



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

REVISTA JURÍDICA XIX



Instituto de
Investigaciones
Jurídicas

Revista Jurídica XIX / Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ).
Guatemala : Universidad Rafael Landívar [2000 – 2013].
1ª. Época. No. 19 (julio – diciembre, 2013).
176 p.
ISSN: 1409-4762
Incluye: Conclusiones y bibliografías de cada investigación.
Autores: 1. Enrique Fernando Sánchez Usera. 2. Ronel
Emilio Estrada Arriaza. 3. Edgar Orlando Ruano Godoy.
4. Angélica Yolanda Vásquez Girón. 5. Juan Luis Cano Chávez.
6. Set Geovani Salguero Salvador. 7. Saramarí Estrada
Artola. 8. Flor de María Sagastume Leytán. 9. María Andrea
Batres León.

Universidad Rafael Landívar
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Revista Jurídica, núm. XIX, segundo semestre, año 2013

D.R. © Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio “O”, 2do. Nivel, Oficina O-214
Apartado Postal 39-C, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 01016
Teléfono: (502) 2426-2626 Extensión: 2551
Fax: (502) 2426-2595
Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

Editor responsable: M.A. Luis Andrés Lepe Sosa
Asistentes editoriales: Claudia Aracely Morales Paniagua
Aníbal Estuardo Samayoa Alvarado

Impreso en Editorial Serviprensa S.A.
3ª Ave. 14-62, zona 1
PBX: 2245-8888
Correo electrónico: gerenciaventas@serviprensa.com
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Los autores de los artículos son los únicos responsables de su contenido, el cual no representa, necesariamente, la posición de la Universidad Rafael Landívar ni de la Universidad del País Vasco / *Euskal Herriko Unibertsitatea*.

**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Rector

Lic. Rolando Alvarado López, S. J.

Vicerrectora Académica

Dra. Lucrecia Méndez González de Penedo

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, S. J.

Vicerrector de Integración Universitaria

Dr. Eduardo Valdés Barría, S. J.

Vicerrector Administrativo

Lic. Ariel Rivera Irías

Secretaria General

Licda. Fabiola Padilla Beltranena de Lorenzana

**CONSEJO EDITORIAL DEL INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Rector

Lic. Rolando Alvarado López, S. J.

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, S. J.

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Dr. Rolando Escobar Menaldo

Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

M.A. Pablo Hurtado García

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Larry Andrade-Abularach

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Director

Dr. Larry Andrade-Abularach

Jefa Académica e Investigadora Principal

M.A. Patricia Jiménez Crespo

Jefe Administrativo

Lic. Manuel Enrique Tecum Ajanel

Investigador

M.A. Luis Andrés Lepe Sosa

Investigadora de

Acción para el Desarrollo

M.A. Nina Alejandra Carbonell Ricci

Asistente del Doctorado en Derecho

Lic. José Miguel Gaitán Grajeda

Asistente de Investigación

Claudia Aracely Morales Paniagua

Asistente Administrativa

Rosa Mariela Ortiz Ralón

Recepcionista

Dara Andrea García Batres

Alumno Auxiliar de Investigación

Aníbal Estuardo Samayoa Alvarado

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO /
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

Rector

Sr. Iñaki Goirizelaia

Secretaria General

Sra. Eva Ferreira

Vicerrector/Vicerrectora del Campus

Vicerrector del Campus de Álava

Sr. Eugenio Ruiz Urrestarazu

Vicerrector del Campus de Bizkaia

Sr. Carmelo Garitaonandia

Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa

Sra. Cristina Uriarte Toledo

Vicerrectora de Alumnado

Sra. Elena Bernaras

Vicerrectora de Calidad e Innovación

Sra. Itziar Alkorta

Vicerrector de Coordinación

Sr. Juan José Unzilla

Vicerrector de Euskara y Plurilingüismo

Sr. Gidor Bilbao

Vicerrector de Investigación

Sr. Miguel Ángel Gutiérrez

Vicerrector de Ordenación Académica

Sr. Francisco Javier Gil Goikouria

Vicerrector de Profesorado

Sr. Jon Irazusta

Vicerrectora de Proyección Internacional

Sra. Miriam Peñalba

Vicerrectora de Responsabilidad Social y Proyección Universitaria

Sra. Amaia Maseda

Gerente

Sr. Xabier Aizpurua Tellería

**DOCTORADO EN DERECHO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR Y
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS
VASCO/EUSKAL HERRIKO
UNIBERTSITATEA**

**Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Rafael Landívar
Dr. Rolando Escobar Menaldo**

**Decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
Dr. Demetrio Loperena Rota**

Responsable

Dr. Francisco Javier Caballero Harriet

Responsable

Dr. Larry Andrade-Abularach

Comisión Académica

Presidente

Dr. Francisco Javier Caballero Harriet

Vocal

Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

Vocal

Dr. Ignacio Muñagorri Laguia

Índice

Presentación	xi
Introducción	
<i>Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas</i>	xiii
Análisis interpretativo y argumentativo en torno al contrato mercantil de reporto	
<i>Enrique Fernando Sánchez Usera</i>	1
Breve análisis de una resolución (sentencia) dictada de conformidad con el derecho consuetudinario maya	
<i>Ronel Emilio Estrada Arriaza</i>	27
Formas y principios de interpretación constitucional	
<i>Edgar Orlando Ruano Godoy</i>	47
El amparo judicial como mecanismo de control de la argumentación jurídica judicial	
<i>Angélica Yolanda Vásquez Girón</i>	63
Análisis de las argumentaciones jurídicas vertidas por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1822-2011, para sustentar la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala	
<i>Juan Luis Cano Chávez</i>	81
La inconstitucionalidad por omisión en Guatemala	
<i>Set Geovani Salguero Salvador</i>	95
Desarrollo interpretativo que ha realizado la Corte de Constitucionalidad sobre la cuestión prejudicial	
<i>Saramarúa Estrada Artola</i>	123
Principio de capacidad de pago en materia tributaria: normas jurídicas que de él se derivan, conforme la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad	
<i>Flor de María Sagastume Leytán</i>	133
Argumentación jurídica: sentencia de recurso de casación en materia civil	
<i>María Andrea Batres León</i>	147

Presentación

En el transcurso de los años 2012 y 2013, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar ha publicado los números XVI, XVII y XVIII de la *Revista Jurídica*, que contienen varios ensayos creados dentro del ámbito de la Primera Cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)*. En dichos ejemplares, se han discutido los temas generales de “Los tributos y la política fiscal en Guatemala” (*Revista Jurídica* XVI), “La descentralización y el poder local” (*Revista Jurídica* XVII) y “La mujer guatemalteca y sus derechos fundamentales” (*Revista Jurídica* XVIII). Todas estas investigaciones constituyen una enorme contribución al acervo académico y cultural de la comunidad jurídica nacional, así como un legado para las generaciones futuras de juristas landivarianos.

En esta ocasión, comenzamos con mucho orgullo un nuevo ciclo, al presentar por vez primera las investigaciones producidas por la Segunda Cohorte del Doctorado en Derecho, conformada por un grupo de profesionales de las ciencias jurídicas que se ha dedicado con esmero y disciplina a superar exitosamente el estricto programa de estudios fijado conjuntamente por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Bajo la dirección personal e inmediata de profesores de la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* y otras universidades europeas, los doctorandos desarrollan investigaciones jurídicas que deben cumplir con los más altos estándares de excelencia establecidos a nivel de la Unión Europea.

Nueve de estas investigaciones redactadas en el formato de ensayo, son recopiladas y publicadas en esta oportunidad, dentro del tema general de la *Argumentación e interpretación jurídica en el ámbito guatemalteco*. Estas investigaciones fueron generadas dentro de la línea de investigación/asignatura de *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, a cargo del Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, quien es un eminente académico y profesor universitario, así como un prolífico autor a nivel internacional.

Las investigaciones seleccionadas constituyen aportes para el mejoramiento del sistema jurídico guatemalteco, especialmente en el

campo de la administración de justicia, donde se evidencian serias debilidades que obstaculizan la aplicación adecuada de la ley. El estudio de resoluciones de la Corte de Constitucionalidad es algo recurrente en la mayoría de investigaciones compiladas, aunque también las hay que se dedican al análisis de resoluciones de casación, o incluso las dictadas dentro del sistema de justicia maya.

Recalamos, como siempre, que la intención de estas investigaciones es causar incidencia en la sociedad guatemalteca, tanto en lo que respecta a la creación de normas como a su correcta comprensión y aplicación por parte de quienes están obligados a obedecerlas y aplicarlas. Asimismo, que todos los trabajos incluidos en esta y las demás publicaciones de este Instituto carecen de tintes políticos partidistas y mediáticos. No pretendemos atenernos a la moda ni al corto plazo, sino que nos fundamentamos en principios inmanentes y conocimiento científico para brindar soluciones a problemas relevantes y actuales, en beneficio del ser humano, la familia y la sociedad. Esto es lo que caracteriza al Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Reiteramos nuestro agradecimiento al Dr. Ezquiaga Ganuzas, quien ya es un visitante asiduo de nuestra Universidad, así como un profesor muy querido por los estudiantes de ambas cohortes del Doctorado en Derecho. También agradecemos el aporte de los autores cuyas investigaciones se incluyen en esta Revista y los exhortamos a que continúen con el esfuerzo investigativo y creador de nuevo conocimiento, que perfeccionará su formación como verdaderos juristas.

Dr. Larry Andrade-Abularach

Director

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinador del Doctorado en Derecho de la

Universidad Rafael Landívar y de la

*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
en Guatemala*

M.A. Luis Andrés Lepe Sosa

Investigador

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Guatemala de la Asunción, octubre de 2013.

Introducción

Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas*

Es para mí un gran honor que se me haya permitido incluir unas breves palabras de presentación a este nuevo volumen de la prestigiosa *Revista Jurídica* de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala por dos motivos. En primer lugar, porque es un nuevo fruto de la provechosa colaboración entre esta querida Universidad y mi Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*, como consecuencia del entusiasmo y trabajo de mis queridos amigos el Dr. Larry Andrade-Abularach y el Dr. Francisco Javier Caballero Harriet. En segundo lugar, es un gran orgullo apreciar que el fruto del trabajo que el alumnado de mi Curso sobre “*Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*” se hace público ahora para general conocimiento y para someterse al escrutinio de la comunidad jurídica.

Esta encomiable iniciativa del Instituto de Investigaciones Jurídicas estoy seguro de que ha supuesto un aliciente para los y las asistentes al Máster “Sociedad democrática, Estado y Derecho”, pero para quien impartió el Curso del que han surgido los trabajos recopilados en este volumen es, de un lado, la plasmación del deber cumplido, y del otro, la satisfacción de verificar que las enseñanzas discutidas en el aula han sabido ser utilizadas por los autores para

* Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas es doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* –UPV/EHU–. Catedrático en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU. Autor de más de una docena de libros publicados en varios países, así como de incontables colaboraciones en obras colectivas, artículos académicos y otras publicaciones. Director de tesis doctorales; conferencista y seminarista internacional. Decano de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU de 1993 a 1996 y de 2000 a 2006. Miembro de la Junta de Gobierno de la UPV/EHU 2001-2004. Catedrático del curso “*Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*” en el doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la UPV-EHU.

efectuar presentaciones y aproximaciones novedosas de algunos temas jurídicamente relevantes y, a primera vista, bastante alejados del ámbito de interés de la Teoría y Filosofía del Derecho.

Naturalmente no puede (ni debe) ser objeto de estas breves páginas exponer los ricos contenidos de los trabajos publicados, sino sobre todo animar a su atenta lectura, pero sí me gustaría facilitar al lector una rápida orientación acerca de lo que se va a encontrar en esta obra.

Si algo tienen en común los nueve estudios publicados es, en primer lugar, su rigor, seriedad y originalidad, y en segundo lugar, el intento de aplicar a cuestiones muy variadas las nociones y conceptos analizados y desarrollados en el Curso que tuve el gusto de impartir. En efecto, la lectura de cada trabajo muestra que sus autores y autoras se tomaron muy en serio la tarea, superando ampliamente las exigencias académicas para obtener una serie de créditos en una Maestría. Esta publicación es la principal muestra de ello. Además, como indicaba ahora mismo, en los estudios puede verse nítidamente que se ha buscado una aproximación de teoría de la interpretación que implementa los análisis abordados en el aula. Este hecho es indudablemente gratificante para cualquier docente, y muestra la disposición y receptividad del alumnado, pero sobre todo es un gran mérito y esfuerzo suyo que debe ser reconocido. Como podrá apreciarse en la breve síntesis curricular y profesional de los autores y las autoras, son de procedencias y experiencias muy variadas, y la mayoría con especialidades bastante alejadas de planteamientos teóricos o filosóficos. A pesar de ello, es emocionante ver la destreza con la que han incorporado a su discurso jurídico términos, conceptos y análisis con los que muchos de ellos no están (o mejor, no estaban) familiarizados. No sólo es de agradecer como profesor e investigador, sino que implica el objetivo que cualquier reflexión académica persigue: incidir en la práctica y en los prácticos del Derecho y (ojalá) colaborar a su mejor conocimiento y funcionamiento.

Como un poco más arriba indicaba, los trabajos son variados y sobre temáticas muy diversas. Sin embargo, me atrevería a hacer dos grupos entre ellos.

El primero, formado por los estudios de Edgar Orlando Ruano Godoy, Angélica Yolanda Vásquez Girón, Juan Luis Cano Chávez y

Set Geovani Salguero Salvador, me parece que conforma un sólido soporte teórico de los contenidos vistos en el Curso, abordando con precisión y originalidad algunos de los problemas y análisis más relevantes sobre los que nos llama la atención la teoría de la interpretación y argumentación jurídica: la interpretación constitucional, el contenido del deber de fundamentación de las resoluciones judiciales o la difícil cuestión de la inconstitucionalidad por omisión. En todos ellos se aprecia un amplio conocimiento de los temas respectivos, el intento de conjugar el análisis normativo con el jurisprudencial y doctrinal, y, como debe ser, volcar la reflexión en el Derecho guatemalteco.

El segundo grupo, en el que incluiría los trabajos de Enrique Fernando Sánchez Usera, Ronel Emilio Estrada Arriaza, Saramaría Estrada Artola, Flor de María Sagastume Leytán y María Andrea Batres León, analiza temas tan diferentes como el contrato mercantil de reporto, el Derecho consuetudinario maya, la cuestión prejudicial, el principio de capacidad de pago, o el recurso de casación en materia civil. A pesar de esa variedad, e igual que señalaba sobre el otro grupo de artículos, todos ellos efectúan una rigurosa y documentada presentación del estado de la respectiva cuestión, pero proporcionando un nuevo enfoque para el análisis. Ello muestra, espero, que los aportes que la teoría del Derecho puede realizar al discurso jurídico práctico pueden ser de utilidad para entender mejor nuestros ordenamientos jurídicos.

Frecuentemente se escucha que la Filosofía del Derecho o, en general, los estudios teóricos, no poseen mucha relevancia y utilidad desde la perspectiva de los profesionales del Derecho, al hablar de un objeto distinto al que es usado y aplicado por los operadores jurídicos. Esta colección de trabajos muestra que esa consideración no se corresponde con la realidad. Muestra que sin ser filósofo o estudioso de la teoría, puede conocerse, e integrarse con naturalidad en el razonamiento jurídico práctico. Felicidades a sus autores y autoras y mi agradecimiento por haberse tomado en serio mi análisis. No hay mayor elogio para un profesor.

Termino con una reflexión. Resultados de tanta calidad y seriedad como los ahora publicados no son una casualidad, sino que se dan cuando se propician las condiciones oportunas. El hábitat en el que este conjunto de trabajos ha brotado se debe al esfuerzo serio e impecable de la Universidad Rafael Landívar y del Dr. Larry Andrade-Abularach,

INTRODUCCIÓN

que en un afortunado momento se topó con el sueño latinoamericano del Dr. Francisco Javier Caballero Harriet y con la sensibilidad y apuesta de la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* con Latinoamérica y con un ambicioso proyecto cultural de colaboración en materia de enseñanza superior. Este es uno más de sus frutos.

Análisis interpretativo y argumentativo en torno al contrato mercantil de reporto*

Enrique Fernando Sánchez Usera**

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de reporto. III. Efectos del contrato. IV. Características y naturaleza jurídica. V. Particularidades del contrato de reporto en Guatemala. VI. El aporte jurisprudencial. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de las sesiones presenciales del módulo “Teoría y práctica de la interpretación y argumentación jurídicas” se hizo notar la importancia que tiene la interpretación y argumentación jurídica. En el presente caso se estudia el contrato de reporto, que es ajeno a la realidad jurídica guatemalteca y que se introduce con el actual Código de Comercio, Decreto 2-70. En el análisis se estudia la procedencia del contrato y la contextualización del texto normativo del contrato con otros preceptos legales, con lo que, fruto de la interpretación, se obtienen normas jurídicas que, en algunos casos resultan sorprendentes, contradictorias e incluso ilegales.

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** *Enrique Fernando Sánchez Usera* es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Maestría en Derecho Económico Mercantil por la Universidad Rafael Landívar. Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto. Actualmente es director de investigación y ejes transversales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. Catedrático en las universidades: Rafael Landívar (Guatemala), del Istmo (Guatemala) y McGeorge School of Law de la Pacific University (Sacramento, California) en su programa de verano en Antigua Guatemala. Abogado del Tribunal Eclesiástico de Guatemala. Autor de las obras *Manual de derecho de la competencia* y *Monografía de derecho ambiental, tomo I*, publicadas por la Universidad Rafael Landívar.

El análisis realizado abarca la escasa doctrina existente en el país, doctrina más general, el estudio de los textos legales guatemaltecos referentes al reporto, comparado con la legislación de los países fronterizos (El Salvador, Honduras y México), así como con Italia, país del que es originario el contrato objeto de estudio. También se investigó la escasa jurisprudencia existente en la materia y se abordan específicamente dos cuestiones: a) la prohibición del pacto de retroventa en relación con el reporto y la realidad de esa prohibición cuando el contrato se realiza en el seno de la bolsa de valores; y, b) la cuestión relativa a los títulos que son susceptibles de utilizarse como objeto del contrato de reporto, ya que en Guatemala la acción, título fundamental en vista del cual está creado el contrato, no es título de crédito.

Se concluye apreciando la irregularidad que se plantea en torno a la prohibición del pacto de retroventa de títulos de crédito objeto del contrato de reporto, cuando se opera a través de la bolsa; y cómo, pese a no ser la acción un título de crédito, del conjunto de textos normativos que regulan el reporto, junto con preceptos referentes a las sociedades anónimas, se puede concluir, tras aplicar la oportuna interpretación sobre los mismos, que la norma legal permite que el reporto se realice sobre acciones de sociedades, lo que además está avalado por la escasa jurisprudencia existente.

II. CONCEPTO DE REPORTO

En términos generales –manifiesta Sergio Rodríguez Azuero–, el contrato de reporto tiene poca difusión en América Latina, por lo menos como operación bancaria; se encuentra íntimamente ligado a las operaciones bursátiles a plazo, en los países en donde ha alcanzado su más alto desarrollo. En el campo de las operaciones de bolsa, el mecanismo propio del reporto parece brindar las utilidades más interesantes en países como Italia¹, donde tiene una destacada importancia².

1 El Código Civil italiano de 1946, define el reporto en el artículo 1548: *“Il riporto è il contratto per il quale il riportato trasferisce in proprietà al riportatore titoli di credito di una data specie per un determinato prezzo, e il riportatore assume l’obbligo di trasferire al riportato, alla scadenza del termine stabilito, la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie, verso rimborso del prezzo, che può essere aumentato o diminuito nella misura convenuta”*.

2 Rodríguez Azuero, Sergio, *Contratos bancarios, su significación en América Latina*, 2ª ed., Bogotá, Biblioteca FALABÁN, 1979, p. 469.

Edmundo Vásquez Martínez define de forma concisa el contrato de reporto como “aquel por el cual una persona (reportado) transfiere a otro (reportador) con efecto inmediato la propiedad de títulos de crédito y al mismo tiempo adquiere el derecho de recuperar, al término de cierto tiempo, otros tantos títulos de la misma especie”³, mientras que Arturo René Villegas Lara lo hace diciendo que es aquel por el que:

[...] una parte, llamada reportado, transfiere a otra llamada reportador, la propiedad de títulos de crédito, obligándose este último a devolver al primero otros títulos de la misma especie dentro del plazo pactado y contra reembolso del precio de los títulos, el que podrá ser aumentado o disminuido según se haya convenido⁴.

El Código de Comercio guatemalteco, Decreto 2-70, lo define en el artículo 744, cuando dispone:

[...] en virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma determinada la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al reportado, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido, contra reembolso del mismo precio, que podrá ser aumentado o disminuido de la manera convenida. El reporto se perfeccionará por la entrega cambiaria de los títulos.

Así pues, en este contrato pareciera que se produce, como señala Vásquez Martínez, una operación típica de la esfera bursátil cual es el contrato de doble⁵, entendiéndolo por tal, con Oriol Amat Salas, aquel en que coinciden a la vez una operación al contado y otra a plazo de signo distinto, ya que en este tipo de operaciones bursátiles “se hace un contrato en virtud del cual el vendedor al contado se compromete a adquirir los mismos títulos a un plazo determinado y a un precio fijado. En el precio de recompra se incluyen los intereses pactados correspondientes a los días de duración de la operación”⁶.

3 Vásquez Martínez, Edmundo, *Instituciones de derecho mercantil*, 2ª ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2009, p. 575. Toma el concepto de Alberto Trabucchi, *Instituciones de derecho civil*, traducción española de Luis Maitínez-Calcerrada, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1967, t. II, p. 288.

4 Villegas Lara, Arturo René, *Derecho mercantil guatemalteco—obligaciones y contratos—*, 3ª ed., Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad San Carlos de Guatemala, 2000, t. III, p. 78.

5 Vásquez Martínez, Edmundo, *op. cit.*, nota 3, p. 575.

6 Amat Salas, Oriol, *La bolsa, funcionamiento y técnicas para invertir*, Barcelona, Ediciones Deusto, 1999, p. 71.

Y, en efecto, se dice que pareciera un contrato de doble, pero no lo es técnicamente hablando, aunque otro pueda ser su espíritu, y es que el contrato de doble tiene por objeto los mismos títulos; sin embargo, de la literalidad del artículo 744 del Código de Comercio cabe apreciar que el pacto de recompra no se produce sobre los mismos títulos, sino sobre “otros tantos de la misma especie”, siguiendo en este sentido el criterio sentado en la legislación italiana. Sobre este aspecto de trascendencia en la configuración del reporto en Guatemala, se volverá más adelante.

Una definición más ajustada a lo que el reporto es en la realidad guatemalteca y latinoamericana la da Rodríguez Azuero, al decir:

El reporto puede definirse como el contrato por medio del cual el reportador, ordinariamente el banco, adquiere de un tercero (reportado) títulos valores mediante el pago de un precio con la obligación de transferir los mismos u otros de idéntica especie, contra el reconocimiento de un precio aumentado o del mismo precio, más una prima, comisión o interés. Se trata, de un típico negocio de crédito, desde el punto de vista jurídico, en donde existe la transmisión actual de la propiedad por parte del reportado al reportador con la obligación, para el último de retransmitirla ulteriormente. Existe, entonces una doble transmisión separada en el tiempo que da origen al reconocimiento de una remuneración pecuniaria a favor, ordinariamente, del reportador, quien entrega la suma de dinero⁷.

El contrato de reporto se regula por primera vez en Guatemala en el vigente Código de Comercio, Decreto 2-70, que pretendió incluir:

[...] instituciones del Derecho Mercantil moderno, con lo cual es posible la eficiente regulación de los institutos que comprende, armonizando su normatividad con la de los otros países centroamericanos, pues el auge del intercambio de bienes y servicios entre los países del área requiere un verdadero paralelismo en la legislación de tan importante materia⁸.

De él se ocupa la sección cuarta del capítulo IV (“Operaciones de crédito”) del libro IV (“Obligaciones y contratos mercantiles”), artículos 744 a 749.

7 Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, nota 2, p. 470.

8 Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70: Código de Comercio, considerando tercero.

Los países vecinos de Guatemala: El Salvador, Honduras y México, también regulan el reporto⁹; en todos los casos como operaciones de crédito, y no como operación típica de la bolsa. Como señala Villegas Lara:

La influencia de la legislación mexicana es evidente en el caso del contrato que estudiamos, al grado de que, con ligeras variantes, el articulado de nuestro Código es una copia tomada de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito mexicana, sin mayores aportes del legislador nacional. No sucede lo mismo con el Derecho costarricense, en donde no se consideró necesario legislar sobre una materia alejada de la realidad jurídica de nuestros países¹⁰.

En Guatemala la vinculación del reporto con contratos que regulan “operaciones de crédito”, siguiendo una corriente ya apuntada por Rodríguez Azuero y Villegas Lara, es clara y tiene su encaje en el artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros¹¹, a tenor del cual “los bancos autorizados conforme a esta ley podrán efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes [...] a) Operaciones pasivas: [...] 9.- Realizar operaciones de reporto como reportado [...] b) Operaciones activas: [...] 11.- Realizar operaciones de reporto como reportador”. Es decir, el reporto se configura como una típica operación bancaria, lo cual tiene su importancia ya que, si estamos en presencia de operaciones de crédito, es claro que estas se enmarcan dentro de la intermediación financiera bancaria,

[...] consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones,

9 El Código de Comercio de El Salvador, Decreto 671, de 26 de mayo de 1970, en el capítulo IV, título VII (“Operaciones de crédito bancario”), dentro del libro IV (“Obligaciones y contratos mercantiles”), artículos 1159 a 1166; en el Código de Comercio de Honduras, Norma 73-50, libro IV (“Obligaciones y contratos mercantiles”), título II (“Contratos mercantiles en particular”), capítulo VIII (“Operaciones de crédito y bancarias”), artículos 929 a 936; y en México, está regulado en el capítulo I del título II (“Operaciones de crédito”) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 27 de agosto de 1932, artículos 259 a 266.

10 Villegas Lara, Arturo René, *op. cit.*, nota 4, p. 77.

11 Decreto 19-2002 del Congreso de la República, de 13 de mayo de 2002.

destinándolos al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones o financiamientos¹².

Indudablemente, para la realización de la actividad crediticia y financiera, se requiere autorización expresa, pues en otro caso, se estaría cometiendo delito de intermediación financiera¹³.

Así las cosas, en el momento actual, carece de sentido lo manifestado por Villegas Lara, cuando señala que:

[...] la doctrina la considera [al reporto] como una operación propia de las bolsas de valores; pero, siendo recientes esas instituciones auxiliares del tráfico comercial en el medio guatemalteco¹⁴, la ley no requiere que se dé como contrato bursátil; de manera que puede concertarse entre el tomador o el tenedor de un título y una institución de crédito o con otra persona que tenga interés en este tipo de negocio¹⁵.

Ya que la actividad propia del reporto en Guatemala se enmarca en los contratos de crédito, típicos de la actividad bancaria, sin que pueda realizarlo sin autorización “cualquier persona que tenga interés en este tipo de negocio”, so pena, como ya se ha señalado, de caer en la figura del delito de intermediación financiera.

12 Congreso de la República de Guatemala, Decreto 19-2002: Ley de Bancos y Grupos Financieros, artículo 3.

13 Congreso de la República de Guatemala, Decreto 19-2002: Ley de Bancos y Grupos Financieros, artículo 96: “Comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente Ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí mismo o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentalización o registro contable de las operaciones. En el caso de personas jurídicas son responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales”.

14 La introducción del contrato de reporto tiene lugar en Guatemala con el Código de Comercio, Decreto 2-70 de 1970; sin embargo la puesta en funcionamiento del sistema bursátil se produce dos decenas de años después, rigiéndose la actividad por el Decreto 34-96 del Congreso de la República, Ley del Mercado de Valores y Mercancías.

15 Villegas Lara, Arturo René, *op. cit.*, nota 4, p. 77.

III. EFECTOS DEL CONTRATO

Los efectos que produce este contrato son muy similares en todos los países que lo regulan¹⁶, lo que fácilmente se comprende al entender que el contrato de reporto de amplia tradición italiana (Código de Comercio italiano de 1882 y de 1942), pasó a la legislación mexicana (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, de 27 de agosto de 1932) y de esta a muchas latinoamericanas, entre ellas las de Guatemala, El Salvador y Honduras. Específicamente, y por lo que se refiere a Guatemala, cabe decir:

- a) El reporto produce un efecto traslativo de la propiedad de los títulos y un efecto obligatorio posterior para la restitución de los mismos (artículo 744 del Código de Comercio).
- b) Si los títulos atribuyen un derecho de opción que deba ejercitarse durante el reporto, el reportador está obligado a ejercitarlo por cuenta del reportado, el cual debe proveerlo de los fondos suficientes con dos días de anticipación al del vencimiento de la opción (artículo 746 del Código de Comercio).
- c) Los derechos accesorios de los títulos serán ejercitados por el reportador por cuenta del reportado y los dividendos o intereses serán acreditados al reportado y se liquidan al vencimiento de la operación. Los reembolsos y premios quedan a beneficio del reportado, cuando los títulos hayan sido específicamente designados al hacerse el contrato. El derecho de voto, salvo pacto en contrario, corresponde al reportador (artículo 747 del Código de Comercio).
- d) Cuando durante el término del reporto deba ser pagado algún llamamiento sobre los títulos, el reportado deberá proporcionar al reportador los fondos necesarios al menos dos días antes de la fecha en que el llamamiento haya de ser pagado. En caso de que el reportado no cumpla con esta obligación, el reportador puede proceder a liquidar el reporto (artículo 748 del Código de Comercio).

16 Código Civil italiano de 1942, artículos 1550 y 1551; Código de Comercio de El Salvador, Decreto 671, de 26 de mayo de 1970, artículos 1161 a 1164; Código de Comercio de Honduras, Norma 73-50, artículos 931 a 934; Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, de 27 de agosto de 1932, artículos 261 a 264.

- e) Si el día hábil siguiente al vencimiento del plazo del reporto, no se liquida ni prorroga la operación, se tiene por abandonada y la parte a cuyo favor resulte alguna diferencia, puede reclamarla (artículo 749 del Código de Comercio).

IV. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA

Estamos en presencia de un contrato real, es decir que se perfecciona por la entrega cambiaria de los títulos al reportador¹⁷, debiendo redactarse, además, por escrito, conteniendo los requisitos mínimos que establece la ley¹⁸. Se trata, por otro lado, como dice Villegas Lara, de un contrato típico, nominado, bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo¹⁹.

En cuanto a su naturaleza jurídica, señala Vásquez Martínez que:

[...] la doctrina ha considerado al reporto como un préstamo, como una venta con pacto de retroventa, como una venta con promesa de venta, como una doble venta y como contrato típico que realiza un caso de propiedad temporal. Conforme a esta última teoría, el reporto no debe reconducirse a ninguna otra figura conocida, aun cuando haya alguna afinidad jurídica, sino que debe considerarse como un típico contrato que, conforme a su función económica, sirve para la adquisición temporal (y, correlativamente, pérdida) de la propiedad, de títulos, y que el mismo realiza un caso de propiedad temporal²⁰.

En sentido parecido se expresa Rodríguez Azuero, quien señala que se ha querido ver en el reporto un contrato de anticipo, préstamo con garantía prendaria, compraventa con pacto de retroventa, doble venta, para decantarse finalmente por considerar al contrato como

17 Artículo 1549 del Código Civil italiano de 1942; artículo 744 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70, inciso final; artículo 1159-2 del Código de Comercio de El Salvador, Decreto 671, de 26 de mayo de 1970; artículo 929-2 del Código de Comercio de Honduras, Norma 73-50; artículo 259-2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, de 27 de agosto de 1932.

18 Artículo 745 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70, inciso final; artículo 1160 del Código de Comercio de El Salvador, Decreto 671, de 26 de mayo de 1970; artículo 930 del Código de Comercio de Honduras, Norma 73-50; artículo 260 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, de 27 de agosto de 1932.

19 Villegas Lara, Arturo René, *op. cit.*, nota 4, p. 79.

20 Vásquez Martínez, Edmundo, *op. cit.*, nota 3, p. 575.

autónomo, utilizando esta expresión para indicar tan solo que parece tratarse de un contrato sui géneris²¹.

V. PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE REPORTO EN GUATEMALA

El contrato de reporto, en orden a su inclusión dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, presenta algunas cuestiones de trascendencia que afectan a su propia operatividad, ya que al incluir su regulación en el Código de Comercio de 1970, naturalmente se debió realizar una labor de integración normativa, y ello precisamente da lugar a problemas y contradicciones que dan como resultado la prácticamente nula viabilidad del contrato.

En efecto, la primera cuestión a abordar está relacionada con la prohibición expresa que existe en la legislación guatemalteca del pacto de retroventa. La segunda se refiere a qué es lo que debe entenderse por título de crédito, pues ello afectará a la propia operatividad del contrato, ya que lo que adquiere el reportador a cambio del dinero que paga, de conformidad con el texto normativo son títulos de crédito. En función de lo que se entienda por títulos de crédito, se le dará al contrato un mayor o menor campo de actuación.

A. El pacto de retroventa

El reporto, como contrato de bolsa (*repos*), tiene como elemento esencial, como ya se dijo anteriormente, una operación al contado y otra a plazo de signo contrario que recaen, ambas, en los mismos títulos, de suerte que existiría un pacto de recompra sobre los mismos.

Sin embargo, el contrato, entendido como contrato financiero o bancario, al menos en las legislaciones que se están comparando, presenta la particularidad de que establece una compraventa al contado de títulos de crédito y un pacto de recompra futura de títulos de la misma especie²², lo que quiere decir, en primer lugar, que se trata

21 Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, nota 2, p. 471 y 472.

22 Código Civil italiano de 1942, artículo 1548; Código de Comercio de El Salvador, Decreto 671, de 26 de mayo de 1970, artículo 1159; Código de Comercio de Honduras, Norma 73-50, artículo 929; Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, de 27 de agosto de 1932, artículos 259 a 266.

de títulos considerados como bienes fungibles y, en segundo lugar, que podrá tratarse de títulos distintos.

En orden a si los títulos pueden ser los mismos o debe tratarse de otros títulos diferentes, debe tomarse en consideración otra cuestión de carácter colateral, cual es la del tratamiento que en cada legislación se dé sobre el pacto de retroventa, pues se comprende que si existe una venta de contado y un pacto de recompra posterior, si fuera de los mismos títulos, constituiría una compraventa con pacto de retroventa.

En este punto del estudio, se deben distinguir los países que permiten el pacto de retroventa de aquellos otros que lo prohíben. Al primer grupo pertenece Italia, cuyo Código Civil expresamente permite la "*vendita con patto di rescatto*" (artículos 1500²³ y ss.), Honduras, donde se realizan compraventas con pacto de retro, al no prohibirlo su legislación y El Salvador, donde expresamente su Código Civil regula el "pacto de retroventa" en los artículos 1679²⁴ a 1683.

Por otro lado, se encuentra la legislación mexicana, que expresamente prohíbe el pacto de retroventa, al disponer el artículo 2302 de su Código Civil Federal²⁵: "Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compra-venta entre los mismos contratantes", y de idéntica manera aparece redactado el artículo 1800 del Código Civil de Guanajuato de 14 de mayo de 1967.

La pregunta a formular ahora es, ¿y Guatemala, en cuál de los dos campos se sitúa?, siendo la respuesta que su legislación se encuadra en la de los países que prohíben el pacto de retroventa. En efecto, el artículo 1791 del Código Civil guatemalteco, al tratar de la compraventa, en su inciso final, establece: "queda prohibido el pacto de retroventa".

23 El artículo 1500-1° del Código Civil italiano de 1942, establece: "*Il venditore può riserverarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo e i rimborsi stabiliti dalle disposizioni che seguono*".

24 Artículo 1679 del Código Civil de El Salvador: "Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra".

25 Este Código Civil fue publicado en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, siendo presidente de la República Plutarco Elías Calles.

En esta situación, es indudable que los títulos que se devolverán al reportado en el contrato de reporto serán otros tantos de la misma especie, y no los mismos, ya que ello conculcaría el artículo últimamente citado.

La razón de la existencia de prohibición de pacto de retroventa en legislaciones como la guatemalteca o la mexicana parece obedecer al intento de impedir los pactos comisorios o de *lex comisoria*, en los que se disfraza bajo una compraventa con pacto de retro un préstamo con garantía real, encuadrable en la categoría que en derecho romano se conocía como contratos fiduciarios, y, dentro de estos, específicamente en la categoría de los *fiducia cum creditore contracta* que, como señala José Arias Ramos, tenía por finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación, y:

[...] tenía lugar del modo siguiente: el deudor o un tercero en consideración a él, transmite por "*mancipatio*" el dominio de una cosa al acreedor, y a tal transferencia de propiedad se acompaña un pacto ("*pactum fiduciae*"), mediante el cual el "*mancipio accipiens*" acreedor se comprometía a devolver el dominio de la cosa al "*mancipio dans*" deudor o tercero, cuando la obligación fuese cumplida. "*Ut ea res debito soluto remancipatur*", rezaba el pacto del cual nacía una acción para pedir judicialmente su cumplimiento: la "*actio fiduciae*"²⁶.

