armado que duró aproximadamente treinta y cinco años, también constituye una limitante en el fortalecimiento del sistema político guatemalteco, y tomando en cuenta todo ello, es incipiente, como lo es la intervención ciudadana en la toma de decisiones. Inclusive, en tiempos anteriores a los años ochenta, no era factible alzar la voz de protesta por los ciudadanos, porque generalmente éstos eran objeto de vejámenes, coacciones en su libertad e incluso, se ponía en peligro su vida.

No fue sino a partir de la promulgación de una nueva Constitución Política de la República en el año 1985, por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, y que entra en vigencia la Constitución en enero de 1986, vigente a la fecha, en que el predominio de los gobiernos no solo ha sido de enfoque democrático, electos por los ciudadanos en ejercicio libre del derecho al voto, y en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, que ha provocado que grupos organizados protesten en pro de mejoras en sus condiciones de vida, derivado de decisiones gubernamentales.

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para comprender la importancia que tiene la participación ciudadana dentro del quehacer de los gobernantes, conlleva conocer la conformación de la administración pública. “Se entiende como parte de la administración pública el conjunto de principios, normas y acciones que determinan la relación entre gobernantes y gobernados, tenemos que reconocer que la administración municipal es la instancia de la administración que reúne y aplica esos elementos, ya que es el ámbito municipal donde tiene lugar la relación más próxima y directa que se establece entre Estado y sociedad de tal forma que la administración municipal es un momento de la acción del Estado en la sociedad y la sociedad presente en el Estado, considerados como un momento y un espacio de la organización política de la sociedad y de la actividad del Estado, al municipio y su administración les corresponde atender todo lo concerniente a la vida local y de ninguna manera a intereses generales. De acuerdo con esta consideración la administración municipal aparece entonces como una instancia subordinada a los principios políticos fundamentales de la nación”.⁴⁴

Los gobernantes tienen el deber entre otras cosas, y como fundamental, el prestar los servicios públicos. Este es concebido según Andrés Serra Rojas, citado por Gustavo Martínez Cabañas, que: “es una actividad técnica, directa o indirecta de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continúa y sin propósito de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público”.⁴⁵

Derivado de la buena o mala prestación de los servicios públicos, se puede calificar por los ciudadanos el que se estén cumpliendo funciones efectivas por parte de los gobernantes, como sucede en el caso del servicio del agua, carreteras, vivienda, educación, etc.

⁴⁴ Can Si, Rogelio. LA REMUNERACION DE LOS ALCALDES AUXILIARES. Pág. 12

⁴⁵ Martínez Cabañas, Gustavo, LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL Y MUNICIPAL EN MÉXICO. Pág. 212

2. LOS SISTEMAS ELECTORALES COMO FUNDAMENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA CONFORME EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO

El sistema electoral representa un procedimiento técnico de elección por medio del cual los electores expresan su voluntad política en votos que a su vez se convierten en escaños o poder público. Es a través de la elección que se materializa la representación política en donde el pueblo ha delegado en los gobernantes, y esto atañe a la soberanía. De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 141 refiere que la soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Se fortalece esta norma, con la contenida en el artículo 152 de la Carta Magna que indica que el poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. Además del artículo 154 que refiere que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

Existe el derecho de elegir y ser electo, dentro del actual sistema electoral, y esto forma parte de los derechos y deberes cívico políticos, cuya normativa ordinaria se desarrolla en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, la cual regula lo relativo al ejercicio de los derechos políticos. Se entiende por éstos al “conjunto de derechos humanos de índole políticos que garantizan al ciudadano la capacidad de participar e influir en la administración del poder político. Junto a los derechos civiles componen el grupo de derechos humanos relativos a la protección de la libertad individual frente al poder político del Estado. Como derechos negativos, existe una teoría que divide derechos entre positivos y negativos, siendo los derechos negativos aquellos que permiten u obligan no a actuar de cierta manera, en beneficio del titular del derecho, mientras que los derechos positivos son los que permiten u obligan a actuar de cierta manera en beneficio del titular del derecho”.⁴⁶

⁴⁶ Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe. Editorial Porrúa, Madrid, España, 2000. Pág. 198

En el caso de los cargos de elección para Presidente o Vicepresidente de la República se establece como requisitos ser guatemaltecos de origen, que se encuentren como ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y mayores de cuarenta años. En estos casos, si taxativamente se regula en el artículo 187 de la Carta Magna la prohibición de reelección cuando indica que la persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años, en sustitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso. La reelección o la prolongación del período presidencial por cualquier medio, son punibles de conformidad con la ley. El mandato que se pretenda ejercer será nulo.

En cuanto a la participación en los cargos de elección para diputados al Congreso de la República, que se constituyen en los representantes del pueblo y dignatarios de la Nación, únicamente se regulan los requisitos de ser guatemalteco de origen y estar en el ejercicio de sus derechos ciudadanos, y no se norma nada respecto a los periodos o limitación en cuanto a los períodos de tiempo en que los diputados ejerzan dicho cargo.

