

Revista Parlamentaria

Diciembre 2022



Legislar con perspectiva de Derechos Humanos

Alba Johana Cifuentes Santizo

Límites y alcances de los controles intra estatales a los poderes constitucionalmente establecidos

Víctor Manuel Valverth Morales

Ley contra el lavado de dinero, financiamiento al terrorismo: Intendencia de Verificación Especial y su relación con las OSC en Guatemala

José Alejandro Valverth Flores

Vida independiente: condición indispensable en la prevención y la eliminación de la violencia contra mujeres y niñas con discapacidad

Silvia Judith Quan Chang

Sin capacidad jurídica, no hay garantía y protección de derechos

Gabriel Escobar Morales

Sobre los derechos no enumerados y el de libre desarrollo de la personalidad

René Arturo Villegas Lara

**REVISTA
PARLAMENTARIA**

•

REVISTA PARLAMENTARIA

Editor: LEGIS

7a avenida 8-56 Zona 1, edificio el centro oficina 801, Ciudad de Guatemala

Página web: www.legis.gt

Correo electrónico: revistaparlamentaria@legis.gt

Subdirector: José Alejandro Valverth Flores

Consejo Editorial:

René Arturo Villegas Lara

José Alejandro Valverth Flores

José Fernando Fernández Rojo

Alba Johana Cifuentes Santizo

Diseño caligráfico:

Nelson Fernández

Foto de portada:

Johana Cifuentes

Diseño:

Carolina Valverth

Año IX, Volumen XIV
Diciembre 2022



Las ideas afirmaciones y opiniones que se expresan en este material pertenecen y son responsabilidad únicamente de sus autores. Los artículos de esta revista se pueden reproducir total o parcialmente, citando la fuente y el autor. Todos los derechos reservados.

SUMARIO

Alba Johana Cifuentes Santizo LEGISLAR CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS	1
Gabriel Escobar Morales SIN CAPACIDAD JURÍDICA, NO HAY GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE DERECHOS	11
Silvia Judith Quan Chang VIDA INDEPENDIENTE: CONDICIÓN INDISPENSABLE EN LA PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA MUJERES Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD	21
Víctor Manuel Valverth Morales LÍMITES Y ALCANCES DE LOS CONTROLES INTRA ESTATALES A LOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE ESTABLECIDOS	31
René Arturo Villegas Lara SOBRE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS Y EL DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	49
José Alejandro Valverth Flores LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO, FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO: INTENDENCIA DE VERIFICACIÓN ESPECIAL Y SU RELACIÓN CON LAS OSC EN GUATEMALA.	61

LEGISLAR CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

*Alba Johana Cifuentes Santizo**

La cuestión acerca de la protección de derechos humanos ha sido una conquista, progresiva y no absoluta, que la humanidad ha pretendido perennemente, lo cual se puede percibir con mayor fuerza en la consolidación de Estados de Derecho en los que hasta el día de hoy se continúa en la búsqueda de mecanismos y herramientas para su perfección a través de la revisión legislativa periódica y las modificaciones necesarias.

Verbigracia se ve reflejado en nuestra norma suprema, en su artículo 1 la protección como uno de los fines que el Estado debe lograr, entonces, la demás normativa ordinaria debiese emitirse, entre otros fines, para asegurar el desarrollo y la eficacia de tal protección.

Dicha situación también se

evidenciando con ello el deseo internacional de respeto por los derechos humanos a través de los diferentes sistemas jurídicos; compromiso que se ve reforzado con la firma y ratificación de convenios y tratados en materia de protección y respeto por derechos humanos de todas las personas.

La protección en materia de derechos humanos se refiere por una parte a la conservación del reconocimiento formal e internalización (en caso de tratados o convenios) y positivización en los cuerpos normativos nacionales que, como se mencionó al inicio, resultó de una conquista humana, pero con su reconocimiento formal, la protección o conservación del mismo debe ser inmediata, tal

* Alba Johana Cifuentes Santizo es abogada y notaria y consultora de LEGIS.

refleja en la mayoría de las constituciones de la región,

como opina (Nikken, 2010):

La naturaleza de dicho derecho se independiza del acto por el que fue reconocido, que es meramente declarativo. La tutela debida a tal derecho se fundamenta en la dignidad humana y no en el acto por el cual el mismo fue reconocido como inherente a dicha dignidad. (pág. 71).

También, protección refiere a asegurar el ejercicio libre de los derechos, en plenitud, teniendo los Estados la obligación de dictar las pautas para tal fin, como lo hace notar el mismo autor:

Compete entonces al Estado marcar los límites de cualquier centro de poder que pueda ofender la dignidad humana, e incluso imponer obligaciones destinadas a satisfacer ciertos derechos humanos. para lo cual se emplean

diferentes mecanismos en atención a la característica progresiva de los derechos humanos. (Nikken, 2010, pág. 74).

Y por último proteger refiere a la disposición de garantía o recurso con la finalidad de amparo de las personas en caso de conculcado un derecho.

La discriminación, tomando como referencia parte del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, se puede definir como la distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de cualquier índole, ya sea condiciones sociales, culturales, económicas o factores identitarios.¹

Ésta, la discriminación, afecta de forma directa la igualdad, pero también la libertad. De acuerdo con la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, en

¹ La Convención referida, menciona motivos de raza, color, linaje, entre otros, pero para los fines de este

artículo se toma la definición a modo de ampliar a los motivos especificados.

el artículo 2, se puede afirmar que el fin de la discriminación (independientemente del motivo) es obstaculizar o anular el reconocimiento, goce y ejercicio de derechos en igualdad de condiciones.

De manera que, al verse afectada nuestra condición humana como iguales de forma transversal se ve afectada la libertad, ese valor que permite trazar un proyecto de vida individual o colectivo, que en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales”.²

La discriminación existente en las sociedades ha justificado que exista en los cuerpos normativos una falsa igualdad³ que enmascara una discriminación indirecta, la cual en apariencia consagra mecanismos de

protección para todos y todas. Pero, como lo afirma Ferrajoli, es una igualdad falsa porque no se reconocen las diferencias de todos y todas, sino que se homologan a manera de ignorarlas con el fin de que todas las personas se adecuen a lo tenido como lo “estándar” de la sociedad.⁴

Este contexto trae como consecuencia la falta de protección o una protección inoperante que además obstaculiza la existencia de una verdadera protección, ya que en apariencia hay protección por lo que no haría falta proteger.

Esta situación de discriminación indirecta se convierte en una desprotección sistémica cuando se habla de ciertos grupos que de forma histórica han sido discriminados (por acciones directas e indirectas) en la sociedad; como resultado, el Estado adapta esas formas de exclusión, distinción,

² Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380.

³ Término acuñado por Luigi Ferrajoli (Manifiesto per l'uguaglianza, 2019).

⁴ Paráfrasis a Luigi Ferrajoli (Manifiesto per l'uguaglianza, 2019, pág. 111).

restricción, trato o privilegios y las plasma en la normativa y en sus procesos judiciales y en su actuar administrativo.

Por ello el Derecho es una herramienta muy importante en la prevención y erradicación de estas formas de discriminación puesto que éste es el tablero de acción estatal, en un Estado de Derecho, a través del cual judicialmente se busca lo justo y socialmente se construye en la comunidad.

El medio utilizado para realizar estos objetivos, la justicia y la construcción del concepto comunitario, ha sido a través de las disposiciones legales, textos escritos contenidos en libros, técnicamente articulados en títulos y capítulos, llamados leyes, mismas que podría considerarse revisten características propias de garantías de no repetición atendiendo a su finalidad: creación de relaciones y límite al ejercicio del poder.⁵

Cada victoria
conseguida por los

individuos ante la autoridad fue convirtiéndose en un precedente fundamental para la conformación de una estructura rígida en contra del abuso del poder. (Landívar Mosiño, 2011, pág. 35)

Al reflexionar sobre el surgimiento de las Constituciones como límites al sistema de gobierno, se pudiese afirmar que la finalidad era la no repetición del ejercicio arbitrario del poder por parte de la autoridad en detrimento del pueblo. Una medida que la sociedad de entonces consideró necesaria y oportuna para la no concurrencia de situaciones acaecidas en el pasado, las cuales incluso conculcaban la dignidad misma de la humanidad.

Con el devenir del tiempo, estos cuerpos normativos al mismo tiempo contemplan en su texto medidas específicas para la protección y no repetición, a modo de garantía:

⁵ Finalidad de las leyes tomada del ensayo (¿Una "definición de leyes?

Montesquieu y las leyes-sin-ley, 2016) de Tommaso Gazzolo.

Las garantías de no repetición son la herramienta que tiene por función evitar que los hechos que dieron lugar a una violación de los derechos humanos no vuelvan a suceder (...) debe ser con vocación de permanencia y no solo con un carácter coyuntural, por lo que deben ser incluidas dentro del ordenamiento jurídico de un Estado (...) (Duque Morales & Torres Restrepo, 2015, pág. 271).

A manera de que tal medida pudiese ser efectiva, se piensa que debe existir un núcleo emisor de leyes principales y que además estas deben ser emitidas por aquél para ser válidas.⁶ Con la evolución de la concepción del Estado de Derecho, a este órgano en referencia se le atribuyen

facultades de revisión y control legislativo a modo de garantizar que la normativa emitida conjuntamente válida sea acorde para la conservación del reconocimiento formal y la efectiva vigencia.