Sin embargo, en la realidad, y pese a lo expuesto, no sucede así, al menos en las operaciones de reporto que se realizan en las bolsas de comercio. El reporto se introduce en Guatemala con el actual Código de Comercio (Decreto 2-70), texto normativo que contiene también la primera referencia a las bolsas de valores, en un único artículo, el 302, que establece: "la bolsa de valores deberá constituirse en la forma y requisitos que determine una ley especial, la que también regulará las operaciones, el funcionamiento, la fiscalización y la organización interna de la misma", ley que se demora hasta el 24 de junio de 1996, fecha en que se publica el Decreto 34-96, Ley del Mercado de Valores y Mercancías, que deroga el precepto últimamente transcrito. Sin embargo, y antes de que se hubiera dictado esa ley específica que regulara el mercado de valores, y con la única cobertura del artículo 302 del Código de Comercio, "a finales del año 1987 mediante el

26 Arias Ramos, José, *Compendio de derecho público romano e historia de las fuentes como introducción a un curso de instituciones*, 3ª ed., Salamanca, Librería General "La Facultad" de Germán García, 1944, p. 286 y 287.

acuerdo 99-87, el Ministerio de Economía autorizó la operación de la Bolsa de Valores Nacional, S.A., con lo que se estableció formalmente el Mercado de Valores en Guatemala²⁷.

Pues bien, tras este breve inciso para justificar la presencia de la bolsa, se señala que el contrato de reporto, aún teniendo en Guatemala un marcado carácter financiero, no quiere decir que sea una operación que no se realice en la bolsa, estableciendo el Reglamento Interno de la Bolsa de Valores Nacional, S.A.²⁸, en su artículo 20²⁹, párrafo segundo, al referirse al incumplimiento en operaciones de reporto, que:

Si cualquiera de las partes incumpliera las obligaciones que le corresponden, la parte que haya cumplido con las suyas podrá hacer suyos, inmediatamente, los valores objeto del contrato o las sumas convenidas, que hubiere entregado o puesto a disposición de la Bolsa, para la liquidación de la operación [...].

Lo que implica que, en muchas ocasiones, cuando el reporto se opera en bolsa y ante la falta de un reglamento específico, los títulos que el reportador adquiere en propiedad (artículo 744 del Código de Comercio), son depositados en la bolsa, y si el reportado no cumple haciendo con posterioridad efectivo el precio fijado, el primero “po-

27 El texto aparece así en la página web de la Bolsa de Valores Nacional, <http://www.bvnsa.com.gt/bvnsa/index.php>

28 Aprobado por Asamblea General de 3 de octubre de 2003.

29 Artículo 20 del Reglamento Interno de la Bolsa de Valores Nacional: “Las obligaciones derivadas de contratos de reporto celebrados en el seno de la Bolsa se rigen por lo que dispongan los reglamentos que, sobre ese particular, emita el Consejo de Administración. En defecto de tales disposiciones reglamentarias, queda entendido que los reportos celebrados en el seno de la Bolsa no pueden abandonarse, quedando las partes sujetas a realizar las prestaciones que a cada una corresponde en el plazo, modo y condiciones convenidas.

Si cualquiera de las partes incumpliera las obligaciones que le corresponden, la parte que haya cumplido con las suyas podrá hacer suyos, inmediatamente, los valores objeto del contrato o las sumas convenidas, que hubiere entregado o puesto a disposición de la Bolsa, para la liquidación de la operación. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieren derivarse para quien incumpla el contrato y sin perjuicio de que dicho incumplimiento constituye una infracción gravísima, para efectos de las sanciones previstas en este Reglamento. Ni la garantía constituida por los Agentes de acuerdo al Artículo 16 ni el procedimiento contenido en el Artículo 19 de este Reglamento se aplicarán en caso de incumplimiento de operaciones de reporto”.

drá hacer suyos los valores objeto del contrato”; pero si el segundo satisface el precio, se le tendrán que devolver los títulos depositados, lo que quiere decir dos cosas: *a)* que realmente está funcionando el contrato como una forma de garantía de un mutuo; y, *b)* que si el deudor cumple, se le devolverán los mismos títulos, es decir, existirá el pacto de retroventa, y se producirán los efectos de *lex comisoria* que se trataba de evitar. Con ello se estará vulnerando el artículo 1791, inciso final del Código Civil.

Es cierto que el reglamento últimamente citado en modo alguno es una ley dictada por el órgano competente para ello (Congreso de la República o Poder Ejecutivo en funciones delegadas), constituyendo una norma de funcionamiento emitido por el máximo órgano de una sociedad anónima (la Bolsa de Valores Nacional); sin embargo, se trae aquí a colación por representar la forma práctica en que funciona esa institución con los reportos, haciéndolo con el consentimiento del Registro del Mercado de Valores y Mercancías, que es el:

[...] órgano del Ministerio de Economía con carácter estrictamente técnico, cuyo objeto es el control de la juridicidad y registro de los actos que realicen y contratos que celebren las personas que intervienen en los mercados a que se refiere la ley³⁰ [...] al que corresponde, dentro del ámbito de su competencia, cumplir y hacer que se cumplan las disposiciones establecidas en esta ley y en las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general³¹ [que tiene entre sus atribuciones] f) Tomar razón, compilar y ordenar la publicación en el diario oficial, a costa de los interesados, de las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general emitidas por las bolsas de comercio para la negociación de valores, mercancías o contratos en el mercado bursátil [...] j) dictar de oficio, o a solicitud de parte en forma razonada y con el fundamento legal que corresponda, las resoluciones que sean necesarias para que las bolsas de comercio, los agentes, los emisores de valores y los oferentes de mercancías o contratos en el mercado bursátil, ajusten sus actuaciones a las disposiciones de la presente ley y a las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general correspondientes; [...] k) determinar la juridicidad de los actos y contratos que se sometan a su consideración, de acuerdo a las disposiciones de la presente ley y de acuerdo a las disposiciones normativas

30 Congreso de la República de Guatemala, Decreto 34-96: Ley del Mercado de Valores y Mercancías, artículo 8.

31 *Ibidem*, artículo 8.

y reglamentarias de carácter general dictadas de conformidad con la misma³².

B. ¿Qué se debe de entender por título de crédito?

La segunda cuestión de trascendencia en el presente estudio es, qué se ha de entender por *títulos de crédito*, pues en función del alcance que se dé al concepto, se tendrá nuevamente un contrato con una operatividad restringida o nula, salvo que, como se apreció en el análisis anterior, se vulnere la legalidad.

El contrato de reporto en Guatemala tiene como objeto, ya se dijo, títulos de crédito³³, y, como señala el Código de Comercio: "Son títulos de crédito los documentos que incorporan un derecho literal y autónomo, cuyo ejercicio o transferencia es imposible independientemente del título. Los títulos de crédito tienen la calidad de bienes muebles"³⁴; son formales, ya que únicamente producen los efectos previstos en el Código, los títulos de crédito que llenen los requisitos propios de cada uno de ellos en particular y los generales contenidos en el artículo 386³⁵. El Código de Comercio únicamente regula, dentro de la categoría de títulos de crédito, los siguientes: *a)* letra de cambio; *b)* pagaré; *c)* cheque; *d)* debenture³⁶; *e)* certificados de depósito; *f)* bonos de prenda; *g)* cartas de porte o conocimientos de embarque; *h)* factura cambiaria; *i)* cédulas hipotecarias; *j)* vales; *k)* bono bancario; y, *l)* certificados fiduciarios.

La pregunta que surge, entonces, es ¿y las acciones? A la que se debe responder que en Guatemala no se encuentran incluidas en la categoría de títulos de crédito pues, como señala Villegas Lara, el derecho guatemalteco, en cuanto al nombre, adopta la orientación italiana de *títulos de crédito*, en contraposición a la tendencia alemana que los denomina *títulos valores*.

Sobre el particular, Francisco Vicent Chuliá, ha escrito:

Título valor es el documento de un derecho privado cuyo ejercicio está condicionado a la posesión del documento (BRUNNER). Es de esencia,

32 *Idem*.

33 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 8, artículo 744.

34 *Ibidem*, artículo 385.

35 *Ibidem*, artículo 386.

36 Nombre dado en Guatemala a las obligaciones emitidas por sociedades.

un título de legitimación propia. Esta es una definición doctrinal y recoge el concepto amplio de título valor, de ascendente germánico, y que define el artículo 965 del Código de Obligaciones suizo, que dice: “títulos valores son los títulos a los que está incorporado un derecho de manera que es imposible hacerlo valer o transmitirlo independientemente del título”. Esta noción se contrapone a la de los títulos de legitimación impropia o contraseñas, que no incorporan el derecho, sino que sirven sólo para facilitar la prueba del mismo para su ejercicio. [...] Otros autores, frente al concepto amplio del título valor, de ascendente germánico, incorporado a nuestra doctrina por el Prof. GARRIGUES, que aquí seguimos, defienden un concepto restringido o “italiano”, de que sólo debe admitirse que existe título valor cuando el derecho se incorpora al documento para facilitar la circulación. No serán, así, títulos valores los nominativos directos, por no desempeñar esta función específica; la letra de cambio y el pagaré librados “no a la orden”, el cheque nominativo y las acciones de la Sociedad Anónima “no endosables” [...]”³⁷.

Como sostiene Ricardo Sandoval López, es en realidad Vivante el creador de la teoría general de los títulos de crédito, contenida en su *Tratado de derecho comercial*, editado por primera vez en 1896³⁸. Y César Vivante enseña que:

Aun cuando en la teoría y en la práctica mercantil hay alguna incertidumbre al definir los títulos de crédito, me parece que se puede admitir sin desconfianza el concepto de que el documento de un crédito adquiere el carácter jurídico de título de crédito cuando por su disciplina (que puede fijarse por la ley o por el contrato) es necesario para transferir o exigir el crédito. Estos títulos pueden distinguirse por diversos aspectos: a) Hay títulos de crédito que representan un derecho real, esto es, un derecho que se tiene sobre una cosa determinada; tales son las cartas de porte, las pólizas de cargo, los certificados de depósito y las papeletas de empeño. Quien está en posesión de estos títulos se considera en posesión de las mercaderías, porque el depositario de las mismas, el porteador, el capitán, el almacenista, no pueden entregarlas sino al legítimo poseedor del título. b) En oposición a estos, hay títulos de crédito que dan derecho a una prestación por parte del deudor: sea

37 Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 20ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 1123 y ss.

38 Sandoval López, Ricardo, *Derecho comercial*, 5ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. II, “Teoría general de los títulos de crédito, letra de cambio, pagaré, cheque y títulos electrónicos o desincorporados”, Manuales jurídicos, número 84.

el pago de una suma, como los títulos de la Deuda, los bonos del Tesoro, los billetes de lotería, los billetes de banco, las cédulas hipotecarias, las letras de cambio, los cheques de banca; sea a la entrega de cierta cantidad de mercancías, como los pagarés en productos del suelo; sea, en fin, a cierto servicio, como los billetes para el transporte y para los espectáculos, los sellos de franqueo, los contrasellos, las tarjetas. c) Por último, y siempre en consideración a lo que forma el objeto del crédito, hay títulos que atribuyen al poseedor varios derechos de diversa índole, como, por ejemplo: las acciones de las compañías mercantiles, que dan derecho, lo mismo a exigir los dividendos y el capital, que a tomar parte en las juntas generales³⁹.

Con lo expuesto se puede entender claramente la posición que adopta la legislación guatemalteca en orden a lo que se entiende por títulos de crédito y cuáles han de incluirse en la categoría. Lo que parece claro es que las acciones de las sociedades anónimas no constituyen en Guatemala títulos de crédito (aunque en la doctrina italiana creadora del concepto –Vivante– sí lo son), y en tal sentido se puede invocar el artículo 2 del Decreto 34-96⁴⁰, que al definir qué son *valores*, señala que:

Se entiende por valores todos aquellos documentos, títulos o certificados, acciones, títulos de crédito típicos o atípicos, que incorporen o representen según sea el caso, derechos de propiedad, otros derechos reales, de crédito u otros derechos personales o de participación. Los valores podrán crearse o emitirse y negociarse a cualquier título mediante anotaciones en cuenta.

Del que resulta que las acciones son algo diferente de los títulos de crédito, sean estos típicos o atípicos.

Parece claro, por tanto, que las acciones no deben ser objeto del contrato de reporto toda vez que no constituyen título de crédito; sin embargo, y a pesar de: *a*) conocer cuál es el criterio que sigue la legislación guatemalteca en materia de títulos de crédito; *b*) no estar la acción entre los títulos de crédito que enumera el Código de Comercio guatemalteco; y a que, *c*) como resulta de la Ley del Mercado

39 Vivante, César, *Derecho mercantil*, trad., prólogo y notas de Francisco Blanco Constans, México, La España Moderna, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia, edición facsímil publicada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002, p. 192 y ss.

40 Congreso de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 30.

de Valores y Mercancías (artículo 2) las acciones no forman parte de la familia de los títulos de crédito, habrá que concluir que, incluso y pese a lo dicho, en Guatemala el reporto está pensado también para las acciones.

El artículo 748 del Código de Comercio establece al tratar los llamamientos:

Quando durante el término del reporto deba ser pagado algún llamamiento sobre los títulos, el reportado deberá proporcionar al reportador los fondos necesarios dos días antes, por lo menos, de la fecha en que el llamamiento haya de ser pagado. En caso de que el reportado no cumpla con esta obligación el reportador puede proceder desde luego a liquidar el reporto.

Por su parte, el artículo 103 del Código de Comercio, que dentro de la sección 2ª (de las acciones) del capítulo VI (“De la sociedad anónima”), del libro I, dispone, al tratar de las acciones parcialmente pagadas: “Salvo pacto en contrario de la escritura social, las acciones suscritas cuyos llamamientos hayan sido cubiertos, conferirán a sus tenedores derecho de voto”. Decir que los llamamientos de una acción han sido cubiertos, es tanto como expresar que la acción se encuentra totalmente desembolsada, ya que en este caso el llamamiento es el que realizan los administradores a los accionistas para que estos cubran la parte de capital que suscribieron, pero no desembolsaron, en los términos que resultan del artículo 110 del propio Código de Comercio⁴¹.

En apoyo de esta afirmación, se citan las sentencias de la Corte de Constitucionalidad del 7 de diciembre de 2010, en el expediente

41 Artículo 110 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2.70: “*Accionistas morosos*. Cuando un accionista no pagare en las épocas convenidas el valor de su acción o los llamamientos pendientes, la sociedad podrá a su elección:

1. Vender por cuenta y riesgo del accionista moroso las acciones que le correspondan y con su producto cubrir las responsabilidades que resulten y el saldo que quedare se le entregará.
2. Reducir las acciones a la cantidad que resulte totalmente pagada con las entregas hechas; las demás se invalidarán, salvo lo que disponga la escritura social.
3. Proceder al cobro de los llamamientos pendientes en la vía ejecutiva, constituyendo título ejecutivo el acta notarial de los registros contables, donde conste la existencia de la obligación; en dicha acta se transcribirán los documentos y resoluciones pertinentes al plazo de la obligación”.

3711/2010, promovido por Dionisio Rafael Mansilla Córdova en apelación contra la sentencia de 21 de mayo de 2010, emitida por la Sala Segunda de la Corte de Apelación, constituida en Tribunal de Amparo. En ambas se comenta, aunque no constituye el fondo del asunto, un reporto en que se transmiten acciones de una sociedad anónima.

Así pues, se hace necesario concluir con Villegas Lara que el reporto está pensado para títulos de especulación; para títulos sujetos a la oferta y demanda del mercado de valores; en definitiva, para acciones de sociedades anónimas, de suerte que cuando la legislación guatemalteca generaliza el objeto del reporto a todo título de crédito, son muy pocos los que podrían servir para estas operaciones, lo que hace más “dramática” la existencia del reporto como contrato típico en el derecho mercantil guatemalteco⁴².

VI. EL APORTE JURISPRUDENCIAL

El trabajo, hasta este momento, ha pretendido encajar el contrato mercantil de reporto en la legislación guatemalteca, tomando en consideración que se trata de un contrato foráneo incorporado al ordenamiento jurídico nacional en aras de una pretendida “modernización y adaptación a los nuevos tiempos” del derecho comercial. En tales circunstancias, la armonización de la figura contractual en el ámbito legal resulta compleja. Así, ha habido ocasión de demostrar contradicciones en cuanto a la prohibición del pacto de retro, que en última instancia pretende limitar o impedir el *pacto de lex comisoría* que es, en definitiva, en lo que se acaba convirtiendo; así como en la exclusión-inclusión de la acción como objeto del contrato.

Al analizar el contrato, se han tomado, claro está, los “textos normativos”, una vez aplicada sobre ellos la “interpretación” (lógica, sistemática, histórica), obtener las oportunas “normas jurídicas”. Sin embargo, en el proceso parece que se ha olvidado la jurisprudencia como elemento fundamental que permite conocer cuál sea realmente la norma jurídica aplicable al caso, y cómo deben ser interpretadas las palabras y los textos normativos en el contexto de la legislación y realidad guatemalteca. Sin embargo, el olvido no es tal, sino que

42 Villegas Lara, Arturo René, *op. cit.*, nota 4, p. 81.

lo que realmente ocurre es que después de más de cuarenta años de vigencia del Código de Comercio, la jurisprudencia existente en la materia es mínima, pudiendo destacarse las siguientes sentencias de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia:

- a) Sentencia dictada en el recurso de casación 112-2007, interpuesto por Hugo Beteta Méndez-Ruiz, en representación del Ministerio de Finanzas Públicas, contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2007, emitida por la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

[...] la tasa cero se aplica a los documentos de crédito que no tienen especificado el interés que ganan, por lo tanto pueden ser negociados a un precio que surja de la propia negociación en un momento dado, como los provenientes de reportos, los cuales para efectos tributarios se consideran intereses, ya que así lo dispone la ley para evitar la elusión tributaria.

- b) Sentencia dictada en el recurso de casación 253-2007: “Los intereses generados por las operaciones mercantiles amparadas bajo la figura del reporto, constituyen ingresos que se encuentran afectos al Impuesto Sobre la Renta, por lo que al omitirse la retención de dicho impuesto, es procedente el ajuste correspondiente”. En idéntico sentido las dictadas por la misma sala en los recursos de casación: 82-2008, 93-2008 y 291-2008.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad ha dictado sentencias en procedimientos de amparo que tenían que ver con el contrato de reporto, así:

- a) Sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 986-2009, dictada en el amparo interpuesto por Citibank N.A. contra la sentencia dictada por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia por ajustes a la declaración del Impuesto sobre Productos Financieros.
- b) Sentencia de 9 de julio de 2009, expediente 392-2009, en amparo promovido por Financiera de Capitales, S.A. contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, siendo el hecho controvertido no el contrato de reporto en sí mismo considerado, sino un ajuste tributario, ya que no se retuvo el Impuesto Sobre la Renta, al pagarse o acreditarse los intereses devengados en el contrato.

- c) Sentencia de 20 de julio de 2010, expediente 1403-2009, dictada en el amparo interpuesto por Citibank N.A. contra la sentencia dictada por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia por ajustes a la declaración del Impuesto sobre Productos Financieros.

Las tres sentencias antedichas tienen por materia cuestiones de naturaleza tributaria en relación con el contrato de reporto, pero no contienen doctrina específica que aclare o enriquezca lo tratado en el presente trabajo.

- d) Sentencia de 26 de agosto de 2008, expediente 242-2007, en amparo interpuesto por Primer Banco de Ahorro y Préstamo Familiar, S.A. contra la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, por admitir en el fallo un reporto con base en una supuesta confesión contenida en el memorial de demanda, desatendiendo lo dispuesto en el artículo 745 del Código de Comercio, que establece que los contratos de reporto deben constar por escrito, siendo el documento respectivo la única prueba idónea para demostrar su existencia y no supuestas afirmaciones contenidas en la demanda. La sala resuelve la cuestión planteada de valoración de la prueba entendiendo que en el caso concreto se fundamentó adecuadamente⁴³.

43 Por contener la sentencia que se cita manifestaciones que se refieren a la necesidad que tienen los tribunales de fundamentar sus decisiones, se transcribe seguidamente este punto de la misma, aun cuando no tiene que ver con las cuestiones de fondo del trabajo: “[...]Al respecto, la denuncia de tal omisión tiene íntima relación con la debida fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales que, aunque no fue expresamente mencionado así por la postulante, deriva del derecho de defensa que le asiste a todo ciudadano conforme al artículo 12 constitucional. Como indicó esta Corte en sentencia de siete de marzo de dos mil siete, dictada dentro del expediente dos mil seiscientos veintiocho - dos mil seis (2628-2006): «(...) es preciso indicar que la motivación de las resoluciones judiciales constituye uno de los pilares sobre los que se erige el derecho de defensa reconocido en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En efecto, el referido precepto constitucional dispone que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido; de esa cuenta, es evidente que resulta inútil garantizar a las partes el derecho de alegar, proponer pruebas, rebatir los alegatos y controlar la prueba de la contraparte, si el tribunal, al tomar su decisión, no valora ni atiende los argumentos y elementos de convicción aportados al proceso por aquéllas. En ese sentido, la única manera de determinar si efectivamente el tribunal ha tomado en cuenta tales cuestiones es mediante la fundamentación de su decisión, la que ha de ser formulada de

- e) Finalmente, se menciona la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 7 de diciembre de 2010, en el expediente 3711/2010, promovido por Dionisio Rafael Mansilla Córdova en apelación contra la sentencia de 21 de mayo de 2010 emitida por la Sala Segunda de la Corte de Apelación, constituida en Tribunal de Amparo, por la práctica de una prueba anticipada. Ciertamente el motivo alegado para el amparo –práctica de una prueba anticipada– no se relaciona con el tema que se aborda aquí; sin embargo, se trae a colación la sentencia porque en la argumentación de la misma se trata del reporto de acciones, lo que sirve para acreditar que, efectivamente, pese a que las acciones no son en Guatemala títulos de crédito, sin embargo, son objeto del contrato (lo que permitiría el artículo 748 del Código de Comercio), en la parte conducente dice la sentencia:

Este Tribunal considera que la decisión adoptada por la autoridad reclamada no le produce al amparista el agravio que denuncia. Esta afirmación se fundamenta en el análisis efectuado por el juez reclamado en el momento de valoración de la prueba, cuando expresó: “(...) la resolución de fecha trece de marzo del año dos mil siete, se encuentra dictada conforme a derecho en virtud que de los documentos acompañados como prueba en el diligenciamiento de la prueba en el incidente, el señor Francisco Rigoberto Mansilla Córdova acreditó tener la legitimación dentro de las presentes diligencias, pues acreditó documentalmente ser propietario del título de acciones identificado con el número A cero cero cero nueve (Nº A00009) que ampara diez mil novecientos noventa acciones comunes del capital social de la entidad Lotificadora y Urbanizadora El Horizonte, Sociedad Anónima, con el contrato de reporto celebrado entre la entidad Inversiones San Cirilo, Sociedad Anónima con el señor Francisco Rigoberto Mansilla

manera que sea factible apreciar los motivos por los cuales aquél ha arribado a determinadas conclusiones sobre la base, precisamente, de los argumentos y pruebas incorporados al proceso [...]» Sobre la base de lo anterior, del examen de la sentencia que constituye el acto reclamado en amparo, cabe apreciar que la autoridad impugnada no incurrió en la omisión denunciada, pues sí indica concretamente qué circunstancias de hecho, traducidas en argumentaciones y afirmaciones contenidas en el escrito de demanda, le permitieron deducir la configuración del medio de prueba concerniente a la confesión sin posiciones. En efecto, el tribunal de casación, en su fallo (páginas doce y trece), expone claramente los supuestos extraídos del documento de mérito que revelan, a su juicio, la aceptación para la demandada de hechos que coadyuvan a acreditar el dicho de la institución demandada, es decir, que revisten la prueba de confesión sin posiciones antes mencionada”.

Córdoba, de fecha doce de diciembre de dos mil tres, celebrado por dos años, el cual al haberse finalizado se otorgó entre dichas partes el finiquito del contrato de reporto, con fecha quince de diciembre de dos mil cinco, en el cual consta en la cláusula segunda que las acciones objeto del contrato de reporto quedan en poder del señor Francisco Rigoberto Mansilla Córdoba como propietario de las mismas, asimismo también se acompañó copia del aviso remitido al señor Domingo Rafael Mansilla Córdoba, en el cual se le da aviso de que por virtud de un contrato de reporto celebrado entre el Doctor Mansilla Córdoba y la entidad San Cirilo, Sociedad Anónima, el título de acciones identificado con el número A cero cero cero nueve que ampara diez mil novecientos noventa acciones comunes del capital social de la entidad Lotificadora y Urbanizadora El Horizonte, Sociedad Anónima pasaron a ser propiedad del doctor Francisco Rigoberto Mansilla Córdoba, aunado a lo anterior el actor acompañó certificación extendida por el Banco de Exportación, Sociedad Anónima en la cual consta que las acciones relacionadas se encuentran a su nombre, en tal virtud y de conformidad con lo anteriormente considerado y en base a la documentación relacionada, queda establecida la legitimación que tiene el señor Francisco Rigoberto Mansilla Córdoba para promover estas diligencias”.

VII. CONCLUSIONES

1. El contrato de reporto se encuentra insuficientemente tratado por la doctrina guatemalteca. Dos son los autores fundamentales en el campo mercantil: Edmundo Vásquez Martínez y Arturo René Villegas Lara. El primero dedica al contrato tres páginas y el segundo, cinco, pareciendo, en ambos casos que nos encontramos ante breves comentarios del Código de Comercio.
2. La jurisprudencia en relación con el contrato de reporto también es muy magra, ya que son pocas las sentencias existentes y se refieren mayoritariamente a cuestiones de carácter tributario, destacándose tan solo una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 7 de diciembre de 2010, en la que, aun cuando no constituye el fondo del asunto, se contempla al referirse a la sentencia apelada, la posibilidad de que se constituya el contrato de reporto sobre acciones, pese a no constituir la acción un título de crédito.

3. En cuanto al contrato en sí mismo considerado, la primera observación a realizar es que no tiene vinculación con Guatemala. En efecto, se trata de un contrato “importado” por el actual Código de Comercio (Decreto 2-70), en primera instancia, de la legislación mexicana (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) y, de forma mediata, de la legislación italiana, donde este contrato sí tiene tradición. Todos los países vecinos de Guatemala regulan el reporto (El Salvador, Honduras y México).
4. El Código de Comercio actual (Decreto 2-70) también introduce la Bolsa de Valores, si bien lo hace con un precepto legal, más propio del ámbito constitucional que del mercantil, en el que se establece la necesidad de dictar una ley que permita y regule el futuro funcionamiento de la bolsa. Sin embargo, y antes de tener esa ley especial (Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto 34-96), el Ministerio de Economía autorizó –1987– la puesta en funcionamiento de la Bolsa de Valores Nacional, S.A.
5. El contrato de reporto tiene una doble vertiente: bursátil y financiera. La primera de ellas se aplica más en países desarrollados con tradición en este tipo de mercados, en tanto que la segunda se aplica en ámbitos como el guatemalteco, donde se considera un contrato de naturaleza financiera y bancaria, que se opera a través de un banco o intermediario financiero.
6. La primera cuestión planteada se refería a la posibilidad de recompra de los mismos títulos transmitidos, es decir, a la existencia de un pacto de retroventa. Mientras en Italia (donde realmente tiene tradición), El Salvador y Honduras, se realiza, bien por permitirlo expresamente la ley –Italia y El Salvador– bien por no estar prohibido, en México y en Guatemala está expresamente prohibida la venta con pacto de retroventa, en evitación de supuestos lesivos para el “vendedor” como el pacto comisorio, propio de una *fiducia cum creditore*. Sin embargo la práctica bursátil implica que los títulos objeto de la “venta”, quedan en poder de la institución bursátil, que se los entregará al reportador, si el reportado no cumple con el contrato, o se los entregará a este último si satisface el “precio” establecido para la recompra de títulos. Entonces, se tratará de los mismos títulos, con lo que se vulnera la prohibición impuesta en el artículo 1791,

inciso final, del Código Civil guatemalteco, permitiéndolo el Registro del Mercado de Valores, ente responsable de velar por la legalidad. Y con ello se estará produciendo, en consecuencia, la aplicación de un pacto de *lex comisoría*, propia de una *fiducia con creditore*.

7. Sería deseable que se suprimiera el pacto de retroventa de la legislación guatemalteca, buscando una fórmula más acorde con los tiempos, que permita un control de los contratos con *lex comisoría*, ya que es evidente que la prohibición podría obviarse mediante la triangulación de la operación, y sin embargo se distorsiona la realidad bursátil de este contrato y se dificulta igualmente algún otro como el *leaseback* o *retroleasing*.
8. Se evidencia una notable falta de control por parte del Registro de la Bolsa de Valores, al permitir que se lleven a cabo operaciones de reporto en los que el objeto son los mismos títulos que se venden, pues con ello se conculca una norma, el inciso final del artículo 1791 del Código Civil, que prohíbe la compraventa con pacto de retro.
9. Pese a las construcciones doctrinales y al alcance que en Guatemala tienen los títulos de crédito, de los que quedan fuera las acciones, resulta evidente que se puede construir una norma jurídica que permita la existencia de reporto sobre ese tipo de títulos.
10. Parecería conveniente reformular el alcance de los títulos de crédito en Guatemala, incluyendo, como hace la propia legislación que sirve de modelo a la legislación patria en la materia, a las acciones de las sociedades mercantiles.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AMAT SALAS, Oriol, *La bolsa, funcionamiento y técnicas para invertir*, Barcelona, Ediciones Deusto, 1999.
- ARIAS RAMOS, José, *Compendio de derecho público romano e historia de las fuentes como introducción a un curso de instituciones*, 3ª ed., Salamanca, Librería General "La Facultad" de Germán García, 1944.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios, su significación en América Latina*, 2ª ed., Bogotá, Biblioteca FALABÁN, 1979.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho comercial*, 5ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. II, "Teoría general de los títulos de crédito, letra de cambio, pagaré, cheque y títulos electrónicos o desincorporados", Manuales jurídicos, número 84.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo, *Instituciones de derecho mercantil*, 2ª ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2009.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 20ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- VILLEGAS LARA, Arturo René, *Derecho mercantil guatemalteco –obligaciones y contratos–*, 3ª ed., Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad San Carlos de Guatemala, 2000, t. III.
- VIVANTE, César, *Derecho mercantil*, trad., prólogo y notas de Francisco Blanco Constans, México, La España Moderna, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia, edición facsímil publicada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002.

Breve análisis de una resolución (sentencia) dictada de conformidad con el derecho consuetudinario maya*

Ronel Emilio Estrada Arriaza**

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes del caso. III. Procedimiento para la resolución de conflictos. IV. Decisión (“sentencia”) del caso dentro del derecho consuetudinario maya. V. Análisis de la “sentencia”. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo responde a una de las inquietudes más grandes que me ha apasionado durante todo el tiempo en que he estudiado derecho. No solo por lo que en sí significa el derecho mismo, sino porque he encontrado que las antiguas culturas, incluso anteriores a la codificación de Hammurabi, siempre se han regido por leyes o reglas que las impulsan y enforzan en hacerlas cumplir y, cuando lógicamente no se produce ese cumplimiento, hay una manera de juzgarlas.

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Ronel Emilio Estrada Arriaza es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Estudios avanzados en Investigación Social en la Universidad Pontificia de Salamanca. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Posee doce años de experiencia profesional en el ejercicio liberal como abogado y notario; es mandatario especial administrativo y judicial del Banco de Desarrollo Rural, S.A. (BANRURAL); asimismo, es profesor titular en pregrado y posgrado, miembro de tribunal examinador de examen general privado y asesor de tesis en varias universidades del país.

En el caso guatemalteco, siempre me ha gustado la idea de comprender la forma en que ancestralmente los mayas juzgaban sus casos y lo que tradicionalmente se ha dado en Guatemala sobre el derecho consuetudinario maya, es decir, sus formas de hacer cumplir la ley. Evidentemente, este trabajo es una pequeña muestra de mi inquietud hacia la forma en que se juzgan dichos casos.

Partiendo de ello, consideré necesario hacer una alusión al caso concreto mediante un apartado de antecedentes en que busco describir la situación existente y la forma en que se resolvió el conflicto. Posteriormente, hago una síntesis de la sentencia dictada, para luego proceder a hacer el análisis correspondiente en donde busco contrastar el derecho consuetudinario maya y el proceso en que se analiza en este ensayo, con lo que establece el Código Procesal Penal vigente.

No busco más que comprender y analizar la forma en que estos hombres líderes de esas comunidades pueden juzgar casos y la comunidad aceptar sus veredictos y ayudar a cumplirlos. Esto no es casualidad, es producto de profundas raíces tradicionales de los habitantes primitivos en Latinoamérica.

Espero y es mi deseo que este trabajo pueda satisfacer al lector, como me llenó de satisfacción haberlo realizado.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

En el mes de septiembre del año 2006, en el cantón Centro Choacamán IV, ubicado en las afueras del municipio de Santa Cruz del Quiché, en el departamento de El Quiché, se produjo un hecho antijurídico que consistió en el robo de un vehículo tipo *pick-up*. Posteriormente, se reunieron unas trescientas personas, quienes capturaron a tres jóvenes llamados Gerardo, Julio y Cristóbal.

La edad de los tres jóvenes oscilaba entre los veintidós y los diecisiete años. El mayor de ellos era Gerardo; luego, seguía Julio y por último, el más joven de todos era Cristóbal. Según los testimonios de la misma comunidad, a Gerardo lo consideraban un delincuente porque no trabajaba, mientras que los otros dos sí estudiaban, aunque no le hacían caso a sus padres.

Los pobladores se reunieron en un grupo de aproximadamente trescientas personas, quienes incluso llevaban consigo gasolina para poder “linchar” a los presuntos ladrones. Sin embargo, en el ínterin de esto decidieron llamar a los alcaldes indígenas comunales, quienes se hicieron presentes. Los líderes comunitarios se llaman Juan Zapeta y María Lucas, quienes buscaron mantener una secuencia ordenada de los hechos, manifestando básicamente lo siguiente:

Rechazamos en forma enfática el linchamiento, vamos a aplicar la “ley de nuestros antepasados”; señores, que esto quede bien claro [...] dejemos de estar pensando que los vamos a quemar con gasolina, no, no es eso, sino que nosotros aplicaremos castigos que dejaron establecidos nuestros antepasados¹.

Con la intervención de los alcaldes indígenas comunales, se reorientó el alboroto ocasionado, de manera que no se haría un linchamiento, como querían las más de trescientas personas que habían capturado a los sindicados, sino que se buscaría la resolución de un conflicto causado dentro de la comunidad, la cual se necesita para restablecer el orden dentro de la cosmovisión maya.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

El objeto principal de la aplicación del derecho maya es el establecimiento de la verdad. Si no se establece la verdad, evidentemente el derecho maya no tiene razón de ser y no se puede aplicar ninguna justicia maya. Para establecer la verdad en el derecho maya, se utilizan dos medios: *a*) la confesión; y, *b*) la investigación.

En el presente caso, los alcaldes comunitarios indígenas buscaron mantener un diálogo con los comunitarios que acusaban a los tres jóvenes y regularon las intervenciones y preguntas. Los jóvenes manifestaron una y otra vez que no habían cometido el hecho imputado. Como se indicó, en el derecho maya es de primordial importancia establecer la verdad: “en el idioma K’iché se utiliza la expresión *q’atb’alzij* [...] se refiere al acto de hacer justicia y se asocia con la

1 Sieder, Rachel, *Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de postguerra*, Guatemala, F&G, 2011, p. 40.

evaluación de la veracidad de las palabras o versiones de hechos de personas involucradas en una disputa”².

Es por ello, que resulta claro que el ejercicio de la justicia dentro del contexto del derecho maya está íntimamente vinculado con la determinación de la verdad en una situación específica y, fuera de esto, evidentemente no se puede ejercer la justicia. Esto no difiere mucho de los aspectos procesales del derecho penal guatemalteco, ya que de conformidad con el Código Procesal Penal el objeto del proceso penal es la averiguación de la verdad material. Así lo establece el artículo 5 de dicho cuerpo legal:

Fines del proceso. El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma.

Así, dentro del sistema de justicia maya, el procedimiento que se entabla es básicamente una forma de determinar, en primer lugar, la verdad de los hechos. Esto tiene un significado vital para poder proseguir; de lo contrario, no se puede continuar. De esta manera, las preguntas a los sindicados y a otras personas que pueden testificar son de vital importancia.