En igual circunstancia se encuentran los cargos a elección de los Magistrados de Sala y Corte Suprema de Justicia, cuando se indica que dentro de los requisitos se encuentra que deben ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad, estar en el goce de sus derechos ciudadanos y ser abogados colegiados, pues al referirse al período de sus funciones, se establece en el artículo 208 constitucional, que durarán en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelectos y nuevamente nombrados.

En el caso del Jefe del Ministerio Público, se establece dentro de los requisitos que deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República dentro de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, y durará en su cargo cuatro años. Sin embargo, en este caso, no se contempla la prohibición de reelección.

En el caso del gobierno municipal, que se encuentra integrado por el concejo que también forma parte el Alcalde, son electos por sufragio universal y secreto, para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

Como se observa, en el caso de los jueces y magistrados, así como Jefe del Ministerio Público, se contemplan otros requisitos que no contemplan para presidente, vicepresidente y alcaldes, como es el de reconocida honorabilidad, tener calidades especiales, como el caso de ser Abogados colegiados y activos en el ejercicio de su profesión, sin embargo, en los otros casos, se excluye, lo cual no debe ser así, pues para el desempeño de cargos tan importantes como éstos, debiera contener mayores requisitos para el buen desempeño de dichos cargos.

Por otro lado, también es de considerar que se regula en unos casos la reelección, en otros se prohíbe, y en otros se deja abierta dicha posibilidad. Todo ello, por lo tanto, debiera ser sometido a un estudio y reforma, en función del beneficio de la ciudadanía.

Derivado de lo anterior, se tiene iniciativa para proponer reformas a la Constitución, tanto el Presidente de la República en concejo de Ministros, diez diputados o más, la Corte de Constitucionalidad y el pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos empadronados por el Registro de Ciudadanos.

Adicionalmente, existe la consulta popular, como forma de participación ciudadana, en donde de acuerdo a lo que establece el artículo 173 constitucional, las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos. La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. En ejercicio de la soberanía tiene su fundamento esta institución pues “el pueblo, en el que radica la soberanía, que por medio del voto acepta o rechaza la propuesta aprobada, de donde deriva su voluntad de adoptar o no la decisión sobre la que se pronuncia en las urnas. La Consulta requiere, de la

previa, suficiente y comprensiva información que debe darse a la población para que concurra al acto electoral con pleno conocimiento de su propósito”.⁴⁷

3. LA REELECCIÓN EN LOS CARGOS PÚBLICOS

La reelección se constituye en precepto político que permite a un ciudadano que ha sido elegido para una función pública a un período de tiempo previamente determinado por la constitución y las leyes, el derecho de volver a postularse y ser nuevamente electo a una o más veces para la misma posición, a través del sufragio directo o indirecto, para la designación de los funcionarios que deben ocupar los cargos políticos, administrativos o representativos.

En el lenguaje político común el término reelección tiene mayor uso cuando se aplica a la posible prolongación del titular del cargo. A tal situación se le llama también continuismo, y en dicho caso, éste último vocablo se emplea para señalar un mal político contrario al sistema democrático porque: “Evita el desarrollo de una de sus virtudes como resulta ser la alternabilidad en el poder”.

Dentro de las principales características de la reelección, se encuentran las siguientes:

- a) La reelección es autorizada constitucionalmente. El texto constitucional no dice nada sobre el asunto, del cual se infiere que al no estar prohibida la reelección para varios cargos, ella es permitida sin restricción alguna, más que la que pone de manifiesto esa prohibición, como sucede en el caso del Presidente y Vicepresidente de la República. Pareciera que la Constitución Política de la República favorece la reelección en todos los demás casos, derivado de lo que indica el texto constitucional que autoriza en su contenido la reelección. El artículo 254 de la Carta Magna regula que el gobierno Municipal será ejercido por un concejo el cual se integra con el alcalde, los síndicos y concejales quienes serán electos

⁴⁷ Gaceta No. 51 Pág. 28 Expediente 932-98 Sentencia de fecha 8 de febrero del año 1999. Corte de Constitucionalidad.

para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos, quedando abierto el mismo, sin ningún límite. En el país, la Constitución de 1965 establecía que los diputados no podían ser electos nuevamente, sino después de transcurrido un período legislativo; y la reelección se permitía una sola vez. Los alcaldes tampoco podían ser reelectos, sino después de transcurrido un período edilicio. Asimismo, la Constitución de 1945 disponía que los diputados no podían ser reelectos para el siguiente período legislativo y era obligatoria la renovación del Congreso por mitad cada 2 años. Por el contrario, la Constitución de 1956 permitía la reelección de los diputados, pero obligaba también a la renovación por mitad del Congreso. Tanto la Constitución del 1945 como la del 1956 permitía la reelección de los alcaldes.⁴⁸

- b) La reelección o una segunda elección, puede ser prohibida como sucede en otras legislaciones. Regularmente se evita la continuidad en el cargo como sucede en el caso de Presidente y Vice Presidente disponiendo que los individuos que han ocupado esas posiciones debe tener claridad que en ningún periodo más podrá participar en dichos cargos de elección, tal y como se regula en el caso de Guatemala, sin embargo, para los demás cargos no existe prohibición de reelección.