Con el movimiento universal de protección a los derechos humanos, los Estados convienen en dotar a estos órganos, adicionalmente, de una labor de adecuación legislativa, a modo de asegurar el goce de los derechos consagrados en los textos normativos en condiciones de igualdad, atendiendo los requerimientos específicos de cada grupo social, para lograr que el derecho sea una herramienta útil y el principal recurso de garantía de no repetición.

En Guatemala, además del régimen de legalidad, seguridad, justicia e igualdad,⁷ una de las garantías que la misma Constitución⁸

⁶ De la manera que lo preceptuó Emmanuel Kant en su teoría sobre la existencia de la norma fundamental y la teoría de Hans Kelsen sobre la validez de la norma fundamental.

⁷ Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁸ Avance que ha sido de forma progresiva en las diferentes Constituciones

consagra para dicha protección es la instauración permanente de una Comisión de Derechos Humanos⁹, como órgano del Congreso de la República, misma que la conforman todos los partidos políticos.

En ese sentido se podría aseverar que la misma Constitución pretende que dichas entidades políticas promuevan, a fin de garantizar, el respeto por los derechos humanos (independientemente de la ideología que promulguen).

A través de esta Comisión, la normativa que emite el Congreso de la República y las iniciativas de los diferentes entes facultados que se presentan al Pleno, pasarían por ese control *ex officio* de constitucionalidad y de convencionalidad de la normativa existente y futura.¹⁰ Su función es trascendental para consolidar este régimen de protección de la persona y de sus derechos humanos como garantía de no repetición.

Esta Comisión, a diferencia de otras de la región, no recibe quejas sobre presuntas violaciones a derechos humanos de servidores públicos, pero sí se le encomienda el seguimiento de comunicaciones o quejas del exterior al respecto, las cuales deben ser atendidas por el Procurador de los Derechos Humanos, así como formular recomendaciones a otros Organismos del Estado para adoptar medidas en favor de estos.

Con la fundación de este órgano en la disposición constitucional se puede apreciar el mecanismo garantista del legislador de continuar con la consolidación de un sistema de protección de derechos humanos que comunicara en primer término a los principales Órganos del Estado para la consecución de dicho fin, segundo, que comunicara a éstos con las instancias internacionales de la materia y, tercero, que el Derecho, como herramienta, se utilizara para alcanzar la igualdad sustantiva de las

⁹ Art. 273 de Constitución Política de la República.

¹⁰ Art. 26, b) LOOL.

personas habitantes del país, en el régimen específico regido bajo dicha Constitución. Con ello, lograr ser el núcleo de la ley como garantía de no repetición.

A este respecto, analizando la integración y funciones de dicha comisión, es posible afirmar que el Congreso de la República adopta el papel de máximo defensor de derechos humanos¹¹ dentro de la estructura gubernamental.

De modo que la legislación que emita debiese ser a fin de concordar con los valores y principios consagrados en la Constitución así como desarrollar las disposiciones constitucionales a manera de alcanzar el efecto útil; seguidamente, ratificando convenios y tratados en los que se compromete de forma internacional a garantizar la más amplia protección de derechos humanos, y finalmente, vigilando y fiscalizando el cumplimiento de los compromisos adquiridos en

dicha materia, con ello, promoviendo la vigencia de estos dentro de la infraestructura administrativa y armonizando la normativa interna para lograr que el fin para el cual fueron dispuestas las disposiciones nacionales se internacionales sea ese y no otro, así como alcanzar el real acceso a los derechos.

Sobre eso, armonizar el derecho interno no es equivalente a transcribir literalmente normativa internacional en materia de derechos humanos, sino realizando un análisis integral y transversal de las realidades de los grupos que integran la sociedad y del sistema político en el que coexisten, de la manera en que lo realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos al emitir sus sentencias al realizar un *test de vulnerabilidad*¹², a manera de determinar la tipología de la vulnerabilidad del grupo en favor de quien se pretende alcanzar justicia, para el presente caso legislar y

¹¹ ONU.

¹² Stupiñan-Silva

verdaderamente recoger sus necesidades en la normativa.

Se aprecia, la manera en que la Constitución establece un régimen de protección a través de la consagración de normas dogmáticas, una infraestructura estatal que opera en función de ello y la institución de garantías para la defensa y no repetición. Pero un especial énfasis en el establecimiento de un órgano parlamentario de derechos humanos.

Otra de las garantías que permite apreciar el panorama antes retratado es el establecimiento de la cláusula fundamental¹³. Por medio de la cual se permite evidenciar la relevancia que el Legislador reconoce a la protección de los derechos humanos, más allá de la jerarquización de normas, se aprecia la forma en que el ordenamiento jurídico guatemalteco vigente fue ideado y destinado a ser desarrollado para proteger a la persona humana en calidad de titulares de derechos, con ello, lograr que

la normativa constitucional fuera el fin para alcanzar por el Estado, no en el sentido de que el Estado fuera un fin en sí mismo, sino la persona y sus derechos.

De modo que legislar con perspectiva de derechos humanos es conocer las diversas necesidades, reconocerlas atender las exigencias de cada grupo social desde la visión de la dignidad humana, con miras a lograr más allá del papel el goce de derechos en igualdad, libertad y con la certeza que no habrá repetición de transgresión a los derechos humanos, respetando los fines de la existencia de la norma jurídica: crear relaciones y limitar los abusos del poder.

Se alcanza a percibir el papel protagónico de los parlamentos para el mantenimiento de las garantías de no repetición que las leyes pretenden, así como el de protección y promoción de los derechos humanos en democracias, con ello se esboza

¹³ Art. 46 de la Constitución Política de la República

el rol del parlamentario como defensor de estos.

“No hay duda de que un pequeño grupo de ciudadanos pensantes y comprometidos puedan cambiar el mundo. De hecho, es lo único que se ha hecho alguna vez.” Margaret Mead citada por David Mathews (2002, p.159).

Referencias

- Duque Morales, C. R., & Torres Restrepo, L. M. (enero-diciembre de 2015). Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la paz. *Universitas estudiantes*(12), 269-290.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto per l'uguaglianza*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- Gazzolo, T. (2016). ¿Una "definición de leyes? Montesquieu y las leyes-sin-ley. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades.*, 18(36), 189-208.
doi:10.12795/araucaria.2016.i36.09
- Landívar Mosiño, E. C. (2011). El límite al poder político como función primordial de la Constitución. *Revista bolivariana de Derecho*(11), 24-53.
- Nikken, P. (julio-diciembre de 2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. (I. I. Humanos, Ed.) *Revista IIDH*, 52, 55-140.
- Palombella, G. (2006). El abuso del derecho, del poder y del rule of law. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(29), 33-57.

SIN CAPACIDAD JURÍDICA, NO HAY GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE DERECHOS

*Gabriel Escobar Morales**

Como empezar a escribir algo tan complejo, pero que sin ello no será posible la protección de los derechos de las personas con discapacidad, ni la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (2006) podría ser una realidad, mientras se estará frente a una utopía, pensar o pretender alcanzar un ejercicio real de derechos humanos en cualquier latitud del mundo, sin reformas a los códigos civiles de cada uno de los países o se quedará en una retórica el texto de la Convención, son estas las mayores preocupaciones que asaltan este ensayo y proponer ideas sustanciales que permitan ser o dar luces en esas brechas de desigualdad e inequidades que vive la población con discapacidad, mayormente en países pobres, donde los

Estados, a través de sus Gobiernos anteriores, actuales o venideros den una atención ética a las personas con discapacidad, como grupo poblacional más vulnerabilizado en su dignidad y justicia social, como sujetos dinámicos y proactivos en una sociedad incluyente que los vea precisamente como personas principalmente.

Se toma de base entonces, lo establecido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) de las Naciones Unidas (NNUU, 2006), la cual entra en vigor en mayo de 2008 y refiere que:

Artículo 12

Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con

* Gabriel Escobar Morales es internacionalista, maestro de análisis social de la discapacidad y doctorado en investigación de políticas públicas; coordinador de investigación en el Instituto de investigaciones políticas y sociales de la escuela de ciencia política y la dirección General de investigación de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni

influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. (pp. 11-12)

Según la Asamblea Nacional Constituyente (ANC, 31 de mayo de 1985) en su artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. La Constitución en general se organiza para garantizar el bien común basado en los derechos humanos.

Según Calame, P. (2003) sobre el buen Gobierno: “garantizar la autonomía, la libertad de pensamiento y de acción de las personas preservando, al mismo tiempo, la justicia social, la cohesión y el interés común” (p. 18)

O bien como lo define la Organización de las Naciones Unidas () sobre justicia social:

La justicia social se basa en la igualdad de oportunidades y en los derechos humanos, más allá del concepto tradicional de justicia legal. Está basada en la equidad y es imprescindible para

que cada persona pueda desarrollar su máximo potencial y para una sociedad en paz. Tomado de: <https://www.unicef.es/educa/dias-mundiales/dia-mundial-de-la-justicia-social#:~:text=La%20justicia%20social%20se%20basa,para%20una%20sociedad%20en%20paz>.

Para tal efecto, si la pobreza y discriminación son dos elementos que tanto en países desarrollados como los que no, se da uno de estos factores, se está frente a desigualdades e inequidades, los cuales persisten en una población, que difícilmente salen del rezago y los Gobiernos menos hacen para minimizar esas brechas existentes en la ciudadanía y principalmente con características de discapacidad.