En el presente caso, los alcaldes comunitarios procedieron, en primer lugar, a interrogar a los acusados, a quienes una y otra vez les indicaban que contaran los hechos. Ellos lo negaron todo en un principio, razón por la cual se continuó con el interrogatorio a personas que fueron testigos del robo. Estos testigos explicaron con lujo de detalles el robo. El procedimiento del interrogatorio se realiza de la siguiente manera: a) los alcaldes comunitarios realizan una investigación *inquisitiva*, en la que intermediando entre los pobladores y los acusados, empiezan a preguntar, hablando con los acusados, testigos y familiares de los acusados y agraviados. “La investigación exhaustiva implica escuchar a las partes y es un elemento central y generalizado del derecho maya”³.

2 *Ibidem*, p. 40.

3 Defensoría Maya, *Suk'b'anik: Administración de justicia maya: Experiencias de la defensoría*, Guatemala, Nawal Wuj, 2006, p. 12.

Evidentemente, existe cierto orden en el desarrollo de las declaraciones. Básicamente todo se desarrolla en forma oral, expresado libremente y en el idioma de la localidad. Las declaraciones se hacen de manera libre y los alcaldes comunitarios indígenas son los únicos que pueden hacer preguntas o solicitar aclaraciones a cierto punto, puesto que no existe ningún abogado defensor ni parte acusadora en el sentido estricto, ya que la ofensa es hacia la comunidad. Es la misma comunidad la que acusa y los alcaldes comunitarios indígenas cumplen funciones judiciales, mediando entre los delincuentes y la comunidad.

La celeridad dentro del proceso es primordial. Las declaraciones son serias y concretas y se pretende que exista una resolución sin perder el tiempo. En ese sentido, se pretende encontrar otro elemento necesario e importante, que consiste en los antecedentes de los acusados en la comunidad. En el caso que nos ocupa, el líder del grupo, llamado Gerardo, tenía malos antecedentes. La comunidad testificó que no tenía trabajo y solamente andaba vagando por el día, a cualquier hora; además, declararon que todos sabían que él no buscaba ningún trabajo temporal ni estable. Este es uno de los aspectos que inclinan la balanza hacia el pensamiento de que Gerardo, el líder del grupo, pudo ser culpable.

En cuanto al procedimiento que se llevó a cabo, se dispuso exhortar a los tres jóvenes imputados para que dijeran la verdad, ya que la confesión sería algo que ayudaría a la comunidad a tomar las decisiones. En ese sentido, al final dos de los acusados aceptaron su culpabilidad y confesaron “que se habían llevado el vehículo Pick Up del garaje de la casa del dueño con la intención de desmantelarlo y venderlo por partes”⁴.

Esto fue corroborado por los dueños del vehículo, quienes declararon que habiéndose dado cuenta de que el vehículo había desaparecido, procedieron a llamar a la Policía Nacional Civil para hacerle del conocimiento del hecho. Ellos empezaron a buscar el vehículo el mismo día del hecho, en horarios de la tarde y noche, habiéndolo ubicado en un lugar llamado Paztalam, cerca del cantón Choacamán. El vehículo aún no había sido desmantelado, por lo que

4 Sieder, Rachel, *op. cit.*, nota 1, p. 41.

los propietarios lo obtuvieron sin daño alguno. Sin embargo, los dueños y los comunitarios, así como los alcaldes comunitarios indígenas, habían decidido continuar en virtud del deseo de los propietarios de que se aclararan los hechos.

Para tomar la decisión final, los alcaldes comunitarios indígenas manifestaron que su rol básicamente es ser representantes de la voluntad colectiva y en el presente caso, ellos solicitaban que para emitir alguna sanción en contra de los sindicatos, dentro de los comunitarios se escogieran a diez ancianos o ancianas del lugar para que juntamente con ellos decidieran la sanción a aplicar y que luego la comunidad aprobara el castigo, porque de esta manera no habrían inconformidades ni dudas en cómo se aplicó la justicia maya. En ese sentido, el castigo a aplicarse debía ser refrendado por la comunidad, es decir, que debía estar de acuerdo. Esta costumbre se practica porque no se puede pretender que más tarde se les acuse de manipular resultados. Si todo es público y aprobado, no se duda de la imparcialidad de la decisión.

IV. DECISIÓN (“SENTENCIA”) DEL CASO DENTRO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO MAYA

Se determinó por parte de los ancianos del lugar convocados por los alcaldes comunitarios indígenas y la comunidad, aplicar sanciones a los tres sindicatos del robo, como consecuencia de la confesión de estas personas, así como la declaración de los testigos y las pruebas realizadas sobre el vehículo mismo. Por tal razón, se determinó emitir las sanciones correspondientes, las cuales fueron aprobadas por todos los comunitarios y en apego al derecho maya. Estas fueron las sanciones que se determinaron:

A. Vergüenza pública

En primer lugar, los sindicatos deberían llevar la vergüenza pública de sus hechos ante toda la comunidad. “El rol de vergüenza pública es algo fundamental, especialmente en casos de robo o violencia sexual o doméstica y ello se realiza a través de la presentación en público de los delincuentes, buscando la prevención para futuros hechos”⁵.

5 Defensoría K’iche’, *Acceso a la justicia comunitaria: sistematización de casos*, Guatemala, p. 45.

En el presente caso, se decidió que la vergüenza pública de los tres jóvenes debía ocurrir no solo en el cantón donde se realizó el hecho, sino también en la cabecera municipal de Santa Cruz, es decir, los “ladrones” debían ir a ese lugar a presentarse como tales. Esto fue algo novedoso. El hecho de que se decidiera hacer esta sanción ante la cabecera municipal era una sugerencia de los alcaldes comunitarios indígenas, como una muestra del ejemplo que deben dar las comunidades de juzgar sus propios hechos y demostrar la eficacia del derecho maya. Este espectáculo no solo lograba la disuasión de los delincuentes, también representaba una demostración pública de la validez y legitimidad de la autoridad comunal maya. A su vez, reclamaba la necesidad de que las autoridades civiles se dieran cuenta de que se necesita una forma diferente de juzgar los hechos, no solamente de acuerdo con la justicia civil, sino de acuerdo con la justicia maya.

La forma en que los delincuentes llevarían la vergüenza pública, era que debían caminar desde Choacamán, el cantón donde fueron juzgados y cometieron el hecho, y llegar a la cabecera del departamento de El Quiché, es decir, Santa Cruz del Quiché, llevando cada uno de ellos, cargada una de las llantas del *pick-up* robado sobre sus espaldas.

Aunque parezca extraño, este tipo de castigo no es de ninguna manera una burla a los delincuentes. Estos hechos no son una forma de promover el vituperio de los delincuentes y por ello se hace de manera ordenada. Es una “procesión de autoridad”, que conlleva un orden. Primero, se solicitó el apoyo de la Policía Nacional Civil que guiara al frente. Atrás de la patrulla policíaca iban los tres delincuentes, cargando una llanta cada uno. Detrás de ellos iba un *pick-up* en donde se transportaban los alcaldes comunitarios indígenas que habían juzgado el caso. Además de ellos, iban otros alcaldes indígenas de cantones y pueblos vecinos, cada uno con su vara de autoridad ancestral. Durante el trayecto, estos alcaldes indígenas iban advirtiendo con la ayuda de un megáfono a los jóvenes que veían el espectáculo, para que aprendieran a no cometer crímenes, porque esto les podría acontecer.

Este elemento se denomina *vergüenza*; en el idioma K'iche' es llamado *K'ixbal* y “es algo típico en el derecho indígena [...] es una manifestación pública de lo que puede acontecer si se violan las leyes, siempre habrá una vergüenza para el hechor, el delincuente y

existirá una autoridad que la muestre a los demás”⁶. De manera que la vergüenza pública es el elemento principal para la promoción del derecho maya y su manifestación ante los demás. Es un hecho que la publicidad de todo sistema jurídico determina en gran medida la forma en que aquellas personas que se encuentran al margen de la ley lleguen a temerle a la aplicación de la justicia.

B. Restitución

La restitución siempre constituye una parte de las decisiones o sentencias en el derecho maya. Siempre hay algo que restituir y debe hacerse de manera inmediata. La restitución siempre es un aspecto pecuniario, es decir, implica el pago de algo, tanto a la comunidad como a los ofendidos. De esta manera, a los tres jóvenes se les impuso la obligación de la restitución de la siguiente manera:

- a) Deberían pagar la reparación del daño a los dueños del *pick-up*. Los dueños debían estimar justamente los daños, los alcaldes comunitarios indígenas y la comunidad aprobarlos y los jóvenes debían pagar en efectivo al dueño este valor. En caso ellos no pudieran pagarlo, deberían hacerlo sus padres o abuelos.
- b) Además, deberían prestar servicio comunitario como restitución a la comunidad. En ese sentido, debía establecerse una tarea para que realizaran y estarían bajo la supervisión de la misma comunidad. En el presente caso, la sanción era que debían *chapear* (cortar la cizaña y maleza crecida) en las áreas aledañas al camino cerca de la comunidad.

Los acuerdos sobre restitución son compromisos serios que deben ser cumplidos y para lo cual son debidamente registrados en actas por los alcaldes indígenas, quienes los guardan celosamente, razón por la cual se considera que tienen fuerza ejecutiva dentro de las respectivas comunidades. En realidad, dentro del derecho civil guatemalteco, estos acuerdos tendrían fuerza ejecutiva si los mismos se hicieran valer ante un juez de la jurisdicción ordinaria, tal vez mediante confesión judicial o bien lo que en el derecho guatemalteco es llamado “prueba anticipada”. Sin embargo, en la comunidad los acuerdos así estipulados implican el cumplimiento obligatorio, puesto

6 Sieder, Rachel, *op. cit.*, nota 1, p. 46.

que el sentido de pertenencia es mucho mayor y negarse a cumplirlo implica la vergüenza pública de negar ser miembro de la comunidad.

C. Corrección

A diferencia de la vergüenza pública, que es un acto de sufrimiento moral, y la restitución, que es un acto de sufrimiento material, la corrección es un acto de sufrimiento físico. La aplicación de la corrección es muy particular, ya que está precedida de un nuevo interrogatorio preliminar. En este interrogatorio, la comunidad se divide en grupos para interrogar separadamente a cada delincuente. En este caso, la población se dividió en tres grupos e interrogaron separadamente a Gerardo, Julio y Cristóbal.

Aunque no se sabe con exactitud las razones para este nuevo interrogatorio, se ha dicho por los alcaldes indígenas comunitarios que es una forma de determinar el grado de arrepentimiento que tienen los delincuentes y que determinará a su vez la severidad de la corrección. En el presente caso, Julio y Cristóbal, que eran los más jóvenes, afirmaron su arrepentimiento y confirmaron el hecho. Sin embargo, Gerardo, quien era el mayor y a quien nunca se le conocía oficio definido, seguía negando los hechos.

La corrección en el derecho maya consta de dos partes, la primera es llamada *P'ixab'*, que consiste en una serie de consejos, enseñanzas que se les da a los malhechores. En el presente caso, el *P'ixab'* consistió en una serie de consejos que los ancianos y los alcaldes comunitarios mayas ofrecieron a los jóvenes delante de sus padres. Efectivamente, el *P'ixab'* es no solo parte de la corrección, sino que además es el elemento de amonestación que se transmite oralmente en forma tradicional de generación a generación, tanto dentro de la familia como por las autoridades comunitarias. Como tal, no constituye un elemento de presión, sino que busca traer conciencia en el imputado y a la vez entre las personas que presencian el proceso.

En el caso que nos ocupa, en Patzalam, se conformaron tres grupos con cada uno de los jóvenes imputados. A los niños se les permite estar presentes juntamente con sus padres, "para que aprendan", según expresan los ancianos. Esta parte de la aplicación de la sentencia es muy reparadora tanto para los involucrados como para los que la presencian, ya que son consejos, amonestaciones y

exhortaciones que deben recibir los imputados y los presentes por el cual deben convencerse que el castigo que van a recibir no es una venganza sino que es un método reparador.

La segunda parte de la corrección se llama *Xik'a'y*; esta es una práctica común en las familias *k'iche's*, utilizada para corregir a los hijos. El *Xik'a'y* constituye un castigo corporal, básicamente una serie de azotes aplicados con ramas. El número de los azotes que se aplican depende mucho de las faltas cometidas, es decir, que de acuerdo con la gravedad de la falta, así se determina el número de azotes. En ese orden de ideas, se concibe cierto número determinado de azotes que no guardan relación entre sí, es decir, entre la gravedad y el número, sino de acuerdo con la cosmovisión maya. Los criterios para determinar el número de azotes suelen definirse de la siguiente manera:

Por ejemplo cuatro azotes, son por los cuatro puntos cardinales de la cruz maya; cinco azotes incluyen el quinto elemento es decir el ombligo o centro de la tierra; nueve azotes son nueve ciclos lunares o bien los nueve meses del embarazo; veinte azotes, representan los diez dedos de las manos y los diez dedos de los pies, utilizados para cometer el hecho⁷.

El azote se aplica con ramas, no se utilizan cinturones de cuero ni palos. Las ramas provienen especialmente del árbol de guayaba (guayabo); estas se mojan y se aplican sobre las espaldas de los imputados, en el número acordado por los alcaldes comunitarios y la comunidad.

En el caso de los jóvenes Gerardo, Julio y Cristóbal, se quitaron sus camisas y relojes y se hincaron con los brazos extendidos. Sus padres fueron invitados a aplicar los primeros *xik'a'y*, aunque en este caso únicamente participó el padre de Julio, los otros dos padres no participaron. Posteriormente, el alcalde comunitario se quitó el sombrero, luego pidió a todos que rezaran el Padre Nuestro, y posteriormente se paró frente a Cristóbal y le habló directamente, diciendo que no lo lastimaba por lastimar, sino para que aprendiera, luego le azotó en las muñecas de ambas manos; igual rito repitió con los otros dos imputados. Posteriormente, se aplicaron veinte azotes

7 Defensoría K'iche', *op. cit.*, nota 5, p. 43.

a cada uno en la espalda sin camisa. Estos azotes fueron aplicados por los ancianos comunitarios y de esta manera culminó el proceso.

D. Síntesis de la resolución del conflicto (“sentencia”) decidida por parte de la comunidad indígena del cantón de tercer centro Choacamán

Luego de haber interrogado a los tres acusados, y de haber determinado su culpabilidad en virtud de que ellos confesaron sus hechos, los alcaldes indígenas Juan Zapeta y María Lucas, juntamente con los ancianos y los comunitarios (que eran cerca de trescientos), decidieron resolver el conflicto emitiendo una decisión que no es propiamente una sentencia, aunque si se determina que la sentencia es una decisión que pone fin al litigio, se podría deducir que efectivamente esta sería una. En síntesis, podemos determinar que a los acusados se les condenó a lo siguiente:

- a) Fueron condenados a pasar vergüenza pública, cargando las llantas del vehículo robado en plena calle.
- b) Fueron condenados a realizar un acto reparador y resarcitorio a la víctima, ya que pagarían las reparaciones de lo que le habían causado daño al vehículo robado.
- c) Además, fueron condenados a servicio comunitario, ya que debieron *chapear* la maleza que se encontraba junto al camino de entrada a la comunidad. Con esto realizaban un acto reparador y resarcitorio a la comunidad también.
- d) Fueron condenados a pasar por el *P'ixab'*, es decir, las amonestaciones sobre su proceder.
- e) Por último, fueron condenados a pasar por el *X'ika'y*, es decir, que se les aplicaron azotes con ramas.

En síntesis, esta fue la “sentencia” aplicada. La decisión no resultó en el destierro de los condenados en virtud de que al parecer no existía una gravedad marcada en el hecho y considerando la actitud responsable de los padres, quienes se prestaron a respetar el fallo.

V. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Parte del objeto del presente trabajo es determinar las similitudes y diferencias entre el caso juzgado por la comunidad indígena conforme al derecho consuetudinario maya, y la actual legislación del derecho guatemalteco, conforme el sistema judicial de la República de Guatemala. En ese sentido, se procederá a hacer una serie de comparaciones entre lo sucedido en el presente caso y lo que regula la legislación penal vigente en el país, con el objeto de mostrar las diferencias y similitudes entre ambos escenarios.

A. Delito cometido

A los jóvenes Cristóbal, Gerardo y Julio los acusaron de haber sustraído un vehículo tipo *pick-up* de su legítimo dueño, y llevarlo a otro lugar en donde lo estaban desmantelando. Esta acusación, de conformidad con la legislación penal guatemalteca, encuadra en el delito de *hurto agravado*, en virtud de lo dispuesto en el Código Penal guatemalteco que establece:

Hurto. Artículo 246. Quien tomare, sin la debida autorización, cosa mueble, total o parcialmente ajena, será sancionado con prisión de 1 a 6 años. *Hurto agravado. Artículo 247.* Es hurto agravado: [...] 5° Cuando participaren en su comisión dos o más personas; una o varias fingiéndose autoridad o jefes o empleados de un servicio público.

En este caso, los comunitarios acusaron a los tres jóvenes de *robo*. Evidentemente, no estaban utilizando la acepción correcta sobre el hecho, ya que básicamente lo que los jóvenes habían cometido era un hurto, en virtud de que no utilizaron la violencia para cometer el hecho.

B. Proceso llevado a cabo por los alcaldes indígenas comunitarios de Choacomán: los principios y garantías procesales observadas

1. Principio de legalidad

“No hay delito ni pena sin ley anterior”. El artículo 1 del Código Procesal Penal establece el principio de que no se impone una pena sin que haya sido fijada anteriormente por una ley. En el presente caso no existió esta garantía procesal, en virtud de que en el derecho consuetudinario, por ser tradicionalmente oral, los hechos se juzgan

de acuerdo con la manera en que vayan surgiendo, por lo que no se prescriben las penas anteriormente. En el caso juzgado por los comunitarios, fue decidido en el lugar, sin antecedente previo.

2. *Principio de juridicidad*

Este principio se encuentra regulado por el artículo 2 del Código Procesal Penal, que establece que “no podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela sino por actos u omisiones calificados como delitos”. Como tal, este principio establece que nadie puede crear o modificar un proceso penal ya preestablecido. Así es como se considera el mismo dentro del derecho penal guatemalteco.

Al constatar este principio procesal con la sentencia establecida por los comunitarios en el caso que nos ocupa, la forma de juzgar por parte de los alcaldes comunitarios indígenas y la comunidad ya tiene un procedimiento establecido. En efecto, la comunidad y especialmente los alcaldes indígenas comunitarios ya tienen establecido el procedimiento: se escucha a los hechores, luego a la víctima, luego a los testigos y posteriormente se vuelve a escuchar a los hechores. Con esto ya están listos para poder dictar una decisión del caso. En caso exista algún tipo de pruebas, estas deberán ir acompañadas por el testimonio de quien las presenta. El hecho de hurtar el vehículo constituye tanto un delito frente a la legislación ordinaria como una falta moral, puesto que la humanidad en su generalidad condena este hecho, que usualmente es tipificado como delito por las legislaciones del mundo.

3. *Principio de independencia e imparcialidad*

El principio de independencia e imparcialidad de los jueces se encuentra contenido en el artículo 7 del Código Procesal Penal guatemalteco y establece básicamente que los jueces deberán tener independencia en sus actuaciones y juzgarán todo con imparcialidad. Este aspecto está ligado con el principio del juez natural. En el caso que nos ocupa, quienes en realidad dirigieron el proceso fueron los alcaldes indígenas comunitarios; sin embargo, la decisión no solamente fue de ellos sino que la comunidad estuvo de acuerdo.

4. *Principio de juicio previo*

En el artículo 4 del Código Procesal Penal se establece la garantía del juicio previo: “Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección sino en sentencia firme”. Evidentemente, en el caso de Choacamán que nos ocupa, existió un juicio previo, de acuerdo con la costumbre de los ancestros mayas. Sin embargo, aunque fueron observadas varias garantías procesales (algunas de las cuales se replican en la legislación penal y la Constitución), las mismas pertenecen a costumbres ancestrales y no se basaron en ningún texto legal.

5. *Principio de inocencia*

Tanto el Código Procesal Penal en su artículo 14, como la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12, establecen el principio de inocencia, que establece que nadie puede ser tratado como culpable mientras no se haya establecido la culpabilidad en una sentencia firme. En ese orden de ideas, el procesado –o en el caso que se analiza, los imputados– debían ser tratados como inocentes.

Este caso es bastante paradigmático, ya que los jóvenes fueron acusados por los miembros de la comunidad y los llevaron al campo de fútbol, acusándolos de haber hurtado el vehículo. Algunos amenazaron con lincharlos o quemarlos vivos, pero la actitud de los alcaldes indígenas comunitarios fue mucho más acertada, ya que les dijeron a los comunitarios que no se habían reunido para cometer esos hechos sino para que de una manera correcta aplicaran el derecho maya. De esta manera se logró llevar a cabo el proceso, en donde se cumplieron otras garantías procesales, como veremos más adelante.

6. *Principio de defensa*

El principio de defensa en un Estado de derecho es inviolable. Se establece el principio de que una persona sometida a un procedimiento penal tiene derecho a realizar su propia defensa. La garantía de que el proceso penal sea justo, implica la aplicación de este principio fundamental.

En ese orden de ideas, los tres imputados en el proceso celebrado por los alcaldes indígenas comunitarios tuvieron derecho a defen-

derse. Se les pidió que hablaran, se les conminó a decir la verdad y a defenderse en caso no hubiesen sido ellos. De los tres jóvenes, Julio y Cristóbal confesaron los hechos. Sin embargo, Gerardo (que era mayor que ellos) lo negaba. El hecho de que Gerardo se defendiera negando los hechos, era una manifestación del respeto al principio de defensa. Sin embargo, las declaraciones de Julio y Cristóbal confirmaron que los tres habían cometido el delito.

En el caso de Choacamán, basado en los principios del derecho consuetudinario maya, no existe abogado defensor. Los acusados pueden argumentar, negar los hechos e incluso citar testigos y plantear coartadas. Sin embargo, si las mismas no se sustentan solas, entonces se descubre la culpabilidad.

7. *Principio de obligatoriedad, gratuidad y publicidad*

En todos los procesos penales existen los principios de obligatoriedad, gratuidad y publicidad. En realidad, es un solo principio basado en el hecho de que el proceso penal debe ser obligatorio como función pública, además de que es gratuita y pública. Este principio se establece en el Código Procesal Penal guatemalteco en el artículo 12. Sin embargo, al analizar el proceso de Choacamán, se ejerció la función por parte de los alcaldes indígenas comunitarios.

Además, la misma fue gratuita porque no se cobró nada a la comunidad ni a los imputados por el tiempo en que los alcaldes indígenas juzgaron el caso. Asimismo, el proceso fue público, es decir, que no fue llevado a cabo en un lugar secreto, ni solamente con determinadas personas. Se llevó a cabo públicamente, sin restricciones; incluso se permitió que los periodistas estuvieran presentes para verificar el desarrollo del proceso.

8. *Principio de in dubio pro reo*

Este principio, en el cual se establece que “la duda favorece al sindicado”, y que es universalmente aplicado en el derecho penal, también es aplicable en el proceso llevado a cabo por los alcaldes indígenas comunitarios de Choacamán. Sin embargo, durante la tramitación del proceso y por las declaraciones de los sindicados y otras personas que participaron en el proceso, se estableció que no había dudas que pudieran ser expuestas en beneficio de los sindicados, ya que dos de

ellos confesaron su participación, sindicando al tercero, quien aunque negó sus hechos, no pudo establecer una coartada creíble.

9. *Principio de declaración libre*

El Código Procesal Penal establece el principio de declaración libre en su artículo 15, que establece: “ningún imputado puede ser obligado a declarar contra sí mismo o declararse culpable”. En ese orden de ideas, es claro el hecho de que en el caso juzgado en Choacacán no se obligó a ninguno de los imputados a declarar en contra de sí mismos ni a declararse culpables. Esto es claro desde el momento en que los alcaldes indígenas tomaron el caso; no obligaron a los imputados a declarar contra sí mismos, sino que se les conminó a “decir la verdad”, sin realizar ninguna clase de tortura en contra de ellos.

C. **Sentencia emitida por los alcaldes indígenas comunitarios**

Los alcaldes indígenas comunitarios escucharon los testimonios de los comunitarios que acusaban a los tres jóvenes imputados, además de la declaración de dos de ellos, quienes admitieron su culpabilidad e indicaron que el tercero también participó del hecho e incluso fue el instigador del delito. Asimismo, escucharon el testimonio del dueño del vehículo *pick-up*, quien indicó que los tres jóvenes estuvieron merodeando el área. Luego de ello, estuvieron dispuestos a emitir su sentencia, la cual solicitaron que fuera aprobada por toda la comunidad.

La sentencia emitida por los alcaldes indígenas comunitarios consistió en los siguientes aspectos:

- a) *Vergüenza pública* para los tres imputados en las principales calles de Santa Cruz del Quiché, que es la cabecera municipal a donde corresponde la comunidad de Choacacán.
- b) *Restitución del daño causado*, el cual se haría en dos sentidos: *i)* el primero, pagándole a la víctima –el dueño del vehículo– los daños ocasionados al mismo y a su persona; y, *ii)* el segundo, cortando la maleza que se encontraba junto al camino que se dirige a la entrada de la comunidad de Choacacán.
- c) *Corrección*, que se realizó también en dos sentidos: *i)* el primero, denominado *P'ixab'*, que es una serie de amonestaciones que dan

los alcaldes indígenas comunitarios y los ancianos de la comunidad; y, *ii*) el segundo, denominado *X'ikay'*, que fue una serie de veinte azotes a cada uno de los imputados, realizados con ramas de árbol de guayaba, mojadas en agua. Estos se aplicaron en las manos, pies y espalda desnuda, sin camisa ni protección.

Si comparamos las medidas que se dispusieron por parte de los alcaldes indígenas y la comunidad de Choacamán, comprendemos que difieren mucho de la medida de coerción que establecería el Código Penal guatemalteco, ya que por los delitos mencionados la pena que se impone es prisión de cuatro a seis años, sin ninguna condena en reparación para la víctima ni para la comunidad.

En el derecho maya, la sanción no tiene objeto de causar mayor daño sino de reestablecer la armonía quebrantada, por lo que su fin es eminentemente conciliador. Ander Kompass lo expresa de una manera muy concreta al indicar:

[...] aunque el derecho indígena también contempla sanciones, éstas se refieren esencialmente a la llamada de atención o en los casos más graves, trabajo social que retribuya y repare a la comunidad por el perjuicio ocasionado. El derecho indígena no está basado en ningún tipo de violencia, sino que está basado en la conciliación y la armonía⁸.

De esa cuenta, comprendemos que las formas de resolver conflictos, reestablecer la armonía y juzgar casos como el presente difieren mucho entre el derecho indígena maya y el derecho ordinario, el cual básicamente sanciona casi todos los delitos con prisión, mientras que el derecho maya busca el restablecimiento de un orden perdido, la reflexión del criminal y su inserción casi inmediata a la comunidad. Por supuesto, no en todos los casos la resolución suele ir acompañada de este tipo de decisiones, ya que existen casos documentados en que la resolución ha implicado el destierro.

8 Kompass, Anders, "Confusión sobre el derecho indígena", *el Periódico*, Guatemala, 22 de julio de 2006, <http://www.elperiodico.com.gt/es/20060722/opinion/30017>

VI. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, podría exponerse que del análisis del presente trabajo se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. El hecho de que los alcaldes indígenas comunitarios tengan liderazgo y sean respetados en sus comunidades hace posible que sus decisiones puedan ser utilizadas en la aplicación del derecho maya.
2. Las decisiones emitidas dentro de los procesos de aplicación de la justicia maya a casos concretos, al contrastarse con la justicia ordinaria, difieren en el propósito fundamental. Al aplicar la justicia penal ordinaria, se busca sancionar un hecho a través de la jurisdicción ejercida por el Estado, regularmente por medio de la prisión. Sin embargo, en la justicia maya se busca reestablecer el equilibrio y la armonía en la comunidad, por lo que es un derecho penal reparador y de restablecimiento.
3. En el proceso de aplicación de la justicia maya, se observa una serie de garantías que igualmente encontramos en la aplicación del derecho penal ordinario, por lo que las diferencias entre las garantías procesales del derecho penal ordinario y las del derecho penal maya, son básicamente establecidas por la cosmovisión maya, cuya justicia se aplica buscando reestablecer un orden natural en la comunidad.
4. Aunque ambos tipos de procedimientos tienen diferentes formas de juzgar, lo cierto es que tienen como finalidad el establecimiento de la verdad material y el juzgamiento de los hechos, aplicando lo que de acuerdo con su cosmovisión es la forma de reestablecer el orden o la armonía, dependiendo de cuál sea el derecho que se utilice, si la justicia ordinaria o la justicia maya.
5. Por último y no menos importante, es que la decisión tomada al final del procedimiento por los alcaldes indígenas comunitarios no tiene otra instancia a la cual apelar, ya que la misma es definitiva, por lo que no existe manera de revisar el fallo por algún otro órgano, lo cual puede dar lugar a ilegalidades.

VII. BIBLIOGRAFÍA

DEFENSORÍA K'ICHE', *Acceso a la justicia comunitaria: sistematización de casos*, Guatemala.

DEFENSORÍA MAYA, *Suk'b'anik: Administración de justicia maya: Experiencias de la defensoría*, Guatemala, Nawal Wuj, 2006.

KOMPASS, Anders, "Confusión sobre el derecho indígena", *el Periódico*, Guatemala, 22 de julio de 2006, <http://www.elperiodico.com.gt/es/20060722/opinion/30017>

SIEDER, Rachel, *Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de postguerra*, Guatemala, F&G, 2011.

Formas y principios de interpretación constitucional*

Edgar Orlando Ruano Godoy**

Sumario: I. Introducción. II. Dificultad de la actividad interpretativa. III. Formas de interpretación. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito jurídico, resulta esencial realizar una interpretación respecto de un texto legal. El positivismo decimonónico europeo (con su consecuente formalismo y su pretendida interpretación literal del texto normativo, con evidente influencia de la escuela exegética) viene perdiendo paulatinamente su influencia en la hermenéutica jurídica, puesto que actualmente se persigue que la interpretación se efectúe conforme a una Constitución dinámica y ya no que la misma se limite únicamente a “reconstruir con fidelidad la voluntad del legislador”. Esta “omnipresencia constitucional”, como la denominó Robert Alexy, impregna el ordenamiento jurídico desde la propia Constitución hacia los demás cuerpos normativos. Sin embargo, para alcanzar

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** *Edgar Orlando Ruano Godoy* es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar. Magíster en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Actualmente se desempeña como magistrado del Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y Conflictos de Jurisdicción. Es autor de investigaciones publicadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

el anhelado desarrollo jurisprudencial en materia interpretativa, se requiere primero enfatizar en las formas y principios primigenios de la interpretación constitucional.

El conocimiento tradicional de las formas de interpretación ha sido enriquecido por la jurisprudencia del tribunal constitucional, mientras que la influencia cada vez mayor de los principios interpretativos se hace palpable continuamente en las distintas sentencias emitidas, no solamente por la Corte de Constitucionalidad, sino por los jueces ordinarios, quienes aplican estos principios desde la óptica constitucional. Además, el juez debe fundamentar adecuadamente su decisión. Debe motivarla y exponer claramente cuáles fueron las razones que lo llevaron a tomar esa decisión, a efecto de garantizar la tutela judicial efectiva.

II. DIFICULTAD DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

La experiencia profesional enseña que para la persona no versada en derecho, resulta muy difícil comprender las razones por las cuales puede otorgársele más de un significado a una norma jurídica. Pareciera para el lego que el derecho, en lugar de ser una ciencia social, es una ciencia exacta, por la que sus preceptos normativos son inmutables y su interpretación es única. El jurista Claude Du Pasquier¹ expresa al respecto:

Los profanos reprochan algunas veces a los juristas las discusiones que provoca la interpretación del derecho; se sorprenden de que los redactores de leyes no hayan logrado elaborar textos suficientemente claros para que su manejo esté excepto de incertidumbre. Es desconocer la infinita diversidad de los hechos reales: éstos no se dejan reducir a fórmulas indelebiles; escapan a todas las previsiones.

No es necesario mucho tiempo de práctica judicial para constatar cuán frecuentes son los casos extraordinarios e imprevisibles que surgen en las fronteras o aun fuera de las categorías comprendidas en las reglas legales.

Sin embargo, la actividad interpretativa no solo resulta difícil en cuanto a su comprensión para las personas no versadas en derecho,

1 Du Pasquier, Claude, *Introducción al derecho*, 5ª ed., trad. de Julio Avasta Gonzales, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1994, p. 144-145.

sino que representa una problemática también para las personas relacionadas con el ámbito jurídico, puesto que el derecho requiere interpretación². Esto se debe a que el derecho, por ser un fenómeno social, acepta diversas interpretaciones en cuanto a su contenido. Estas interpretaciones, sin embargo, no deben ser arbitrarias, sino que deben encontrarse sujetas a principios y reglas que facilitan la labor hermenéutica. Inclusive, el principio *in claris non fit interpretatio* –tan utilizado por el positivismo normativista– ha quedado debidamente superado, pues incluso para determinar que el texto es claro, se requiere indefectiblemente de una labor interpretativa.

Para efectos eminentemente prácticos, la trascendencia de la actividad interpretativa del juez –distinta a la de otros intérpretes– se plasma indubitadamente en la argumentación que el mismo efectúa en torno al caso hipotético sometido a su conocimiento y decisión. Su interpretación no debe ser antojadiza, sino que debe justificar adecuadamente las razones que lo impulsaron a tomar su decisión, es decir, tiene la obligación de motivar la decisión judicial³, de tal manera que las partes conozcan cuáles fueron estas y puedan, si estiman conveniente, ejercitar su derecho subjetivo de impugnación para el efecto.

Previamente a establecer los principios y reglas que operan en el ámbito constitucional, resulta necesario afianzar aspectos básicos que faciliten su comprensión. En ese sentido, es importante iniciar

2 Como lo asevera el autor Juan Antonio García Amado: “El manejo del derecho tiene una de sus labores cruciales en la llamada interpretación jurídica. Que el derecho tenga que ser objeto de interpretación supone que hay un «algo», una materia prima, que no habla por sí mismo, o no lo hace con perfecta claridad y precisión, de modo que entre esa materia prima que se supone que encierra cierto mensaje y los destinatarios de ese mensaje, sean quienes sean, se hace necesaria esa labor llamada interpretación y que llevan a cabo los intérpretes”. García Amado, Juan Antonio, “La interpretación constitucional”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 2, España, Junta de Castilla y León, 2004, p. 37.

3 A ese respecto, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas manifiesta: “El gran problema para el control del sometimiento del juez a la ley es, sin duda alguna, el control de la actividad interpretativa. Establecer si en una decisión judicial se ha cumplido con la obligación de motivar, entendida como la utilización y mención de una o más disposiciones normativas provenientes de una autoridad normativa, es relativamente sencillo (aunque también en esta operación se deben resolver problemas y discrepancias de gran calado relativas a la validez de las normas en los que no están ausentes cuestiones interpretativas)”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Argumentación e interpretación: La motivación de las decisiones judiciales en el derecho peruano*, Lima, Grijley, 2011, p. 158.

por comprender el significado del término interpretar. Una de las acepciones que nos proporciona el *Diccionario de la lengua española*⁴ respecto al vocablo interpretar es: “Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto”. Esta acepción de carácter general permite realizar una primera visión respecto a lo que debe entenderse por interpretar.

[...] la interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad⁵.

Debe tenerse en cuenta que para efectuar una tarea interpretativa, se requiere la existencia de un texto, signo o símbolo cuyo significado necesite ser declarado por el intérprete. Prácticamente, la interpretación toma en consideración tres elementos: *a)* el texto que debe ser interpretado; *b)* la persona que lleva a cabo esta actividad; y, *c)* el fin para el que se estima necesaria esta operación.

Pero el intérprete bien pudiera efectuar una interpretación extraña del texto. Para evitar la completa discrecionalidad en materia de interpretación, es que se han establecido métodos y reglas que coadyuven en mejor manera el examen necesario para obtener el verdadero significado, o el más aproximado a ello. Las normas jurídicas se expresan mediante el lenguaje, pero el mismo, al conformar una disposición normativa, puede ser oscuro o dudoso, o bien puede tener un trasfondo doctrinario o un sentido técnico jurídico que limite su comprensión.

4 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., España, Espasa Calpe, 2001.

5 *Ibidem*, p. 44.

III. FORMAS DE INTERPRETACIÓN

A. Clasificación de acuerdo con el sujeto

1. *Doctrinal*

También denominada *libre* o *interpretación científica*. Esta clase de interpretación es la que realizan los estudiosos del derecho con fines de sistematización de una rama del derecho o de dar soluciones a problemas surgidos en el ámbito normativo. Se le denomina en algunas ocasiones *libre*, debido a que no se encuentra vinculada a un caso en particular, pero puede ejercer una influencia en el ente legislativo en la emisión de leyes y en los jueces al momento de impartir justicia.