4. LA FALTA DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA COMO CONDICIONANTE A LA REELECCIÓN

El ciudadano se concibe como “la persona que forma parte de una sociedad. La condición de miembro de dicha sociedad se conoce como ciudadanía, y conlleva una serie de deberes y una serie de derechos que cada ciudadano debe respetar y hacer lo suyo que se cumplan como tal.”⁴⁹

⁴⁸ REELECCION DE DIPUTADOS Y ALCALDES. El Periódico, Opinión. Autor: Mario Fuentes Destarac. www.elperiodico.com.html. Día de Consulta: 10-3-2014.

⁴⁹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Edición 21, Editorial Ilustración Temprana en España, Madrid, España, 1970 Pág. 222

Etimológicamente, el término tiene su origen en ciudad, ya que originalmente ésta era la unidad política más importante. Con el tiempo la unidad política pasó a ser el Estado y, hoy en día, se refiere a ciudadanos y ciudadanas respecto a un Estado. También el Doctor Erick Ovalle Martínez, en su libro Manual de Derecho Internacional Privado define a la ciudadanía como: “la institución que habilita para el ejercicio de todos los derechos políticos, y comporta deberes y responsabilidades correlativo respecto al Estado”⁵⁰

En la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 147 establece la ciudadanía como “son ciudadanos los guatemaltecos mayores de dieciocho años de edad. El Artículo 2 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos regula la ciudadanía como: Son ciudadanos todos los guatemaltecos mayores de dieciocho años.

No cabe duda que la participación ciudadana es un elemento fundamental en una democracia. Esto ha sido objeto de análisis a nivel internacional, y dentro de los instrumentos jurídicos más importantes, se señalan los siguientes:

1. En materia de medio ambiente, la Organización de Estados Americanos establece Estrategias para la promoción de la Participación Pública en la toma de decisiones sobre desarrollo sostenible, que contiene principios y recomendaciones para los Estados parte y que se pretende orientar los esfuerzos hacia la formulación de políticas efectivas que estimulen la participación de la sociedad civil en los esfuerzos por lograr un desarrollo equitativo y ambientalmente sano en el hemisferio. Mediante el fortalecimiento de la participación pública en las decisiones y políticas sobre la gestión del medio ambiente y los recursos naturales, los gobiernos pueden contribuir a alcanzar un desarrollo sostenible. Se fundamenta, se identifican los siguientes principios: a) Proactividad. La democracia supone que todos los individuos tienen el derecho a vivir y desarrollarse en un ambiente donde puedan alcanzar su máximo potencial y tomar parte en las decisiones

⁵⁰ Ovalle Martínez, Eric. O. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 2ª. Edición, Editorial Praxis, Guatemala, año 2000. Pág. 34

que afectan sus vidas. Un papel proactivo del gobierno y la sociedad civil en la creación de oportunidades para la participación pública es fundamental para la promoción de este derecho; b) Inclusión. La plena participación de todos los afectados en cada tema de desarrollo es esencial para lograr soluciones que sean equitativas, duraderas y por lo tanto sostenibles. Es necesario hacer esfuerzos especiales para incluir a las mujeres, los pueblos indígenas, los jóvenes y otros grupos tradicionalmente marginados, incluyendo minorías en desventaja racial o étnica, así como el compromiso pleno del sector con fines de lucro; c) Responsabilidad. Los gobiernos solos no pueden garantizar el desarrollo sostenible; la sociedad civil debe compartir igualmente los compromisos y costos del desarrollo; d) Comprensión. La participación extensa y continua durante todo el proceso de diseño, ejecución y evaluación de proyectos, políticas o programas, inspira nuevas ideas y conocimientos, legitima las decisiones y enriquece los resultados. Un proceso de toma de decisiones que sea suficientemente flexible para incluir aportes en todas sus fases, puede beneficiarse de ajustes cuando sea necesario responder a nueva información o circunstancias; e) Acceso. La participación de la sociedad civil en decisiones sobre desarrollo es fundamental para lograr soluciones duraderas. Para participar en forma efectiva, los ciudadanos deben tener acceso a la información, al proceso político y al sistema judicial; f) Transparencia. Alianzas productivas entre la sociedad civil y el gobierno requieren que ambos sean confiables y transparentes. La transparencia de todas las partes involucradas en un proceso de toma de decisiones facilita una participación más significativa al asegurar que las motivaciones y objetivos sean aparentes y que toda la información necesaria sea confiable y presentada oportunamente. Estos principios bien pueden ser aplicados en otros ámbitos del quehacer de los Estados, y no solo para el caso del medio ambiente.