Pero como lo refiere Calame, P. , (2003 p. 20) con la traducción de Marcela la Grande (2008) sobre gobernanza:

Nos esperan transformaciones gigantescas en este siglo comparables, por su

envergadura, al paso de la Edad Media a la Edad Moderna. De cara al futuro, la capacidad de nuestras sociedades para concebir y conducir dichos cambios será decisiva. ¿Ya estamos listos? ¿Nuestra actual forma de gobernanza, en todos los niveles, se adapta a estos nuevos desafíos? Personalmente creo que no. Tal como lo demuestra el ejemplo del Estado y del derecho internacional, seguimos pensando el mundo del mañana con las ideas del ayer y pretendemos administrarlo con las instituciones de anteayer.

Es oportuno traer a colación la parte histórica, que muy bien recoge el Profesor Javier Barrientos Grandon que citado por Bach y Espejo, (agosto 2022) refieren:

I. El *status* como clave de la cultura del derecho común: Sin *status* no hay persona La cultura jurídica del derecho común construyó y desplegó sus categorías y discursos, sobre la lectura y relectura de diversos pasajes del *Corpus Iuris Civilis*. Los juristas desde el siglo XII en adelante se encontraban en el

Corpus con las voces "*status*", "persona" y "*homo*" en muy variados textos, pero especialmente en un título del Digesto 1 y en dos de las Instituciones. 2 en el título del Digesto y en el primero de las Instituciones se recibían, con mayor o menor amplitud, ciertos pasajes de las Instituciones de Gayo; estos últimos se sitúan como el más decisivo punto de referencia para la construcción de una disciplina de las personas en todo el derecho anterior al tiempo de las codificaciones. De estos textos resultó una triple 1 V. CIC, Digesto, 1.1,5. 2 V. CIC, Instituciones, 1. I, 3 y 1. I, 16. Sumario: I. El *status* como clave de la cultura del derecho común: Sin *status* no hay persona; II. *Capax*: una aptitud particular en la cultura del derecho común; III. La *capacitas* y su generalización ligada a la construcción de la categoría de sujeto de derecho. (p. 36)

Los artículos referidos en el Código Civil de Guatemala, enfatiza:

ARTÍCULO 9o. Los mayores de edad que adolecen de

enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción... La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos...
ARTÍCULO 12. La interdicción puede solicitarla indistintamente el Ministerio Público, los parientes del incapacitado o las personas que tengan contra él alguna acción que deducir; y 11 Incapacidad: defecto o falta total de capacidad, entendida como la carencia de aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Mencionado por el Congreso de la República de Guatemala, citan a Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, página 528, Interdicción significa: "Situación en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas para la realización de todos o de algunos actos de la vida civil."

De igual manera este artículo se cita literalmente con su reforma,

dejando precisamente en los tutores la toma de decisiones de las personas con discapacidad, según corresponda para cada situación, pero que invita a las reformas debidas tomando de base el instrumento internacional de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por el Estado de Guatemala.

ARTÍCULO 13.* Quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia, y los sordomudos tienen incapacidad civil para ejercitar sus derechos, pero son capaces los que puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

* Reformado por el artículo 1 del Decreto-Ley Número 218
ARTÍCULO 14. Los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.

Según la Asamblea Nacional Constituyente (ANC 31 de mayo de 1985 p. 7) refiere que:

ARTICULO 53. [Personas con discapacidad Minusválidos. El Estado garantiza la protección

de los [Personas con discapacidad minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad. La ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios.

Algo que sin lugar a dudas es importante destacar, aún con las pocas posibilidades de adentrarse a cada elemento que permita identificar si existe protección o no a la población con discapacidad y el ejercicio de sus derechos, según lo establecido en el inciso m del artículo 102 constitucional, el cual literalmente dice: “m) Protección y fomento al trabajo de los ciegos, minusválidos y personas con deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales;” (ANC, 31 de mayo de 1985 p. 12)

Además, si en función de protección social y respuesta de

Estado, luego de una pandemia que persiste y las condiciones para países pobres o en busca de desarrollo, no logra desagregar datos que refieran los satisfactores brindados para este grupo de la población y con ello visibilizar, lo que establece el siguiente artículo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD, 2006 p. 17-18) que literalmente dice:

Artículo 28

Nivel de vida adecuado y protección social

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección

social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;

b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;

c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios

de cuidados temporales adecuados;

d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;

e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Para lograr una protección social o bien recibir un bien público de calidad, debe adoptarse el artículo siguiente de la CDPD para minimizar ese impacto desfavorable para la población con discapacidad. (p. 9)

Artículo 13

Acceso a la justicia

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la

declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Lo refiere la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014 pp. 68-80) parafraseando lo establecido en este protocolo de actuación debe tenerse en consideración los diversos aspectos de la capacitación a los que imparten justicia y todo lo referido a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser una realidad, cuestión que siguen en discusión en países con mejor estructura en favor de esta población. Además, la figura de los tutores toman la voluntad de las personas con discapacidad y

para reconocer el ejercicio de que la propia persona con discapacidad debe tomar sus propias decisiones y así contar con un sistema de apoyo en lugar de uno de sustitución, cuestión que no se dará de la noche a la mañana pero que según las particularidades de cada persona con discapacidad, así se deberá proceder y para ello dignificárseles, teniendo las mayores dificultades en los procesos de justicia, donde las personas con discapacidad cognitiva, psicosocial, auditiva, visual, entre otras encuentren limitaciones y restricciones en su capacidad jurídica, esta tendrá que considerar el enfoque social y de derechos humanos, sin que menoscabe el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad al igual que una persona sin discapacidad, con medidas de accesibilidad, ajustes razonables, procesos diferenciados, sistemas de apoyo o asistencia según se requiera para ser sujeto con derechos y obligaciones. Son diversos ejemplos tratados en dicho documento en el que las sentencias quedan plasmadas en

el mismo a manera de referencia fundamental en jurisprudencia en favor de las personas con discapacidad.

A manera de conclusión

El Estado de Guatemala requiere reformar diversa legislación entre la que se encuentra el Código Civil, como la propia ley de atención a las personas con discapacidad y así brindar respuesta inclusiva en la protección y ejercicio real de derechos humanos.

Se debe tener una ley sobre certificación de la discapacidad, que establezca el grado de la misma y con ello se cuente con una identificación clara de las diversas condiciones de discapacidad, con datos desagregados donde se tenga preciso quienes gozan de alguna necesidad cubierta, que el Estado de respuesta desde sus programas sociales y de otra índole para este grupo de la población, que en efecto se encuentra en mayores desventajas ante la sociedad y debiese ser priorizada de manera diferenciada.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente (31 de mayo de 1985). Constitución Política de la República de Guatemala.

Bach, M. y Espejo Yaksic, N. (agosto 2022). Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Editores, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Calame, P. (2003) traductora Marcela la Grande (2008). Hacia una revolución de la gobernanza. Reinventar la democracia. Biblioteca de Ciencias Sociales. Vol. 63. Universidad Andina Simón Bolívar.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto Ley 106. Código Civil de Guatemala. Recuperado y fecha de consulta: 14 de noviembre de 2022 https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_guatemala.pdf

Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Suprema corte de justicia de la nación (2014). Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad. Formación y diseño editorial, Dirección General de Comunicación y Vinculación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda edición. www.supremacorte.gob.mx

VIDA INDEPENDIENTE: CONDICIÓN INDISPENSABLE EN LA PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA MUJERES Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD

*Silvia Judith Quan Chang**

La violencia es un fenómeno social cuyas causas son multidimensionales y sus orígenes se encuentran en las relaciones inequitativas de poder.¹⁴ Con dicha premisa, se desvela con claridad la posición en la que se encuentran las mujeres y las niñas con discapacidades en la jerarquía social, orden del cual no está exento ningún país o cultura en el mundo. Los prejuicios y

estigmas, la desvalorización como efecto del capacitismo¹⁵ que afectan el cumplimiento del mandato social de las mujeres, coloca a quienes experimentan vivir con una discapacidad en la jerarquía más baja de ese orden social y, por tanto, ante relaciones muy desiguales de poder frente a los demás sujetos, tanto individuales como institucionales. De manera fundamental, han sido las

* Silvia Judith Quan Chang experta independiente del Comité de las Personas con Discapacidad 2011-2016

¹⁴ Rodney Rodriguez, C. et al. La violencia como fenómeno social. UNESCO, 2020

¹⁵ ONU - Relatora Especial para los derechos de las personas con discapacidad, 2020. Informe temático sobre los efectos del capacitismo en la práctica médica y científica presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 43er período de sesiones (A/HRC/43/41).

instituciones – el Estado, las iglesias y las familias - quienes han contribuido en mantener estas relaciones tan desiguales de poder: las iglesias han perpetuado los prejuicios que relacionan las discapacidades con el castigo divino por los pecados, y reforzado los mensajes sobre el mandato social de las mujeres en donde la discapacidad no tiene lugar; las familias y sociedades han funcionado bajo tales esquemas dictados por la vergüenza y sentimientos de culpa; el Estado, sobre todo el guatemalteco, ha respondido con legislación y políticas que restringen la capacidad jurídica en los diferentes ámbitos de participación, desde la esfera civil pasando por la familiar, legal y judicial.