2. *Judicial*

La interpretación judicial es aquella que realizan los jueces cuando aplican el ordenamiento jurídico en la solución de casos concretos. A diferencia de la interpretación doctrinal –que carece de efectos vinculantes entre las partes–, la interpretación judicial es obligatoria para las mismas.

3. *Legislativa o auténtica*

Esta clase de interpretación la realiza el poder legislativo cuando en la propia ley establece la forma en que se ha de interpretar un término. Es decir, que el propio órgano encargado de la emisión de las leyes es quien le proporciona a un vocablo el significado que tendrá por disposición legal. En Guatemala, por ejemplo, en las disposiciones finales del Código Penal, el legislador determina a quiénes se consideran como funcionarios públicos.

B. Clasificación de acuerdo con el resultado

1. *Interpretación declarativa o estricta*

La interpretación declarativa reproduce el texto de la ley en los casos en que la norma es clara y precisa. En otras palabras, el intérprete coincide con el espíritu y la letra de la ley; es decir, el intérprete no amplía ni restringe el sentido de la ley, sino que exclusivamente se limita a expresar su contenido.

2. Interpretación extensiva

Se produce cuando el intérprete extiende el alcance de la ley, pues el legislador expresó menos de lo que debía expresar (*minus dixit quam voluit*). En esta clase de interpretación, prácticamente se debe ampliar el alcance de las palabras para que estas coincidan con el espíritu de la ley y la voluntad que el legislador le quiso dar. Este método se aplica para entender y aplicar las normas en su sentido más amplio posible.

Esta forma de interpretación debe ser utilizada por imperativo legal en materia constitucional, pues el artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad regula lo relativo a la interpretación extensiva de la referida ley. Por su parte, el artículo 42 del citado cuerpo normativo establece la obligación para la Corte de Constitucionalidad de interpretar en forma extensiva la citada ley al momento de dictar sentencia en materia de amparo.

La Corte de Constitucionalidad, respecto a los artículos citados, ha establecido que la finalidad de la interpretación extensiva es procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional⁶.

6 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 762-97, sentencia del 30 de abril de 1998, gaceta jurisprudencial 48. Específicamente, la Corte de Constitucionalidad expresó lo siguiente: “La amparista manifestó su inconformidad con ello, argumentando que el tribunal *a quo* no interpretó extensivamente la ley para reconocerle la representación de los derechos de las personas que se encuentran en su misma situación. Al respecto, esta Corte considera que dicha forma de resolver se encuentra ajustada a la ley, porque, si bien este instrumento constitucional aplica el principio de la interpretación extensiva de la ley para procurar una adecuada protección de los derechos humanos, en los asuntos de su competencia, y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensa de orden constitucional, ello no significa que los accionantes puedan ignorar y el tribunal consentir, el incumplimiento de los requisitos que la misma Ley de la materia exige que deben llenarse en toda solicitud de amparo, entre ellos, la acreditación de la representación cuando se afirma actuar en nombre de otra persona. En este caso la accionante no cumplió con tal exigencia y por ello no puede conocerse del agravio que, denuncia, se ocasiona a otras personas, porque, salvo el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos, ninguno puede, mediante el amparo, hacer valer, sin representación, derechos de terceros”. En igual sentido, las sentencias: del 26 de septiembre de 1996, expediente 1012-95, gaceta jurisprudencial 41; del 3 de diciembre de 1991, expediente 265-91, gaceta jurisprudencial 22; y, del 23 de marzo de 1988, expediente 276-87, gaceta jurisprudencial 7.

3. *Interpretación restrictiva*

En esta clase de interpretación, el intérprete reduce los alcances y sentido de la ley, pues el legislador expresó más de lo que debía expresar (*plus dixit quam voluit*). Esta interpretación produce una limitación de los alcances de las palabras contenidas en el texto legal, restringiendo el significado de la ley. No debe confundirse con la interpretación literal, pues esta mantiene el alcance del texto legal mientras la interpretación restrictiva lo reduce.

4. *Interpretación progresiva*

La interpretación progresiva toma en cuenta el carácter histórico de la norma, y no considera que la misma sea inamovible, sino que se encuentra sujeta a modificaciones y evoluciones en forma continua, por lo que debe adaptarse a las situaciones y cambios que se presenten en la sociedad. Se produce una armonización de la normativa jurídica respecto de los cambios acaecidos en el ámbito político, social, jurídico y científico. Por ese motivo es que también se le denomina interpretación evolutiva o histórico-evolutiva.

C. **Clasificación de acuerdo con el método empleado**

1. *Interpretación gramatical*

A esta interpretación también se le denomina *literal*. Este es el método interpretativo utilizado por los glosadores y se atiende al texto escrito de manera estricta. En otras palabras, lo que se pretende es descubrir el sentido de la norma a partir de su forma gramatical, produciéndose una interpretación restringida al texto contenido en el enunciado formulado por el legislador.

2. *Interpretación histórica*

Con esta interpretación, se analiza la norma jurídica con todos sus antecedentes: los trabajos preliminares, proyectos, debates, discusiones, exposición de motivos, etcétera. Con este método, se busca indagar las raíces de la norma para averiguar cuál fue la voluntad del legislador en la redacción de un determinado texto legal.

3. Interpretación sistemática

Mediante este método, se persigue efectuar un estudio de la norma jurídica en relación con otras normas jurídicas. Se basa en relacionar diversos preceptos normativos entre sí, tomando en cuenta que todos ellos forman parte de un sistema normativo. Rodolfo Luis Vigo⁷ sostiene que la visión sistemática de la Constitución se ha vinculado a la presunción de racionalidad del legislador o constituyente, en tanto cabe suponer que esa obra no es fruto del azar o de manifestaciones incoherentes, sino el resultado de la razón. Efectivamente, la coherencia de las disposiciones jurídicas debe ser buscada por el intérprete, quien como lo afirma Vigo, se basa en la presunción de racionalidad⁸.

Por su parte, Luis M. Cruz⁹ expresa que la interpretación conforme es aquella que adecúa y armoniza la ley con la Constitución, eligiendo el significado que evite toda contradicción entre estas. Agrega que la finalidad de tal interpretación es la de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional. En relación con este método interpretativo, en materia constitucional, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha expresado lo siguiente:

Esta Corte ha considerado que las normas constitucionales deben tenerse como un conjunto armónico en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes; que ninguna disposición debe considerarse aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional. Se busca así la solución interpretativa que maximice la eficacia de la Constitución para que, en caso de concurso de normas, se produzca una ponderación de los valores y principios que ésta reconoce, de tal modo que conserven su armonía sistemática, sin sacrificar unos en beneficio de otros¹⁰.

7 Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 117.

8 Luis Cruz considera que: "La finalidad de tal interpretación es la de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional". Cruz, Luis, "La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo", *Revista Dikaion*, Colombia, 2009, p. 15.

9 *Ibidem*, p. 15.

10 Corte de Constitucionalidad, expediente 931-98, sentencia del 8 de febrero de 1999, gaceta 51.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 77/1985, consideró que:

[...] este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica [...].

4. *Interpretación lógica*

Por este método interpretativo, se busca analizar el contenido conceptual de las palabras contempladas en la norma jurídica. Para lograr esa finalidad, se tiene en cuenta el lenguaje técnico jurídico. El método lógico también suele denominarse conceptual y se basa en el razonamiento lógico que involucra el texto normativo.

5. *Interpretación teleológica*

Analiza la *ratio legis*. Es decir, persigue desentrañar la finalidad del precepto normativo. Derivado de lo anterior, se considera que toda interpretación contraria a la razón o fin de la norma resultaría arbitraria, pues se debe buscar la finalidad que persigue la ley.

Los primeros cuatro métodos explicados: gramatical, histórico, sistemático y lógico, fueron enunciados por Savigny. En efecto, Diego Eduardo López Medina¹¹ expresa que para Savigny, la interpretación de la ley se dividía en cuatro elementos constitutivos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Estos métodos superaban la excesiva interpretación literal en que se había incurrido, debido a la posición de la escuela exegética francesa. El quinto método: teleológico, fue enunciado por Rudolf Von Ihering¹².

Las formas interpretativas y los métodos de interpretación explicados anteriormente son utilizados de manera general en cualquier

11 López Medina, Diego Eduardo, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2006, p. 20.

12 De acuerdo con Diego Eduardo López Medina, Rudolf Von Ihering fue el primer autor que claramente empieza a criticar la insuficiencia de los cuatro elementos de interpretación savignianos, y al criticar el llamado “conceptualismo” de Savigny propone un mayor énfasis en el “fin” del derecho y de las normas, de donde surge el método teleológico. *Ibidem*, p. 23.

rama del derecho y pueden ser aplicados en materia constitucional. Sin embargo, la interpretación constitucional, como una especie de la interpretación jurídica en general, posee elementos propios que permiten interpretar adecuadamente el propio texto constitucional. Es menester recordar que la Constitución Política constituye la *norma normarum*. Por esos motivos es que acertadamente Enrique Uribe Arzate¹³ manifiesta:

La Constitución Política de un país expresa la *summa* del Estado: el pasado, el presente y el futuro de cualquier pueblo. Por ello, la Constitución, que es aprehensible como cualquier otro corpus de normas jurídicas, demanda un procedimiento especial de interpretación diferente del que se utiliza para la interpretación de las “demás” leyes que permita hallar los “contenidos” de su articulado.

La Constitución ha pasado de ser considerada como un cuerpo normativo carente de aplicación práctica a una verdadera *norma normarum*¹⁴. Una norma de normas, la cual sirve como fuente a otras normas jurídicas. Es decir, se le considera como una norma primaria sobre la producción jurídica: las restantes normas son secundarias, su validez deriva de la Constitución, que establece cuáles son las reglas que han de seguirse para su elaboración y modificación.

La Constitución ha dejado de ser una simple norma jurídica, para convertirse en un verdadero instrumento jurídico de construcción normativa, con una jerarquía superior a las demás normas que confluyen en el sistema de fuentes del derecho¹⁵. De tal manera, las dis-

13 Uribe Arzate, Enrique, “Actualidad y perspectivas de la interpretación constitucional en México”, *Revista de Derecho*, México, Universidad del Norte, 2005, p. 111.

14 Sobre el particular, Jaume Vernet i Llobet manifiesta que: “La supremacía formal presupone que la Constitución constituye la fuente de fuentes del derecho (*norma normarum*) y que la Constitución goza de una rigidez especial”, mientras que “La supremacía material tiene como consecuencia la limitación del contenido de todas las demás normas. Esta limitación consiste en la adecuación de todo el Ordenamiento jurídico a la Constitución”. Vernet i Llobet, Jaume, “Sistema de fuentes y la Constitución”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Barcelona, Cedecs, 1998, t. 1, p. 612.

15 Es por esos motivos que Joan Picó i Junoy, manifiesta que: “El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de las cuales se halla la exigencia dirigida a los *jueces de aplicar*, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales”. Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José María Bosh (ed.), 1997, p. 24.

posiciones normativas infraconstitucionales pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico o bien, inaplicadas al caso concreto, cuando las mismas sean contrarias a la Constitución. Debido a lo anterior, por su jerarquía y los efectos que produce, las normas constitucionales cuentan con sus propias formas y métodos de interpretación.

D. Principios de interpretación constitucional

Pese a que para la interpretación de un texto constitucional se pueden utilizar los métodos de interpretación aplicables para cualquier disciplina jurídica, cuando se trata de normas contenidas en la Constitución, se deben considerar los criterios o principios específicos que orientan la interpretación constitucional. Entre estos, tenemos:

1. Principio de la unidad de la Constitución

La Constitución contempla una serie de normas jurídicas que regulan diversos tópicos, esencialmente dogmáticos y orgánicos. La Constitución debe ser entendida como un todo orgánico, es decir, no se deben considerar sus disposiciones normativas de manera aislada e incoherente unas de otras.

Por lo tanto, el análisis de cada disposición constitucional debe efectuarse tomando en consideración las demás normas contenidas en la Constitución. De la forma en que sea interpretada una norma constitucional, se puede originar la variación en otras, del sentido de las instituciones por ellas reconocidas. Es importante enfatizar que la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a preservar la integridad del contenido constitucional. La misma debe interpretarse buscando armonizar todos los valores y principios consagrados en ella.

Javier Pérez Royo¹⁶ señala que “la interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico”. Este principio interpretativo fue reconocido por el Tribunal Constitucional de España, que en la STC 9/1981 determinó que “la naturaleza de la Ley superior de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma”.

16 Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 144.

De esa misma manera, en la STC 112/1989, afirmó que “todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales”. De este modo, la Constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico.

De la lectura de las sentencias anteriores, puede considerarse que la interpretación conforme a la Constitución constituye una forma de interpretación sistemática que permite que el ordenamiento jurídico sea entendido desde la óptica constitucional, de tal manera que se persigue que mediante la interpretación constitucional, se concilien las leyes con la Constitución, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales.

2. *Principio de la concordancia práctica*

La unidad de la Constitución origina indefectiblemente la necesidad de coherencia de las distintas normas jurídicas contenidas en el texto constitucional. Javier Pérez Royo¹⁷ advierte que con este principio se pretende “optimizar” la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica.

Lo que se pretende con la observancia de este principio interpretativo es que las normas constitucionales se interpreten de manera coordinada para evitar contradicciones innecesarias entre las distintas normas que integran el sistema constitucional.

3. *Principio de la función integradora*

Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen¹⁸ expresa que por medio de este principio, debe interpretarse que la Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad.

4. *Principio de la corrección funcional*

Este principio tiende a tutelar la parte orgánica de la Constitución, pues la interpretación que se efectúe no debe interferir en el ámbito de las funciones asignadas por la Constitución a diferentes

17 *Ibidem*, p. 144.

18 Bardelli Lartirigoyen, Juan Bautista, “El juez constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 20.

órganos del Estado. En este sentido, el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagradas por la Constitución.

Javier Pérez Royo¹⁹ asevera que la finalidad de este principio es no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución.

5. *Principio de la eficacia o efectividad*

El intérprete debe encauzar su actividad hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido y actualizándolas ante los cambios de la realidad.

Como puede determinarse de lo aquí expuesto, la observancia de principios en materia de interpretación constitucional, constituye un medio coherente que permite al juzgador darle solución al caso concreto sometido a su decisión, mediante la aplicación de los mismos, dentro de una visión macro, que comprende la plena garantía de los derechos fundamentales de las personas. Al decir de Luis Rodolfo Vigo²⁰: “Los principios definitivamente amplían la capacidad de respuesta jurídica y permiten no sólo entender mejor lo que las normas con su tipicidad disponen sino ordenarlas y hasta invalidarlas en tanto incurran en contradicción con los principios de donde derivan”.

IV. CONCLUSIONES

1. El derecho constitucional moderno propugna por una observancia irrestricta de la Constitución Política de cada Estado, de tal manera que se persigue la plena aplicación de la misma y que irradie interpretativamente a las demás ramas del derecho.
2. En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha desarrollado un papel trascendental en la reformulación del aspecto interpretativo, pues mediante la emisión de las diferentes sentencias, ha promulgado por la implementación de una Constitución

19 Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 16, p. 144.

20 Vigo, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, 2009, p. 266.

dinámica, que simplifique la aplicación de las disposiciones normativas en detrimento de las formalidades legales que se encuentran implantadas en el ordenamiento jurídico, debido a la evidente influencia de la escuela exegética del derecho desde tiempos remotos.

3. Las formas de interpretación tradicionales se han visto reforzadas con nuevos elementos como producto de la doctrina jurídica, pero que en la praxis han sido introducidos por la Corte de Constitucionalidad en sus diversos fallos.
4. La aplicación de principios de interpretación constitucional es de suma importancia, puesto que los mismos constituyen herramientas hermenéuticas de gran valor para que el juez argumente eficazmente sus decisiones y se permita de esta manera que cualquiera de las partes conozca realmente la motivación que tuvo el juzgador para llegar a tal decisión.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARDELLI LARTIRIGOYEN, Juan Bautista, "El juez constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- CRUZ, Luis, "La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo", *Revista Dikaion*, Colombia, 2009.
- DU PASQUIER, Claude, *Introducción al derecho*, 5ª ed., trad. de Julio Avasta Gonzales, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1994.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e interpretación: La motivación de las decisiones judiciales en el derecho peruano*, Lima, Grijley, 2011.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "La interpretación constitucional", en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 2, España, Junta de Castilla y León, 2004.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2006.

- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José María Bosh (ed.), 1997.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22^a ed., España, Espasa Calpe, 2001.
- URIBE ARZATE, Enrique, "Actualidad y perspectivas de la interpretación constitucional en México", *Revista de Derecho*, México, Universidad del Norte, 2005.
- VERNET I LLOBET, Jaume, "Sistema de fuentes y la Constitución", en *Temas de Derecho Constitucional*, Barcelona, Cedecs, 1998, t. 1.
- VIGO, Rodolfo Luis, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, 2009.
- _____, *Interpretación constitucional*, 2^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

El amparo judicial como mecanismo de control de la argumentación jurídica judicial*

Angélica Yolanda Vásquez Girón**

Sumario: I. Introducción. II. Argumentación jurídica. III. Elementos que componen una debida fundamentación. IV. Análisis de casos. V. Mecanismo para determinar cuándo una sentencia está debidamente fundamentada. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

(Garantía a la debida tutela judicial, debida fundamentación)
“Las cuales de un buen juez son razón, corazón y técnica”¹.

I. INTRODUCCIÓN

Muchos de los amparos judiciales que se conocen en Guatemala tienen como motivo de agravio la falta de fundamentación de las

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Angélica Yolanda Vásquez Girón es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Rafael Landívar. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la misma universidad. Abogada letrada de la Corte de Constitucionalidad, coordinadora de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad. Abogada coordinadora de la Secretaría del Pleno de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Catedrática auxiliar del curso de Derecho Procesal Civil I, asesora de tesis y miembro de terna examinadora de exámenes privados en la Universidad Rafael Landívar. Autora de *El curso de queja* (CC, 2005) y *Sistema de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (EAE, 2012).

1 Horbitz, citado por Maldonado Aguirre, Alejandro, “Discurso de Inicio del Seminario de Argumentación Jurídica”, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, marzo 2012.

disposiciones judiciales, no existiendo aún un parámetro definido para determinar cuándo una sentencia, resolución o decisión judicial está debidamente fundamentada, estudiándose caso por caso según el criterio del ponente, sin que se haya logrado establecer un mecanismo estándar para abordar su estudio y resolver de forma objetiva si existió o no la violación denunciada.

En el presente trabajo se propondrá un mecanismo estándar para determinar cuándo una sentencia, resolución o fallo judicial cumple con una debida fundamentación, por lo que se tiene como objetivos:

- 1) Identificar las principales reglas de argumentación jurídica que deben cumplir los fallos judiciales.
- 2) Establecer los elementos que se deben evaluar en las resoluciones judiciales para establecer si cumplen o no con una debida argumentación jurídica.
- 3) Mostrar algunos ejemplos (sentencias) de cómo se ha abordado el análisis de la falta de fundamentación en amparos conocidos por la Corte de Constitucionalidad.
- 4) Proponer un mecanismo para determinar cuándo una sentencia está debidamente fundamentada.

Para tal propósito, se determinará por medio del análisis doctrinal los elementos que componen una debida argumentación jurídica y los que establecen una debida fundamentación de los fallos judiciales. Posteriormente, se analizarán los fallos más representativos emitidos por la Corte de Constitucionalidad, en los que se haya analizado la debida fundamentación. Finalmente, se elaborará una propuesta para objetivar el análisis de estos casos.

II. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para Bernal, la argumentación jurídica puede definirse como la actividad de interlocución o diálogo llevada a cabo por todos los participantes en la práctica jurídica; cita a Feteris, quien señala: "Siempre se espera que quien defiende una tesis jurídica presente argumentos

para apoyarla”². De la corrección de dichos argumentos dependerá la aceptabilidad de la tesis y su adopción como solución práctica³.

Previo al análisis sobre la argumentación jurídica, es importante citar lo relativo a la motivación. Desde el punto de vista del lenguaje enunciativo, el *Diccionario de la lengua española* refiere como una de las acepciones de motivación la de: “Acción y efecto de motivar”; según otra acepción contenida en el citado diccionario, consiste en: “Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa”. De aquí se colige en que esta sea la actividad consciente, coherente, lúcida y clara con que debe manifestarse la argumentación que se va a emitir.

El significado mismo del término “motivación”, no es más que dar causa o motivo para algo, explicar la razón que se ha tenido para hacer algo, y, del punto de vista que nos concierne, se trata de una *motivación judicial*, la que se produce por el órgano encargado de impartir justicia y en función de esta. Es así que la motivación judicial se presenta en dos facetas dirigidas a producir la justificación de la decisión: como actividad del juzgador y como la argumentación que se manifiesta en el documento sentencial⁴. Es decir, que la argumentación jurídica es la parte medular de la motivación o debida fundamentación que debe realizar el juez.

El trabajo del juez actualmente no se limita a la fría aplicación de la ley, sino que recae en él la responsabilidad de dar vida al derecho. Como explica el doctor Vigo, el derecho va más allá de la ley, se proyecta sobre la ley, pero reúne los principios, valores, equidad y justicia⁵, que deben estar debidamente explicados en sus fallos.

El cambio del pensamiento positivista –del “culto a la ley”– al inicio de la teoría de la argumentación y la ruptura entre la ley y el derecho, comenzó en Nüremberg, cuando se condenó a los nazis por cumplir la ley y violar el derecho.

2 Feteris, Evelyn, *Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions*, Londres, Kluwer, Dordrecht, p. 1.

3 Bernal Pulido, Carlos, *Normatividad y argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2006.

4 Arenas López, Mailín, y Ramírez Bejerano, Egil, “La argumentación jurídica en la sentencia”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, octubre 2009, eumed.net, <http://www.eumed.net/rev/cccss/06/alrb.htm>

5 Vigo, Rodolfo Luis, “Conferencia sobre Argumentación Jurídica”, seminario, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2012.

Uno de los principales impulsores de la teoría de la argumentación es Robert Alexy, para quien la argumentación jurídica es una especie del discurso práctico general, señalando que los sistemas jurídicos no están compuestos únicamente por reglas, sino también por principios y que estos son normas que tienden a exigir del poder público que obtengan en el mayor grado posible la satisfacción de un valor. Señala que los jueces se legitiman política y democráticamente cuando sus razones son las que daría la ciudadanía si tuviera la posibilidad de configurar una sociedad ideal de diálogo, una comunidad de diálogo y en esa comunidad de diálogo hubiera conciencia constitucional⁶. Por lo que, la legitimidad de los jueces se debe a la razón de sus fallos, la que se entiende cuando estos están debidamente argumentados.

La argumentación jurídica va más allá que interpretar y aplicar la ley. Como señala el doctor Ezquiaga, esta no se agota en la argumentación interpretativa, sino que debe estar en todas las fases de: elección de la norma aplicable, determinación de su significado, prueba de los hechos, subsunción de los hechos en la norma y determinación de las consecuencias jurídicas de esos hechos para la norma elegida⁷; así como del método que se utilizó para llegar a esa argumentación.

Por su parte, Aguiló explica que la justificación de normas, acciones y decisiones es y ha sido un asunto central en el derecho. Sin embargo, la novedad de la argumentación jurídica puede verse en dos niveles: uno superficial o manifiesto, por el que se acepta la idea de que la mera voluntad de una autoridad no es nunca justificación suficiente; una decisión sin fundamentación ni justificación es el paradigma de una decisión arbitraria. El otro nivel –más profundo y menos patente– no es simplemente que ahora se argumenta más o que haya más demanda de argumentación jurídica, y que se necesite una teoría de la argumentación, sino que gira en torno al “derecho como argumentación”.

El autor citado, indica que en el trasfondo de los enfoques argumentativos del derecho está la idea de que todas concepciones y teorías tradicionales del derecho (normativismo, realismo, instru-

6 *Idem.*

7 Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Argumentos interpretativos y postulado del legislador*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

mentalismo, formalismo, iusnaturalismo, etcétera), si bien resaltan o están construidas en torno a algún aspecto importante del derecho, resultan insuficientes por reduccionistas, por lo que ninguna de ellas permite dar cuenta de manera adecuada de la argumentación en el derecho⁸, exigiendo más allá que una simple interpretación y aplicación de leyes.

En esa línea de pensamiento, el doctor Vigo menciona que los métodos interpretativos eran el camino para descubrir el sentido y la respuesta de los problemas jurídicos. Sin embargo, actualmente estos métodos –los viejos métodos interpretativos– se han convertido en argumentos. Lo que hoy se estudia son las razones que se utilizan para justificar lo que se dice en los discursos⁹.

Explica el autor antes citado, que a los juristas se les enseñó que razonar era aplicar un silogismo en donde la premisa mayor era el sentido desentrañado de una norma, en la que había un supuesto genérico y una consecuencia; y en la premisa menor había un caso individual del caso genérico y por ende a ese caso individual se le construía la misma conclusión prevista en la premisa mayor, convirtiendo a los jueces en seres inanimados que no creaban nada, simplemente aplicaban normas. Sin embargo, actualmente el discurso justificativo de la argumentación devela que la argumentación es creación, y no creación de una norma individual, sino de un enunciado normativo.¹⁰ Se establece que ya no solo es importante que exista un adecuado nexo deductivo entre premisas, sino que lo enunciado en ellas sea correcto.

Por su parte, el doctor Ezquiaga hace una diferenciación entre disposición normativa y norma jurídica. El autor citado señala que la disposición normativa es el texto o enunciado resultante del proceso legislativo y la norma jurídica constituye el significado de una disposición normativa y que la relación entre disposición normativa y norma jurídica no es biunívoca (es decir, que cada disposición no expresa una única norma y que cada norma no está formulada por una única disposición), sino que sus combinaciones pueden ser múltiples:

8 Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008, p. 27.

9 Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota 5.

10 *Idem.*

- a) Una misma norma puede ser expresada por varias disposiciones.
- b) Una disposición puede expresar varias normas alternativamente.
- c) Una misma disposición puede expresar varias normas conjuntamente.
- d) Una disposición puede expresar una única norma.
- e) Existen disposiciones que no expresan ninguna norma.
- f) Existen normas que no están expresadas por ninguna disposición¹¹.

Es decir, que con la jurisprudencia se van delineando las normas jurídicas, siendo de suma importancia la debida fundamentación de esos fallos que se convierten en precedentes jurisprudenciales.

Señala Aguiló que el juez independiente e imparcial está comprometido con la verdad de los hechos descritos y con la corrección de los criterios normativos aplicados¹².

Bernal señala que la principal actividad de los teóricos de la argumentación jurídica ha sido la creación de modelos de la misma, en donde aparecen explícitas las reglas para el desarrollo de una argumentación jurídica racional, y si bien no existe un catálogo unívoco de reglas de racionalidad de la argumentación jurídica, las reglas más conocidas y aceptadas por la doctrina son la de claridad y consistencia conceptual, consistencia normativa, saturación, respeto de la lógica deductiva, respeto de las cargas de argumentación, honestidad, consistencia argumentativa y coherencia.

De acuerdo con estas reglas, una argumentación jurídica será tanto más racional, cuanto más se desarrolle mediante argumentos provistos de claridad y consistencia conceptual y lingüística. Además, es necesario que puedan fundamentar los mismos resultados interpretativos cuando se apliquen a los mismos supuestos; también

11 Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el derecho peruano*, Lima, Ministerio Público del Perú, Fiscalía de la Nación, 2010, http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2239_ezquiaga_la_motivacion_decisiones_judiciales_derecho_peruano.pdf

12 Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, nota 8, p. 64.

se requiere que sean completos, es decir, que contengan todas las premisas que les pertenecen, así como que respeten la lógica deductiva y las cargas de argumentación, correspondan al pensamiento verdadero de quien los aduce, carezcan de contradicciones internas y estén respaldados por reglas o principios generales¹³.

De lo anterior, se puede concluir que en la evolución del derecho, también ha existido una evolución de los métodos de interpretación hacia los métodos de argumentación, exigiendo una mayor preparación y estudio por parte de los jueces para emitir fallos responsables y mantener su legitimidad, la cual se basa en la razón y motivación de sus fallos, debiéndose tomar en cuenta que deben explicar incluso el tipo de razonamiento o de argumentos que están utilizando para analizar cada caso.

III. ELEMENTOS QUE COMPONEN UNA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN

Dentro del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, se encuentra como elemento esencial la debida fundamentación de las resoluciones judiciales, así como su motivación y razonabilidad. Wróblewski señala que motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan¹⁴.

Para el estudio que se pretenda realizar de las decisiones de un órgano judicial, el doctor Ezquiaga señala que podría abordarse a partir de dos materiales distintos. Por un lado, intentando reconstruir los procesos psicológicos que efectivamente han conducido al juez a su decisión; y, por otro, tomando como objeto de análisis el material decisonal, es decir, los argumentos ofrecidos por el aplicador judicial en la motivación de su decisión.

Pero, en primer lugar, una investigación del primer tipo no tendría sentido como algo autónomo de la segunda para aquellos que aprecian una relación sustancial entre motivación y decisión, a no ser como un medio de confirmación de sus tesis. Y, en segundo lugar, el material psicológico es la mayoría de las veces inaccesible y difícil

13 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 3.

14 La definición es de Wróblewski, Jerzy, "Motivation de la décision judiciaire", en Perelman, Chaïm y Foriers, Paul, *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, Etablissements Emile Bruylant, 1978, p. 111.

de analizar. En definitiva, el estudio del razonamiento justificativo partiendo de los argumentos ofrecidos en la sentencia puede o no coincidir con el proceso psicológico seguido por el juez para adoptar la decisión, pero, en cualquier caso, el decisorio, además de ser el único material accesible, es el único que en estos momentos permite un control institucional sobre la labor del juez¹⁵.

Fairén señala que por medio de la motivación de la resolución, el juez da a conocer las razones que le han determinado a tomar su decisión¹⁶, consagrando el principio de debida tutela judicial y permitiendo a las partes apreciar sus fundamentos y objetarlos jurídicamente.

En Guatemala, el deber de motivación no está reconocido expresamente en la Constitución Política de la República, su exigencia deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, así como los derechos al debido proceso y defensa expresados en su artículo 203. En materia penal, el artículo 11 *Bis* del Código Procesal Penal ha plasmado la debida fundamentación como un requisito para la validez de las resoluciones judiciales, al establecer:

Fundamentación. Los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes, no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación. Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal.

Por su parte, la Ley del Organismo Judicial establece el deber del juez de explicar en forma precisa los fundamentos que revisten el sentido de su decisión, denotando la necesidad de que el tribunal exponga a cabalidad el análisis fáctico y jurídico que determina su postura, y regula mecanismos de interpretación.

La Corte de Constitucionalidad, en la sentencia emitida el 24 de abril de 2012, dentro del expediente 4724-2011, consideró:

15 Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 11.

16 Fairén Guillén, Víctor, *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 57.

Esta Corte ha sostenido que la exigencia de fundamentación de las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de las facultades propias que ostentan, consiste, esencialmente, en que los fallos que dicten deben contener una argumentación lógica y estructurada de los motivos en que basan sus pronunciamientos, los cuales serán producto del análisis lógico-jurídico de los hechos sometidos a su conocimiento, a la luz de los preceptos legales aplicables al caso concreto; en otras palabras, la fundamentación de los fallos consiste en encuadrar los pronunciamientos legales a las disposiciones aplicables al caso concreto, función que se complementa con la indicación expresa de los argumentos que permitieron arribar a la conclusión de que se trate. Concretamente, la observancia de tal exigencia implica que: a) los autos y sentencias deben contener una clara y precisa fundamentación de la decisión, cuya ausencia constituye un defecto absoluto de forma; b) esa fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se base la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba, y c) la simple relación de los documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes, no la reemplazarán en ningún caso¹⁷.

De lo que se advierte que además de lo antes citado, al expresarse que la debida fundamentación se complementa con la indicación expresa de los argumentos que permitieron arribar a la conclusión de que se trate, se hace referencia a la debida argumentación jurídica, y dentro de ella, a los métodos argumentativos que se utilicen.

Los argumentos de una sentencia deben lograr el convencimiento, no solo de la parte favorecida con el fallo, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial y la aplicación del derecho, libre de toda arbitrariedad.

El doctor Ezquiaga propone como requisitos de la motivación, que un fallo debe:

- a) *Publicarse*: el fallo debe ser conocido por las partes y por la sociedad para que se ejerza un control social.
- b) *Estar internamente justificado*: el fallo ha de ser presentado como el resultado lógico de las premisas, es decir, de las diferentes

17 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 24 de abril de 2012, emitida dentro del expediente 4724-2011.

- decisiones parciales que conducen a la decisión final, en forma coherente.
- c) *Estar externamente justificado*: las premisas que componen el denominado “silogismo judicial” deben estar justificadas, conteniendo cada una los argumentos que las justifiquen.
 - d) *Ser completo*: todas las decisiones parciales adoptadas en el curso del proceso deben tener reflejo en la motivación, incluyendo la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, así como la determinación de las consecuencias jurídicas.
 - e) *Ser suficiente*: no basta que cada una de las decisiones parciales que conducen a la decisión final esté justificada, sino que es preciso, además, que la motivación de cada una de ellas sea “suficiente” (la completitud es una cuestión de cantidad, mientras que la suficiencia es un criterio cualitativo). No es suficiente con proporcionar un argumento que avale la decisión adoptada, sino que habrá que dar adicionalmente razones que justifiquen por qué ese argumento es mejor o más adecuado que otros potencialmente utilizables. Por ejemplo, ante una duda interpretativa, no será suficiente justificar el significado adoptado por medio de una argumentación sistemática, sino que deberán proporcionarse también razones que motiven por qué ese modo de interpretación es más adecuado en ese caso que una argumentación teleológica.
 - f) *Ser autosuficiente*: la sentencia en su conjunto, incluida la motivación, debe ser comprensible por sí misma, sin requerir acudir a ninguna otra fuente (debe evitarse el uso peligroso de la motivación *per relationem*, en la que el juez no justifica una decisión, sino que se remite a las razones contenidas en otra sentencia).
 - g) *Ser inteligible*: esto se refiere no solo para los abogados, sino para las partes y la sociedad en general.
 - h) *Ser congruente con las premisas que se desea motivar*: por ejemplo, la premisa “factual” o *quaestio facti* y la premisa “jurídica” o *quaestio iuris*.

- i) *Emplear argumentos compatibles*: una motivación bien construida no solo debe mostrar una congruencia entre las premisas y la decisión, sino que los argumentos usados para justificar cada premisa deben ser compatibles entre sí.
- j) *Ser proporcionada*, ni escueta ni larga, sino con la suficiente motivación¹⁸.

De lo antes analizado, se puede concluir que entre los elementos que componen una debida fundamentación están la interpretación de las disposiciones normativas, la argumentación jurídica y la explicación del método argumentativo e interpretativo seguido.

IV. ANÁLISIS DE CASOS

En un gran porcentaje de los casos de amparo presentados ante la Corte de Constitucionalidad se denuncia la violación a la debida fundamentación; entre ellos, se pueden citar los siguientes:

A. Corte de Constitucionalidad, expediente 46-2012, sentencia del ocho de mayo de dos mil doce

Expediente: 46-2012. *Apelación de sentencia en amparo*. Sentencia de 08 de mayo de 2012. *Amparistas*: Fernando Chajón Catalán y Víctor Manuel Ambrocio. *Autoridad impugnada*: Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente. *Acto reclamado*: sentencia por la que, en apelación especial pedida por el Ministerio Público, se anuló el fallo absolutorio y se ordenó el reenvío del proceso penal tramitado en contra de los amparistas por el delito de homicidio en grado de tentativa. *Agravio que denuncian*: la resolución objetada es arbitraria, injusta y carente de una debida fundamentación; además, no se encuentra ajustada a derecho porque en ella se hizo mérito de la prueba y de los hechos que se declararon probados conforme a las reglas de la sana crítica razonada. *Consideración de la Corte*:

[...] la Sala denunciada, al emitir el acto señalado de agravante, efectuó un estudio del contenido del fallo de primer grado y concluyó que el Tribunal de sentencia incurrió en el vicio de forma denunciado por vía

18 Ezquiaga Gamuzas, Francisco Javier, Curso: Teoría y Práctica de la Interpretación y Argumentación Jurídicas, Guatemala, 2013.

del recurso de apelación especial interpuesto por el Ministerio Público, argumentando que el fallo absolutorio emitido en primera instancia carecía de fundamentación, específicamente, en lo concerniente a que los pensamientos esgrimidos no son derivados de deducciones razonables de lo manifestado por los propios testigos, por lo que llevó a cabo el examen relacionado con la aplicación del sistema probatorio que se realizó sobre determinados medios de prueba de carácter testimonial, lo cual evidenció que el tribunal sentenciador no aplicó las reglas de la sana crítica razonada al realizar la valoración de las pruebas; en concreto el principio de razón suficiente, constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas, ya que su motivación no fue concordante al emitir el pronunciamiento respectivo. Ello condujo al Tribunal de alzada a estimar que en la citada resolución se habían [sic.] inobservado las disposiciones legales antes relacionadas, invocadas por el recurrente y que, con ello, se produjo el vicio denunciado por éste. Con base en lo anterior, esta Corte advierte que el Tribunal de Apelación al dictar el fallo cuestionado por esta vía constitucional, actuó en sujeción a lo dispuesto en los artículos 203 constitucional, 3 y 432 del Código Procesal Penal, ya que luego de analizar el recurso de apelación especial instado, determinó que en la sentencia absolutoria concurrió el citado vicio, dado que la infracción a la norma procesal que se invocó se debió a la vulneración de la regla del sistema de valoración antes indicada, en cuanto a la razón suficiente, inherente al sistema de la sana crítica razonada para la valoración de la prueba, por lo que, con base en la tesis anteriormente esbozada, dispuso la anulación respectiva y ordenó la renovación del trámite, sin que con ello generara la vulneración a los principios jurídicos señalados por los postulantes, lo que evidencia que no existe agravio susceptible que deba repararse por esta vía, aunado a lo anterior, esta Corte advierte que, la sola referencia de los aspectos a los cuales hizo alusión el Tribunal de segundo grado para determinar la concurrencia del vicio invocado en el recurso de alzada, no constituye vulneración al principio de intangibilidad de la prueba señalado por los accionantes, tal como lo dispone el artículo 430 de la ley procesal penal¹⁹.