2. Esta reunión se realizó en Monterrey México, en el año 2004, y su propósito era facilitar la cooperación hemisférica a los más altos niveles de gobierno para así poder enfrentar los retos económicos, sociales y políticos de la región. Se fomenta el crecimiento económico con equidad y en cuanto a la participación ciudadana, establece que el Proceso de Cumbres ha incentivado la participación de los actores sociales en el Hemisferio, refiriéndose a las Organizaciones de la Sociedad Civil, los Pueblos Indígenas, la Juventud, el Sector Privado, los Sindicatos de Trabajadores y otros actores sociales. En todas las Cumbres, los Jefes de Estado y de Gobierno han reconocido la importancia de incluir a los diversos actores de la sociedad y en ésta alentaron a los gobiernos a que cooperen con ellos en la formulación e implementación de políticas y programas de desarrollo.
3. El Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de gestión de cumbres interamericanas y participación de la sociedad civil en las actividades de la Organización de Estados Americanos, en la reunión del veintidós de enero del dos mil diez, se presenta la Estrategia de fortalecimiento de la participación de la sociedad civil en las actividades de la OEA, se resolvió exhortar a los Estados miembros a continuar implementando compromisos, de las Cumbres de las Américas en el tema de la participación de la sociedad civil en las actividades de esta entidad, y resuelven encomendar al Consejo Permanente que continúe promoviendo y facilitando la participación de actores sociales, incluyendo la sociedad civil, organizaciones laborales, grupos indígenas, el sector privado y la juventud en el proceso de Cumbres de las Américas y en actividades relacionadas con los temas asignados a la OEA por dicho proceso, así como los esfuerzos de los Estados Miembros por fomentar dicha participación.
4. El Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, contiene compromisos por parte del Estado de Guatemala, para la participación ciudadana en las decisiones importantes

en el caso de las comunidades indígenas a través de mecanismos de consulta.

A nivel nacional, se cuenta con los siguientes instrumentos:

1. Según la ley General de Descentralización, Decreto número 14-2002, se refiere a la Participación Ciudadana y dice que es un proceso por medio del cual una comunidad organizada, con fines económicos, sociales o culturales, participa en la planificación, ejecución y control integral de las gestiones del gobierno nacional, departamental y municipal, para facilitar el proceso de descentralización. Dentro de los principios de participación ciudadana que se encuentra contenido en el artículo 4 de dicha ley, adicionando a grupos de comunidades indígenas, para que puedan participar en la realización de obras, programas y servicios públicos de su propia comunidad, en coordinación con las autoridades municipales.
2. El Código Municipal, Decreto número 12-2002, regula en el artículo 10 lo siguiente: Mancomunidades. Las mancomunidades son asociaciones de municipios que se instituyen como entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, constituidas mediante acuerdos celebrados entre los concejos de dos o más municipios, de conformidad con este Código, para la formulación común de políticas públicas municipales, planes, programas y proyectos, así como la ejecución de obras y la prestación eficiente de servicios municipales. Además, podrán cumplir aquellas competencias que le sean descentralizadas a los municipios, siempre que así lo establezcan los estatutos y los Concejos Municipales así lo hayan aprobado específicamente. Los órganos de gobierno de las mancomunidades son: a) la Asamblea General, integrada por alcaldes, los concejales y/o síndicos que determine cada Concejo Municipal de los municipios que forman la mancomunidad, teniendo derecho cada municipio mancomunado a un voto; b) la Junta Directiva, electa por la Asamblea General y que actuará conforme a las disposiciones de esta última. Para la administración y ejecución eficiente de las decisiones de las mancomunidades,

éstas deberán contar con su propia estructura administrativa y al menos con un Gerente.”

A pesar de todo lo anterior, existen factores que limitan la participación ciudadana y dentro de los fundamentales se encuentran:

1. Las características de la población guatemalteca, derivado de la multi variedad de idiomas, culturas, y en general, de diversidad de contrastes sociales, existiendo cuatro grupos sociales fundamentales, como son los mayas, ladinos, garifunas y xincas, que resulta difícil llegar a acuerdos o consensos derivado de las políticas públicas del Estado.
2. La participación en grupos, comités, o partidos políticos, implica el empleo de fondos económicos para aportar al partido u organización política, que conlleve diseminarlo en los gastos que la campaña o propaganda representa, lo cual derivado de la situación socioeconómica de la mayoría de la población, que en un ochenta por ciento aproximadamente, es de clase media baja, estas circunstancias son poco alcanzables para el sector indígena, que es el mayoritario en cuanto al total de la población.
3. El hecho de radicar en el área rural la mayoría de la población indígena que pudiera muy bien estar representada en los cargos de elección popular, como una forma de participación, limita el ejercicio de este derecho, pues casi la totalidad de actividades se concentran en la ciudad capital de Guatemala.
4. Los niveles de poca escolaridad en la mayoría de la población también constituyen un obstáculo para la participación ciudadana de personas que pertenecen al sector indígena del país, a tal grado que en los gobiernos democráticos que han existido no ha sido representativo el hecho de ocupar cargos públicos por parte de personas del sector indígena, sino que la intervención ha sido casi en un cien por ciento de personas denominadas ladinas.

5. El poco desarrollo imperante se debe, entre otras circunstancias, a la concentración de la riqueza y del poder en el área urbana y que las condiciones de pobreza y pobreza extrema, mantienen a conveniencia de sectores de poder del país, que es representado por un porcentaje muy pequeño de familias de la sociedad guatemalteca, en que se ocupen los ciudadanos de trabajar y producir ingresos mínimos para sus familias y no atender aspectos relacionados con la participación ciudadana.

6. FORMAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Derivado de lo que se ha venido analizando, y como se ha dicho, uno de los elementos fundamentales de la democracia es precisamente la participación ciudadana. En estas épocas, la población debe alcanzar niveles de participación e intervención en las decisiones trascendentales que les interesan como parte de la sociedad, y se considera que es el momento para ello. Existen concretamente tres campos de acción de la participación ciudadana⁵¹ y son:

1. Participación Privada. Se define como aquella forma de participación de los ciudadanos dentro del contexto de su vida personal y su entorno social limitado, como por ejemplo, el cumplimiento de obligaciones para con el Estado, el mismo hecho de trabajar participando en la actividad económica del país, produciendo desde su espectro individual.
2. Participación Social. Esta se desarrolla un poco más que la privada o personal, y de alguna manera se encuentra íntimamente ligada al concepto de democracia. Se concretiza a nivel de una determinada colectividad de personas, por ejemplo, la participación en la iglesia, grupos de académicos, a nivel municipal con los vecinos, etc.
3. Participación Política. Esta se circunscribe a una forma de participación activa y pasiva. La activa se materializa a

⁵¹ Ramírez Pazos, Hugo Efrén. LA PARTICIPACIÓN, eje fundamental para el fortalecimiento de la Democracia en Guatemala, Editorial Universitaria, 1ª. Edición, Guatemala, 2001. Pág. 3

partir de que el ciudadano común y corriente, participa en organizaciones políticas, como candidato a cargos de elección popular, y en el caso de la pasiva, cuando lo hace únicamente a través del ejercicio del voto ciudadano.

El Estado juega un papel importante para que se fomente la participación ciudadana, y la búsqueda de mecanismos adecuados para ello, pues tal y como se ha analizado, a pesar de que existen algunos, no son suficientes, o no han sido suficientes pues en la actualidad, existen muy pocos casos en los que la ciudadanía ha alzado la voz para que sean escuchados por los gobernantes.

Existe como una solución a la problemática planteada, el hecho de que entre en vigencia una iniciativa de ley que actualmente se encuentra pendiente de aprobación en el Congreso de la República como lo es la Ley de Participación Ciudadana contenida en la número 3550 de fecha catorce de noviembre de dos mil seis, y dentro de los aspectos más importantes de resaltar se encuentran los siguientes:

- a) Dentro de la exposición de motivos establece que la democracia representativa plasmada en la Constitución Política de la República de Guatemala, mediante la cual el pueblo delega la soberanía en los organismos ejecutivo, legislativo y judicial y más concretamente se manifiesta en el Congreso de la República integrado por diputados electos por el pueblo por distritos electorales y listado nacional, requiere ser fortalecida.
- b) El fortalecimiento de la democracia, no obstante debe hacerse no solo mediante el apoyo a la representación sino también con el refuerzo de su aparente contrario: la democracia participativa. Esta última se dice que no es practicable en una sociedad moderna por su tamaño y por la dinámica de las decisiones que deben tomarse prácticamente todos los días por los órganos de poder. La democracia participativa, sin embargo, es

pieza fundamental para fortalecer la representación nacional manifiesta en el parlamento y para fortalecer la legitimidad de los órganos de gobierno en general.

- c) Los representantes de la voluntad popular es decir el Presidente, Vicepresidente, y los Alcaldes sin descartar a los Diputados del Congreso de la República, requieren estar informados del sentir de sus electores, de sus necesidades, sus requerimientos, etc. Las decisiones que le corresponde asumir en el Congreso o en el Ejecutivo deben alimentarse de criterios que hay que recoger de entre los electores. Esa es la relación que el órgano de poder debe mantener con la ciudadanía y para hacer viable esa interrelación se requieren organizaciones, toda vez que interactuar con la sociedad civil dispersa, sería tarea imposible por lo que se hace indispensable, que los diputados, el presidente, vicepresidente, ministros y alcaldes han de valerse de las organizaciones de ciudadanos para poder interactuar con ellos. De lo anterior se infiere que un buen sistema de organizaciones civiles es un buen soporte de la democracia. Se requiere entonces de buscar el fortalecimiento de la sociedad civil organizada para que los órganos de poder encuentren los canales de participación con ella. Se requieren fortalecer la participación ciudadana y establecer los mecanismos de incidencia de ella en las decisiones públicas a la vez que es preciso enmarcar esa incidencia para que la democracia pueda ensamblar adecuadamente con la gobernabilidad.
- d) Se ha dicho que hay ausencia de participación ciudadana en nuestro país y es cierto, por lo que se hace necesario estimular la participación ciudadana en defensa de los derechos y en aporte de propuestas para el diseño e implementación de políticas públicas. Esto tendrá como resultado elevar el nivel de democracia participativa de manera que

se propicie un adecuado equilibrio con la democracia representativa y los ciudadanos puedan sentirse bien representados en los organismos del Estado, y como consecuencia los ciudadanos o gobernados los verán como instrumento de buen gobierno y no como lastres del desarrollo. Que el ciudadano pueda reconocer en las instituciones estatales a verdaderas instituciones democráticas a las que hay que fortalecer en vez de debilitar.