Debido a tan diversas causas y actores, combatir la violencia en contra de mujeres y niñas con discapacidades puede significar una tarea muy compleja. Se debe involucrar a las diversas instituciones del Estado y sociales, las mencionadas anteriormente y otras que

desempeñan un rol fundamental en la concientización y facilitación de cambios generacionales, como lo son los tres niveles del sistema educativo, los medios de comunicación, la academia, los centros de investigación y generadores de opinión. El propósito es propiciar cambios de actitudes, eliminar prejuicios y adoptar miradas respetuosas hacia aquellas personas que se consideran diferentes. Este último criterio se destaca por ser claramente subjetivo y, por lo tanto, también experimentado por las propias mujeres y niñas con discapacidades, quienes asumen la opresión como su destino, al no encontrar medios sociales, políticos y económicos, principalmente materiales, que les permita ser autónomas, herramienta indispensable para empezar a cerrar esa enorme brecha de desigualdad en el ejercicio del poder personal y colectivo.

Histórica y tradicionalmente, se ha considerado a las personas con discapacidad como incapaces de tomar sus propias

decisiones, y esto se ve reflejado en la legislación y normas que restringen parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo cual se ha normalizado en las prácticas de invisibilización, aislamiento y silenciación: las personas con discapacidad no son vistas ni oídas por la sociedad. En el caso de las mujeres y las niñas con discapacidad, la restricción a su capacidad jurídica se proyecta en todo lo relativo a sus derechos sexuales y derechos reproductivos: la violencia física, sexual y económica son manifestaciones de esas relaciones desiguales de poder que intensifican la opresión, y que las deja a merced de sus opresores, inhabilitándolas para participar en cualquier tipo de actividad, ya sea en la esfera privada o en la pública.

La autonomía de las mujeres con discapacidad también se ve afectada debido al prejuicio generalizado de que son incapaces de autogobernarse, que no tienen los elementos

necesarios para tomar decisiones sobre su propia sexualidad y su cuerpo, que no comprenden y, por lo tanto, es necesario que terceros decidan por ellas, pensando en su “interés superior” o su “protección”, anulando así toda posibilidad de que las decisiones de las mujeres y las niñas con discapacidad puedan tomarse sobre los principios de la voluntad y las preferencias.

Para romper con estos esquemas de desigualdad y opresión, se requieren adoptar medidas desde múltiples esferas y visiones, que deben incluir condiciones necesarias para la garantía y ejercicio de todos los derechos humanos, y sobre todo el combate de la discriminación y la violencia, y la implementación de las políticas dirigidas al desarrollo inclusivo de la sociedad como conjunto. Al hablar de derechos humanos, el marco de referencia que el Estado debe obligadamente utilizar, es el de la Convención de Naciones Unidas sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

La vida independiente es un movimiento que se gestó desde las propias personas con discapacidad y que reivindica el derecho a decidir sobre las cuestiones propias, la autonomía individual, sobre todo la moral, y la libertad de decidir sobre sus actividades esenciales, con quién y cómo vivir, valiéndose de apoyos para el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo de otras personas que puedan desempeñar profesionalmente la asistencia personal. La asistencia personal, profesionalmente formada y que obedezcan una conducta ética y objetiva, son fundamentales para el logro de la vida independiente y la participación plena y en igualdad de condiciones con los demás, en cualquier espacio y ámbito de acción. La vida independiente refiere a la posibilidad de elegir y de tener el control de la propia vida, y no debe de malinterpretarse como poder

hacerlo todo individualmente sin el apoyo de nadie.

La vida independiente y a ser incluido en la comunidad se consagra en el artículo 19 de la CDPD como un derecho humano, aunque por definición, refiere tanto a aspectos relativos a los derechos civiles y políticos, así como a derechos económicos sociales y culturales. En la observación general no. 5 sobre este tema adoptada en 2017, el Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reafirma esta naturaleza mixta: “El derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad solo puede lograrse si se hacen efectivos todos los derechos económicos, civiles, sociales y culturales establecidos en esa norma. El derecho internacional de los derechos humanos impone unas obligaciones de efecto inmediato y otras que pueden cumplirse progresivamente. La efectividad plena también requiere cambios estructurales que quizá tengan que introducirse por etapas, ya se

trate de derechos civiles y políticos o de sociales, económicos y culturales.”¹⁶

El presente texto no pretende enumerar de manera exhaustiva todas las obligaciones respecto a lograr la garantía plena de la vida independiente, sino abordar los elementos fundamentales que pueden intervenir en la prevención y eliminación de la violencia en contra de mujeres y niñas con discapacidad. Una de las reivindicaciones principales que nacen desde el movimiento de personas con discapacidad, es que el Estado asegure que quienes lo requieran cuenten con asistencia personal que aseguren condiciones de vida dignas y faciliten su participación, en igualdad de condiciones con los demás. Adicionalmente, que dicha asistencia personal también permita que las personas con discapacidad puedan elegir en dónde y con quién vivir, dicho

de otro modo, que puedan decidir, como lo hacen las demás personas, su arreglo de vida dentro del contexto social y cultural respectivo.

Cuando se trata de mujeres y niñas con discapacidad, la asistencia personal puede requerirse desde el apoyo con el cuidado e higiene personal, incluyendo la gestión menstrual, la alimentación y otras rutinas diarias, pasando por actividades relacionadas con la educación y el trabajo. Las primeras que aquí se refieren, que se ubican en una esfera muy íntima, deben de recibirse de una manera objetiva, de una persona que tenga la preparación ética y profesional adecuada, por ser el ámbito personal más complejo, y en donde lo personal y privado pueden detonar formas de violencia muy sutiles, microviolencias reiterativas que con el paso llegan a ser parte de las formas que, dentro de la

¹⁶ Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2017. Observación general no. 5 (2017) sobre vivir independientemente y ser incluido en la comunidad, párrafo 7.

opresión, quienes la experimentan prefieren dejarlo pasar antes de arriesgarse a perder la asistencia.

La falta de formación y/o preparación para proporcionar esta asistencia o servicios de cuidado, pueden tener consecuencias como el daño físico, la manipulación inadecuada y/o abusiva, el deterioro de la salud física hasta la aparición de nuevas discapacidades o el agravamiento de las ya existentes, todo lo anterior en las mujeres o niñas con discapacidad. Para las personas que proporcionan esta asistencia o cuidados, estos generalmente se suman al trabajo no remunerado del hogar lo que con frecuencia resulta en la acumulación del cansancio físico, mental y emocional, el exceso de tareas hace que éstas se prioricen y bajo la sombra del capacitismo que considera las vidas de las mujeres y niñas con discapacidad como trágicas y prescindibles, la asistencia que ellas requieren se va

postergando hasta el último rincón de prioridades.

Es preciso subrayar que en países en donde las personas con discapacidad son desvalorizadas, invisibles a la sociedad, irreconocidas por el Estado, es el caso de Guatemala, los tomadores de decisión, quienes hacen las políticas públicas, no han colocado estos temas dentro de su horizonte político. No existe. Al carecer de medidas gubernamentales para satisfacer esta necesidad concreta, las personas con discapacidad no tienen otra opción más que la de recurrir a quienes integran su entorno familiar, en el caso en que se cuente con tal. Y es que las personas con discapacidad, junto con las personas mayores – muchas de las cuales tienen discapacidades adquiridas con la edad -, los grupos poblacionales que sufren de mayores índices de abandono y desprotección, una de las causas principales siendo esta carga de trabajo no remunerado que es la asistencia, o el cuidado, de los otros miembros familiares.

La asistencia personal es indispensable para que las personas con discapacidad logren autonomía y condiciones de vida dignas. Sin embargo, el Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁷ ha constatado que persisten barreras para el alcance de la vida independiente de las personas con discapacidad, entre las cuales se encuentran: la ausencia de asignaciones presupuestarias y marcos jurídicos adecuados para la prestación de asistencia personal y apoyo individualizado, las ideas erróneas sobre el derecho a vivir de forma independiente, y la integración insuficiente de la discapacidad en las asignaciones presupuestarias generales, los prejuicios y las ideas capacitistas que impregnan la legislación que restringe la capacidad jurídica y que acepta la

institucionalización como respuesta social y del gobierno.

La inexistencia de legislación y políticas sobre la vida independiente de personas con discapacidad las deja en una situación extrema en donde no les es posible elegir ni decidir por sí mismas, cuando la inexistencia de alternativas obliga a las mujeres con discapacidad a recurrir al apoyo no profesional de sus familias. Como consecuencia de tal situación, la violencia suele estar presente en las acciones más cotidianas, que para otras personas que no experimentan estos requerimientos suele pasar desapercibido. Esto incluye desde levantarse y salir de la cama para pasar a la higiene personal y vestido, las comidas, la administración de medicamentos /o el uso de dispositivos y accesorios relacionados con el cuidado de la discapacidad, las comunicaciones y el acceso a la

¹⁷ Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2017. Observación general no. 5 (2017) sobre vivir independientemente y ser incluido en la comunidad, párrafo 15.

información. En países como Guatemala, se cree erróneamente que una persona que tiene estas necesidades de apoyo sería mejor atendida en una institución, pero la evidencia demuestra que las instituciones suelen ser lugares peligrosos, por las múltiples formas de violaciones de derechos humanos que han sido documentados que suelen ocurrir en este tipo de entidades, y porque las personas que se encuentran viviendo bajo un esquema institucional pierden totalmente el control de sus vidas y las deja a merced, de manera arbitraria, de quienes tienen la institución bajo su responsabilidad.