En el caso antes citado, se analiza la debida fundamentación del tribunal de apelación, el que a su vez analizó la debida fundamentación del tribunal de sentencia, estableciéndose que la sentencia absolutoria de primer grado carecía de esta, pues no existía coherencia entre la prueba presentada y lo que se tuvo por probado.

19 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 8 de mayo de 2012, expediente 46-2012.

B. Corte de Constitucionalidad, expediente 5311-2012, sentencia del dos de abril de dos mil trece

Expediente: 5311-2012. *Apelación de sentencia en amparo.* Sentencia de 02 de abril de 2013. *Amparista:* Fidelia Yos Canu. *Autoridad impugnada:* Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de la Antigua Guatemala. *Acto reclamado:* Resolución por la que, en apelación, se confirmó la que declaró con lugar la demanda en juicio oral de división de la cosa común, planteada en contra de la amparista y ordenó la venta en subasta pública de los inmuebles objeto del litigio. *Agravio que denuncia:* la resolución objetada no contiene la debida fundamentación que sustente la decisión adoptada, por cuanto no se analizaron de forma apropiada los medios de prueba y los fundamentos de derecho, al extremo que fueron admitidas fotografías aportadas por la parte demandada que no corresponden a los inmuebles objeto de litigio. *Consideración de la Corte:*

[...] En ese sentido, se otorga al juzgador la facultad discrecional para que, atendiendo las argumentaciones vertidas por las partes procesales y las valoraciones que estime pertinentes, discierna la conveniencia que, según su entender, conlleve la venta de los bienes sobre los cuales se pretendió la partición de los mismos, siendo lo que efectivamente aconteció en el presente caso; es decir, el juzgador en ejercicio de aquella facultad, después de haberse agotado las fases procesales previstas en la normativa aplicable, concluyó que la solución ecuaníme para dilucidar el conflicto sometido a su conocimiento, era la venta en subasta pública de los inmuebles objeto del litigio, atendiendo a la actitud mostrada por los copropietarios de esos bienes, en la sustanciación del proceso judicial de mérito. Adicionalmente, las valoraciones realizadas por el juez de conocimiento no pueden ser objeto de escrutinio por parte de esta Corte, caso contrario, se estaría invadiendo la esfera jurisdiccional que la Constitución Política de la República de Guatemala otorga a los tribunales de justicia. Es así como en el presente caso, se advierte que el actuar de la autoridad reprochada al proferir el fallo que constituye el acto reclamado, resultó apropiado por cuanto el artículo 610 del Código Procesal Civil y Mercantil concede facultad a las Salas de Apelaciones para ratificar o revocar las decisiones de los jueces de primera instancia, sometidas a su reconsideración con motivo del recurso de apelación, de ahí que la Sala referida actuó dentro de la esfera de sus atribuciones y lo actuado no denota violación de derecho fundamental alguno garantizado por la Constitución²⁰.

20 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 2 de abril de 2013, expediente 5311-2012.

En este caso, se resolvió estableciéndose que la autoridad objetada actuó dentro del uso de las facultades que le confiere la ley.

C. Corte de Constitucionalidad, expediente 5190-2012, sentencia del siete de marzo de dos mil trece

Expediente: 5190-2012. *Apelación de sentencia en amparo.* Sentencia de 07 de marzo de 2013. *Amparista:* Instituto de Fomento Municipal. *Autoridad impugnada:* Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social. *Acto reclamado:* resolución por la que, en apelación, se confirmó el auto que declaró sin lugar los puntos de derecho planteados por el amparista en el conflicto colectivo de carácter económico social, promovido en su contra por el sindicato de sus trabajadores. *Agravio que denuncia:* la autoridad reprochada se limitó a sintetizar y realizar un resumen de la resolución que conoció en alzada, sin que se evidencie razonamiento debido, ya que únicamente concluyó que la resolución de primer grado se encuentra dictada conforme a los principios y derechos rectores del derecho laboral, pero sin especificar cuáles de ellos son los que fundamentan esa decisión. *Consideración de la Corte:*

[...] esta Corte constata que lo resuelto por la autoridad impugnada en el recurso de apelación promovido, conforme al criterio relacionado en el párrafo anterior, respecto a la improcedencia de impugnaciones, incidentes o recursos en la fase de conciliación, no puede estimarse como agravante al accionante, ya que desde su inicio, ese medio de defensa estaba viciado por haberse promovido y admitido, en contraposición a la normativa aplicable al caso y la jurisprudencia que ha sostenido esta Corte al respecto, por ello, independientemente de los argumentos en los que la Sala reprochada haya basado su pronunciamiento, no puede provocarle violación alguna a la ahora amparista²¹.

En este caso, se resolvió estableciéndose que la autoridad objetada actuó conforme criterio jurisprudencial sentado por la Corte de Constitucionalidad, en relación con las impugnaciones planteadas dentro de la fase de conciliación.

Como los anteriores, se pueden citar muchos fallos en los que el agravio denunciado es la falta de fundamentación, y la Corte de

21 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 7 de marzo de 2013, expediente 5190-2012.

Constitucionalidad ha analizado cada uno según el caso, sin tener un mecanismo estándar para determinar cuándo existe una debida motivación en las resoluciones judiciales, siendo importante encontrar uno.

V. MECANISMO PARA DETERMINAR CUÁNDO UNA SENTENCIA ESTÁ DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA

En principio, es importante señalar que el hecho de que una autoridad actúe dentro del ámbito de sus competencias, conforme las facultades que establece la ley, no significa que por ese motivo su decisión ya esté debidamente fundamentada.

Un método que puede proponerse para determinar si una resolución está debidamente fundamentada, es someter a la sentencia, fallo o resolución al siguiente interrogatorio:

- a) ¿Se analizan cada uno de los argumentos expuestos por las partes en el proceso?
- b) ¿Se les da valor probatorio a las pruebas?
- c) ¿El análisis es congruente con las constancias procesales?
- d) ¿El análisis es lógico y coherente?
- e) ¿Cada argumento está debidamente justificado?
- f) ¿Se establecen claramente las consecuencias jurídicas?
- g) ¿Se dan las razones de cada afirmación?
- h) ¿Es comprensible para todos?
- i) ¿Es convincente?
- j) ¿Atiende a los principios?
- k) ¿Explica o se advierte fácilmente el método de interpretación utilizado?
- l) ¿Explica o se advierte fácilmente el método de argumentación utilizado?

VI. CONCLUSIONES

1. Dentro de la teoría de la argumentación jurídica, existen distintas reglas propuestas por los estudios del derecho.
2. Los elementos que deben ser evaluados en las resoluciones judiciales para establecer si cumplen o no con una debida argumentación jurídica, son la interpretación y la argumentación.
3. Al analizar algunos ejemplos (sentencias) de cómo se ha abordado el análisis de la falta de fundamentación en amparos conocidos por la Corte de Constitucionalidad, se pudo establecer que no existe un mecanismo estándar que objetive la valoración de una debida fundamentación en las decisiones judiciales que se reclaman.
4. Se propone como mecanismo para determinar cuándo una sentencia esté debidamente fundamentada, el sujetarle a una serie de preguntas estándar tomando en cuenta los métodos actuales de argumentación jurídica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008.

ARENAS LÓPEZ, Mailín, y RAMÍREZ BEJERANO, Egil, "La argumentación jurídica en la sentencia", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, octubre 2009, eumed.net, <http://www.eumed.net/rev/cccss/06/alrb.htm>

BERNAL PULIDO, Carlos, *Normatividad y argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el derecho peruano*, Lima, Ministerio Público del Perú, Fiscalía de la Nación, 2010, http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2239_ezquiaga_la_motivacion_decisiones_judiciales_derecho_peruano.pdf

_____, *Argumentos interpretativos y postulado del legislador*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

FETERIS, Evelyn, *Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions*, Londres, Kluwer, Dordrecht.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro, *Discurso de Inicio del Seminario de Argumentación Jurídica*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, marzo 2012.

VIGO, Rodolfo Luis, "Conferencia sobre Argumentación Jurídica", seminario, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2012.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Motivation de la décision judiciaire", en Perelman, Chaïm y Foriers, Paul, *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, Etablissements Emile Bruylant, 1978.

Análisis de las argumentaciones jurídicas vertidas por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1822-2011, para sustentar la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala*

Juan Luis Cano Chávez**

Sumario: I. Introducción. II. Nociones sobre inconstitucionalidad. III. Inconstitucionalidad por omisión. IV. Argumentaciones jurídicas contenidas dentro del expediente 1822-2011 de la Corte de Constitucionalidad y su análisis. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Juan Luis Cano Chávez es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad Mariano Gálvez, Guatemala (pendiente de defensa de tesis). Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal por la citada casa de estudios superiores. Actualmente, es letrado de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, Vocalía I: "Consulta Prejudicial: mecanismo para la uniforme aplicación e interpretación del derecho comunitario centroamericano". Es autor de varias investigaciones publicadas por el Organismo Judicial, la Corte de Constitucionalidad, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y la Universidad Rafael Landívar.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del constitucionalismo moderno¹ en Europa², que tiene su origen en la segunda parte del siglo XVIII, ha suscitado a lo largo de estos últimos siglos una serie de avances en su concepción, una de estas relacionadas con la garantía del texto constitucional³ a través de determinados instrumentos jurídicos. Esto acaece dentro de la denominada constitución democrática (inicios del siglo XX) y se robustece hasta nuestros días.

Así, los textos constitucionales contemplaron una serie de mecanismos de defensa tanto para las personas⁴, como para la propia Constitución⁵. En el presente trabajo se analizará únicamente lo relativo a los segundos, específicamente la inconstitucionalidad, cuya concepción primigenia ha variado en los últimos años, por lo que es pertinente verificar si las nuevas modalidades pueden ser objeto de análisis a través de la garantía de inconstitucionalidad general de leyes.

Aunado a lo anterior, la Corte de Constitucionalidad ha emitido algunos pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad por omisión, pese a que dicha garantía denominada de esa forma y con sus efectos propios, no se encuentra expresamente regulada dentro del texto constitucional ni ordinario. Por tal extremo, el análisis de los argumentos interpretativos que ha sustentado nuestro tribunal constitucional es

-
- 1 Si bien durante la Edad Media se había iniciado el establecimiento de las bases que darían lugar al constitucionalismo, son precisamente “las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, [las que] representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo”. Fioravanti, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 103.
 - 2 Se efectúa esta aclaración, porque el constitucionalismo moderno inicia tanto en Europa como en las entonces colonias inglesas en América, pero cada una de estas posee características intrínsecas propias, y se analiza lo acontecido en el continente europeo por ser este el influjo de la tradición constitucional guatemalteca.
 - 3 Ya el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.
 - 4 En el caso de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, que contemplaba el amparo.
 - 5 Como ejemplos, la Constitución de Checoslovaquia y la de Austria, que contemplaban la inconstitucionalidad.

relevante para verificar si este brinda razones suficientes y racionales que justifiquen las decisiones adoptadas.

II. NOCIONES SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD

A efecto de lograr una mejor comprensión de la garantía de inconstitucionalidad, es preciso tener presente dos aspectos: *a)* el relativo a la supremacía de la Constitución; y, *b)* la existencia de disposiciones normativas en la misma, que poseen el carácter de directamente aplicables. Cabe señalar que las características recién expuestas se encuentran íntimamente vinculadas.

Uno de los logros más relevantes del constitucionalismo moderno fue considerar el valor normativo de la Constitución, esta concepción dejó atrás la visión de que dicho cuerpo normativo se limitaba únicamente a la estructuración de los poderes, y que se integraba por normas programáticas⁶, que por su propia naturaleza carecían de aplicabilidad.

Por el contrario, las normas constitucionales fueron plasmadas como vinculantes para todas las autoridades y ciudadanos⁷, lo cual viene desde una doble vertiente. Por una parte, la Constitución es el punto de partida del cual surgen los otros cuerpos normativos (ordinarios, reglamentarios, etcétera), ya que el constituyente estableció quiénes serían los órganos competentes para legislar, así como para reglamentar. La otra vertiente, es que las disposiciones normativas que sean emitidas por dichos órganos deben ser acordes con el contenido de las constitucionales, es decir, estas constituirán el límite material de aquellas.

Estas consideraciones permiten concluir que la Constitución no se encuentra únicamente integrada por disposiciones normativas, lo que la convierte en un cuerpo de dicha naturaleza, más bien, esta es

6 Estas son definidas, como bien lo señala Pontes de Miranda citado por Alfonso Da Silva, como: "aquellas en las que el legislador, constituyente o no, en vez de editar reglas jurídicas de aplicación concreta, sólo traza líneas directorias, por las cuales se ha de orientar a los poderes públicos. La legislación, la ejecución y la propia justicia quedan sujetas a esos dictámenes, que son como programas dados a su función". Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, UNAM, 2003, p. 123.

7 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Navarra, 2006, p. 55.

la primera disposición del ordenamiento jurídico de los Estados, por lo que la misma debe ser considerada como la ley fundamental (en cuanto funda), o bien como la *norma normarum*.

En este sentido se manifestaba Kelsen, quien exponía que:

[...] la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento [...] la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer⁸.

Y es precisamente este jurista, quien en su obra construye la base para la existencia de una garantía objetiva de protección al texto constitucional; de hecho, él considera que el objeto de la justicia constitucional es la de las leyes atacadas de inconstitucionalidad⁹.

Este constituye el precedente del sistema de control de constitucionalidad, que sería denominado concentrado o kelseniano, en el cual un órgano independiente de los otros poderes estatales (tribunal constitucional) sería el encargado de efectuar el análisis de la norma ordinaria que se denuncia como contraria a la Constitución. En esta etapa, el análisis se enfoca principalmente en el cumplimiento de los requisitos formales y no en el plano material o sustancial de la norma.

Así, el tribunal constitucional tenía la función “abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que considerara contrarias a la Constitución”¹⁰.

Lo antes transcrito constituye la esencia de lo que es la garantía de inconstitucionalidad, aunque desde una perspectiva estricta, ya que el pronunciamiento del tribunal constitucional (es decir, los argumentos que sustenten su decisión) puede ser de otra naturaleza,

8 Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, vol. 10, enero-junio 2008, p. 11.

9 *Ibidem*, p. 26.

10 Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004, p. 72.

como por ejemplo aquellas sentencias que son denominadas atípicas¹¹ o declarativas.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco la garantía de inconstitucionalidad de las leyes se sustenta en dos supuestos diferentes. El primero de ellos es el relativo a casos concretos¹² y el segundo está relacionado con las leyes de carácter general¹³. En el presente trabajo se hará referencia únicamente al segundo de los supuestos mencionados.

A efecto de entender cuál es el contenido de la inconstitucionalidad general de leyes de carácter general debe estarse a los efectos que su declaratoria produce. Sobre el particular, el artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad señala:

Quando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.

Al haber determinado cuáles son los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad general de leyes de carácter general, se aprecia con claridad que se encuentra regulada de conformidad con el modelo kelseniano, es decir, un análisis abstracto entre disposiciones normativas (una ordinaria y otra constitucional), con lo que se sigue la postura estricta de dicha garantía constitucional.

11 Landa, César, "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana", en Bogdandy, Armin von, *et al.* (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?*, México, UNAM, 2010, p. 599 y ss.

12 El artículo 266 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto".

13 El artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa: "Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad".

III. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Como bien lo señala Fernández Segado, “la problemática a la inconstitucionalidad por omisión quizá constituya uno de los más tormentosos y al mismo tiempo fascinantes temas del Derecho constitucional de nuestro tiempo”¹⁴. En efecto, todo lo relativo a la inconstitucionalidad por omisión resulta ser novedoso dentro de la ciencia del derecho procesal constitucional, claro que en algunos ordenamientos jurídicos lo es más que en otros, pero esto no impide que la cuestión aún genere controversia.

Debemos buscar la génesis de este tipo de control constitucional en Alemania, específicamente en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), pero también en la norma jurídica emanada del artículo 92 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, el cual regula el recurso de queja constitucional, para cuya procedencia se exige el señalamiento del derecho presuntamente vulnerado, así como la acción u omisión de los órganos o autoridad por la que se sienta lesionado¹⁵. Esto se complementa con lo contenido en el artículo 95.1 de dicho cuerpo normativo, que al referirse a dicha garantía, en caso de proceder, señala que debe hacerse señalar la prescripción normativa de la ley fundamental vulnerada, y la acción u omisión que produjo dicha vulneración.

Se puede apreciar entonces que la normativa especial que regula al mencionado tribunal constitucional, sí contempla lo relativo a aspectos omisivos y que el órgano relacionado ha entrado a analizar aspectos relacionados con las omisiones legislativas¹⁶.

Con posterioridad, esta garantía fue plasmada en diversos textos constitucionales, lo cual permitió zanjar en estos países la controversia sobre la procedencia de la misma. Esto se aprecia, por ejemplo, en la Constitución de Yugoslavia de 1974, la de Portugal de 1976, Brasil en 1988, entre otras; cabe señalar que esto no es óbice para

14 Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. I, p. 563.

15 Fernández Segado, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, vol. 10, enero-junio 2008, p. 76.

16 Es pertinente señalar que en un primer momento, el Tribunal Constitucional Federal había asentado la jurisprudencia de no poder entrar a analizar las omisiones legislativas, pero esta fue variada hasta su aceptación.

que en otros Estados, donde la inconstitucionalidad por omisión no se encuentra regulada, existan pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la misma.

Al haber expuesto de forma sucinta los antecedentes de esta garantía constitucional, conviene señalar de forma breve y puntual en qué consiste, así como las modalidades que pueden existir.

La inconstitucionalidad por omisión es aquella actitud omisiva del legislador “de legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico del Constituyente para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa de la intervención del legislador, en un primer momento, para alcanzar plena eficacia”¹⁷.

Si bien en esta modalidad de inconstitucionalidad se habla de omisión, no debe considerarse como un simple no actuar, sino que es un no actuar como se esperaba. En el caso del legislador, por mandato legal, su función primordial es la de legislar, pero este se dirige hacia desarrollar las normas constitucionales que así lo requieran.

En este sentido es pertinente hacer referencia a que las disposiciones constitucionales requieren, en algunos casos, la existencia de un cuerpo normativo ordinario que las desarrolle, aunque existen otras disposiciones cuyo desarrollo no es necesario debido a su redacción y contenido, aunque existen otros casos en los que expresamente el texto constitucional señala una obligación al legislador para emitir determinadas leyes ordinarias.

Es en estos supuestos cuando el legislador puede contravenir la Constitución, ya que al no emitir las normativas correspondientes, pese a saber que debe hacerlo, impide que los preceptos constitucionales sean efectivamente aplicados.

Si bien se habla de la inconstitucionalidad por omisión de forma general, conviene señalar que esta puede adoptar doctrinariamente cuatro modalidades. La primera de ellas es la total o absoluta; en estas, el legislador no ha emitido cuerpo normativo alguno que desarrolle el precepto constitucional. La segunda es la parcial o relativa; esta consiste en “la vulneración del principio de igualdad debido al olvido

17 Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2009, t. II, G-Z, p. 753.

deliberado de ciertos sujetos o conjuntos de sujetos en la legislación que desarrolla un precepto constitucional"¹⁸.

Las otras dos modalidades son las omisiones legislativas que vulneran derechos fundamentales de los individuos constitucionalmente consagrados y las omisiones legislativas que no vulneran derechos constitucionales de los individuos, pero que vulneran algún otro precepto constitucional que se torna ineficaz¹⁹.

Al tener claros los aspectos más esenciales de la inconstitucionalidad por omisión, puede efectuarse el análisis argumentativo vertido por nuestro tribunal constitucional para determinar la procedencia de dicha garantía, a efecto de establecer si aquel es razonable.

IV. ARGUMENTACIONES JURÍDICAS CONTENIDAS DENTRO DEL EXPEDIENTE 1822-2011 DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD²⁰ Y SU ANÁLISIS

Al hacer referencia a argumentaciones jurídicas debemos situarnos dentro del contexto de justificación de los argumentos, pues como señala Atienza, "se trata, por tanto de teorías [...] que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también [...] cómo se deberían justificar"²¹.

El presente análisis versará únicamente sobre las argumentaciones jurídicas vertidas en torno a la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión, en nuestro ordenamiento jurídico. Para el efecto se aplicará el triple control del significado (gramatical, sistemático

18 Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, 2009, p. 40.

19 Carbonell, Miguel (coord.), *op. cit.*, nota 17, p. 758.

20 El caso objeto de análisis versa sobre una inconstitucionalidad por omisión interpuesta contra el artículo 201 *Bis* del Código Procesal Penal, que contiene el tipo penal de tortura. Este planteamiento se sustenta en que el relacionado tipo excluye de su regulación ciertos supuestos contenidos en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y en lo estipulado en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, al estimar que se infringen los artículos 2 (seguridad), 3 (integridad), 4 (igualdad), 46 (preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos); 44 y 149 (la obligación de tipificar penalmente las graves violaciones al *ius cogens* y a los derechos humanos como un deber del Estado) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

21 Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2008, p. 6.

y funcional)²², así como los métodos de interpretación de cada uno de ellos.

La sentencia del diecisiete de julio de dos mil once que declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad relacionada, se sustentó en los siguientes argumentos: [...] para el desarrollo del presente tema es imperativo **establecer si es dable conocer y resolver sobre las omisiones legislativas** denunciadas mediante la acción de inconstitucionalidad [...]

Es oportuno **citar el fallo** de ocho de febrero de dos mil once, **emitido por éste (sic) Tribunal Constitucional** dentro del expediente dos mil doscientos veintinueve – dos mil diez (2229-2010), en el que se pronunció respecto de la **posibilidad de impugnar una norma por omisión legislativa** [...]

El instituto jurídico de la inconstitucionalidad por omisión, **tal como lo afirma el autor Víctor Bazán**, se presenta cuando [...]. **El pasaje transcrito evidencia el reconocimiento de eventos en que puede concurrir una norma, vicio de inconstitucionalidad por omisión**, pero debe entenderse que, según el autor citado, esta se concreta cuando concurre omisión de emitir determinada normativa que mande la Constitución, y también cuando exista una regulación deficiente o discriminatoria.

El precitado autor, al aludir a la tipología de omisiones constitucionales, citando a Wessel, distingue entre omisiones absolutas y relativas [...]

Conforme **al ordenamiento jurídico comparado**, existe omisión legislativa total, que en la **jurisprudencia colombiana** se denomina Inconstitucionalidad por omisión absoluta, y la llamada omisión parcial, referida a la denuncia en la emisión de la norma de forma incompleta [...]

Resulta pertinente citar ejemplos de ese tipo de acciones en el **Derecho Comparado**, así, **el caso especial de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en su artículo 336, numeral 7)**, faculta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia [...]

Por su parte, la evolución de la **jurisprudencia de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia o Sala Constitucional costarricense** ha sido permisible al analizar planteamientos en cuanto a las inconstitu-

22 Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2012, p. 99.

cionalidades por omisión, tal como la resolución dos mil cinco – cero cinco mil seiscientos cuarenta y nueve (2005-05649) [...]

La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente doctrina jurisprudencial sobre las “omisiones legislativas relativas”, ejemplo de ello es en el caso de la sentencia C – quinientos cuarenta y tres (C-543) [...] **El autor Bazán**, en la obra antes indicada, evidencia la producción jurisprudencial de este tribunal al citar las sentencias dictadas [...]

Lo expuesto en los **dos párrafos que preceden** es congruente con la **finalidad de la inconstitucionalidad por omisión**, tanto absoluta como relativa, y es la **pérdida de la eficacia normativa de la Constitución**, pues impide la realización de la voluntad popular, plasmada en la ley fundamental [...]

[...] Es tal omisión (relativa, por regulación insuficiente), **la que puede válidamente repararse si se acude a la vía de inconstitucionalidad general abstracta**, denunciando que en **un precepto se ha omitido el cumplimiento de un deber previsto en la Constitución**.

Con lo anterior, se **advierte la posibilidad de instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión**, cuando se impugne [...] **ello derivado de que la propia Constitución, en su artículo 267**, establece: “... *Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial (...)*” (Lo resaltado no aparece en el texto original). En el caso concreto, se posibilita el control de constitucionalidad, en tanto el accionante ha señalado la concurrencia de una omisión con relevancia constitucional [...].*

Al verificar el contenido de la sentencia y encontrar los argumentos que sustentan la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión es pertinente efectuar el análisis correspondiente, el cual se realiza de forma separada únicamente por aspectos ejemplificativos.

A. Lingüístico

La Corte de Constitucionalidad señala que la disposición normativa contenida en el artículo 267 constitucional, viabiliza la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión, a efecto de establecer si dicha norma jurídica se deriva de dicho precepto normativo conviene traerlo a colación, para el efecto este regula: “Las acciones

* El resaltado en negrillas es propio del autor.

en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad [...]”.

De la lectura de esa disposición normativa no es viable extraer *prima facie* la norma jurídica que permite la procedencia de la garantía analizada, porque no existe un consenso en cuanto al significado unívoco, es decir, no todos concuerdan que dicho precepto permita ejercitar una acción por omisión, ya que expresamente no se regula. En atención a lo anterior, conviene manifestar que el argumento semántico en el presente caso, debe ser fortalecido por su combinación con otros, para desplegar su máxima capacidad de justificación²³.

B. Sistemático

Al verificar las argumentaciones vertidas dentro de la sentencia que se analiza, especialmente los razonamientos que fueron resaltados, se aprecia que el fallo no hace referencia al criterio sistémico, a través de sus diferentes métodos. Esto en virtud que no se apoya en el contexto dentro del cual se sitúa la disposición normativa previamente referida, es decir, la mención de aquella no se realiza en concordancia con otras normas de la misma naturaleza (constitucionales) o de otra (contenidas en leyes constitucionales u ordinarias), pese a que esto hubiera sido pertinente para fortalecer el pronunciamiento favorable en torno a la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión. Por ejemplo, los artículos 44, 175 y 204 (supremacía de la Constitución); también el artículo 268 (función esencial de la Corte de Constitucionalidad), solo por citar algunos. Esto al tenor de lo establecido para los argumentos sistemáticos en sentido estricto²⁴.

De igual forma, pudo haberse tomado en consideración el lugar donde se encuentra contenido el artículo 267 constitucional, pues este se encuentra en el título VI, relacionado con las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, en atención a los argumentos *sedes materiae* y *a rubrica*²⁵.

Se estima que esta argumentación hubiera sido de utilidad para confirmar la interpretación gramatical llevada a cabo por la Corte de Constitucionalidad, y a la vez, hubiera coadyuvado a establecer

23 *Ibidem*, p. 139.

24 *Ibidem*, p. 176.

25 *Idem*.

la finalidad de la regulación de la inconstitucionalidad, con lo que se habría podido determinar que la relativa a la omisión podía ser sustentada en la norma jurídica previamente señalada; al no haberlos empleado en el fallo, este aún no puede justificarse plenamente.

C. Funcional

Este criterio se encuentra integrado por varios métodos argumentativos de la más variada naturaleza, pero todos ellos parten de que una norma jurídica debe ser eficaz, en el sentido que debe cumplirse y debe servir para algo²⁶; esto resulta claro, pues una norma que sea ineficaz no tiene utilidad alguna para un sistema jurídico.

Es precisamente dentro del criterio funcional, donde mayor respaldo encuentra la sentencia objeto de análisis, especialmente en los argumentos de autoridad, y en menor medida en el teleológico.

En cuanto al segundo de ellos, la Corte de Constitucionalidad manifestó que la finalidad de la inconstitucionalidad por omisión era evitar la pérdida de la eficacia normativa de la Constitución, aunque no fueron esbozados otros razonamientos sobre el particular, pese a que estas argumentaciones eran idóneas para establecer que la finalidad de la regulación de la inconstitucionalidad general era evitar la contravención de la Constitución por una disposición normativa de menor rango jerárquico, independientemente de la forma en que se ejercitara, por lo que era viable su planteamiento por omisión.

De igual forma, los argumentos pragmáticos devenían útiles para brindar razones que fortalecieran lo expuesto por la Corte de Constitucionalidad, pues estos buscan el significado en atención a las consecuencias positivas que se derivan de la norma jurídica, frente a aquellas que no.

Por el contrario, la mayor parte de argumentos vertidos son de autoridad, pese a que estos pueden ser considerados como los que menos fortaleza poseen, ya que el significado viene sugerido por alguien²⁷, ya sea por un autor, o bien por la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional nacional o extranjero, así como por la legislación foránea. El principal inconveniente radica en que tanto a nivel

26 *Ibidem*, p. 241.

27 *Ibidem*, p. 311.

doctrinario como jurisprudencial o legislativo, no existe un consenso unánime en las posturas, ya que estas suelen oscilar entre dos opuestas y pasan por un sinnúmero de otras intermedias, lo cual resta fortaleza a estos argumentos.

Es precisamente por lo anterior, que la Corte de Constitucionalidad no debió fundarse casi exclusivamente en este tipo de argumentos, y en caso de hacerlo, como aconteció, debió apoyarse en los argumentos de los otros dos criterios (lingüístico y sistemático) para brindar suficiente soporte argumentativo que permitiera justificar su postura.

V. CONCLUSIONES

1. La sentencia objeto de estudio carece de argumentos jurídicos que justifiquen los motivos por los cuales procede la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico guatemalteco.
2. El fallo se sustenta casi exclusivamente en argumentos de autoridad (doctrina y jurisprudencia), que por su propia naturaleza son los más débiles y que requieren para fortalecerse, de los otros criterios de argumentación.
3. Para resolver este caso, la Corte de Constitucionalidad debió auxiliarse de los criterios sistemático y funcional, más precisamente en los argumentos *sedes materiae*, *a rubrica*, sistemáticos en sentido estricto, teleológico y pragmático.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2008.
- BÁEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, 2009.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2009, t. II, G-Z.
- DA SILVA, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, UNAM, 2003.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2012.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, vol. 10, enero-junio 2008.

_____, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.

_____, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. I.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª. ed., Aranzandi, Navarra, 2006.

KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, vol. 10, enero-junio 2008.

LANDA, César, "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana", en Bogdandy, Armin von, *et al.* (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, 2010.

La inconstitucionalidad por omisión en Guatemala*

Set Geovani Salguero Salvador**

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al tema. III. La inconstitucionalidad directa, general o abstracta. IV. La inconstitucionalidad por omisión. V. La inconstitucionalidad por omisión en Guatemala. VI. Reflexión final (a manera de conclusión). VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos recientes, hemos sido testigos de pronunciamientos cada vez más relevantes emanados de los tribunales constitucionales, los que, sobre la base de sentidas necesidades sociales y con profundo respaldo doctrinario, han ampliado su margen de acción.

La inconstitucionalidad por omisión constituye una modalidad de control de constitucionalidad normativo ajeno al diseño kelseniano, según el cual los órganos encargados del control jurisdiccional

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Set Geovani Salguero Salvador es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Cursó el programa de pos título Derechos Humanos y Juicio Justo, impartido por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Especialista en Educación Ambiental por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magíster en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de La Plata. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Desde abril de 2005 a la fecha ha fungido en la Corte de Constitucionalidad como coordinador general de difusión constitucional y abogado asesor de magistratura; actualmente es secretario general adjunto. Docente en varias universidades del país. Autor de varias publicaciones jurídicas.

de la constitucionalidad de disposiciones normativas constituyen verdaderos legisladores negativos, al estar facultados para expulsar de los ordenamientos jurídicos la preceptiva que violare el articulado que conforma el texto fundamental.

Pese a la falta de previsión original, el desarrollo jurisprudencial constitucional permitió dar cabida a la referida modalidad. Ello, al haberse considerado que el magno texto puede ser vulnerado no solo a raíz de la emisión de disposiciones normativas, sino por incumplimiento de un mandato constitucional, en el cual se ordena regular un asunto en particular.

De la Corte de Constitucionalidad guatemalteca han derivado interesantes fallos que dan cuenta del paulatino avance que se ha experimentado en esta temática, al punto de contar con algunos fallos estimativos que hacen acopio de las más avanzadas tendencias en materia de control constitucional de omisiones normativas, tal como la sentencia de fecha diecisiete de julio de dos mil doce, dentro del expediente 1822-2011.

En el trabajo que ahora se presenta, se hace un esfuerzo de síntesis a fin de exponer el contenido y los aspectos característicos que, según la doctrina, le corresponden a este importante mecanismo de control; ello, con apoyo en fallos locales, que son objeto de sus respectivas reflexiones.

II. APROXIMACIÓN AL TEMA

Contemporáneamente, las distintas manifestaciones del poder público son controladas por medio de variados mecanismos; el control de constitucionalidad constituye uno de ellos, el cual posibilita que los órganos a los que se les ha atribuido competencias para ejercer ese tipo de control se pronuncien, a la luz de lo regulado en el texto constitucional, sobre la legitimidad de los actos de autoridad o de las disposiciones normativas.

El advenimiento de la Constitución de 1985 en Guatemala, trajo consigo la regulación de las inconstitucionalidades directa (también denominada general o abstracta) e indirecta (llamada en caso concreto, incidental o difusa), como mecanismos procesales al alcance de los interesados para posibilitar el control constitucional normativo.

Además de estos, fueron normados otros instrumentos especiales que posibilitan ese control de forma preventiva, tal como el dictamen o la opinión consultiva, los cuales solo pueden ser instados por determinados poderes estatales.

Al instar el control constitucional abstracto, lo usual es que se pretenda el examen de una disposición normativa que goce de generalidad y vigencia; por tal razón, la estimativa de una acción procesal¹ de ese tipo tiene como consecuencia la exclusión del ordenamiento jurídico de una norma vigente, ya sea por vicio total o parcial, así como por su procedimiento formativo o contenido. No obstante, existen modalidades especiales de planteamientos –como la inconstitucionalidad por omisión– cuya estimativa tiene otros efectos; estas son aceptadas en la doctrina constitucional, pero cuentan con exiguo desarrollo jurisprudencial, tal como el tipo de inconstitucionalidad sobre el que ahora se escribe.

III. LA INCONSTITUCIONALIDAD DIRECTA, GENERAL O ABSTRACTA

El vocablo *inconstitucionalidad*, como antónimo de la dicción *constitucionalidad*, hace referencia a lo que no es legítimo constitucionalmente.

En líneas generales, puede indicarse que con el título del presente apartado, se designa al mecanismo por el cual el examen de constitucionalidad de una disposición normativa de alcance general puede ser instado ante los tribunales competentes. Esa modalidad de control se realiza en abstracto, pues se atacan los vicios que pudiera acarrear la norma, sin que se precise la existencia de alguna vinculación entre quien formula el planteamiento y un acto jurisdiccional específico de aplicación.

A. Definición

Ernesto Rey Cantor define el mecanismo de control constitucional indicado en los siguientes términos:

1 El artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala lo denomina *acción*; ello difiere de otros ordenamientos jurídicos en los que se le reconoce la naturaleza de recurso.

[...] es un derecho constitucional fundamental que legitima a cualquier ciudadano para demandar ante la Corte Constitucional actos con fuerza de ley (llámese ley, decreto con fuerza de ley, o los actos legislativos reformatorios de la Constitución), así como también los referendos legislativos, las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, con el objeto de que se declare inexecutable (o inconstitucional), a fin de restablecer la supremacía de la Constitución².