- e) Por otra parte, nuestro derecho se compone no solo de las normas legales aprobadas por el Congreso, sino también hay normas recepcionadas del Derecho Internacional. Tal es el caso del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que contiene compromisos por parte del Estado de Guatemala para dar participación en decisiones importantes, específicamente en su Artículo 6 estipula la realización de consultas a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; así también establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan y establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin, todo ello mediante mecanismos de consulta. Esas disposiciones a pesar que Guatemala es parte del Convenio desde hace diez años, aproximadamente, no han tenido desarrollo alguno, salvo disposiciones contenidas en el Código municipal, y requieren ser

legisladas tanto en forma formal como material mediante leyes y reglamentos.

- f) La presente propuesta de ley tiene el propósito de llenar los vacíos legales e los que ya se hicieron referencia y que se ha mantenido durante todo este tiempo y poner en agenda una propuesta de participación de las comunidades indígenas en las decisiones políticas de Estado. De esa cuenta, el resultado podría ser mayor participación ciudadana entre los pueblos indígenas, lo que necesariamente implica un mayor grado de democracia y mejores oportunidades de encontrar soluciones a los inveterados problemas sociales de nuestro país. De paso, ganar espacios para la gobernabilidad mediante la canalización de demandas y propuestas de solución de las mismas.
- g) Las políticas públicas son definidas de distintas formas. No puede concebirse un gobierno sin políticas públicas.

De conformidad con el contenido de la iniciativa de ley, esta consta de seis capítulos, en el primero se establece el objeto de la ley, que es reconocer, promover y establecer los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos y la gestión estatal, desarrollo de la democracia participativa y el acceso a la información, estableciendo las formas y mecanismos de gestión ciudadana en políticas públicas y su relación con los órganos del Estado, además establece los derechos y deberes de los vecinos, los tipos y formas de organización, los mecanismos de participación, los fines de la organización y los principios de la participación ciudadana. Dentro de estos aparecen los ejes transversales de los acuerdos de paz como la interculturalidad y la equidad, además de privilegiarse la transparencia a efecto que a mayor participación ciudadana los órganos del Estado rindan cuentas sobre su gestión.

El capítulo II se refiere a la defensa de los derechos, específicamente al derecho de legitimación, el de actuación individual, a la actuación colectiva, una vez que la organización de ciudadanos debe tender a esa desiderata.

No se trata de establecer mecanismos de organización así por así, sino con objetivos específicos destacando entre ellos la defensa de los intereses de la comunidad por conducto de sus organizaciones. Así se estipula la actuación individual y colectiva, haciendo relevante el derecho de petición consagrado en la Constitución Política de la República.

El capítulo III se refiere a las entidades ciudadanas, clasificando las organizaciones como de nivel nacional, departamental, municipal y local y definiendo el marco jurídico de cada tipo de organización. Sin perjuicio la clasificación de las organizaciones que estipula la ley de los Consejos de desarrollo. El capítulo IV contempla los mecanismos de participación ciudadana, este a su vez se subdivide en secciones las cuales son: Iniciativa ciudadana, consulta ciudadana, iniciativa de reforma constitucional, participación en comisiones y otros órganos colegiados, participación en formulación de políticas y la participación ciudadana en el sector justicia. En éste último aspecto, se pretende establecer límites para que personas o grupos de interés que pudieran ser afectados a través de resoluciones judiciales pretendan inducir decisiones de los jueces mediante declaraciones públicas o gestiones privadas que tiendan a debilitar la independencia judicial garantizada en el artículo 203 de la Constitución Política de la República.

La iniciativa ciudadana se define como aquella mediante la cual las organizaciones presentan un proyecto para que se apruebe. Ese proyecto puede ser una propuesta de ley, la iniciativa de acuerdo gubernativo, de acuerdo municipal u otra que corresponde a estas o a otras autoridades. No se trata de iniciativa de ley, toda vez que esta corresponde de conformidad con el Artículo 174 constitucional solo a los órganos que ahí se definen. La propuesta de ley no es una iniciativa de ley. Podrá

serlo y la pretensión debe ser esa, siempre y cuando alguno de los diputados la respalde con su firma al momento de ser conocida por el pleno del Congreso como corresponde.

La consulta ciudadana se define como vinculante y no vinculante. Las audiencias públicas que no existen en la legislación vigente se crean como mecanismos no vinculantes y se dejan intactas las normas del Código Municipal que establecen la conducta vinculante, según el artículo sesenta y cuatro de la Ley referida. Para llenar este vacío legal se regula la consulta a pueblos indígenas a nivel nacional, o regional, una vez que a nivel municipal lo regula el Código Municipal, fijando el órgano que deberá disponer la convocatoria, realización y declaración de resultados, este procedimiento se regula en los artículos veintiséis al treinta y uno de la Iniciativa de Ley.