La vida independiente es solo una de las tantas reivindicaciones que hacen las personas con discapacidad en la CDPD. Todas las personas con discapacidad, indistintamente del tipo de discapacidad, la edad, el género u otras circunstancias personales, requerirán de asistencia personal para llevar a cabo alguna actividad o desarrollar

alguna forma de participación. Es cierto que en muchas ocasiones, la asistencia personal se brinda de manera informal y puede ser que con eso sea suficiente; aun así, es necesario que se garantice la vida independiente para todas las personas con discapacidad, es un derecho humano y el Estado de Guatemala debe de cumplir con él.

La capacidad jurídica es fundamental, se deben de eliminar la legislación y políticas, así como las prácticas que restringen el derecho a decidir, son inconsistentes con la vida independiente y violatorios de los derechos de las personas con discapacidad. Las prácticas sociales aceptadas que caen en esta categoría incluyen la esterilización no consentida, la medicación represiva y la institucionalización forzada.

La asistencia personal, como un derecho que se integra para la vida independiente, debe de ser posible no solo para cubrir actividades en el hogar, sino debe de estar disponible para

participar en el ámbito educativo, laboral, la participación social, cultural y política; incluso debe de ser posible contar con asistencia personal para desempeñar mejor las actividades relacionadas con la gestación y la maternidad. No se puede olvidar cuál es el propósito de la asistencia personal: poder tener el control de la propia vida, poder elegir y ser incluida plenamente en la comunidad, se debe tener en cuenta que son derechos que se basan en los principios de la voluntad y las preferencias de la persona en cuestión.

Una buena planificación debe partir de un diagnóstico con enfoque de derechos. Guatemala cuenta con información importante que recopiló en el último censo de población (2018) así como en la II encuesta nacional de personas con discapacidad de 2016. Ambos resultados arrojan información cuantitativa como cualitativa, que puede ser utilizada para hacer estimaciones actuariales que

definan mejor la inversión pública, y el tipo de política y programas que deberán ponerse en práctica para garantizar este derecho.

Los servicios de apoyo que se diseñen e implementen como parte del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala, deberán ejecutarse en consulta estrecha con las personas con discapacidad, incluyendo especialmente a mujeres y niñas con discapacidad, y las organizaciones que las representan. Se deberá crear paralelamente un mecanismo de supervisión independiente que asegure que estos servicios se brinden con enfoque de género y de acuerdo con la edad, y medidas necesarias para prevenir y eliminar todo tipo de abuso y violencia.

Por último, es indispensable que existan instituciones gubernamentales que cuenten con personal experto en los derechos de las personas con discapacidad, que puedan contribuir a la adecuada

planificación e implementación de los servicios de apoyo y asistencia personal, sobre la base de los principios ya mencionados.

LÍMITES Y ALCANCES DE LOS CONTROLES INTRA ESTATALES A LOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE ESTABLECIDOS.

*Víctor Manuel Valverth Morales**

Hace apenas pocas décadas que las personas con discapacidad irrumpieron en defensa de sus derechos, ejercitando su ciudadanía y demandando igualdad. Bajo la premisa que nada sobre las personas con discapacidad debe decidirse sin su participación, emprendieron cruzadas para ampliar sus derechos y promovieron el cambio de paradigma de las normas jurídicas al respecto. De un sistema asistencias, se pasó a una concepción social de la discapacidad. Esta implica participar activamente en todos los ejercicios ciudadanos, tales como el control de las acciones que el Estado lleva a cabo en ejercicio de las atribuciones que la Constitución le adjudica. En suma: el control del poder.

Resumen:

En el presente trabajo se aborda el fenómeno del constitucionalismo desde el punto de mira de su eje central: el control del poder, con enfoque en los controles horizontales o *intra* estatales y, cuando los mismos resultan defectuosos por perversión del sistema político que eleva los

niveles de consenso entre quienes están llamados a ejercer esos controles, procede la intervención ciudadana en ejercicio de controles verticales de abajo hacia arriba en ejercicio de lo que se ha dado en llamar auditoría social, que tiene su fundamento en el artículo 41 de la Constitución Política de la República: La soberanía radica en el pueblo

* Víctor Manuel Valverth Morales es profesor del Doctorado en Derecho y Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de San Carlos de Guatemala

quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Transversalmente el tema se encuentra vinculado con la legitimidad del poder de dominación de los organismos del Estado, concepto que se desarrolla desde la óptica sociológica, en vista que, el reconocimiento que hagan los destinatarios del poder hacia el poder mismo, resulta determinante para su propia eficacia.

Y al tratar el tema del control, surge su contraparte en materia de legitimidad del poder: el consenso. La tesis adoptada para el efecto es la de Diego Valadés quien postuló que entre ambos conceptos debe existir un equilibrio necesario para que ambos hagan posible el funcionamiento del Estado regulando el ejercicio del poder al impedir la arbitrariedad y otros fenómenos que de ella derivan.

Palabras clave: Legitimidad, control del poder, consenso,

eficacia del ordenamiento, participación ciudadana.

I. Introducción

En el presente trabajo se indaga sobre la naturaleza del constitucionalismo moderno que bajo el modelo de Estado de Derecho con el enfoque positivista, en que el derecho legislativo tiene preponderancia, el Estado de Derecho viene siendo la sujeción de todos –incluyendo los poderes estatales- a la ley.

La diferencia con el Estado Constitucional de Derecho, lo que Luigi Ferrajoli denomina bajo el enfoque neo positivista, es que éste se refiere a la preeminencia de las normas constitucionales y lo que de ellas deriva, particularmente la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que desarrollan la norma fundamental en la medida que evolucionan las sociedades.

Pero enfocados en el constitucionalismo moderno, nos centramos en el concepto de control del poder, que es el eje

trasversal del mismo, sin obviar otros aspectos estructurales del Estado que son específicos a su ingeniería institucional y que se centra en la división de funciones mediante la delegación de soberanía que el pueblo hace en los tres organismos para configurar lo que hemos entendido como República.

De esa cuenta analizaremos las derivaciones de controles *intra* estatales, como controles cruzados que el diseño constitucional establece para impedir las extralimitaciones, y también los controles externos a los poderes estatales institucionales, que se hacen descansar en lo que se ha denominado auditoría social y que se justifican cuando los controles internos devienen ineficaces.

¿Qué justifica esta dinámica ciudadana de vigilar a los poderes? Pues por una parte que mediante el logro de “consensos” en exceso, los organismos convengan “dejar

hacer” al otro sin oponer ninguna interferencia, lo cual es un riesgo en el ejercicio del poder; y por la otra parte, que la soberanía en su concepto actual reside en el pueblo y solo por delegación se deposita en las manos de los organismos estatales. En fin de cuentas el soberano es el pueblo y no se le puede regatear el derecho de hacer las acciones que disponga para resguardar su propia soberanía.

II. La esencia del constitucionalismo moderno: Los controles al poder

Desde el planteamiento de Montesquieu respecto de la división de funciones y la enorme influencia que ha tenido históricamente en el constitucionalismo, se comprende que esa arquitectura de “poderes” con funciones diferenciadas nació con el desiderátum de anteponer frenos y contrapesos de tal manera que si uno de los organismos estatales supera los límites de lo razonable y de lo

permitido, otro puede oponer acciones de contención y así mantener el equilibrio deseado para la estabilidad política y jurídica.

Es claro que el desarrollo del Derecho Constitucional contemporáneo va más allá de los controles, pero este eje central del mismo no desaparece con la evolución ya sea por reforma o mutación ni tampoco por las corrientes actuales sobre los alcances de la interpretación y la preeminencia que se da a los jueces constitucionales. “Hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se realice

(...) o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico.”¹⁸

El equilibrio de poder es fundamental para la estabilidad política de los Estados por lo que el diseño constitucional precisa de contrarrestar el dominio a fin de dar espacio a los contrapesos. Y dada la naturaleza del poder se requieren todos los controles que sean necesarios para evitar su desnaturalización toda vez que “quien ejerce el poder político en todo tipo de estructura de gobierno pretende hacerlo sin límites y su objetivo muchas veces inconfesable es huir de cualquier clase de controles o en su defecto, disimular o reducir sus efectos”.¹⁹

Si el control del poder es aplicable para todos los ámbitos

¹⁸ ARAGÓN, Manuel. Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control. Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

UNAM. www.juridicas.unam.mx (recuperado el 3/09/2020) Pág. 81.

¹⁹ JIMÉNEZ ASENCIO, Rafael. Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones. Marcial Pons, Madrid, 2016. Pág. 15.

de la vida, con mayor razón lo es para el poder estatal por lo que las normas de la Constitución deben orientarse a dar viabilidad a los fines del Estado que necesariamente son atravesados por el bien común. De esa cuenta destacamos que la idea clave de Montesquieu en El Espíritu de las Leyes “no era otra cosa que la construcción de un diseño de equilibrio institucional mediante la inserción de un sistema de balance de poderes o de pesos y contrapesos que impidiera la concentración de poder y frenar su uso despótico o tiránico.”²⁰ La arquitectura constitucional requiere de esos balances y el Tribunal Constitucional tiene ante sí la delicada misión de vigilar que aquellos mecanismos de equilibrio funcionen con el fin de mantener la institucionalidad, la estabilidad política y el bien común.