Por su parte, Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez, al referirse a la acción de inconstitucionalidad directa en Guatemala, indica:

[...] por medio de esta se materializa el derecho que le asiste a toda persona legitimada por la ley, de pretender que un tribunal constitucional declare la existencia de inconstitucionalidad de preceptos normativos de alcance general, una vez advertido que en estos concurre, de manera total o parcial, vicio de inconstitucionalidad, acaecido, bien en el procedimiento de formación de la normativa impugnada, o bien, en el contenido de la regulación que se pretende en esta última; y se proceda a la expulsión de la normativa executable del ordenamiento jurídico nacional, en resguardo del principio de supremacía constitucional³.

Con influencia en las notas características de la regulación del instituto jurídico en el ordenamiento guatemalteco, así como con base en los elementos y naturaleza que doctrinariamente le son reconocidos, el autor del presente trabajo también aporta la siguiente definición:

[...] la inconstitucionalidad general, directa o en abstracto, es un mecanismo procesal de control constitucional, por el cual las personas legitimadas pueden hacer efectivo su derecho –por vía de la acción– de instar a un tribunal constitucional que declare la inconstitucionalidad en preceptos normativos de alcance general y, como consecuencia, que los expulse del ordenamiento jurídico, restableciendo la supremacía constitucional⁴.

2 La definición aportada es influida por los elementos que caracterizan a la inconstitucionalidad general en Colombia. Véase: Rey Cantor, Ernesto, "La acción popular de inconstitucionalidad", *Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2003, p. 117 y 118.

3 Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, "La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2010, t. I, p. 245.

4 La definición fue expuesta por el autor en: Salguero Salvador, Geovani, "El control de constitucionalidad de las normas jurídicas", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2011, t. II, p. 342.

B. Pretensión

Lo que se presente al instar este tipo de planteamientos es la expulsión o derogación de la disposición normativa objetada. Ello encuentra sustento en el artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPC), que dispone: “Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional”.

Como corolario de lo antes expuesto, puede extraerse que lo usual en una acción de inconstitucionalidad general es que esté motivada por la pretensión de excluir del ordenamiento jurídico a una disposición normativa vigente –o sea, que efectivamente existe–, por los vicios total o parcial, de formación o de fondo que presente; sin embargo, no puede pasarse por alto que el iusconstitucionalismo contemporáneo ha sido receptivo de modalidades especiales que no encuadran precisamente dentro de la clasificación aludida; una de estas será objeto de análisis en las siguientes líneas.

IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Como quedó apuntado, el examen constitucional de una disposición normativa se produce en relación con el vicio que el interponente del mecanismo procesal señale. La práctica ha demostrado que tal vicio vulnerador del magno texto puede producirse cuando se incumple un mandato contenido en un precepto constitucional; verbigracia: la inobservancia de lo ordenado en normas programáticas constitucionales que ordenan que se regule determinado asunto.

En apoyo a lo anterior se evoca a Sagüés, quien indica que el órgano encargado:

[...] puede pecar de inconstitucionalidad no solamente dictando normas inconstitucionales, sino también no dictando aquellas normas generales que la Constitución le manda promulgar (v. gr., al no implementar debidamente ciertas cláusulas programáticas de la Ley Suprema), al no reglamentar el Poder Ejecutivo la ley dictada por el Congreso, cuando así debe hacerlo. [Como consecuencia, se pregunta:]

¿Es posible, ante tal situación, pensar en un control de constitucionalidad por omisión del Estado?”⁵.

A. Surgimiento y desarrollo

El jurista antes citado también refiere que la inconstitucionalidad por omisión pareciera ser una novedad en el derecho constitucional; empero:

[...] el problema está ya en el parto mismo del sistema de control judicial de constitucionalidad. “Marbury vs. Madison”, en efecto, importó un caso de tal tipo, ante la renuencia del entonces Secretario de Estado Marbury, siguiendo instrucciones del Presidente Jefferson, de no comunicar ciertos nombramientos judiciales hechos por el Presidente Adams en los últimos momentos de su gestión⁶.

Lo transcrito pone de manifiesto que la actividad jurisdiccional relacionada con el control de conductas omisivas violatorias a la Constitución no es algo enteramente novedoso. El referente a que hace relación Sagüés se produjo dentro del marco del modelo difuso de control constitucional.

Los primeros tribunales constitucionales que emergieron dentro del esquema concentrado se establecieron inspirados en la doctrina kelseniana, la cual postula que esos órganos jurisdiccionales son verdaderos legisladores negativos, porque de producirse la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa, esta es expulsada del ordenamiento jurídico. Así las cosas, el diseño original de ese sistema de control constitucional no previó la posibilidad de examinar una omisión de emisión de una disposición normativa, según orden del texto constitucional.

A juicio de Fernández Segado, el escollo resultante de la falta de previsión de un instrumento procesal para controlar las inconstitucionalidades producidas por las omisiones fue resuelto originalmente por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual admitió la posibilidad de realizar ese control por los siguientes conductos:

5 Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, t. I, p. 86 y 87.

6 Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008, p. 115.

[...] primero, admitiendo el recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) como vía procesal adecuada para hacer frente a las omisiones del legislador vulneradoras de derechos fundamentales del recurrente, recurso que más tarde iba asimismo a admitirse frente a sentencias de los órganos jurisdiccionales superiores lesivas de derechos, de resultas, básicamente, de la inexistencia de normas legislativas que diesen plena eficacia a determinadas posiciones constitucionales. Finalmente, no obstante la específica previsión del art. 100.1 de la *Grundgesetz* (GG), el *BVerfG* ha reconocido la posibilidad de un control concreto incidental de las omisiones del legislador [...]⁷.

Agrega el jurista antes citado, que el mencionado tribunal alemán enfrentó un planteamiento de omisión inconstitucional en 1951, al producirse una sentencia el diecinueve de diciembre de ese año, en la cual se “excluyó que una acción del legislador pudiera dar lugar a una omisión inconstitucional”⁸. En posteriores fallos emitidos en 1953, 1957 y 1958, se fue abriendo la posibilidad de que la inconstitucionalidad pudiera provenir no solo como consecuencia de una acción, sino también por omisión legislativa.

No obstante, el pronunciamiento de más trascendencia acaeció el veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y nueve, fecha en que se emitió sentencia estimatoria de un recurso en queja constitucional planteado contra una resolución del Tribunal regional de Kiel; el pronunciamiento emitido tomó en cuenta que ese órgano jurisdiccional dio prioridad a la aplicación de disposiciones contenidas en el Código Civil –cuerpo normativo preconstitucional– con respecto de la normativa constitucional reguladora del principio de igualdad, en especial el artículo 6.5.

A juicio del máximo tribunal alemán, ello era consecuencia de la demora exagerada del legislador, el que, transcurridos veinte años después de la entrada en vigencia de la ley fundamental, había incumplido con emitir las disposiciones legislativas que procuraran la igualdad de los hijos habidos fuera de matrimonio en relación con los nacidos dentro de este. Desde entonces, según la jurisprudencia constitucional alemana, se ha entendido que el parlamento incurre

7 Fernández Segado, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, México, Porrúa, 2008, p. 76.

8 *Ibidem*, p. 80.

en violación constitucional tanto al promulgar leyes que no se ajusten al magno texto, como en los casos en que se incumpla un mandato que este contenga⁹.

La sucinta relación anterior pone de manifiesto cómo en el Tribunal Constitucional Federal alemán emergió y tomó forma la inconstitucionalidad por omisión; con posterioridad, ello se nutrió con la jurisprudencia y doctrina italianas, que contribuyeron a la consolidación del mecanismo procesal.

Jimena Quesada traza los antecedentes de la inconstitucionalidad por omisión dentro de España en algunos pronunciamientos contenidos en ciertas sentencias de amparo¹⁰. Igualmente, hace un parangón entre ese instrumento de control constitucional y el *amparo internacional*, que se concretaba al acudir a instancias jurisdiccionales internacionales, tras una solución indirecta de la inacción parlamentaria¹¹.

En Latinoamérica, es destacable el desarrollo jurisprudencial experimentado en Colombia y Argentina; no obstante, a nivel constitucional ha sido consagrada expresamente la inconstitucionalidad por omisión en algunos Estados, tal el caso de Ecuador, Venezuela y Chiapas –México–, en los que incluso se otorga particulares facultades para superar el silencio legislativo a los tribunales constitucionales, o bien para dar lineamientos de corrección. Esto ha causado desazón en muchos.

B. Fundamento

Al igual que el control constitucional normativo, la razón de ser de este mecanismo se encuentra en el principio de supremacía constitucional, según el cual la Constitución es la *norma normarum* y de ella dependen el resto de disposiciones normativas de todo el ordenamiento jurídico y, por consecuencia, toda actuación del poder público.

9 *Ibidem*, p. 82 y 83.

10 Específicamente cita la STC 31/1994, de 31 de enero, y siguientes de ese mismo año (SSTC 47, 98, 240 y 307/1994). Ver: Jimena Quesada, Luis, "Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 58/59, Valencia, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, Universitat de València, 2009, p. 209.

11 *Ibidem*, p. 212.

Resulta ineficaz e insuficiente el sistema de control de constitucionalidad si solo está abierto a la posibilidad de controlar la legitimidad constitucional de las disposiciones normativas que confronten con el texto fundamental, excluyendo el examen de las omisiones legislativas cuando existieren mandatos de regular determinados tópicos. De esa forma, no puede dejarse a merced de la voluntad parlamentaria la promulgación o no de las leyes que constitucionalmente está obligado a dictar.

En apoyo a lo anterior, se evoca a Villaverde, quien expresa:

[...] [e]l punto de partida, como ya se ha indicado, es la supremacía de la Constitución y el indispensable control jurídico sobre la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos como mecanismo irrenunciable para hacer valer aquella supremacía impuesta por el principio democrático. Ese control debe extenderse también a las consecuencias jurídicas de la inactividad legislativa, esto es, a la norma implícita en los silencios de la ley o del legislador para comprobar si crean situaciones jurídicas no queridas por la Constitución haciendo valer la supremacía constitucional [...] ¹².

Al comentar la inconstitucionalidad por omisión consagrada constitucionalmente en Ecuador, Sagüés refiere que es la Constitución misma la que “ha querido que la vigencia de los derechos enunciados por ella no quede a la merced de la voluntad del órgano normalmente emisor de normas, de sancionarlas o no sancionarlas” ¹³.

Se concluye, entonces, que el fundamento del examen constitucional de toda omisión legislativa se halla en el propio texto fundamental, el cual, como fuente de todo el ordenamiento normativo, no puede ser soslayado.

C. Definición

Los párrafos que preceden son manifestación de que sí es posible el control constitucional de las omisiones normativas y que tanto la

12 Villaverde, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión: un nuevo reto para la justicia constitucional”, p. 72, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/544/4.pdf>

13 Sagüés, Néstor Pedro, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009, p. 74.

doctrina como la jurisprudencia han sido receptivas de esa modalidad de planteamiento.

A juicio de Víctor Bazán, el vicio de inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando “no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros”¹⁴.

Por su parte, el jurista ecuatoriano Iván Castro Patiño define el instituto jurídico como “la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución”¹⁵.

Para Jesús Casal, citado por Quispe Correa:

[...] la omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando, en cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía¹⁶.

Quispe Correa también cita al magistrado peruano Gerardo Eto Cruz, quien, al referirse a lo que denomina *silencio inconstitucional*, expone:

14 Bazán, Víctor, “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 2, México, Porrúa, 2004, p. 199.

15 Castro Patiño, Iván, “Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Jurídica*, núm. 22, Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2007, p. 74, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com._content&task=view&id=435&Itemid=102

16 Quispe Correa, Alfredo, “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 1, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006, p. 244.

[...] la inconstitucionalidad por omisión, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un tiempo razonable, ocasionando por ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar a su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador¹⁷.

Más adelante, el mismo autor agrega con efecto aclaratorio, que “las únicas que generarían la inconstitucionalidad por omisión serían las normas de carácter programático que de ordinario requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse”¹⁸.

Al hacer acopio de las notas comunes de las definiciones anteriores, el autor del presente trabajo es de la idea de que la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando se viola la Constitución por la inactividad, en un plazo razonable, por parte de los órganos a los que aquella encarga, de forma expresa o implícita, la emisión de alguna disposición normativa, o bien porque la regulación fue cumplida, pero de forma insuficiente, deficiente o discriminatoria.

D. Presupuestos

La mayoría de tratadistas consultados hacen referencia de forma vaga respecto de las condiciones de viabilidad de la inconstitucionalidad por omisión, lo cual se deduce que obedece al hecho que esta, salvo contados casos, no ha sido objeto de regulación expresa. Pese a ello, a continuación se hace relación de algunos aportes.

Al referirse a las condiciones básicas de viabilidad del control de los silencios del legislador, Jimena Quesada indica que estos ya han sido determinados por la doctrina portuguesa, precisándose:

[...] (a) que la Constitución establezca una orden concreta de legislar; (b) que el texto constitucional defina asimismo una imposición permanente y concreta dirigida al legislador (por ejemplo, la creación del Servicio Nacional de Salud, o de un sistema de enseñanza básica, obligatoria y gratuita); y (c) que en la Constitución se consagren normas que presupongan, para obtener operatividad práctica, una mediación legislativa”¹⁹.

17 *Ibidem*, p. 245.

18 *Idem*.

19 Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*, nota 10, p. 208 y 209.

Por su parte, Sagüés, al comentar la sentencia alemana hito en la inconstitucionalidad por omisión –relacionada en el segmento 3.1 de este trabajo– señala:

[...] según este fallo, los tres requisitos básicos para tornar judicialmente operativo el control de inconstitucionalidad por omisión estriban en lo siguiente: directriz constitucional clara, vencimiento de un plazo razonable para que el legislador haya actuado, y posibilidad para la judicatura de realizar el mensaje constitucional omisio medio, vale decir, sin necesidad de la actuación de dicho legislador²⁰.

Los contenidos de las definiciones relacionadas en el apartado anterior y las condiciones a que hacen referencia los juristas mencionados, permiten tomar posición en cuanto a que la viabilidad de la inconstitucionalidad por omisión se sujeta fundamentalmente a tres requisitos: *a*) la existencia de mandato constitucional (explícito o implícito); *b*) la inacción del encargado de emisión de la disposición normativa; y, *c*) el transcurso de un plazo razonable.

Se estima que los elementos mencionados son lo que determinan la concurrencia de inconstitucionalidad por inactividad por parte del encargo de emitir una disposición normativa²¹. Respecto de estos, se hará referencia en las líneas subsiguientes.

1. *Mandato constitucional*

Un lugar común en el abordaje doctrinario de los silencios normativos, es la coincidencia en cuanto a que no toda actitud pasiva de parte de un órgano estatal encargado de la emisión de una disposición, es susceptible de subsanarse mediante una inconstitucionalidad por omisión, ya que lo que se exige es la existencia de un *mandato constitucional*, que constituye una obligación distinta al deber genérico de legislar, ya que implica la existencia de órdenes emanadas del texto fundamental que precisan de desarrollo infraconstitucional. De esa forma, se aprecia que no es lo mismo una laguna legal que no

20 Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 6, p. 125.

21 A los elementos enunciados pueden incluirse un presupuesto que solo opera para algunos Estados, tales como Venezuela y Ecuador, en los que se ha regulado la facultad del órgano jurisdiccional de subsanar la omisión violatoria de la Constitución. A nuestro juicio, este último puede ser considerado como un requisito no generalizado. Sobre el particular, véase el trabajo: Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 13.

depende de una directriz emanada de alguna norma constitucional, que la omisión inconstitucional que sí supone un incumplimiento consciente a un deber emanado del magno texto.

En apoyo a lo antes expuesto, se cita a María Sofía Sagüés, quien indica:

[...] no toda actitud pasiva u omisiva de un órgano estatal reviste el carácter de “omisión inconstitucional” susceptible de suplirse mediante el control propiciado. En lo referente a la norma omitida, la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un mandato constitucional, ya que el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar. Es decir, debe figurarse una “exigencia constitucional de acción”²².

Con base en lo relacionado, surge la pregunta: ¿Por qué existen los mandatos constitucionales? La respuesta que se advierte adecuada es que, por extensa que sea la Constitución, esta no puede regularlo todo, por lo que encarga a los órganos que les reconoce competencia la posibilidad de completar el precepto fundamental incompleto.

Definido lo anterior, conviene tener presente que los mandatos referidos pueden ser expresos o explícitos, cuando la directriz de actuar es directa e indubitable, como en el caso del artículo 70 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: “Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección [se refiere a comunidades indígenas]”, por lo que no es necesario un proceso de inferencia de lo que la disposición normativa exige cumplir; y son implícitos, cuando ese mandamiento es deducido del contenido del texto fundamental.

2. *Inacción del encargado de la emisión normativa*

Además de la existencia del mandato constitucional, para que se configure una inconstitucionalidad por omisión, es preciso que ante esa directriz de actuar se presente una actitud pasiva del encargado de dictar una disposición normativa. El ejemplo más claro de ello es el incumplimiento de un precepto fundamental de tipo programático.

22 Sagüés, María Sofía, “Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003, t. IV, p. 3097.

Este elemento tipifica la concurrencia de la inconstitucionalidad por omisión absoluta, la cual se abordará más adelante en este trabajo.

3. *Transcurso de un plazo razonable*

El elemento temporal también es determinante para la concurrencia de la inconstitucionalidad por omisión; ello es así, ya que no puede estimarse incumplido un mandato constitucional luego de la inmediata promulgación de un texto fundamental. Muchas veces, son las propias constituciones las que establecen los términos en que ciertos asuntos deben ser regulados. Cuando no existe regulación constitucional expresa, se advierte que el plazo “razonable” para cumplir será el tiempo adecuado que permita al órgano encargado integrarse y ponerse al tanto de su obligación de emitir la norma que corresponda.

4. *Clases*

Fundamentalmente, se suele clasificar la inconstitucionalidad por omisión en absoluta –también denominada total o material– y relativa –igualmente llamada relativa o formal²³. Esa división ha emergido de la doctrina alemana, la cual ha sido decisiva en la definición de los contenidos del mecanismo de control constitucional.

Respecto de tal clasificación, Gómez Puente indica:

De la doctrina alemana procede la distinción entre una omisión legislativa absoluta y otra relativa. En el primer caso, la infracción constitucional se refiere a la no producción de la norma legal que el legislador está obligado a dictar. En el segundo, en cambio, la norma legal se dicta; pero cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador (por ejemplo, no regula todos los aspectos previstos, reduce el ámbito de aplicación requerido, implica una discriminación o arbitrariedad que va en contra del principio de igualdad [...])²⁴.

23 Sagüés propone una clasificación semejante; a su juicio, las omisiones normativas provocan inconstitucionalidades por mora o por negación; la primera concurre cuando algunos órganos estatales omiten cumplir lo que dispone la Constitución, configurándose “mora en la producción de normas generales” y la segunda “se produce cuando quien debía tomar una decisión, según la Constitución, la ha adoptado, pero ella desconoce o rechaza algo que la Constitución concede. Para abundar sobre el tema, véase el trabajo: Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 6.

24 Gómez Puente, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 26 y 27.

El contenido del fragmento transcrito pone de manifiesto que una inconstitucionalidad por omisión absoluta o total se configura cuando concurren los tres presupuestos referidos con antelación –apartado 3.4–; o sea: inacción del encargado de dar cumplimiento a un mandato constitucional en un plazo razonable. En tanto que la segunda modalidad se produce cuando existe la disposición normativa, pero su regulación es incompleta, deficiente o discriminatoria, inobservándose las previsiones normadas en el magno texto.

5. *Pretensión*

En el abordaje de la inconstitucionalidad abstracta quedó establecido que, en términos generales, ese mecanismo tiene por objeto la expulsión de todo precepto normativo infraconstitucional que vulnere las disposiciones fundamentales de un Estado. Obviamente, ello no es posible en las omisiones absolutas, pues no habría norma que expulsar; en ese caso, lo deseable es que la estimativa del planteamiento tenga como efecto motivar la actividad del encargado de dar cumplimiento a la previsión constitucional, con el propósito de hacer efectivo el mandato respectivo; o sea, que se revierta la inacción.

Una situación distinta a la anterior ocurre en las omisiones relativas, pues en esta modalidad el examen de constitucionalidad es dirigido a una disposición normativa que sí existe, pero que resulta insuficiente, deficiente o discriminatoria por su contenido. En tal virtud, lo lógico en ese caso es que sin que se produzca expulsión alguna –ya que podría ser más gravoso un vacío legal– pueda ser superado el inconveniente que sustenta el planteamiento.

Para reparar la falta de la disposición o para que esta efectivamente se ajuste a la Constitución, algunos tribunales constitucionales –incluyente al colombiano y guatemalteco– han recurrido a pronunciamientos que contienen exhortaciones al legislador. Otros órganos jurisdiccionales constitucionales, en cambio, están facultados para subsanar tales escollos, de conformidad con lo regulado en sus respectivos textos fundamentales –como Ecuador y Venezuela, donde está regulada constitucionalmente la figura del legislador precario–.

6. Críticas

La implementación práctica de mecanismos que posibiliten el control de las inconstitucionales por omisión ha encontrado valedores de varios tipos. Como ha quedado apuntado en párrafos anteriores, ese tipo de control no constituye una modalidad del control constitucional normativo emergido del ideario kelseniano y es en la jurisprudencia donde se ha abierto camino, lo cual es adversado por algunos, principalmente positivistas.

Las objeciones más recurrentes están relacionadas con señalamientos en torno a que los tribunales constitucionales se han convertido en legisladores positivos, lo cual les abre la posibilidad de protagonismo excesivo –esto es visto como invasión de competencias–. Igualmente, se cuestiona la falta de apoyo en el derecho positivo –tal como ocurre en Guatemala–, así como la ausencia de regulación de plazos –tanto para la promoción de la acción procesal, como para ordenar que se legisle determinado tópico–. Y también se refuta la ausencia de sanciones ante el incumplimiento de exhortaciones formuladas en las sentencias emitidas.

En el trabajo *Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión*, Ruiz Miguel sintetiza los cuestionamientos advertidos así:

[...] la introducción de la llamada “inconstitucionalidad por omisión” en un ordenamiento plantea gravísimos problemas de orden sustantivo y procedimental. Sustantivamente se halla aquejada de graves obstáculos, como los relativos a la falta de apoyo en el Derecho positivo (en algunos lugares en los que la doctrina reclama su aplicación); a la falta de consideración de la peculiaridad y heterogeneidad de las normas constitucionales; y la falta de determinación del plazo para proceder a una actividad legislativa positiva. Procedimentalmente no son menos los problemas: la resolución de un proceso por “inconstitucionalidad por omisión” con una sentencia meramente declarativa no sólo es algo inútil sino que incluso tiene efectos contraproducentes; la posibilidad de una resolución con efectos sancionatorios no está contemplada [...] ²⁵.

25 Ruiz Miguel, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 2, México, Porrúa, 2004, p. 160.

El espíritu positivista que marca el sentido de las objeciones de Ruiz Miguel se manifiesta con mayor contundencia en el siguiente fragmento:

[...] Ciertamente, algunos ordenamientos han positivizado el mismo, pero donde esto no se ha hecho, ¿cómo justificar su introducción? Sólo si la Constitución le confiere una tal facultad un órgano puede asumir la tarea de examinar la posible disconformidad de una actividad legislativa respecto de un precepto constitucional que contenga un mandato de legislar. No es coherente defender el constructo desde una posición que pretende “superar el positivismo” cuando lo que se está haciendo es, precisamente, defender un positivismo judicial en virtud del cual sólo puede contemplarse la normatividad de la Constitución en cuanto la misma pueda ser objeto de interpretación y declaración por los jueces. [...] Frente a tales desviaciones, debe recordarse que los jueces no son un poder constituyente, sino un poder constituido [...]”²⁶.

Más adelante, respecto de las consecuencias del posible fallo, el mismo autor refiere: “Sería absurdo que un tribunal impusiere a un parlamento una sanción de multa por haber omitido una actuación de la que se dice «indebida»”²⁷ y agrega que “la posibilidad de que un tribunal emita fallos que no tiene posibilidad de imponer, en el caso de que los mismos sean efectivamente ignorados conduce a una pérdida de «autoridad»”²⁸.

Aunque las objeciones relacionadas tienen sustento práctico, lo expuesto permite reflexionar que con una visión decididamente positivista no podría superarse la violación constitucional que se produce cuando el órgano emisor encargado ha desatendido su obligación de dictar una disposición normativa; por tal razón, el llamado es a tomar una posición más favorable a la actividad jurisdiccional creativa, por la que –vía interpretación jurisprudencial amplia– se abran los espacios que correspondan.

26 *Ibidem*, p. 166 y 167.

27 *Ibidem*, p. 168.

28 *Ibidem*, p. 170.

V. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN GUATEMALA

En Guatemala no está regulado de forma expresa mecanismo alguno relacionado con el control constitucional de omisiones normativas; de hecho, desde una óptica positivista, el examen de una omisión absoluta no sería viable a la luz de lo establecido en el artículo 140 de la LAEPC, el cual dispone que la estimativa de un planteamiento de inconstitucionalidad general trae consigo la pérdida de vigencia de la disposición normativa examinada; ello supone que debe señalarse la norma expresa que debe ser examinada y no el silencio del legislador.

La existencia de normas constitucionales programáticas no desarrolladas por medio de disposiciones legislativas, hace imperioso contar con un instrumento que habilite el control constitucional de omisiones normativas. Tal situación es advertida por el exmagistrado de la Corte de Constitucionalidad Mynor Pinto Acevedo, quien refirió:

En el sistema jurídico guatemalteco no se encuentra expresamente regulado lo referente a la inconstitucionalidad por omisión, es decir, la inconstitucionalidad que se produce cuando no se obedece el mandato que obliga a emitir una ley ordinaria en desarrollo de un precepto de la Constitución, así puede mencionarse que la Ley Fundamental ordena la promulgación de aproximadamente sesenta leyes ordinarias, algunas de las cuales a la fecha [se refiere al año mil novecientos noventa y cinco] no han sido emitidas, como las relativas a los pueblos indígenas y la del servicio civil del Organismo Judicial, pero por no encontrarse regulado nada al respecto no puede hacerse efectivo el precepto constitucional²⁹.

No puede cuantificarse con precisión lo que se ha avanzado desde que el exmagistrado hizo la afirmación relacionada. No obstante, se puede aseverar que el magno texto ha sido incumplido por falta o por deficiente desarrollo constitucional en algunos tópicos, tales como los referidos en los siguientes artículos de la Constitución Política de la República, los cuales disponen lo que a continuación se transcribe: a) 33: “[...] y la ley los regulará [el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación pública] con el objeto de garantizar el orden

29 Pinto Acevedo, Mynor, *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 1995, p. 63.

público [...]”; b) 40: “[...] La ley establece las normas a seguirse con la propiedad enemiga [expropiación en caso de guerra]”; c) 70: “... Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección [comunidades indígenas]”; d) 127: “*Régimen de aguas* [...] Una ley específica regulará esta materia”; e) 242: “*Fondo de garantía*. Con el fin de financiar programas de desarrollo económico y social que realizan las organizaciones no lucrativas del sector privado [...] Una ley regulará esta materia”; y, f) 3 transitorio: “[...] El Congreso de la República emitirá una ley relativa a la nacionalidad a la brevedad posible”.

Pese a la falta de regulación ya relacionada, por vía jurisprudencial, la Corte de Constitucionalidad ha abierto el camino al examen constitucional de las omisiones objeto de estudio, especialmente las denominadas “relativas”. Ello ha sido posible porque en algunos casos los propios litigantes han instado esa forma de control. Los ejemplos serán objeto de relación en el inciso subsiguiente.

A. Desarrollo jurisprudencial de la inconstitucionalidad por omisión

Primeramente, se evoca la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cuatro, dentro del expediente 179-94; ello con el objeto de destacar que desde lejanas fechas se ha instado localmente el control constitucional de omisiones legislativas. El pronunciamiento emitido señala:

Refiere el accionante que el Decreto impugnado viola por omisión, el artículo 23, nuevo transitorio, de la Constitución Política de la República, ya que, como consecuencia del mismo, podría elegirse un Congreso que no podrá tomar posesión; en el caso de que lo hiciera substituiría a un Congreso inexistente y podría darse la coexistencia de dos Congresos.

El tribunal analizó el planeamiento y, al final, estableció que no existía la inconstitucionalidad por omisión interpuesta.

El ejemplo anterior es indicativo de que las acciones constitucionales contra la conducta ociosa del legislador no son un fenómeno reciente; pese a ello, el desarrollo más interesante se ha producido en el último lustro, del cual emanan los ejemplos que se relacionan a continuación.

En 2009 fue instada una acción de inconstitucionalidad general total contra la omisión del Congreso de la República en la emisión de la normativa específica a la que estaba obligado, de conformidad con el artículo 70 de la Constitución. Como puede apreciarse, el vicio objetado era la ausencia absoluta de la ley a que se refiere el texto constitucional. En esa ocasión, se condicionó la admisión a trámite del planteamiento al señalamiento por parte del accionante de la norma concreta que cuestionaba; al no haberlo hecho, se emitió resolución de fecha dos de marzo de dos mil nueve, en la que se consideró:

[...] Así, al no haber sido reclamada la intervención de esta Corte en forma legal en asuntos de su competencia, no está en la obligación de tramitar la solicitud planteada ni de efectuar pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión aducida; ello en atención a la exclusión que, interpretado *contrario sensu*, contempla el artículo 183 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Por consiguiente, dicha solicitud será rechazada.

Lo anterior significa que el solicitante ni siquiera logró que le fuera admitida a trámite su petición de examen de una de las omisiones más latentes y sentidas en la sociedad guatemalteca, la relativa a la emisión de la ley de comunidades y pueblos indígenas.

Un paso hacia adelante se produjo más de un año después, cuando un planteamiento semejante –por objeción de omisión absoluta– sí fue admitido a trámite y fue conocido en sentencia de fecha ocho de febrero de dos mil once; no obstante, en esta se resolvió:

[...] esta Corte estima que efectivamente concurre la ausencia de labor legislativa por parte del Congreso de la República en cuanto al tópico que el accionante estima que se ha omitido legislar, a pesar de existir mandato constitucional. No obstante, el planteamiento formulado no puede prosperar dado que se ha incumplido uno de los requisitos esenciales de viabilidad de la inconstitucionalidad directa: la cita puntual de la norma jurídica de la que se acusa contravención constitucional, la cual debe gozar de generalidad y de vigencia; ello es así, ya que si no se formula tal señalamiento no se posibilitaría la confrontación de la norma constitucional y la infraconstitucional [...].

La emisión de sentencia en el caso antes mencionado pone de manifiesto que la Corte de Constitucionalidad realizó el trámite respectivo y que, al emitir pronunciamiento, advirtió la concurrencia de la

omisión absoluta señalada por el promotor de la acción, pero no estimó el planteamiento por no existir disposición normativa a examinar. Unos días después, el veintidós de febrero de dos mil once, dentro del expediente 2242-2011, el mismo tribunal examinó otro caso –en que también se objetó omisión absoluta– y emitió un fallo en el que ya no efectuó un reparo similar al anterior, pues entró a conocer el fondo del asunto.

Veamos:

La *quid juris* sometida a conocimiento de esta Corte, radica en si la no inclusión de la palabra “racial” en el artículo 376 del Código Penal, como parte de la tipificación del delito de Genocidio, vulnera y tergiversa preceptos contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. [...] Al aplicar los anteriores postulados al caso concreto, esta Corte no encuentr[a] vulneración por omisión a la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que al haber incluido en la norma ordinaria la denominación de “grupos étnicos”, ésta abarca también a los denominados “grupos raciales”.

El paso más significativo en cuanto a la viabilidad de una inconstitucionalidad por omisión, se produjo en la sentencia de fecha diecisiete de julio de dos mil doce, dentro del expediente 1822-2011, en que se acogió el primer planteamiento por vicio relativo. En el pronunciamiento se hace relación que esa modalidad omisiva:

[...] puede ocurrir [por] transgresión a la igualdad cuando el legislador establece determinados supuestos que favorecen a ciertos grupos y olvida otros que provocan una norma desigual e incompleta. [Además] la omisión legislativa puede ser denunciada también cuando se estima la transgresión a normas constitucionales como las contenidas en los artículos 44 y 46 de la propia Constitución vinculada tal omisión a la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos. Especial relevancia tiene una denuncia de violación a esa preceptiva constitucional, sobre todo si la omisión consiste en o configura un incumplimiento de una obligación o deber originado como consecuencia de la celebración o ratificación de un tratado internacional en materia de derechos humanos, cuya preeminencia sobre el derecho interno se contempla en el precitado artículo 46.

La relevancia del fallo antes comentado es que dedica todo un considerando para explicar esta modalidad atípica de acción de inconstitucionalidad general; además, de forma por demás didácti-

ca, en este se dejaron establecidas las diferencias entre las variantes existentes –absoluta y relativa, abriendo totalmente las puertas a la última, sin cerrarlas para la otra–; se citaron precedentes locales y de jurisprudencia de otros tribunales constitucionales; se trajeron a cuenta referentes doctrinarios y de derecho comparado; y, como se expresó en el párrafo precedente, se dejó asentado que el señalamiento puede estar sustentado en transgresión constitucional, no solo por inobservancia directa a fragmento alguno de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también por incumplimiento de un deber que emana del texto fundamental, tal como los compromisos asumidos por el Estado en materia de protección de los derechos humanos por medio de tratados, a cuyo contenido se les reconoció expresamente el carácter de *bloque de constitucionalidad*. Lo anterior pone de manifiesto lo ilustrativo que ha resultado el contenido de la resolución, pues se dejaron sentadas directrices cuyo avance no podría ser revertido.

En el segmento resolutivo de ese fallo hito, se dispuso declarar:

Con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada [además, se estableció que] el artículo 201 Bis del Código Penal conserva su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque deberá ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles o Degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y que, conforme lo considerado, han sido omitidas en la legislación penal vigente [y agregó exhortación a titulares de iniciativa de ley, a saber: diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, para:] asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia [...].

Interesante resulta la sentencia que se comenta, ya que la sentencia estimatoria no provocó la expulsión del precepto cuestionado, pues este conservó su vigencia, habiéndose exhortado la actuación de las autoridades que podrían contribuir a superar la situación que motivó el planteamiento.

Con posterioridad, se emitió la sentencia de fecha catorce de marzo de dos mil doce, dentro del expediente 4238-2011, en que nuevamente se examinó un planteamiento de inconstitucionalidad por

omisión relativa, la cual fue declarada sin lugar. Se advierte relevante que, a pesar de tal desestimación, al final se optó por efectuar una exhortación en el siguiente sentido:

[...] sin embargo [de la declaratoria sin lugar], se exhorta al Congreso de la República para que, de acuerdo a lo considerado en el presente fallo, emita la normativa correspondiente en virtud de la cual se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales.

En el fallo dictado el catorce de febrero de dos mil trece, dentro del expediente 266-2012, la Corte de Constitucionalidad examinó una nueva acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa; a pesar de la variante instada, el tribunal dejó asentado lo siguiente:

Las omisiones absolutas no pueden configurar un vicio que pueda ser objetable por vía de inconstitucionalidad abstracta. Esto se explica porque si la función esencial de esta Corte es la defensa del orden constitucional, no sería adecuado, a la luz de las disposiciones del texto supremo que este tribunal por pretender subsanar aquella omisión, asumiera no solo una posición extremadamente activista sino que además estaría rebasando el ámbito de sus atribuciones, al arrogarse una función legislativa que en la Constitución le fue concedida a un organismo específico del Estado (Congreso de la República). En todo caso, precisa esta Corte que al estarse ante una omisión absoluta, quienes se consideren afectados con aquella pueden acudir ante sus representantes electos para el Congreso de la República de acuerdo con un sistema democrático de representación indirecta, y puedan solicitarlo, siempre en el ejercicio legítimo de sus derechos y de acuerdo con los procedimientos propios de una democracia y un Estado Constitucional de Derecho, el cese de aquella ausencia total de legislación, en un plazo razonable.

Ahora bien, refiriéndose a las omisiones relativas, se estableció:

[...] son las únicas que son justiciables en la jurisdicción constitucional, el mandato constitucional omitido debió estar vigente al momento en que entró en vigor la disposición infraconstitucional contentiva de aquella omisión. Es lo anterior lo que explica la desobediencia del legislador a aquel mandato, que alude el precitado autor. También ello explica razonablemente el por qué la Constitución queda momen-

táneamente neutralizada con la concurrencia de la omisión relativa, por lo que la norma que contenga esa tipología de omisión debe ser complementada a fin de reestablecer el imperio de la norma suprema (Bazán, Victor. Op. Cit. Página 200). Por ello es que cuando se denuncia inconstitucionalidad por omisión y se denuncia incumplimiento de mandatos expresos del texto supremo, el planteamiento debe satisfacer, al menos, con los siguientes presupuestos de procedibilidad: i) que el texto de la norma constitucional que contenga el mandato omitido sea el texto vigente en el momento en el que se promueve la pretensión; y ii) que la norma impugnada haya sido emitida con posterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política de la República.