La iniciativa de reforma constitucional define el trámite que deberá darse a este tipo de propuestas. Además, en la sección cuarta se establece la participación en comisiones y otros órganos, que es una tendencia actual de la legislación la de abrir la participación de organizaciones civiles en instancias mixtas con órganos estatales, estos son: 1. Órgano a nivel nacional, a nivel departamental, a nivel municipal que la sociedad civil crea, sin embargo no existe regulación que establezca el mecanismo para la designación de sus representantes. 2. La sección quinta de este capítulo se refiere a la participación en formulación y ejecución de políticas públicas estableciendo la forma que se presenten iniciativas y el trámite que debe dárseles. Se prevé la ejecución conjunta de políticas mediante convenio entre los órganos del Estado y las organizaciones lo cual lleva la participación a un nivel superior al de espectador con funciones de fiscalizador. El manejo de recursos del Estado por parte de las organizaciones civiles lleva aparejada la obligación de sus dirigentes de presentar declaración de bienes y deudas, tal y como si se tratara de funcionarios públicos. Todo en aras de la transparencia.

En el capítulo V se establecen los mecanismos de control de manera que pueda ser visto como un ente denominado observador ciudadano a cargo de velar por el cumplimiento de la ley de

participación ciudadana. Su integración es en base a organizaciones no estatales y su presupuesto no dependerá del fisco aunque no se descartan los aportes públicos. Para poner en funcionamiento el observador si se prevé un aporte estatal y se define la fuente del mismo.

Se regula la Promoción de institucionalidad y tiene como fundamento el hecho de que es importante que la participación de organizaciones civiles en la gestión pública no tenga el efecto de debilitar a los órganos del Estado des- institucionalizándolos pues los efectos perversos de ello afectan la solución de problemas y cierran espacios de participación. Las organizaciones ciudadanas deben procurar fortalecer las instituciones en vez de socavarlas.

Lo importante del proyecto es que si se aprueba y se pone en marcha el resultado final será la existencia de canales de participación legalmente establecidos y regulados adecuadamente para que toda propuesta pueda ser adecuadamente presentada y entendida para el bien de la sociedad. Al final del proyecto se introduce una reforma al Código Penal para crear el delito de atentado contra la independencia judicial. Actualmente los jueces carecen de una protección contra toda injerencia en sus decisiones por parte de grupos de interés y de presión, por lo que cualquier persona u organización, con fines más insospechados puede pronunciarse para exigir a un juez la libertad de una persona sindicada de delitos, o la captura de otras sobre las cuales no hay indicio de responsabilidad en hechos ilícitos.

Se fortalecerá el principio de independencia judicial y los jueces tendrán a su alcance una herramienta, para reclamar que se les confíe a su sano juicio la resolución de los casos que la Constitución y la ley le encomiendan con exclusividad y ajenos a presiones, que aunque en la legislación vigente se encuentra regulado, no se cumple. El efecto tendría que ser que los litigios de derecho público y privado se diriman en los tribunales y que presuntos líderes de organizaciones dejen de litigar por la prensa y canalicen sus demandas por la vía adecuada.

La relación de gobernantes y gobernados suele ser en Guatemala muy tensa, razón por la que los gobiernos sufren un desgaste a veces precipitado que redundo en ingobernabilidad y debilita el sistema democrático.

El objetivo de la ley es de crear mecanismos de armonía para la interacción de gobernantes con la ciudadanía mediante la utilización de organizaciones y procedimientos adecuados para canalizar sus demandas. La gobernabilidad puede fortalecerse si esa relación mejora y para ello requiere de participación responsable de los ciudadanos en la gestión de políticas.

Al considerar importante que derivado de la participación ciudadana, podría evitarse las reelecciones a los puestos de elección popular y por oposición, como sucede actualmente, resulta importante que existan opciones de participación de los ciudadanos, como se describe con la iniciativa de ley anteriormente descrita, sin embargo, se pueden señalar factores positivos de la reelección, como el hecho de que la ciudadanía tiene el derecho de elegir y por lo tanto de reelegir a sus autoridades, y que esto debe aplicar a todos los cargos públicos. Otro factor es el hecho de que permite darle continuidad a los proyectos o programas de desarrollo iniciados y que el tiempo en que se encuentran ocupando el cargo no es suficiente, y que puede resultar que las nuevas autoridades no continúen con los mismos.

Dentro de los factores negativos, se ha señalado el hecho de que el continuismo en el puesto, acomoda a las autoridades, y pueden cometerse actos de corrupción o malos manejos de los fondos públicos. Además, debe haber oportunidad para las demás personas interesadas en optar a los cargos públicos, para que a través del voto, puedan intervenir en ideas nuevas, y en general, implementar políticas más efectivas que el que ha sido reelecto. Otro factor negativo es el hecho de que las autoridades municipales al saber que dejarán el puesto, en muchos casos, han dejado vacías las arcas municipales, complicación que perjudica a las autoridades entrantes, y que es un hecho común que suceda en el caso de Guatemala.