“La política es una sola. No importa si uno busca alcanzar la presidencia de los Estados Unidos la dirección de un Rotary Club local o la secretaría de un centro de estudiantes. Las estrategias y las tácticas que funcionan para uno funcionarán para el otro.”²¹ Y esas estrategias suelen tener la tendencia a las desviaciones que ya se señaló como propias del poder por el poder mismo. En el ámbito de lo cotidiano, de una asociación civil, o de un comité de vecinos, no tiene mayor trascendencia, pero cuando se trata de un Estado, los frenos tienen relevancia fundamental porque de ellos depende la existencia del Estado mismo como una democracia o su desviación hacia una tiranía.

Por tanto, para el ejercicio de limitación al poder podemos identificar los controles horizontales propiamente y los controles verticales *top down* y

²⁰ *Ibíd.* Pág. 17.

²¹ MORRIS, Dick. Juegos de poder. Editorial E Ateneo, Buenos Aires, 2003, Pág. 14.

bottom up. Los primeros se ejercitan mediante el modelo de frenos y contrapesos entre organismos estatales (entre pares) y los segundos son los de control jerárquico de arriba hacia abajo y los controles ciudadanos de abajo hacia arriba que, como se ha dicho, constituyen uno de los mecanismos del ejercicio de la soberanía popular. Con otra denominación, Valadés les denomina controles internos y externos para referirse a los intraestatales y a los controles del soberano, respectivamente. “El control del poder supone dos niveles distintos de acción: por un lado, los que el poder se autoaplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana. A la primera modalidad se le puede denominar controles internos, que se producen con diferentes grados de concentración o desconcentración. (...) A su vez, los controles externos

suponen la intervención de agentes de la sociedad, como los medios de comunicación, las organizaciones ciudadanas y los electores”.²²

III. Los controles horizontales intraestatales

Bastante se ha escrito sobre los mecanismos diseñados en las constituciones para crear moderación de poderes ya sea en los sistemas presidenciales o parlamentarios, mediante controles que impidan la concentración del poder que abre las puertas a la arbitrariedad y el desequilibrio. El veto presidencial a los decretos legislativos es uno de los ejemplos típicos, que tiene su contrapartida con la facultad parlamentaria de oponerse a los vetos mediante una mayoría calificada, institución que se conoce como Primacía Legislativa. La interpelación de ministros por parte de los diputados, es la figura de control político desde la óptica

²² VALADÉS, Diego. El control del poder. 3ª. Edición, Ed. Porrúa, México 2006, Pág. 3.

parlamentaria, figura que, en Guatemala, puede derivar en la obligada renuncia del interpelado, en caso que por efectos no satisfactorios de sus respuestas haya derivado en un voto de falta de confianza (Artículos 166 y 167 de la Constitución Política de la República –CPR-).

Desde luego, por control del poder en este trabajo nos referimos al control político y no a los controles judiciales que son materia de otra reflexión, toda vez que estos conllevan mecanismos interpretativos y valoraciones sobre cumplimiento de las normas y no sobre la forma y los mecanismos de ejercicio del poder político.

En nuestro sistema operan los controles entre organismos del Estado y entre los que Bidart Campos denominó “órganos extrapoder” para referirse a los órganos del Estado no adscritos

o circunscritos a ninguno de los tres Organismos del Estado en los que se deposita el ejercicio de la soberanía,²³ tales como el Ministerio Público, la Contraloría General de Cuentas, la Procuraduría de los Derechos Humanos. De manera que no hablamos solo de controles recíprocos entre los poderes ejecutivo y legislativo sino los controles cruzados que se llevan a cabo entre los organismos del Estado y entre estos y los órganos extrapoder.

A este respecto vamos a partir de que el diseño de las partes orgánicas en nuestras constituciones (particularmente la guatemalteca) disponen de una distribución apropiada de competencias para dar ese contenido esencial al constitucionalismo, pero que luego, sobre la práctica misma del poder surgen elementos distorsionantes que impiden el cumplimiento del ideal

²³ BIDART CAMPOS, Germán. Derecho Constitucional del poder. T. I. Buenos Aires, Ediar, 1967, Pág. 129.

constitucionalista: el equilibrio del poder que impide derivar en excesos de discrecionalidad que llevan a la arbitrariedad, que ponen en riesgo la República. Ese elemento puede identificarse en buena medida en el concepto de consenso, del cual nos ocuparemos en otro apartado. Por de pronto dejamos reseñado que el control no es solo un conjunto de mecanismos de ingeniería institucional sino un problema, sobre todo, de ejercicio de una forma de dominación, habida cuenta que controlar al poder es un acto de poder; No se puede ejercer controles horizontales sin una cuota importante de poder y no se pueden ejercitar acciones de auditoría social sin la fuerza y el apoyo ciudadano hacia la organización que realiza este tipo de ejercicio soberano.

IV. Las competencias constitucionales de los órganos estatales

La complejidad en el establecimiento de funciones y atribuciones a los órganos de

control interno ha llevado a identificar áreas de intersección, por lo que, en el afán de cumplir con la misión de control o incluso de establecer líneas sólidas de colaboración entre poderes y órganos extrapoder, suelen confundirse algunas competencias, lo que ha llevado incluso a pensar que quienes tienen por misión legislar suelen pretender trascender al ejercicio de acciones penales (atribución de otro órgano) y, por el contrario, los titulares de la acción penal pública llegan a injerir en la función legislativa presentando proyectos normativos y reclamando participación en las deliberaciones, cuando es sabido [no necesariamente por todos, porque el conocimiento generalizado de la ley es una ficción] que la CPR define los límites de la facultad de presentar iniciativa de ley y no existe para nadie más que a los entes identificados en su artículo 174: *Para la formación de las leyes tienen iniciativa los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte*

Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.

Desde luego, y es necesario dejarlo en claro, esta tendencia a presentar proyectos legislativos al Organismo que tiene la facultad de legislar no es casual ni necesariamente impertinente o grosera sino forma parte de un ejercicio de democracia deliberativa que el propio Congreso de la República suele implementar para revestirse de legitimidad mediante la interacción con instituciones estatales, organizaciones privadas y de los grupos de interés y de presión que en ocasiones se muestran como representantes de la sociedad civil.

El enfoque de legitimidad en el presente trabajo es de orden sociológico, de reconocimiento que la sociedad hace de quien ejerce dominio. Pero, sea como fuere, produce una confusión de atribuciones que también se manifiesta cuando los diputados

en su afán de dar cumplimiento a la misión de controlar al poder incurren en actos propios de la Contraloría General de Cuentas, del Procurador de los Derechos Humanos o de otros órganos de control, o cuando promueven acciones constitucionales para enmendar decisiones que han perdido en la arena política.

Por esa razón es que podemos afirmar que en materia de atribuciones constitucionales de los órganos estatales existe el fenómeno denominado “invasión de competencias” lo que genera niveles elevados de confusión no solo entre importantes segmentos ciudadanos sino entre los mismos funcionarios o dignatarios del Estado. Si le buscamos el lado bueno para el constitucionalismo podríamos decir que amplía el ámbito de los controles, pero si hurgamos el lado negativo habremos de aseverar que trastoca el esquema o modelo querido por el constituyente para mantener el equilibrio del poder con lo

cual dejaría de tener sentido el concepto de “separación de poderes” (separación de funciones) característico del constitucionalismo moderno.

Aunque quizás el aspecto más importante es que en esa confusión o desconcierto que crean estas franjas de intersección en las atribuciones de los entes estatales, no se atente contra las libertades ciudadanas o se contravenga el valor de certeza que el ordenamiento jurídico ofrece a los ciudadanos de un Estado.

Si bien es cierto, el buen funcionamiento del Estado y la buena interacción entre la sociedad política con la sociedad civil, para usar el concepto de Gramsci, la eficacia de los controles no debe llegar a los extremos de paralizar la acción de los entes gubernamentales y con ello dejar de cumplir con los fines del Estado. Esa es la razón por la que resulta recomendable encontrar los puntos de equilibrio entre control y consenso. No se trata que los

funcionarios se ocupen de bloquear a sus adversarios políticos sino de mantener un óptimo entre la fiscalización y la negociación política para alcanzar la armonía en la función cotidiana del Estado.

Por tanto, inferimos que los controles deben estar ajenos a los conflictos de interés político entre los actores y responder a la necesidad de alcanzar la eficacia del Estado en el cumplimiento de sus fines, principalmente el bien común. Y cuando los controles horizontales dejan de funcionar, se justifica el control *bottom up* lo que a su vez se convierte en fuente de tensiones entre el poder político y el poder ciudadano debido a que controlar el poder es un acto de poder.

Por otra parte existen los controles judiciales a cargo de los distintos tribunales que integran el Organismo Judicial, con la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, toda vez que la función jurisdiccional se ejerce, con

exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca [CPR Art. 203]. y también de la Corte de Constitucionalidad cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; en materia de su competencia. Y los controles políticos, a cargo del Congreso de la República.

Así estructurado el “organigrama funcional” definido por la Constitución y desarrollado por las leyes orgánicas establecen con alguna claridad la división de atribuciones, pero permanecen en las normas áreas comunes en que las funciones no son exclusivas sino concurrentes. Y es precisamente en esa concurrencia donde suelen introducirse invasiones entre los organismos y otros entes estatales, situación que en ocasiones ocasiona roces y discrepancias en el poder público.