Se estima sano que en el último fallo transcrito se hayan establecido los presupuestos de viabilidad de la variante relativa de inconstitucionalidad por omisión y que ello se realizara con sustento doctrinario; no obstante, a criterio del autor de este trabajo, el hecho que la disposición normativa examinada tenga vigencia preconstitucional no debería ser óbice para que pueda ser superada una deficiencia existente en un precepto contenido en un cuerpo normativo de inferior jerarquía al texto constitucional; ello porque lo verdaderamente relevante al concretarse el control constitucional de una omisión relativa no es determinar la autoridad responsable por el incumplimiento o qué texto fundamental rigió su labor legislativa, sino evitar que, a la par de la Constitución Política, coexista un precepto que la vulnere por haberse regulado de forma deficiente, insuficiente o discriminatoria.

VI. REFLEXIÓN FINAL (A MANERA DE CONCLUSIÓN)

El contenido del trabajo permite inferir lo siguiente:

1. Los referentes históricos evocados posibilitan advertir que la inconstitucionalidad por omisión emergió dentro del marco del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual reparó que el texto fundamental puede ser violado por la emisión de disposiciones normativas, así como por la falta de emisión de estos a pesar de una previsión constitucional. Por tal razón, se concluye que su surgimiento es consecuencia de haberse reparado la existencia de formas distintas de vulneración constitucional de las que previó Kelsen.

2. El desarrollo jurisprudencial constitucional alemán respecto de la inconstitucionalidad por omisión se fue dando como producto de haberse instado recursos de queja constitucional y no por el planteamiento de inconstitucionalidades abstractas. No se tiene noticia que en Guatemala se haya ensayado propiciar el control constitucional de las omisiones legislativas por conducto de un mecanismo equivalente –el amparo– al alemán antes relacionado; sin embargo, a juicio de quien escribe, ese podría ser un instrumento viable para objetar una omisión absoluta, principalmente si se toma en cuenta lo considerado por la Corte de Constitucionalidad en el fallo de fecha catorce de febrero de dos mil trece, dentro del expediente 266-2012, en que se estimó improcedente la inconstitucionalidad general que se inste para cuestionar una omisión de ese tipo; además, en nuestro medio el amparo es un instrumento para objetar de las autoridades responsables sus actos (lo que incluye acciones *per se* u omisiones).
3. La jurisprudencia constitucional guatemalteca producida en el último lustro es elocuente en cuanto a los avances que localmente ha experimentado la inconstitucionalidad por omisión; ello se ha producido con evidente prudencia y por medio de fallos valiosos con argumentaciones que dan cuenta del paulatino despojo del espíritu positivista por parte de la Corte de Constitucionalidad.
4. Se advierte que es una gran debilidad por parte de los pronunciamientos estimativos de inconstitucionalidad por omisión el hecho que solo alcancen a efectuar meras exhortaciones al órgano encargado de emitir una disposición normativa. En casos como Ecuador y Venezuela, los fallos pueden tener mayor fuerza ya que los tribunales constitucionales están dotados de facultades para establecer directrices normativas; no obstante, se estima que ello, además de cuestionable, no es lo más adecuado dado que legislar no es la labor natural de tales órganos jurisdiccionales; lo deseable es que puedan emitirse verdaderas órdenes que inobjetablemente tuvieran que ser acatadas.
5. Para superar muchas de las dificultades que en Guatemala ha enfrentado la inconstitucionalidad por omisión como mecanismo de control constitucional normativo, lo ideal es su regulación expresa, tal como ya ocurre en otros ordenamientos jurídicos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAZÁN, Víctor, "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 2, México, Porrúa, 2004.
- CASTRO PATIÑO, Iván, "Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista Jurídica*, núm. 22, Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2007, p. 74, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com._content&task=view&id=435&Itemid=102
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, México, Porrúa, 2008.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- JIMENA QUESADA, Luis, "Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 58/59, Valencia, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, Universitat de València, 2009.
- MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús, "La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2010, t. I.
- PINTO ACEVEDO, Mynor, *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 1995.
- QUISPE CORREA, Alfredo, "¿Inconstitucionalidad por omisión?", *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 1, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006.

- REY CANTOR, Ernesto, "La acción popular de inconstitucionalidad", *Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2003.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 2, México, Porrúa, 2004.
- SAGÜÉS, María Sofía, "Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003, t. IV.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, t. I.
- _____, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008.
- _____, "Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario", *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.
- SALGUERO SALVADOR, Geovani, "El control de constitucionalidad de las normas jurídicas", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2011, t. II.
- VILLAVERDE, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión: un nuevo reto para la justicia constitucional", p. 72, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/544/4.pdf>

Desarrollo interpretativo que ha realizado la Corte de Constitucionalidad sobre la cuestión prejudicial*

Saramaría Estrada Artola**

Sumario: I. Introducción. II. La cuestión prejudicial. III. Interpretación de la Corte de Constitucionalidad sobre la cuestión prejudicial. IV. Conclusiones. V. Bibliografía. VI. Sentencias consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, se pueden distinguir al menos tres sistemas procesales penales: *a)* el acusatorio; *b)* el inquisitivo; *y, c)* el mixto. Dependiendo de qué sistema haya adoptado un Estado, así será el papel que tengan los sujetos procesales dentro del proceso, puesto que eso definirá quién es el titular de la defensa, de la investigación y de la acusación, así como los alcances de quien juzga.

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** *Saramaría Estrada Artola* es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Posgrado en Apelación Especial y Casación Penal por la Universidad San Pablo de Guatemala. Máster universitario iberoamericano de Estudios Jurídicos, área de investigación: Derecho Penal Económico, por la Universidad de Navarra. Estudios de maestría en Derecho Penal por la Universidad de San Carlos de Guatemala (pendiente de examen de tesis). Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar (mención *Cum Laude*). Actualmente se desempeña como asesora jurídica encargada del área de litigios del Grupo Financiero Agromercantil; además, es autora de varias publicaciones jurídicas.

Por mucho tiempo, el sistema adoptado en el proceso penal guatemalteco fue el inquisitivo, el cual fue dejado atrás en 1992 con la promulgación del nuevo Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. La aspiración del Congreso era convertir al proceso penal guatemalteco hacia un sistema eminentemente acusatorio. Sin embargo, este cuerpo normativo conservó algunos vestigios del sistema inquisitivo¹, por lo que se puede calificar al actual sistema procesal penal guatemalteco como mixto, aunque con matices bastante más marcados del sistema acusatorio, debido a su oralidad, publicidad, y continuidad, así como la aplicación del principio contradictorio, la independencia del ente acusador, la limitación casi total de la función del juez para que juzgue y no investigue, y la igualdad de las partes, entre otras características.

Haber dejado atrás el sistema inquisitivo favoreció, entre otros aspectos, el derecho de defensa, debido a que el sindicado y su abogado defensor pueden hacer uso de todos los derechos y recursos que establecen las leyes durante toda la ventilación del juicio, incluso desde su fase inicial.

Al respecto, conviene mencionar que dentro de los derechos de defensa que el Código Procesal Penal prevé para el sindicado, se encuentra el derecho de hacer uso –en los casos en que proceda– de los llamados *obstáculos a la persecución penal y civil*, que de ser acogidos por el juzgador, pueden suspender en forma temporal o definitiva el proceso penal. Estos obstáculos, de conformidad con este cuerpo normativo, son: *a)* el antejuicio; *b)* la cuestión prejudicial; y, *c)* las excepciones.

1 Estimo que en este momento no se puede afirmar que el sistema procesal penal guatemalteco es acusatorio, debido a que aún aparecen algunos resabios del sistema inquisitivo que deben suprimirse para alcanzar el máximo de los sistemas, que a mi juicio es el acusatorio. Por ejemplo, entre los resabios que aún contiene el Código Procesal Penal, se incluyen: *a)* la oportunidad del juez de ordenar en juicio la recepción de nuevos medios de prueba (artículo 381); y, *b)* la posibilidad del tribunal de ordenar la reapertura del debate cuando, ya estando en la fase de deliberación, establecen que deben recibir nuevas pruebas o ampliar las ya incorporadas (artículo 384). Esta invasión de la función investigadora por parte del juez tiene matiz del sistema inquisitivo. No obstante lo anterior, cabe resaltar que los jueces no hacen comúnmente uso de ninguna de estas dos facultades que la ley aún les otorga, pues reconocen que esto invade las funciones de las partes, quienes son las verdaderamente obligadas a presentar los medios de prueba para sustentar sus posiciones de hecho.

En el presente trabajo, se analizará específicamente el obstáculo a la persecución penal contenido en los artículos 291 y 292 del Código Procesal Penal, denominado *cuestión prejudicial* o *prejudicialidad*, así como el desarrollo interpretativo que ha realizado de esta figura la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Las cuestiones prejudiciales, según Núñez², son “aquellas cuestiones jurídicas que generan impedimento a la persecución penal y que deben ser resueltas en otro proceso y por otro juez”. Según Zaffaroni³, las cuestiones previas o prejudiciales son las que deben emanar de otro órgano y que hasta su producción no dejan expedita la vía para el ejercicio de la acción. Por su parte, el *Manual del fiscal*⁴ establece:

[...] estaremos ante una cuestión prejudicial no penal cuando la existencia o inexistencia del delito dependa de una resolución que el juez penal no tenga competencia material para resolver. Por ejemplo, para condenar por quiebra fraudulenta (artículo 348 del CP) es necesario que el Juez Civil la haya declarado como tal (artículo 389 del Código Procesal Civil y Mercantil) o para perseguir por el delito de negación de asistencia económica (artículo 242 del CP) es necesario sentencia firme o convenio.

Según Poroj Subuyuj⁵, el artículo 291 del Código Procesal Penal, al instituir la frase: “la cual, según la ley, debe ser resuelta en un procedimiento independiente” se refiere a que en el proceso penal, la persecución penal o civil puede ser obstaculizada o suspendida si existe un punto o materia que sea necesario discutir previamente, en una jurisdicción distinta a la penal, y que al ser resuelta va a influir necesariamente en lo penal; esta cuestión puede referirse a aspectos civiles, mercantiles, administrativos, laborales, etcétera.

2 Núñez, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Argentina, Editorial Córdoba, 1998, t. III, vol. 2, p. 183.

3 Zaffaroni, Eugenio, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1997, parte general, p. 575.

4 Ministerio Público, *Manual del fiscal*, Guatemala, MINUGUA/PNUD, 1996, p. 116-117.

5 Poroj Subuyuj, Óscar, *El proceso penal guatemalteco*, Guatemala, Magna Terra, 2007, p. 256-257.

Valenzuela⁶ se refiere a la cuestión prejudicial como uno de los obstáculos que “entorpecen la persecución penal”, ya que del juzgamiento en la vía administrativa o civil, dependerá el perseguimiento penal, siempre que así lo determine la ley. Es decir, que para este autor, la cuestión prejudicial estará condicionada al hecho de que esté prevista en una ley que exprese que el juzgamiento de determinada cuestión penal depende del conocimiento previo que realice otro órgano jurisdiccional que tenga una competencia material distinta.

En el actual Código Procesal Penal guatemalteco solamente se contemplan dos artículos que regulan la cuestión prejudicial, que literalmente expresan:

Artículo 291:

Si la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, la cual, según la ley, debe ser resuelta en un proceso independiente, éste deberá ser promovido y proseguido por el Ministerio Público, con citación de todos los interesados, siempre que la ley que regula la cuestión lo permita. Cuando el Ministerio Público no esté legitimado para impulsar la cuestión prejudicial, notificará sobre su existencia a la persona legitimada y le requerirá, a su vez, noticias sobre la promoción del proceso y su desarrollo.

Artículo 292:

La existencia de una cuestión prejudicial podrá ser planteada al tribunal por cualquiera de las partes, por escrito fundado y oralmente en el debate. Durante el procedimiento preparatorio a cargo del Ministerio Público se deducirá ante el juez que controla la investigación. El tribunal tramitará la cuestión prejudicial en forma de incidente, y si acepta su existencia, suspenderá el procedimiento hasta que sea resuelta por el juez competente, sin perjuicio de los actos urgentes de investigación que no admitan demora. Cuando el imputado estuviere detenido, se ordenará su libertad. Si el tribunal rechaza la cuestión, mandará seguir el procedimiento.

Los artículos antes citados, expresan poco sobre qué presupuestos deben verificarse para que pueda estarse ante la presencia de una cuestión prejudicial, ya que solamente exigen que de conformidad con

6 Valenzuela, Wilfredo, *El nuevo proceso penal*, Guatemala, Oscar De León Castillo, 2000, p. 176-177.

la ley, la cuestión previa deba juzgarse en un proceso independiente. Sin embargo, no da mayores elementos que le permitan al juzgador determinar con seguridad cuándo procede o no.

A mi juicio, es insuficiente la regulación de los presupuestos que debe verificar el juez para establecer si hay o no una cuestión prejudicial, lo que ha conllevado a que los juzgadores tengan dispares criterios en cuanto a su procedencia o improcedencia. Esto innegablemente también ha favorecido la impunidad, sobre todo en aquellos delitos que tienen un matiz económico o que se vincula con alguna relación de tipo civil, mercantil o bancario.

III. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Para algunos jueces, procede la cuestión prejudicial únicamente si hay un juicio en otro juzgado –no penal– que haya sido promovido con anterioridad. Para otros, procede la cuestión prejudicial cuando se verifica con base en el principio de última ratio o mínima intervención, siempre que ese asunto pueda ventilarse ante un juez de distinta competencia –no penal–⁷. Otros, para establecer la procedencia o improcedencia de la cuestión prejudicial, requieren que exista una ley que condicione el juzgamiento penal al conocimiento previo de ese asunto a través de otro juicio. Finalmente, para otros juzgadores (en los casos de delitos de estafa mediante cheque), para indicar que procede la cuestión prejudicial basta que la deuda que originó el pago esté garantizada con prenda o hipoteca, lo que resulta inaceptable.

Debido a ello, la Corte de Constitucionalidad ha definido cuándo procede la cuestión prejudicial en los procesos penales, a través de las sentencias dictadas dentro de los expedientes que se citan a continuación: *a)* expediente 2576-2004, en que se dictó sentencia de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil cinco; *b)* expediente 1560-2002, en que dictó sentencia de fecha veintinueve de abril de dos mil tres; *c)* expediente 3003-2011, en que se dictó sentencia de fecha ocho

7 Esto es común en los casos de delitos económicos, pues el juez de Primera Instancia, a pesar de que concurran todos los elementos del delito, indica que se trata de una deuda, y que por eso procede la cuestión prejudicial.

de diciembre de dos mil once; y, *d*) expediente 4604-2011, en que se dictó sentencia de fecha ocho de mayo de dos mil doce.

Las sentencias anteriores señalan los presupuestos que deben existir y que el juzgador debe verificar en el procedimiento intelectual para poder constatar si existe una cuestión prejudicial en los procesos penales. A continuación, se transcribe el pasaje conducente de la sentencia del veintinueve de abril de dos mil tres, dentro del expediente 1560-2002 de la Corte de Constitucionalidad, en donde se establecen tres supuestos para que exista la prejudicialidad:

En primer orden, debe expresarse que dada la particular naturaleza del obstáculo a la persecución penal cuya decisión ha obligado al amparo, la resolución que se dicte respecto de una cuestión prejudicial requiere el análisis de un conjunto de elementos atinentes al caso y, sin obtener una firme convicción sobre los mismos, el tribunal no se encuentra en condiciones de pronunciarse al respecto. De conformidad con el Código Procesal Penal, cuando la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, la cual, según la ley, debe ser resuelta en un proceso independiente, si el tribunal acepta su existencia, suspenderá el procedimiento hasta que sea resuelta por el juez competente (artículos 291 y 292). Ahora bien, surge la necesidad de conceptualizar el término “cuestión prejudicial”; al respecto, la Nueva Enciclopedia Jurídica (Editorial Francisco Seix, Sociedad Anónima, 1985) refiere que “... las [cuestiones] prejudiciales son presupuestos del contenido mismo de la sentencia de fondo, del sí del delito y de la pena, o de la entidad o cuantía de éstos.”; por su parte, el Diccionario Jurídico Espasa (Editorial Espasa Calpe, Sociedad Anónima, 1991) define la prejudicialidad como el “... Fenómeno consistente en que un tribunal de un determinado orden jurisdiccional no pueda enjuiciar y resolver el objeto procesal que conoce sin resolver antes determinada cuestión jurídica, propia, en sí misma, de un orden jurisdiccional distinto.” Por lo consiguiente, la declaración de existencia o no de una cuestión prejudicial en materia penal requiere la valoración razonada y, por supuesto, “motivada” que exige el artículo 11 bis *ibid*, del tribunal encargado de dirimir el asunto, respecto de:

1. Si a la luz de los argumentos de las partes, las constancias procesales y, principalmente, los elementos del delito que al momento de resolver puedan establecerse (acción o conducta humana; tipicidad del delito y antijuridicidad), en el caso se presenta esa necesidad de obtener un pronunciamiento previo –generalmente

declarativo— sobre un aspecto de tal trascendencia que de no obtenerlo el juez, se encontraría imposibilitado de apreciar con certeza uno o más de los referidos elementos del tipo delictivo.

2. Luego debe determinar si el pronunciamiento previo debería producirse en un proceso independiente.
3. Y, por último, si ese pronunciamiento previo corresponde a un tribunal de diferente competencia; tomando en consideración, si es que esa diferente competencia fuere por razón de la materia, las reglas sobre ella que establecen los artículos 40 y 41 del Código Procesal Penal.

En tal virtud, ante un planteamiento de cuestión prejudicial, el tribunal debe analizar, en el orden antes indicado, cada uno de esos presupuestos, para contar con suficientes elementos de juicio y pronunciarse sobre la existencia o no de tal obstáculo a la persecución penal.

La persecución penal de dichos delitos, examinada a la luz de lo anteriormente expresado, por la que se sindicó al postulante, requiere, en forma *sine qua non*, que haya existido defraudación en el patrimonio de la entidad en que fungía como directivo; de lo contrario, no puede afirmarse que se hayan cometido los delitos mencionados en el párrafo anterior. La determinación de si hubo o no defraudación, depende, exclusivamente, del resultado que puedan tener los juicios ejecutivos que a la fecha se tramitan, según se desprende de los antecedentes. Por ende, esta Corte concluye que la autoridad impugnada vulneró el derecho de defensa del accionante, por omitir aplicar al caso concreto la normativa legal pertinente, derivado de una errónea interpretación e incongruente razonamiento, motivo que determina la procedencia del amparo, por lo que así deberá declararse en la parte resolutive de este fallo, debiendo, en consecuencia, revocar la sentencia venida en grado y otorgar el amparo solicitado, sin condenar en costas a la autoridad impugnada, por estimarse buena fe en su actuación⁸.

De lo anterior, se deduce que son tres los supuestos que debe verificar el juzgador y motivar en su sentencia para constatar la existencia de la cuestión prejudicial: *a)* primero, que el pronunciamiento previo sea de tal trascendencia que de no obtenerlo el juez, se encontrará imposibilitado de apreciar con certeza uno o más elementos del delito; *b)* segundo, que ese pronunciamiento previo deba darse en

8 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 1560-2002, sentencia de fecha 29.04.2003.

otro proceso independiente⁹; y, c) tercero, que ese pronunciamiento previo corresponda a un tribunal de diferente competencia material que el que conoce de asuntos penales.

Cabe agregar a la interpretación que hace la Corte de Constitucionalidad, algo que resulta de la propia lectura de la ley pero que también ha generado confusión en la aplicación de la cuestión prejudicial, y es que en mi opinión, no es un requisito para que se produzca la cuestión prejudicial que esté establecido *en ley* que su juzgamiento esté condicionado al resultado de otro juicio. Más bien, el artículo 291 del Código Procesal Penal cuando expresa que “la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, la cual, *según la ley*, debe ser resuelta en un proceso independiente”, se refiere a que el juzgamiento de la cuestión previa sea, de conformidad con la legislación, competencia material de otro juicio distinto al penal.

Especialmente, los jueces encargados de impartir justicia en la jurisdicción ordinaria y extraordinaria están obligados a conocer y aplicar este desarrollo interpretativo que ha realizado la Corte de Constitucionalidad sobre la cuestión prejudicial, debido a que el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sientan doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, como ya se ha manifestado en este trabajo, los jueces no resuelven la cuestión prejudicial con base en esta interpretación, sino en forma discrecional y desigual.

Para ejemplificar la aplicación inadecuada de la cuestión prejudicial, se citan las siguientes sentencias:

La primera es la sentencia 3003-2011 dictada por la Corte de Constitucionalidad el ocho de diciembre de dos mil once, en la que este tribunal otorga el amparo al postulante, porque el Juzgado de Primera Instancia había declarado sin lugar la cuestión prejudicial con la única justificación de que “no se había demostrado que se

9 Nótese que de los tres presupuestos que desarrolla la Corte de Constitucionalidad, este es el único de los tres que contempla el artículo 291 del Código Procesal Penal.

encontrara en trámite ningún otro procedimiento que impidiera la continuación del proceso penal instado”.

En el mismo sentido, se refiere la sentencia 4604-2011 dictada por la Corte de Constitucionalidad de fecha ocho de mayo de dos mil doce, en la que también otorgó el amparo al postulante, debido a que la Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal no revisó los presupuestos que ha establecido la Corte, pues únicamente se limitó a indicar que no resultaba necesario esperar la sustanciación de un proceso de distinta naturaleza para determinar la posible infracción.

El adecuado cumplimiento de los presupuestos que la Corte de Constitucionalidad ha desarrollado sobre la cuestión prejudicial, se debe comprobar con la lectura de los razonamientos que hace el juez en el momento de declarar la existencia o inexistencia de una cuestión prejudicial.

Es importante recordar que entre los elementos sustanciales de una resolución que exige razonamiento, se encuentra la motivación, la cual se asienta en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de la resolución. Sobre este punto, la Corte de Constitucionalidad ha expresado que la motivación en una sentencia constituye:

[...] un elemento intelectual del contenido crítico, valorativo y lógico que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el Juez apoya su decisión, de ahí que uno de los elementos principales de una sentencia es el hecho de que el juzgador lleve a la práctica la deducción jurídica de aplicar una norma general y abstracta al caso particularmente considerado, pues la falta de motivación en un fallo puede convertirlo en arbitrario¹⁰.

La fundamentación de las resoluciones dentro del proceso penal es un requisito indispensable, según lo establece el artículo 11 bis del Código Procesal Penal, el cual expresa que los autos y sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de hecho y derecho de la decisión, y su ausencia constituirá un defecto absoluto de forma.

10 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 1808-2007, sentencia de fecha 05.06.2008.

IV. CONCLUSIONES

1. Se puede concluir que no basta que el juzgador conozca la existencia del desarrollo interpretativo que ha realizado la Corte de Constitucionalidad sobre la cuestión prejudicial, sino que además, cumpla con expresar en la sentencia en forma clara, lógica y congruente, las razones por las que constata o no que concurren los presupuestos para declarar o no la existencia de la cuestión prejudicial.
2. Si los jueces adoptaran el criterio interpretativo que ha realizado la Corte de Constitucionalidad sobre la cuestión prejudicial, seguramente habría menos decisiones arbitrarias y consecuentemente menos resoluciones que favorezcan la impunidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

MINISTERIO PÚBLICO, *Manual del fiscal*, Guatemala, MINUGUA/PNUD, 1996.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Argentina, Editorial Córdoba, 1998, t. III, vol. 2.

POROJ SUBUYUJ, Óscar, *El proceso penal guatemalteco*, Guatemala, Magna Terra, 2007.

VALENZUELA, Wilfredo, *El nuevo proceso penal*, Guatemala, Oscar De León Castillo, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1997, parte general.

Principio de capacidad de pago en materia tributaria: normas jurídicas que de él se derivan, conforme la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad*

*Flor de María Sagastume Leytán***

Sumario: I. Introducción. II. Principio de capacidad de pago. III. Normas jurídicas derivadas de la Corte de Constitucionalidad respecto al principio de capacidad de pago. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho tributario se sustenta en varios principios que deben ser observados por parte del legislador, a efecto de emitir la diversa normativa ordinaria en materia fiscal, principalmente aquellas que crean tributos. En el caso de Guatemala, la Constitución contempla los principios rectores en sus artículos 239 y 243; en este último, reguló el principio de capacidad de pago, que tiene como finalidad que el sistema tributario sea justo y equitativo.

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** *Flor de María Sagastume Leytán* es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Maestría en Asesoría en Tributación por la Universidad Rafael Landívar. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria (mención *Cum Laude*) por la misma universidad. Actualmente, es coordinadora de Jurisprudencia de la Cámara de Amparo y Antejudio de la Corte Suprema de Justicia. Autora de la investigación "Integración regional y principio de reserva legal: análisis de la constitucionalidad de la transferencia de competencias en materia arancelaria", publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

El presente ensayo tiene por objeto establecer cuál o cuáles son las normas jurídicas¹ de dicho precepto constitucional, pero únicamente aquellas que han emanado de la Corte de Constitucionalidad, al ser dicho órgano el encargado de la defensa del orden constitucional², esto a través de las diversas garantías constitucionales previstas por nuestro ordenamiento jurídico.

La elección de este principio obedece a que no existe una definición legislativa que permita conferirle un significado más o menos unívoco. Por el contrario, dicha disposición normativa, en atención a la interpretación que se realice, puede derivar en diversas normas jurídicas –en algunos casos, incompatibles entre sí–; por lo que al ser un principio que sirve de sustento, principalmente en el control de constitucionalidad de leyes tributarias³, es menester determinar la postura asumida por la Corte de Constitucionalidad.

En ese contexto, se analizan dos sentencias de inconstitucionalidad general de ley emitidas por la Corte de Constitucionalidad dentro de los expedientes 1434-96 y 775-2007, en primer término para determinar la norma jurídica emanada de estos, pero también se efectuará una revisión de los criterios y argumentos jurídicos sostenidos por la Corte.

II. PRINCIPIO DE CAPACIDAD DE PAGO

Los Estados tienen la necesidad de adjudicarse recursos económicos para llevar a cabo las funciones que le han sido conferidas, esto a través de sus diversos órganos, lo cual no es ajeno al Estado

1 Se entiende por norma jurídica «*la interpretación de ese enunciado que denominamos disposición normativa*». Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, México, Tribunal Supremo Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, p. 27.

2 El artículo 268 de la Constitución Política de la República de Guatemala determina: “La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional”.

3 Entre otras funciones conferidas a la Corte de Constitucionalidad, se encuentra la contenida en el artículo 272 literal *a* de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regula: “Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad”.

de Guatemala, que para poder sufragar los gastos de la nación y en ejercicio de su soberanía, tiene la facultad de crear tributos⁴.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, específicamente en el artículo 9 del Código Tributario, se establece: “Tributos son las prestaciones comúnmente en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder tributario, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines”.

La potestad tributaria es la facultad del Estado de exigir tributos. Si bien, es un poder que el Estado dispone, este no puede ejercerse en forma absoluta y sin ningún tipo de limitación, precisamente porque la propia Constitución prevé criterios orientadores para ejercitar aquella facultad. Asimismo, uno de los aspectos más relevantes de un Estado constitucional de derecho⁵ es la limitación del poder público frente a los ciudadanos.

La facultad referida le es otorgada al Congreso de la República de Guatemala, pues al tenor de lo contenido en el artículo 239 de la Constitución, le corresponde a este con exclusividad decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, por lo que los mismos se decretarán a través de una disposición normativa que será aplicable a toda la población, teniendo en cuenta uno de los principios esenciales para el control de la creación de tributos, como lo es el principio de capacidad de pago.

El artículo 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “El sistema tributario debe ser justo y equitativo. Para el efecto las leyes tributarias serán estructuradas conforme al principio de capacidad de pago [...]”.

En este sentido, Zavala manifiesta: “hablamos del sistema tributario cuando estamos en presencia del conjunto de normas que vienen a poner en movimiento el poder tributario y a establecer los medios de administración y fiscalización de los tributos”⁶.

4 Guiliani Fonrouge define al tributo como “una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público”. Guiliani Fonrouge, Carlos, *Derecho financiero*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, p. 249.

5 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2009, p. 33.

6 Zavala Ortíz, José Luis, *Manual de derecho tributario*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1998, p. 25.

Por lo que el sistema tributario debe ser justo y equitativo, pero ¿qué debe entenderse por justo? Para ello, tendrían que efectuarse valoraciones axiológicas al momento de decretar un impuesto. En este sentido, el jurista romano Ulpiano establece que justicia es “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”⁷.

El legislador, al momento de la emisión de nuevos tributos, deberá tomar en cuenta dichos elementos. Ahora, en cuanto a la equidad, se afirma que la carga impositiva debe ser distribuida equitativamente en toda la población, a modo que no se grave a unos pocos arbitrariamente, para lo cual se necesita llegar previamente a conclusiones acerca de la repercusión e incidencia, es decir, se debe prever quiénes son los que económicamente deberán cargar con el tributo a fin de cuentas⁸.

En cuanto a la justicia tributaria, José Zavala manifiesta que se “trata que el tributo se va a establecer en atención al contexto social al cual se va a aplicar y de esta forma, en ningún caso, el tributo puede establecerse con el fin de gravar desproporcionadamente a los sujetos que caen en el hecho gravado”⁹.

El sistema tributario justo y equitativo no puede alcanzarse únicamente a través del principio de capacidad de pago, ya que es preciso que concurren otros principios tributarios tales como igualdad tributaria, legalidad, no confiscatoriedad, prohibición a la doble o múltiple tributación y generalidad, entre otros. Al tomar en cuenta dichos principios, se podrá acercar al sistema tributario justo y equitativo que proclama la Constitución Política de la República de Guatemala.

El principio de capacidad de pago es la aptitud que posee el ciudadano para ser convocado a contribuir con el sostenimiento de las cargas públicas, por lo que el mismo constituye una limitación respecto a la creación de disposiciones normativas.

Catalina García, respecto a la capacidad contributiva, establece:

7 González Díaz Lombardo, Francisco Javier, *Compendio de historia del derecho y del Estado*, México, Limusa, 2004, p. 129.

8 López Varela, Manuel, *Principios jurídicos de los impuestos*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1930, p. 40.

9 Zavala Ortiz, José Luis, *op. cit.*, nota 6, p. 17.

[...] también es llamada capacidad de pago (traducción habitual del inglés “*ability to pay*” y del alemán “*Leistungsfähigkeit*”), consiste en la aptitud económica-social para contribuir al sostenimiento del Estado. Si bien se le vincula con el principio del sacrificio, puede enfocársela también considerando las posibilidades de un individuo, más su sacrificio¹⁰.

Francisco Cañal García indica:

[...] el límite absoluto y objetivo, de la capacidad contributiva se refiere al hecho imponible, que ha de ser índice revelador de riqueza. Esta riqueza debe ser efectiva, real; por lo que el principio de capacidad contributiva excluye la posibilidad de que se grave una riqueza presunta o ficticia. La riqueza debe ser actual, por lo que excluye el gravamen retroactivo. Por último, el impuesto no puede alcanzar a la totalidad de la riqueza anulándola; es decir el impuesto no podrá ser confiscatorio. El principio de capacidad contributiva constituye así una garantía a la propiedad individual¹¹.

El Estado de Guatemala, a través del Congreso de la República, está facultado para decretar impuestos, pero este debe verificar, previamente, que los mismos no sean muy gravosos para los contribuyentes y no se esté ante casos de injusticia fiscal.

Según Bravo Cucci, existen dos vertientes para verificar si se está en caso de injusticia fiscal: “a) una subjetiva o relativa, donde se alude a la capacidad económica real, por cuanto se sustenta en la posibilidad económica del sujeto; b) otra objetiva o absoluta, donde se basa en eventos vinculados al sujeto que demuestran una aptitud contributiva”¹².

Las disposiciones normativas tributarias deben ir orientadas a objetivos recaudatorios, pero cuando las mismas persiguen fines de distinta naturaleza, se produce una contradicción con el principio de capacidad contributiva, ya que se varía la finalidad original para la cual fue emitida; de igual forma, para establecer dicho extremo

10 García Vizcaíno, Catalina, *Derecho tributario: consideraciones económicas y jurídicas: análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia*, Argentina, Depalma, 1996, p. 55.

11 Cañal García, Francisco, “Revisión crítica del principio de capacidad contributiva y de sus distintas formulaciones doctrinales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí*, México, núm. 4, 1996, p. 50.

12 Bravo Cucci, Jorge, *Fundamentos de derecho tributario*, Lima, 2006, p. 123.

es necesario que el legislador verifique si los tributos son idóneos, si realmente son necesarios y si existe proporcionalidad en su pago.

El principio de capacidad de pago está contemplado en la legislación como una disposición normativa que contiene un límite al poder público, ya que se pretende que las personas con mayor capacidad económica contribuyan en mayor proporción al gasto público, que aquellas que poseen una menor capacidad económica. La pregunta es: ¿cómo se determina la capacidad de pago de cada individuo? La respuesta a dicha interrogante ha venido en atención a la renta, el patrimonio y el consumo de cada uno, ya que existen impuestos de distinta naturaleza que gravan dichos supuestos, tales como el impuesto sobre la renta, el impuesto único sobre inmuebles y el impuesto al valor agregado.

Por lo cual es conveniente que el legislador, al momento de la creación de impuestos, incluya disposiciones normativas que contemplen tasas progresivas, que establezcan un mínimo y un máximo; asimismo, crear las exenciones que excluyan de la tributación a determinados sujetos, con ello el que tiene más recursos debe aportar más a las finanzas del Estado, esto tiene como finalidad última lograr una mejor distribución de riquezas.

Al haberse expuesto –sumariamente– las consideraciones más relevantes del principio relacionado, procede entonces determinar la norma jurídica emanada de dicho precepto constitucional y el análisis de los criterios y argumentos que la sustentan.

III. NORMAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO AL PRINCIPIO DE CAPACIDAD DE PAGO

La Corte de Constitucionalidad, como un órgano autónomo, fue establecida por primera vez en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986; ya que con anterioridad el conocimiento de las garantías constitucionales le correspondía a la Corte Suprema de Justicia¹³. Así, el artículo 268 establece:

13 Sobre la historia del constitucionalismo en Guatemala puede consultarse García Laguardia, Jorge Mario, *Constituciones iberoamericanas*, México, UNAM, 2006.

La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia. La independencia económica de la Corte de Constitucionalidad, será garantizada con un porcentaje de los ingresos que corresponden al Organismo Judicial.

De la lectura del texto constitucional no se indica expresamente que la Corte de Constitucionalidad sea la intérprete de la Constitución, pero esto queda sobreentendido en atención a las otras funciones que posee, ya que para defender el orden constitucional, a través de las diversas atribuciones que detenta, requiere interpretar la normativa constitucional¹⁴.

Es importante hacer una diferenciación entre normas jurídicas y disposiciones normativas. Tal como lo afirma el doctor Francisco Ezquiaga, las disposiciones normativas son enunciados, es decir, expresiones lingüísticas gramaticalmente completas. Pues bien, lo que distingue a una disposición de cualquier enunciado (incluso en función prescriptiva) es precisamente formar parte de un documento normativo para cuya promulgación ha sido empleada una fuente del derecho autorizada por las normas sobre la producción jurídica del ordenamiento de que se trate¹⁵.

En este caso, las disposiciones jurídicas son todos aquellos textos normativos emitidos por los órganos competentes, como pueden ser: una Asamblea Nacional Constituyente (Constitución), el Congreso

14 "Dicho Tribunal está colocado en la cúspide de la estructura que concierne a los órganos jurisdiccionales a los que se encarga, por la ley, la función de impartir y administrar la Justicia Constitucional. Según se aprecia, por disposición constitucional le es atribuida a la Corte de Constitucionalidad la función de ser el órgano al que compete la interpretación final del alcance contenido en cada una de las normas integradas en la Carta Magna. Adoptando jurisprudencia que emitió el Tribunal Constitucional Español, se afirma que la función del Tribunal Constitucional, aunque vinculada de modo necesario a la política estatal, es específica y rigurosamente jurisdiccional y, por ende, ajena a consideraciones de conveniencia, interés público u otra que excedan los estrechos límites de la interpretación y aplicación jurisdiccionales del Derecho de la Constitución". Corte de Constitucionalidad, expediente 1089-2003, sentencia de fecha 14.07.2003, gaceta núm. 69.

15 Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 1, p. 27.

de la República (leyes ordinarias), o el presidente de la República (reglamentos), entre otros.

En cuanto a las normas jurídicas, el doctor Francisco Ezquiaga afirma que el concepto de norma jurídica que la identifica como el significado atribuido a una disposición normativa como consecuencia de su interpretación, la relación entre disposiciones y norma no es biunívoca, es decir, cada disposición no sería expresión de una única norma, ni cada norma el único significado de una disposición¹⁶.