Conclusiones

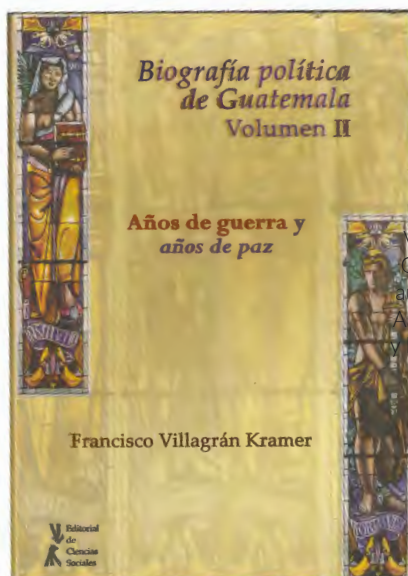
1. Dentro de la administración pública existen cargos de elección popular y por oposición, y en su mayoría sus titulares pueden ser reelectos, a excepción del caso del Presidente y Vicepresidente de la República.
2. La reelección se debe, entre otras circunstancias, a la poca participación política de los ciudadanos guatemaltecos.
3. Debe existir mecanismos de participación ciudadana que deben ser brindados por el Estado a través de marcos normativos, para que exista una mayor participación y que por medio del pueblo, este debe decidir sobre la reelección de candidatos.
4. Debe existir en todos los cargos de elección popular y por oposición como máximo dos períodos para ocupar dichos cargos, lo cual permitirá que otros candidatos compitan positivamente por dichos puestos a través del voto.

Bibliografía

1. Can Si, Rogelio. LA REMUNERACIÓN DE LOS ALCALDES AUXILIARES. Guatemala, s-e. año 1964.
2. Constitución Política de la República de Guatemala.
3. Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe, Editorial Porrúa, Madrid, España, 2000.
4. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Edición 21 Editorial Ilustración Temprana en España, Madrid, España, 1970
5. Fuentes Destarac, REELECCION DE DIPUTADOS Y ALCALDES. El Periódico, Opinión. Prensa Libre.
6. Gaceta No. 51 Expediente 932-98 Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
7. Ley Electoral y de Partidos Políticos y reglamento
8. Ley del Organismo Judicial
9. Martínez Cabañas, Gustavo. LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL Y MUNICIPAL DE MÉXICO. Instituto Nacional de Administración Pública, Editorial Calypso, año 1985.
10. Ovalle Martínez, Erick. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 2ª. Edición Editorial Praxis, Guatemala, año 2000.
11. Ramírez Pazos, Efrén. LA PARTICIPACIÓN: Eje fundamental para el fortalecimiento de la Democracia en Guatemala. Editorial Universitaria, 1ª. Edición. Guatemala, 2001.

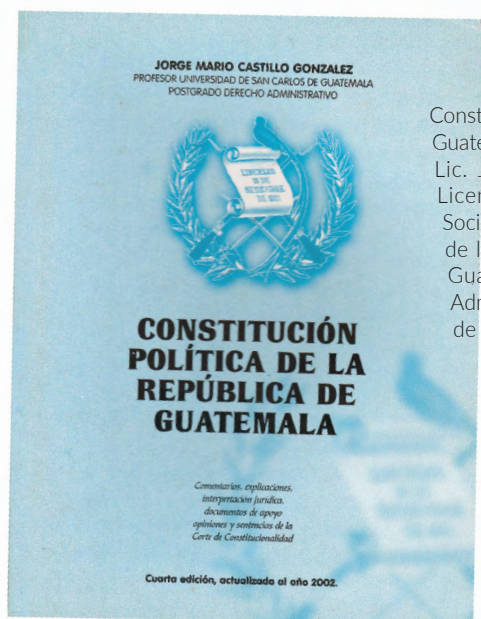
OBRAS DE JURISTAS COLEGIADOS DE GUATEMALA

Lic. Alberto Herrarte, Abogado y Notario, Doctor en Derecho Internacional, Magister Artium en Ciencias Sociales, profesor universitario, diplomático de carrera con el rango de embajador, Ex ministro de Relaciones Exteriores, Ex secretario adjunto de la ODECA, autor de varios libros.



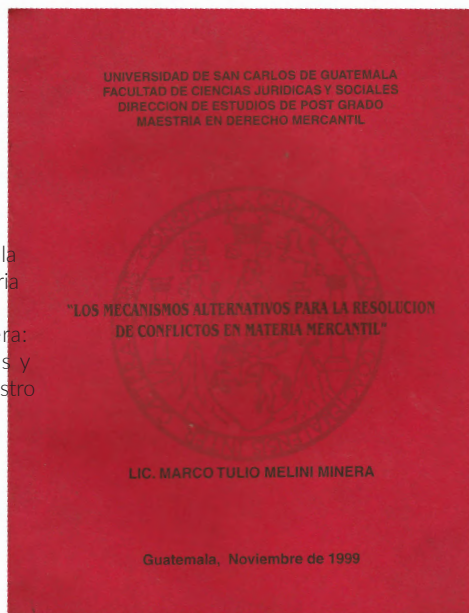
Biografía política de Guatemala Volumen II
Años de Guerra y años de paz:

Dr. Francisco Villagrán Kramer: Fue Vicepresidente de la República de Guatemala en el año 1978, ex diputado, autor de varios libros, ha sido profesor en Argentina, Guatemala, El Salvador, México y Estados Unidos.



Constitución política de la República de Guatemala cuarta edición:

Lic. Jorge Mario Castillo González:
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Profesor de la Universidad de San Carlos de Guatemala Postgrado en Derecho Administrativo, autor de varios libros de Derecho Administrativo



Los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil:

Lic. Marco Tulio Melini Minera:
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Maestro en Derecho Mercantil.