V. Las desviaciones de la función de control recíproco. El problema del consenso

Para el efecto de indagar sobre los efectos del consenso sobre el ejercicio de la función de control, oponemos ambos conceptos en la acepción más reciente que prescinde de la dualidad *gransciana* consenso/coerción. Oponemos, con Valadés, el consenso al control en el sentido no de consenso social legitimador de las acciones de gobierno, sino el consenso que puede producirse entre los diversos entes estatales llamados a cumplir funciones de control cruzado. “La preocupación dominante por evitar el conflicto político lleva a reducir el papel que los controles desempeñan en una democracia. Un sistema consensuado al máximo es un

sistema controlado al mínimo”²⁴

El planteamiento gira alrededor de la tesis que entre ambos conceptos debe existir un punto de equilibrio. Cuando el nivel de consenso entre órganos es muy alto, el control declina de manera que a mucho consenso, poco control. Ambos conceptos resultan útiles para legitimar al poder por sí mismo y también frente a la ciudadanía, pero se vuelve muy obvio que cuando los “entendimientos”, llámese negociaciones, arreglos, etc., entre los operadores políticos del gobierno y los de la oposición son muy frecuentes y muy cercanos, no hay espacio para que unos sientan la necesidad de controlar a los otros. Por el contrario, cuando las divergencias son notorias, los actos de control se hacen frecuentes e intensos a veces hasta el grado de lo absurdo.

El ejemplo más revelador de esta afirmación es el fenómeno

de paralización que se produjo en la agenda legislativa del Congreso de la República durante varios años en que los actos de control se volvieron no solo frecuentes sino extensos con interpelaciones a ministros que duraron varios meses, fenómeno que produjo otra contradicción digna de estudio por la filosofía política: La minoría impide a la mayoría la toma de decisiones, lo que hacía nugatoria la famosa “regla de la mayoría” que define a la democracia liberal ya que para entonces el vocablo democracia dejó de significar la voluntad de la mayoría.

La figura por excelencia de control político del Congreso hacia el poder ejecutivo puede resultar útil para establecer la veracidad del aserto anterior. En algunas coyunturas históricas, los controles fueron verdaderamente esporádicos derivado de un alto grado de consenso político tal como se

²⁴ *Ibíd.* Pág. 36. Aquí el jurista emite lo que podría considerarse una sentencia lapidaria: *De alguna*

manera, a mayor consenso, menor control.

conoció públicamente durante el gobierno de Oscar Berger, en que se instituyó la figura denominada Programa de Apoyo Comunitario Urbano y Rural –PACUR-, que consistió en otorgar a los parlamentarios cuotas de asignación de obras públicas incorporadas en el listado geográfico para la contratación de empresas a criterio, según sus propios intereses o afinidades²⁵. A cambio se hizo notoria la pasividad de los diputados en materia de control político. Y en ocasiones los controles se han convertido en obstáculos insalvables para el avance de las políticas de gobierno.²⁶

De los ejemplos anteriores se evidencia la necesidad de establecer el punto de equilibrio entre consenso y control. *Prima facie* se puede afirmar que los tramos de esa línea desde “cero control” a excesivos controles que se alejan del óptimo necesario, resultan paralizantes para las políticas estatales en perjuicio de los beneficiarios de las acciones públicas en busca del bien común. La ciudadanía requiere que se controle al poder y con ello se impida su desviación, pero los controles no deben exceder más allá de lo razonable a fin que las políticas públicas puedan fluir desde su construcción hasta su implementación y evaluación. Y, por el contrario, cuando los

²⁵ Cfr. Guatemala un Estado capturado. Informe temático de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala –CICIG-. Guatemala 2019, Pág. 42. (https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/Informe_Captura_Estado_2019.pdf), consultado el 30/09/2020.

²⁶ BAIRES QUEZADA, Rodrigo: “El Ejecutivo y el partido Lider sostienen un reñido pulso por manejar la agenda

del Legislativo. El primero intenta introducir varios paquetes de leyes que le permitan cumplir con sus compromisos de campaña; el segundo, amparado por las interpelaciones, pretende controlar el Congreso. Una negociación entre ambos parece imposible.” Plaza Pública, 7 febrero 2013.

<https://www.plazapublica.com.gt/users/rodrigo-baires-quezada> (consultado el 2 octubre 2020).

controles horizontales se vuelven nulos surge la necesidad de los controles ciudadanos verticales de abajo hacia arriba.

VI. La participación de controles externos por parte del soberano

Como se puede apreciar del desarrollo doctrinario sobre el poder, la tendencia natural del mismo es hacia la extralimitación, por lo que requiere de controles que jurídicamente están previstos como controles cruzados u horizontales, inter órganos. Sin embargo, hay un fenómeno político que también es natural y hasta necesario: la gobernabilidad requiere alcanzar consensos entre los distintos actores políticos, lo cual la hace viable. Solo que, paradójicamente los consensos deben tener ciertos límites razonables para que no se constituyan en componendas que hagan nugatorios los controles recíprocos. Si los consensos se convierten en obstáculo para el control del

poder, surge entre la ciudadanía activa el deber de ejercer funciones soberanas y subrogar a los controles institucionales establecidos por la Constitución y la ley.

La paradoja consiste en que el consenso es por naturaleza bueno y sobre todo cuando se da participación a la ciudadanía. Pero cuando se le excluye y transita hacia los arreglos bajo la mesa, a puerta cerrada o en la opacidad e intereses espurios o perversos, se convierte en un grave inconveniente. La suerte del consenso social es que “una sociedad sin poder impositivo sería aquella donde todas las decisiones se toman por consenso en el seno de la comunidad tras ser discutidas. Son sociedades donde no hay un poder permanente porque el poder está absolutamente compartido por todos los

miembros de la comunidad.”²⁷ Sin la participación ciudadana el consenso comienza a perder sentido.

La interacción ciudadana auténtica no puede fallar porque en primer lugar la población es la titular de la soberanía y en segundo porque no puede actuar o conspirar contra sí misma. “Cada vez que un número mayor de individuos conquista el derecho de participar en la vida política, la autocracia retrocede y la democracia avanza. Junto al argumento ético en favor de la democracia, entendida precisamente como la realización en el terreno específicamente político del valor supremo de la libertad, (...) El argumento político se basa en una de las máximas de la experiencia más compartidas en el pensamiento político de todos los tiempos, de que quien

detenta el poder tiende a abusar de él.”²⁸

Los controles ciudadanos para frenar el poder cuando se extralimita son estrictamente necesarios porque la población es la razón de ser de la democracia incluso por su propio origen etimológico, ya no digamos con la evolución que asimila a la democracia con la promoción y respeto de los derechos fundamentales (individuales y sociales).

En el lenguaje cotidiano se habla de una ciudadanía activa, esto es, una acción que va más allá de presentarse a las urnas una vez cada cuatro años y ejercer soberanía durante unos cinco minutos que dura el sufragio. Se trata de dar sentido al concepto de soberanía popular que es precisamente un constructo que está muy restringido en el texto

²⁷ MENÉNDEZ ALZAMORA. Manuel (editor). Sobre el poder. Ed. Tecnos, Madrid 2007. Pág.28.

²⁸ BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad Por una teoría

general de la política. Fondo de Cultura Económica, México 1996. Pág. 187.

constitucional al volver esporádico el procedimiento consultivo del artículo 173 y al omitir la figura de revocatoria de mandato, que le deja al pueblo la soberanía como una mera declaración retórica.

La suerte de los controles externos es que los actores políticos saben que necesitan legitimarse ante la ciudadanía y que esa legitimación debe ser continua. Eso es lo que lleva a considerar con alguna seriedad —o al menos por mera conveniencia— la dinámica de la democracia deliberativa. Este solo mecanismo de cercanía de los tomadores de decisiones con la población abre las puertas a los controles ciudadanos mediante auditoría social.

Los órganos parlamentarios y también los entes de gobierno central y local, suelen formular consultas a órganos técnicos o convocar a audiencias públicas para legitimar una decisión que a veces está preconcebida. Pero la sola realización de esos ejercicios de deliberación tiene los dos efectos: En primera,

coadyuvan a legitimar las decisiones del poder mediante consenso y en segunda acercan a la ciudadanía para tomar conocimiento de las decisiones que serán tomadas, antes que las mismas se formalicen. Esto encuentra su explicación por la propia dinámica del legislador y por la necesidad que tiene el sistema que sus normas vigentes sean a la vez positivas y no meras declaraciones de una intención normativa. El cumplimiento de la norma y su misma eficacia tiene mucha dependencia de los procesos sociales seguidos para su formación, que pueden tener como producto el reconocimiento social a la norma jurídica.

La eficacia, es decir su obediencia, puede tener estrecha relación con el reconocimiento a su contenido y en ocasiones al reconocimiento social hacia su creador. No obstante lo anterior, es preciso aclarar que la obediencia a la ley no necesariamente está determinada por el

reconocimiento de la legitimidad de la misma ni del órgano que la creó, sino puede deberse a otras razones: “por razones de oportunidad, por causa de intereses materiales propios, o aceptarse como algo irremediable en virtud de debilidades individuales y de desvalimiento”.²⁹

Los procedimientos deliberativos previos a la toma de decisiones constituyen un buen instrumento de legitimación, y al mismo tiempo abren las compuertas para acercar a los gobernados con los gobernantes, porque para participar avalando una decisión se requiere que le compartan información sobre la cosa pública y con ello se configura un acercamiento a la auditoría social que se hace siempre necesaria cuando los controles paralelos, horizontales, internos o *intra* estatales son nugatorios, y el

soberano intuye que el poder está en riesgo de corromperse o, cuando menos, volverse arbitrario.