Cuando se habla de norma jurídica¹⁷, esta es entendida como el producto de la interpretación de las disposiciones normativas de toda naturaleza, y en el caso que se analiza, al ser objeto de examen un determinado artículo constitucional, la norma debe buscarse en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

A. Expediente 1434-96 de la Corte de Constitucionalidad

En este expediente se resuelve una inconstitucionalidad general de ley planteada en contra del artículo 1 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (decreto legislativo), el cual delimita el hecho generador del impuesto y define los conceptos de renta. El solicitante indicó que dicha norma contravenía lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución. Además, se impugna el artículo 2 de la ley mencionada, que reformó el nombre del capítulo V de la Ley del Impuesto sobre la Renta, sustituyéndolo por "Período Anual de Imposición", y el artículo 3, que regula el elemento temporal del hecho generador del impuesto, que a su criterio vulneraban los artículos 239 y 243 de la Constitución.

También se impugna el artículo 12 de dicha ley, que regula la obligación tributaria de todos los contribuyentes, con excepción de

16 *Ibidem*, p. 40.

17 "Si se acepta el concepto de norma jurídica aquí propuesto, se comprenderá que la posibilidad de que una disposición exprese una única norma es prácticamente inexistente. Incluso, aunque el significado *prima facie* de la disposición, obtenido por medio de la simple lectura del texto, no suscitará discrepancia alguna entre los operadores jurídicos, es preciso tener en cuenta que la duda interpretativa puede surgir de otras causas además de la redacción de la disposición. Una disposición con un significado meridianamente claro desde el punto de vista lingüístico, puede convertirse en dudosa por comparación, por ejemplo, de ese significado literal con el de otra disposición del sistema. Esta circunstancia impide hablar de disposiciones «claras en sí», de significados incontrovertidos de las disposiciones o de normas «claramente» expresadas por ellas". *Ibidem*, p. 41.

los señalados en el artículo 65, inciso *b* de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, de efectuar pagos trimestrales, porque transgrede los artículos 2, 239 y 243 de la Constitución. Finalmente, se impugnan los artículos 13 (modifica el título del Capítulo XIV) y 14, por violar los artículos 239 y 243 de la Constitución.

La Corte de Constitucionalidad, luego de analizar el artículo 243 de la Constitución, que contiene el principio de capacidad de pago, declaró lo siguiente:

Este principio tributario garantizado por la Constitución, debe cobrar efectividad mediante la creación de impuestos que respondan de tal forma que, a mayor capacidad contributiva, la incidencia debe ser mayor [criterio gramatical, argumento semántico] y, de esta forma, el sacrificio sea igual [criterio funcional, argumento pragmático]. Para lograr un sistema justo y equitativo [criterio funcional, argumento teleológico] deben tomarse en cuenta las aptitudes personales y tomar en consideración las diversidades individuales de acuerdo a la capacidad económica personal de cada contribuyente [criterio gramatical, argumento semántico]; para esto el legislador, debe fijar los parámetros que hagan efectivo este principio que limita el poder tributario del Estado, utilizando tarifas progresivas que establezcan tipos impositivos mínimos y máximos, y a la vez, establecer exenciones que excluyan de la tributación a determinados sujetos y a determinados montos como mínimos vitales, y también debe contemplarse en la ley la depuración de la base imponible, excluyendo del gravamen, los gastos necesarios para poder producir la renta [criterio funcional, argumento pragmático]. El principio de capacidad de pago, también tiene como presupuesto la personalización del mismo [...].

Luego de haber establecido la norma jurídica relacionada con el principio de capacidad de pago, conviene verificar la motivación (entendida como fundamentación, o bien razonamiento judicial)¹⁸, y si esta cumple con brindar buenas razones que justifiquen la elección de aquella norma.

Para llevar a cabo dicha tarea, es pertinente realizar el análisis de los argumentos vertidos en dicha sentencia, a efecto de determinar los criterios interpretativos empleados¹⁹, así como los argumentos,

18 Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra, 2009, p. 10.

19 Estos criterios son: lingüístico, sistemático y funcional. *Ibidem*, p. 40.

para determinar si los mismos brindan un razonamiento jurídico fuerte o débil²⁰.

Al leer la norma jurídica previamente relacionada, se establece que la Corte de Constitucionalidad empleó los siguientes argumentos:

- *Semántico*: este radica en “justificar el significado sin salir del texto objeto de interpretación, es decir, recurriendo a las reglas de uso del lenguaje en el que esté redactado el enunciado objeto de interpretación”²¹. En este caso, cuando dicho órgano de jurisdicción constitucional señala “a mayor capacidad contributiva, la incidencia debe ser mayor”. De igual forma, cuando indica que “deben tomarse en cuenta las aptitudes personales y tomar en consideración las diversidades individuales de acuerdo a la capacidad económica personal de cada contribuyente”, de estos argumentos se verifica que los razonamientos se extraen de los vocablos “capacidad de pago”, en atención a su significado usual, sin que exista mayor controversia sobre otro posible contenido.
- *Funcional*: de igual forma, en la norma jurídica que se analiza, se observa el uso del criterio funcional, especialmente de dos argumentos que lo integran, como lo son: el pragmático y el teleológico. El argumento pragmático es aquel que “consiste en justificar un significado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se derivan”²².

En la sentencia objeto de análisis, cuando se indica que “el sacrificio sea igual”, se utilizó el argumento indicado, ya que a través del mismo se justificó que la carga tributaria que deben soportar todas las personas debe ser proporcional o equivalente, en atención a sus ingresos, por lo que dicha norma justifica las consecuencias favorables

20 Sobre el particular, expone Igartua: “No basta con una conclusión obtenida correctamente si luego ésta se revela débil. Ya se sabe que la fortaleza de la conclusión radica en las premisas [...] Por eso, para construir una argumentación fuerte, es capital que las premisas también los sean (o, dicho de otro modo, que consistan en «buenas razones»)”. *Ibidem*, p. 47.

21 Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 1, p. 119.

22 *Ibidem*, p. 293.

de su utilización, al velar por el principio de igualdad, en detrimento de cualquier otro significado que podría vulnerarlo.

Otro argumento pragmático es el siguiente:

[...] para esto el legislador, debe fijar los parámetros que hagan efectivo este principio que limita el poder tributario del Estado, utilizando tarifas progresivas que establezcan tipos impositivos mínimos y máximos, y a la vez, establecer exenciones que excluyan de la tributación a determinados sujetos y a determinados montos como mínimos vitales, y también debe contemplarse en la ley la depuración de la base imponible, excluyendo del gravamen, los gastos necesarios para poder producir la renta.

En este argumento, la Corte de Constitucionalidad consideró el aspecto económico que influía en los contribuyentes, ya que la solución que propone es considerar las tarifas progresivas y de esta forma lograr que efectivamente, quienes tengan mayor capacidad económica pagarán más que aquellos cuyos ingresos sean menores; de igual forma, contempló las exenciones para que se excluya de la tributación a cierto grupo de personas, en atención a sus especiales circunstancias.

De igual forma, se utilizó el argumento teleológico, entendido como aquel que “justifica atribuir a una disposición normativa el significado que se corresponda con la finalidad del precepto, por entenderse que la norma es un medio para alcanzar un fin”²³. Este argumento se aprecia al indicarse que el principio aludido se instituye “para lograr un sistema justo y equitativo”, es decir, la finalidad u objetivo que busca alcanzar el principio de capacidad de pago es lograr un sistema tributario con aquellas características, aspecto este que encuadra a cabalidad con la naturaleza de dicho argumento.

Es menester señalar que la norma jurídica se sustenta adecuadamente, pues expone de forma clara, precisa y completa las razones que justifican la norma jurídica; aunque cabe señalar, que también pudo haber hecho uso del criterio sistemático, en el sentido de concatenar el artículo tantas veces referido con el 239 de la Constitución (que regula también lo relativo a la materia tributaria, más específicamente el principio de legalidad), así como con el artículo 2 de dicho cuerpo normativo (que regula los deberes del Estado, en este caso hubiera

23 *Ibidem*, p. 250.

sido idóneo argumentar lo relativo a la justicia, enfocada en materia tributaria).

B. Expediente 775-2007 de la Corte de Constitucionalidad

En este expediente, la Corte de Constitucionalidad resolvió la acción de inconstitucionalidad general parcial de ley, promovida por Erick Fabricio Barillas Hernan y Douglas Constantino Sacor Velásquez en contra del artículo 13 del Decreto 18-04 que adicionó la literal *j* al artículo 39 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, Decreto 26-92, ambos del Congreso de la República. El postulante aduce que el mismo contraviene los artículos 2, 4 y 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que contienen los principios de seguridad jurídica y capacidad contributiva.

Dicha disposición establecía:

Las personas, entes y patrimonios a que se refiere el artículo anterior no podrán deducir de su renta bruta [...] j) A partir del primer período de imposición ordinario inmediato siguiente al de inicio de actividades, el monto de costos y gastos del período que exceda al noventa y siete por ciento (97%) del total de los ingresos gravados. Este monto excedente podrá ser trasladado exclusivamente al período fiscal siguiente, para efectos de su deducción. Esta disposición no será aplicable a los contribuyentes que, a partir de la vigencia de esta ley, tuvieren pérdidas durante dos periodos de liquidación definitiva anual consecutivos o que tengan un margen bruto inferior al cuatro por ciento (4%) del total de sus ingresos gravados.

Para que no les sea aplicable esta disposición en el período impositivo en curso, los contribuyentes a que se refiere el párrafo anterior deberán, como mínimo dos meses previo a que venza el plazo para la presentación de la declaración jurada anual y los anexos a que hace referencia el artículo 54 de la presente ley, informar a la Administración Tributaria, mediante declaración jurada prestada ante notario, de su circunstancia particular. La Administración Tributaria podrá realizar las verificaciones que estime pertinentes. Para efectos de la aplicación del párrafo anterior, se entiende como margen bruto a la sumatoria del total de ingresos por servicios prestados más la diferencia entre el total de ventas y su respectivo costo de ventas.

La Corte de Constitucionalidad, al resolver, siguió la misma línea jurisprudencial, por lo que se sostiene la mayor parte de las

argumentaciones expuestas en la sentencia dictada dentro del expediente 1434-96; en este sentido indicó:

Es criterio sustentado por este Tribunal Constitucional que el principio de capacidad de pago debe cobrar efectividad mediante la creación de impuestos que respondan de tal forma que a mayor capacidad contributiva, la incidencia debe ser mayor y de esta forma, el sacrificio sea igual. Para lograr un sistema justo y equitativo deben tomarse en cuenta las aptitudes personales y tomar en consideración las diversidades individuales de acuerdo a la capacidad económica personal de cada contribuyente; para esto el legislador debe fijar los parámetros que hagan efectivo este principio que limita el poder tributario del Estado, utilizando tarifas progresivas que establezcan tipos impositivos mínimos y máximos, y a la vez, establecer exenciones que excluyan de la tributación a determinados sujetos y a determinados montos como mínimos vitales, y también debe contemplarse en la ley la depuración de la base imponible, excluyendo del gravamen los gastos necesarios para poder percibir la renta.

Se aprecia que, en esencia, la norma jurídica recién transcrita corresponde a la previamente analizada, y de igual forma, aún mantiene su vigencia para la resolución de casos más recientes, lo cual demuestra una uniformidad en la interpretación efectuada por la Corte de Constitucionalidad, que brinda certeza y seguridad jurídica.

IV. CONCLUSIONES

1. El principio de capacidad de pago es la aptitud que posee el ciudadano para ser convocado a contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, por lo que el mismo constituye una limitación respecto a la creación de disposiciones normativas.
2. El legislador, al momento de la creación de impuestos, debe incluir en las disposiciones normativas tasas progresivas, que establezcan un mínimo y un máximo; asimismo, establecer las exenciones que excluyan de la tributación a determinados sujetos.
3. Los argumentos utilizados por la Corte de Constitucionalidad en las sentencias analizadas, fueron de naturaleza gramatical semántica, teleológica y pragmática.
4. La Corte de Constitucionalidad debió emplear entre sus argumentos para resolver los casos concretos, el criterio sistemático,

para poder integrar las disposiciones normativas con otras, tales como los artículos 2 y 239 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BRAVO CUCCI, Jorge, *Fundamentos de derecho tributario*, Lima, 2006.
- CAÑAL GARCÍA, Francisco, "Revisión crítica del principio de capacidad contributiva y de sus distintas formulaciones doctrinales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí*, México, núm. 4, 1996.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, México, Tribunal Supremo Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Constituciones iberoamericanas*, México, UNAM, 2006.
- GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, *Derecho tributario: consideraciones económicas y jurídicas: análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia*, Argentina, Depalma, 1996.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho financiero*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I.
- GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO, Francisco Javier, *Compendio de historia del derecho y del Estado*, México, Limusa, 2004.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra, 2009.
- LÓPEZ VARELA, Manuel, *Principios jurídicos de los impuestos*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1930.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2009.
- ZAVALA ORTÍZ, José Luis, *Manual de derecho tributario*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1998.

Argumentación jurídica: sentencia de recurso de casación en materia civil*

María Andrea Batres León**

Sumario: I. Antecedentes. II. Desde el estudio de las instituciones jurídicas. III. El notario y la función notarial. IV. Fe pública. V. Valoración de la prueba en el proceso civil. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES

El presente documento constituye un análisis, utilizando las técnicas de argumentación jurídica, de la sentencia del recurso de casación interpuesto ante la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, en contra de una sentencia de apelación dictada por la Corte de Apelaciones, dentro de un juicio ordinario de nulidad de instrumento público y de nulidad de negocio jurídico.

* Ensayo presentado en junio de 2013, en la línea de investigación *Teoría y práctica de la interpretación y la argumentación jurídica*, dirigida por el doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** *María Andrea Batres León* es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. *Magister Artium* por la Universidad Francisco Marroquín. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Actualmente se desempeña como abogada y notaria socia en la firma Batres & Batres, en las áreas de notariado, litigio y administración. Docente de dedicación completa en la Universidad Rafael Landívar, impartiendo cursos del área de derecho privado (mercantil, civil y notariado). Miembro de terna examinadora de evaluaciones comprensivas en la Universidad Rafael Landívar. Asesora de tesis en la Universidad Rafael Landívar y en la Universidad de San Carlos de Guatemala y conferencista y participante activo en el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

En el caso de mérito, el interponente del juicio ordinario asevera que se suplantaron las firmas de los otorgantes (mandantes) de un contrato de mandato especial sin representación, autorizado en instrumento público ante los oficios de un notario guatemalteco debidamente habilitado, cuyo objeto era la contratación de un crédito bancario con garantía hipotecaria.

El interponente afirma que el notario incumplió con su función notarial, pues no estuvo presente al momento de la firma de la escritura pública, a pesar de haber impuesto las palabras “ante mí” previo a la autorización de la escritura pública, siendo los demandados el notario público y el mandatario que firmó fraudulentamente. Asimismo, se incluye como demandado al notario que autorizó una posterior escritura de mutuo con garantía hipotecaria, en la que el mandatario “sin representación” y los mandantes se obligaron al pago de un crédito y otorgaron en garantía hipotecaria un inmueble copropiedad de todos.

La demanda se fundamenta en que el instrumento público de mandato es nulo porque no se cumplen los requisitos esenciales para su validez plasmados en el Código de Notariado¹. Asimismo, se reclama la nulidad del negocio jurídico, por no existir el requisito fundamental del consentimiento, como lo establece el Código Civil; y la posterior nulidad del instrumento público de mutuo con garantía hipotecaria, por carecer el mandatario de representación legal para contratar un crédito en nombre propio y de los mandantes.

Durante el desenvolvimiento del proceso, los interponentes omitieron presentar dictámenes de expertos o informes grafológicos de peritos que confirmaran la falsedad de las firmas dentro del instrumento público; al contrario, únicamente se limitaron a aseverar los hechos de que las firmas en el instrumento público no eran las suyas, sin presentar elementos probatorios que respaldaran sus pretensiones, teniendo como pruebas principales las confesiones y declaraciones testimoniales dentro del proceso. La prueba fundamental era la confesión del propio notario público, quien en la contestación de la demanda confesó que había fallado a su función notarial, pues entregó su protocolo con el instrumento público al mandatario,

1 Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 314: Código de Notariado, artículos 29 y 32.

para que él se encargara de gestionar las firmas, sin la intervención notarial en el acto.

El recurso de casación interpuesto se fundamenta en que existieron errores *in iudicando* e *in procedendo*, pues no se apreció la prueba de declaración de parte del notario, es decir, que no fue tomada en consideración la confesión expresa del notario, con el argumento de que la fe pública no puede ser desvirtuada por una declaración de parte, por lo que la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia, indicando que la confesión del notario debió haberse valorado, declarando nulo el instrumento público, así como el negocio jurídico de mandato especial sin representación y el instrumento público de mutuo con garantía hipotecaria que posteriormente otorgó el mandatario, supuestamente facultado.

II. DESDE EL ESTUDIO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

La sentencia de casación se basa en un contrato de mandato especial sin representación, declarando la nulidad del negocio jurídico y del instrumento público que lo contiene.

Desde el estudio de las instituciones de derecho romano, se puede indicar que Gayo consideraba que todo convenio obligacional es un contrato². Hoy en día, aseguramos que los contratos contienen negocios jurídicos, como acuerdos plenos, conscientes y libres de voluntades de una o más personas que se obligan para producir efectos jurídicos, es decir, crear, modificar o extinguir obligaciones.

Los negocios jurídicos tienen como requisito esencial y fundamental para su validez, la voluntad y el consentimiento de las partes, dado que prevalece la autonomía de la voluntad del hombre, que le permite tomar decisiones en el uso de su capacidad legal. Por esta razón es que al existir un vicio en el consentimiento, el negocio jurídico es nulo absoluto; no nace a la vida jurídica, pues esa circunstancia tan esencial que lo hace nacer, es el consentimiento consciente del otorgante.

2 D'Ors, Avaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1981.

El dogma de la autonomía de la voluntad surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo pasado, al amparo de la teoría del contrato social de Rousseau que creía en la bondad natural del individuo y en la necesidad de limitar por el pacto social la libertad sólo para conservar ésta. La autonomía de la voluntad se reducía fundamentalmente a sostener, primero que salvo muy raras excepciones todas las obligaciones contractuales, nacían de la soberana voluntad de dos partes libres iguales y, segundo que eran justas todas esas obligaciones creadas por la voluntad”³.

Es determinante la voluntad para el nacimiento o extinción de ese negocio jurídico, que esta voluntad sea real, seria y precisa, que se exteriorice y que tenga un determinado contenido específico; pues la finalidad fundamental es que se produzcan relaciones jurídicas entre personas, que exista ese ánimo de querer obligarse frente a alguien, que existan los compromisos de deber y cumplir.

También es esencial la libertad en el contrato, es decir, la libertad de contratar, para celebrar o no el contrato y para escoger a la persona con quien va a contratarse, la libertad contractual en cuanto a la forma y contenido del contrato; dentro de estos supuestos, encontramos el “negocio jurídico” y el “instrumento público”, entendiéndose que la nulidad de uno no ocasiona la nulidad del otro, pues son supuestos diferentes que analizaremos a continuación.

Ahora bien, el mandato es un contrato mediante el cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra.

La doctrina moderna busca dificultosamente la esencia del mandato que se cree encontrar en diversos criterios, a saber: a) El objeto, que son actos jurídicos; b) La independencia que caracteriza al mandato frente a la subordinación, a pesar de que se halla vinculado, con arreglo a la ley, a las instrucciones del mandante, careciendo por tanto de la libertad de seguir en la ejecución del mandato su propio parecer; c) La gestión de negocios de otro, entendida esta expresión, no en el sentido de negocios jurídicos, sino en el más amplio, de negocios económicos; d) La sustituibilidad que es concepto distinto de la representación. Por otra parte el mandato puede coincidir con la representación, denominándose mandato representativo, en que el mandatario actúa

3 Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1976.

en nombre del mandante; en cambio el mandato sin representación o mandato simple, el mandatario actúa en nombre propio aunque por cuenta del mandante⁴.

En nuestra legislación, en el Código Civil se reconoce el mandato “sin representación”, haciendo la indicación de que el mandatario obra en nombre propio, sin que terceros tengan acción directa contra el mandante, es decir, que responde inicialmente el mandatario; en el caso de mérito, el mandatario (y ahora demandado) es quien debe responder frente a terceros por las obligaciones adquiridas y los actos ejecutados para sus mandantes.

Doctrinariamente es denominado también “mandato oculto”, como aquel que el mandante confiere, para que el mandatario no mencione que ejercita la calidad de mandatario.

El tratadista guatemalteco Rubén Alberto Contreras Ortiz⁵ es del criterio que:

[...] si el mandatario adquiere en nombre propio obligaciones que realmente corresponden al mandante y el mandato concluye por cualquier causa antes de que dichas obligaciones hubieren sido pagadas, para no quedar comprometido personalmente debe cederlas al mandante, lo cual implicaría que en el instrumento en el que se formalizara la cesión tendría que comparecer el acreedor y dar expresamente su consentimiento.

Es por ello que en el presente caso de estudio, llama la atención el hecho de que el mandato mediante el cual se suplantaron las firmas, se realizara “sin representación” pues prácticamente el mandatario y supuesto falsificador de las firmas, queda ligado y responsable directo de las obligaciones que se adquieren por virtud de su mandato –en este caso, el mutuo con garantía hipotecaria que se celebró posteriormente, en nombre de sus mandantes–.

Tal y como lo manifiesta Rojina Villegas:

4 Espín Canovas, Diego, *Derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1961, vol. 3.

5 Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte especial)*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2008.

[...] a diferencia del mandato con representación en el que las partes actúan de manera ostensible, en el mandato sin representación obran secretamente. Por ello el mandato celebrado no está confesado; las partes lo disimulan a los ojos de todos; el mandatario se presenta en público como obrando personalmente y por su propia cuenta; oculta sistemáticamente la personalidad de su mandante; le sirve de pantalla; da el cambio a los terceros; desempeña el papel de testaferrero; es él quien se considera que vende, compra, presta, posee, litiga por su propio nombre, mientras que en realidad es el órgano, ya que no el representante jurídico, de un comitente que se disimula cuidadosamente tras él; desempeña el papel de persona interpuesta⁶.

En tal sentido, el demandado y mandatario es responsable de todos los actos que haya realizado actuando como persona interpuesta, siendo el obligado y el responsable civilmente de todas sus acciones.

III. EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

El notario público en el ejercicio de su profesión y del cargo otorgado por el Estado, cumple una función noble y solemne, inspirada por los principios filosóficos del derecho notarial, que se fundamentan en el iusnaturalismo, y a los que él se comprometió al ser investido de fe pública notarial.

El tratadista guatemalteco Mario Aguirre Godoy, profesor de varias generaciones de estudiantes en derecho notarial guatemalteco, ha afirmado lo siguiente:

El Notariado es una profesión de servicio, que es lo que la ennoblece como a las demás profesiones que cubren necesidades de la comunidad. La actividad del notario está señalada por su carácter de depositario de la fe pública y por ello no admite desviaciones ni quebrantos que puedan turbar la confianza a que él debe ser acreedor. Es una profesión de vocación cimentada sobre las bases científicas y éticas⁷.

Es importante analizar que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Sala de Apelaciones, basándose en la noble función del notario, consideraron que se había cometido una falta grave, pues se dio una desviación de la función notarial. Sin embargo, al existir un

6 Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa, t. VI (contratos).

7 Aguirre Godoy, Mario, *La capacitación jurídica del notario*, Guatemala, Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, 1972.

documento investido de fe pública que es considerado plena prueba, resulta difícil y casi imposible desvirtuarlo o desnaturalizarlo de sus orígenes, pues al no existir pruebas de la falsedad del mismo, prevalece el documento y la función notarial sobre todas las cosas, aunque el mismo notario haya confesado.

Fernández Casado, en su famosa obra –excelente y progresiva en muchos aspectos– entendía que el notariado “es el arte que enseña a redactar, con precisión y claridad, y con arreglo a las leyes, los actos y contratos de los particulares”⁸.

En nuestra concepción jurídica clásica, reconocemos que el notario debe cumplir siempre con su función notarial, siguiendo paso a paso cada una de ellas, para cumplir con sus deberes como deben ser; debe ser receptor, dirigir y asesorar a los otorgantes, legitimar los actos, modelar la voluntad de las partes en los instrumentos públicos que redacte, prevenir a las partes, y finalmente ejercer la función autenticadora.

Es relevante y llama la atención que en el caso de estudio, el notario falló a una de las funciones más relevantes, la función autenticadora, con la cual otorga seguridad, valor jurídico y permanencia a sus instrumentos públicos, y que además permite que los mismos sean eficaces, es decir, que tengan fuerza jurídica para ser ejecutados.

Es por ello que el documento carece de su característica esencial –la seguridad jurídica–, pues el notario desvirtuó totalmente las funciones de legitimación y autenticación al pretender darle validez a un instrumento público que contiene un negocio jurídico donde no existió consentimiento. El notario no pudo constatar la voluntad de las partes, no plasmó el deseo de los requirentes en un contrato, sino que se limitó a darle forma legal a la voluntad del mandatario que requirió sus servicios notariales.

Nos planteamos la situación crítica, sobre la interrelación entre la nulidad del instrumento público por no cumplir las formalidades esenciales del Código de Notariado y la nulidad del negocio jurídico por carecer de la voluntad libre, seria y manifiesta de las partes; esto

8 Varios autores, *Revista de Derecho Notarial*, Colegios de Notarios de España, 1953.

devendrá en una responsabilidad notarial por los daños y perjuicios ocasionados, y una posible responsabilidad penal.

IV. FE PÚBLICA

Dado que la fe pública es la creencia absoluta de la veracidad de lo aseverado por el notario y plasmado en los instrumentos públicos, a pesar de que existe una confesión expresa del notario donde declara tanto por escrito como en declaración de parte, que no cumplió con el principio de unidad del acto, ni recibió las firmas, ni legitimó el instrumento jurídico, la fe pública prevalece, pues existe una presunción legal que reconoce como verdadera la función notarial, por la investidura especial y el atributo reconocido de la fe pública notarial.

La doctrina notarial establece que la fe pública es un atributo del Estado que tiene en virtud del *ius imperium* y es ejercida a través de los órganos estatales. Esto significa que el Estado, al contar con fe pública por la soberanía del pueblo, puede delegarla en distintos funcionarios o profesionales que deben utilizarla, respetando la ética, honestidad, la verdad y los valores que van más allá de un cargo público o de una responsabilidad frente a terceros, pues son valores que constituyen el sustento y la credibilidad en los que se sostiene la fe pública.

La fe pública es personal, única, intransferible e indivisible; no es delegable, es imparcial y el notario puede ejercerla de forma autónoma. Es una autoridad legítima reconocida por el Estado a algunos funcionarios, siendo el principal el notario público.

En nuestra legislación se establece que el notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en los que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte. Con la fe pública el notario garantiza transacciones armónicas y sólidas entre los particulares, impartiendo justicia anticipadamente, pues aviene a las partes requirentes dentro de los instrumentos públicos que autoriza.

La fe se entiende como la creencia de que algo es verdadero, por la autoridad de quien la dice. En este caso, esa autoridad única y especial la posee el notario, por lo que todo lo que se realice bajo el amparo de la fe pública se considera verdadero y constituye plena prueba, salvo que sea redargüido de nulidad y falsedad, con pruebas que demuestren lo contrario.

El notario expresamente desvirtuó su propia fe pública, no reconoció esa autoridad legítima del Estado, “delegó la función notarial que es indelegable”, por lo que el notario no puede garantizar ni asegurar la certeza jurídica del mandato y lo deja sin efectos jurídicos, pues se considera nulo por carecer de esas formalidades esenciales que lo vieron nacer a la vida jurídica.

Recordemos que el instrumento público es el documento a través del cual gira toda la actividad notarial. Los principios que inspiran el derecho notarial y la función notarial tienen como finalidad generar un instrumento público que cumpla con las formalidades externas y que contenga negocios jurídicos que sean válidos por contener los elementos de capacidad legal, consentimiento y objeto lícito, pues el notario no solo vela por el instrumento público, sino también por que las partes estén asesoradas y conscientes de las implicaciones legales, consecuencias y responsabilidades de los negocios jurídicos que celebran en instrumentos públicos.

El notario, en un memorial de contestación de demanda, aceptó que había incumplido con sus funciones, es decir, utilizó un documento que carece de seguridad y fe pública. Por dicha razón, los juzgadores de primera y segunda instancia no tomaron en consideración dicha contestación de la demanda, no le dieron el valor probatorio necesario, pues para todos es sabido que la función notarial y los instrumentos públicos autorizados por notario no tienen ninguna instancia superior; toda su función inicia y finaliza ante el notario, pues él tiene la potestad del Estado para hacerlo, él mismo garantiza la autenticidad y legalidad de sus instrumentos.

Es por ello que los juzgadores consideraron ilógico que el propio notario, que está sujeto a su propia autoridad notarial, deje sin efecto esa fe pública única, personal e indelegable de la que está investido.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil establece que los jueces utilizarán distintas formas de valoración de las pruebas, siendo la sana crítica razonada una de las más utilizadas por su naturaleza, dado que establece la más plena libertad de convencimiento

de los jueces, pero exige que las conclusiones a las que se lleguen sean el fruto racional de las pruebas en que se apoyen, es decir, el juez debe razonar y motivar las resoluciones.

Eduardo J. Couture establece que ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir⁹.

Con la valoración de la prueba se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, la relevancia que ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión del juez, es decir, la eficacia de la apreciación de la prueba, analizada desde el punto de vista de las partes procesales, para lograr convencer al juez sobre las distintas pretensiones y aseveraciones.

En el caso de estudio, podemos determinar que la apreciación de la prueba que realizó el juez de primera y de segunda instancia, respectivamente, se basó en la sana crítica razonada. Los juzgadores utilizaron silogismos lógicos para valorar la confesión del notario, sin darle mayor valor probatorio, ni tomarla en cuenta al momento de la sentencia, pues establecieron que la fe pública es absoluta y está por encima de una confesión ante juez. La sana crítica que utilizaron los jueces en este proceso otorga el verdadero sentido al valor de la prueba, pues la razón prevaleció sobre hechos que eran contundentes, se hizo un análisis jurídico para determinar qué valoración se le otorgaba.

Peyrano¹⁰ indica que la sana crítica es un conjunto de pautas valorativas de la prueba, contingentes y variables, que no solo involucran un conjunto de reglas de lógica que hacen al buen pensar y la observancia de ciertas máximas de experiencia, sino también que quien las aplica tenga una clara conciencia del tiempo y lugar donde actúa.

En la sentencia recurrida, la sala de apelaciones realizó una argumentación que consolida el criterio formado en torno al notario y a su noble función inspirada en principios filosóficos. Sin embargo,

9 Couture Etcheverry, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, México, Nacional, 1981.

10 Álvarez Mancilla, Erick Alfonso, *Teoría general del proceso*, Guatemala, Centro Editorial Vile, 2007.

desde el punto de vista estrictamente legal y procesal, sí existió un error de derecho, pues los jueces no apreciaron una prueba que fue recibida por el juez, usando sus facultades de intermediación procesal y bajo juramento de decir la verdad; por lo que el análisis debió girar en torno a cuál elemento tenía más peso probatorio, si la fe pública notarial o la declaración de parte.

La apreciación de la prueba pudo haberse realizado utilizando la regla general de que la prueba tiene una eficacia específica, dependiendo de la mayor o menor proximidad el juez; en este caso, el juez no tuvo proximidad con los hechos y documentos suscritos, pero sí la tuvo con el relato efectuado por las partes, donde uno de los principales demandados confesó, y el otro demandado fue confeso ficto, por lo que sí existió un error en la valoración de la prueba.

Por otro lado, los demandantes del juicio ordinario debieron soportar sus pretensiones con dictámenes de expertos para confirmar que las firmas efectivamente eran falsas, pues habrían aportado más elementos para los juzgadores; pues efectivamente la fe pública notarial no puede desvirtuarse si no es atacada de falsedad y nulidad con pruebas idóneas.

Según nuestra doctrina procesal, los hechos que pueden ser objeto de prueba y materia de la misma son: *a)* constitutivos; *b)* extintivos; *c)* invalidatorios; y, *d)* convalidatorios¹¹. Por lo que sí es evidente que en el proceso de mérito se dieron hechos constitutivos para comprobar las afirmaciones y hechos invalidatorios que confirman la nulidad del instrumento público y del negocio jurídico.

VI. CONCLUSIONES

1. El presente análisis comprende las instituciones jurídicas y los hechos controvertidos manifestados por las partes dentro de un recurso de casación en materia civil.
2. Durante el análisis, nos planteamos interrogantes como la ineficacia del negocio jurídico de mandato, contenido dentro de un instrumento público notarial que también adolece de nulidad por omisión de formalidades esenciales para su validez.

11 Ruiz Castillo de Juárez, Crista, *Teoría general del proceso*, Guatemala, Jurissoft, 2010.

3. El negocio jurídico es nulo de pleno derecho, pues no existió el consentimiento de los mandantes al otorgarlo, siendo esta una facultad específica que ostentan, dada la naturaleza del mandato, al ser un contrato unilateral que puede ser revocado, porque prevalece la autonomía de la voluntad de los mandantes. Sin embargo, es importante tomar en consideración que la Honorable Corte Suprema de Justicia, para llegar a esta conclusión, tuvo que valorar y apreciar correctamente los medios de prueba presentados. En el caso de los dos negocios jurídicos objeto de la demanda (mandato y mutuo), el juzgador debe desentrañar y analizar a profundidad la forma en que se suscribieron los negocios jurídicos para determinar si son nulos de pleno derecho, y eliminar los efectos jurídicos que oportunamente procedieron.
4. Con respecto al instrumento público, al apreciar la confesión expresa del notario, el mismo fue automáticamente declarado nulo, pues el mismo notario manifiesta que omitió las formalidades esenciales del artículo 29 del Código de Notariado. Sin embargo, esa nulidad debe ser declarada por un juez, y en ese caso –hasta en la sentencia de casación– se declaró esa nulidad, procediendo una posible responsabilidad civil y penal del notario.
5. Es importante tomar en cuenta que no en todos los casos de estudio procede la nulidad del negocio jurídico y la nulidad del instrumento público, pues son independientes y autónomos. En algunos casos, el instrumento público puede ser anulado, mientras que el negocio jurídico subsiste por su naturaleza. En el presente caso, al existir negocios jurídicos que “dependían” del principal, por ser accesorios, como en el caso del mutuo con garantía hipotecaria, este sí queda sin efecto, al perder su validez el negocio jurídico principal.
6. La fe pública, esa aseveración y certeza de veracidad, no solo por presunción de ley sino por ser una facultad otorgada por el Estado y de la que el notario se encuentra investido, se destruyó, quedó desvirtuada por el propio notario; sin embargo, sigue quedando muy superficial el análisis si la fe pública es absoluta y si podemos atacar la creencia de veracidad únicamente con elementos de prueba convincentes y eficaces.

7. Otro punto importante es que el mandatario “supuestamente fraudulento” requirió al notario un mandato que lo responsabiliza directamente a él en el cumplimiento de las obligaciones, pues al ser “sin representación”, se entiende que el mandatario actúa en nombre propio y queda ligado a las obligaciones contraídas.
8. La sentencia de casación acepta la confesión judicial del notario, le otorga un valor probatorio alto de conformidad con la sana crítica razonada, pues los magistrados realizan un análisis lógico, mediante premisa mayor, premisa menor y consecuencia, siendo la consecuencia más correcta, desde el punto de vista legal sustantivo y procesal, *casar* la sentencia, ordenando que se valoren correctamente las pruebas y se tenga por bien planteado el proceso y los argumentos de los interponentes.
9. Se trata de un tema muy interesante, pues comprende las instituciones jurídicas de derecho civil más importantes como persona, obligaciones, negocio jurídico, instrumento público, y del concepto de cada una de ellas, se van desglosando las ideas, para analizar que la parte procesal del juicio ordinario interpuesto tendrá efectos a posteriori.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario, *La capacitación jurídica del notario*, Guatemala, Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, 1972.
- ÁLVAREZ MANCILLA, Erick Alfonso, *Teoría general del proceso*, Guatemala, Centro Editorial Vile, 2007.
- CONTRERAS ORTIZ, Rubén Alberto, *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte especial)*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2008.
- COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, México, Nacional, 1981.
- D’ORS, Avaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1981.
- ESPÍN CANOVAS, Diego, *Derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1961, vol. 3.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa, t. VI (contratos).

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista, *Teoría general del proceso*, Guatemala, Jurisoft, 2010.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1976.

VARIOS AUTORES, *Revista de Derecho Notarial*, Colegios de Notarios de España, 1953.



Esta revista fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S.A. en el mes de octubre de 2013. La edición consta de 800 ejemplares en papel bond beige 80 gramos.