En conclusión, si nos preguntamos sobre la justificación de la dinámica ciudadana de controlar el poder, una vez hechas las consideraciones sobre las características de éste y que la racionalidad del constitucionalismo moderno conduce a identificar el control como un eje transversal del mismo, y si tomamos en cuenta que la separación de funciones entre órganos estatales que tiene previsto aplicar el modelo de frenos y contrapesos puede, en ocasiones, no funcionar adecuadamente por los arreglos políticos entre los operadores de gobierno y la oposición, se justifica que los ciudadanos en ejercicio de la soberanía popular, elemento distintivo del Estado moderno, se empodere y

²⁹ WEBER. Max. Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva Fondo de cultura

económica México 1964 / 2008. Pág. 172.

reclame para sí esa facultad que le otorga el solo hecho de ser el titular de la soberanía.

La estructura del Estado en el diseño constitucional incluye facultades diferenciadas y hasta enfrentadas para impedir que un poder pueda extralimitarse y romper el equilibrio. No obstante, la dinámica de la política entre gobierno y oposición lleva en ocasiones a puntos de consenso extremo que vuelve decorativos los controles recíprocos, lo que justifica la aplicación de los controles verticales, ciudadanos... soberanos.

En un sistema presidencial como el guatemalteco los controles horizontales quizás más relevantes y notorios son los controles que realiza el Congreso de la República respecto del funcionariado público mediante las figuras de interpelación [artículos 166 y 167] y las citaciones o preguntas parlamentarias [artículo 168 CPR]. Dichos controles pueden ser extremos al grado de provocar la parálisis

de la administración pública y el gobierno de turno o pueden ser tan laxos, blandos y débiles que, en un ambiente de máxima tolerancia se propician actos de corrupción en desmedro de la ética política-funcionarial y pérdida de cuantiosos recursos, lo que acarrea como consecuencia el incumplimiento del fin último del estado que es la consecución del bien común.

De lo anterior se infiere que el desiderátum del constitucionalismo moderno es que el sistema de frenos y contrapesos funcione adecuadamente, pero cuando eso no sucede, se activan, quizás como acto reflejo, los controles soberanos mediante diversas acciones como la que se conoce genéricamente como auditoría social.

SOBRE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS Y EL DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

*René Arturo Villegas Lara**

El profesor peruano Juan Manuel Sosa Sacio, Jefe del Área de Derecho Constitucional en la Gaceta Constitucional del Perú, ha publicado en La Academia (<https://www.academia.edu>), un detenido estudio sobre el tema de los derechos no enumerados y el libre desarrollo de la personalidad. Por el interés que despierta el tema, nos referiremos al contenido de este trabajo relacionando la exposición con lo que está previsto al respecto en la Constitución Política de Guatemala.

1. Panorama del tema

En el mundo político y constitucional predomina la ideología de los derechos fundamentales, que se les tiene como prevalentes o de alta

jerarquía en la interpretación y aplicación de la Constitución y ley. No obstante, no existe consenso en cuanto a determinar cuáles son esos derechos fundamentales y qué debemos entender por derechos fundamentales, pues es común estimar que son las garantías individuales que vienen del liberalismo del siglo XVIII y XIX o los derechos humanos que tienen gran difusión a partir de la Segunda Guerra Mundial. En nuestro caso, la Constitución reconoce y tiene positivados expresamente los derechos humanos, tanto individuales como sociales. Algunos de ellos puede considerarse como fundamentales y otros simplemente constitucionales, dividiéndolos en garantías individuales y derechos

*René Arturo Villegas Lara es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de San Carlos y en la Universidad Mariano Gálvez.

humanos sociales, sin perjuicio de las normas contenidas en tratados y convenciones de derechos humanos de las que Guatemala es parte y que gozan de la misma jerarquía de que están investidas las normas constitucionales; pero, como derechos fundamentales, con esa denominación, solo encontramos positivado expresamente el derecho a la salud, según el artículo 93 constitucional, lo que no significa que otros derechos como garantías individuales o como derechos sociales, no deban tenerse como fundamentales según la naturaleza finalista de la Constitución Política de la República.

Del tema de los derechos fundamentales se desprende un problema cuando se habla de *derechos no enumerados y del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad*. Los primeros están previstos en nuestro texto supremo en el artículo 44 constitucional cuando, como cláusula abierta, preceptúa que

los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluye otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Esta cláusula abierta aparece ya en la Constitución de los Estados Unidos en la novena enmienda de 1791, cuando dice que además de los derechos que expresa la Constitución, se goza de otros que la persona retiene cuando funda la organización estatal, que es una expresión de tinte contractual, de manera que no es un tema nuevo y se pueden concebir como derecho natural, propio de la condición humana y que los hombres se reservan para sí al celebrar el pacto social de la teoría del contrato social de Rousseau.

¿Cómo se singularizan estos derechos no enumerados en la práctica? Según el autor sólo pueden construirse judicialmente a partir de los valores, los principios y la finalidad de los postulados filosóficos y morales de la Constitución.

En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad,

dice el profesor Sosa Sacio, que es un derecho fundamental genérico que le permite a la persona realizar cualquier acto que no esté prohibido por una norma jurídica. En el fondo es el derecho de acción para hacer lo que la ley no prohíbe, que recoge el conocido principio de que lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido y que regula el artículo 5 de la Constitución Política de Guatemala como garantía individual. Al contrario de este postulado, para el funcionario y empleado público lo que no está permitido está prohibido, que es el principio de legalidad y que define la competencia del funcionario estatal.

Según el autor, la determinación de los derechos no enumerados es una tarea de los jueces; mientras que fijar los alcances de la libertad de acción es una tarea del constituyente en cuanto a establecer sus limitaciones constitucionales; aunque también el legislador ordinario impone limitaciones en las leyes ordinarias, siempre

que no riñan con los derechos individuales que norma la Constitución.

El reconocimiento de los derechos no enumerados y el alcance de la libertad del accionar humano, varía según el modo de pensar de quien expresa e interpreta una norma jurídica y que expresará un sentido normativo distinto si se produce desde una posición liberal, conservadora, socialista, anarquista, republicana, etc. Sin embargo, hay que decir que las corrientes ideológicas que más inciden en estos dos temas son el pensamiento liberal y el pensamiento republicano a partir de la Revolución francesa.

2.-Constitucionalismo y derechos fundamentales

En principio el constitucionalismo estuvo ligado a la filosofía política liberal. El primer constitucionalismo, conocido como constitucionalismo liberal, se basó en el individualismo de inspiración iusnaturalista y contractual,

oponiéndose a la idea monárquica del ejercicio del poder que se practicaba en Europa. La idea monárquica defendía el absolutismo en el sentido de que el rey concentraba en su voluntad todo el ejercicio del poder político. El liberalismo, en cambio, postuló que son las personas quienes tienen el poder de organizar el Estado; que éste es una creación de los individuos y por eso debe respetar las libertades individuales y los derechos que son propios de la naturaleza humana. El Estado liberal es un Estado que debe abstenerse de interferir en la actividad privada de las personas. En resumen, el liberalismo postula lo siguiente:

- Defender la libertad individual
- La libertad individual se privilegia frente al Estado
- Se considera legítimo que el poder político limite la libertad para resguardar la libertad individual
- El Estado debe ser mínimo, neutro y abstencionista.

En cuanto a los derechos fundamentales como derechos humanos, son los derechos llamados de primera generación de acuerdo con una clasificación ya abandonada, o sean las libertades civiles, que en la actualidad se han ampliado a lo que se conoce como principio de legalidad, de juridicidad y el principio de proporcionalidad.

Los derechos no enumerados fueron defendidos por el liberalismo porque se creyó que la ley no puede cubrirlo todo, ni llega al extremo de legalizar todos los derechos naturales, de manera que se justifica una cláusula abierta que permita su identidad y hacerse positivos en casos concretos. En cuanto al libre desarrollo de la personalidad, lo esencial es que se trata de una tutela de la libertad humana, para que el individuo pueda hacer lo que no le está prohibido por la ley o no pueda ser obligado a hacer lo que la ley no manda. Estos postulados son propios del constitucionalismo liberal de su primera etapa. El

constitucionalismo actual no va, exclusivamente, por ese derrotero, y cree que el liberalismo clásico no tiene la respuesta a nuevos problemas de la convivencia humana; y entonces, surge el republicanismo democrático que sintetiza y amplía el ideario liberal en los aspectos siguientes:

- Antes que autonomía individual la libertad significa autonomía colectiva, en el sentido de que las sociedades eligen su gobierno.
- La ciudadanía debe practicar valores y el ordenamiento jurídico debe contenerlos;
- El poder político proviene de los ciudadanos;
- De limitarse el ejercicio del poder político en incluso el poder privado.

Este republicanismo ha condicionado otro constitucionalismo, que se caracteriza por crear un nuevo

paradigma para entender el derecho, y es el llamado “neoconstitucionalismo”, que se caracteriza por:

- La constitucionalización de todo el orden jurídico y de la vida dentro del Estado, que significa que todo el ordenamiento jurídico se inspira en los valores y principio constitucionales.
- La preeminencia del poder judicial sobre el legislador ordinario;
- La coexistencia de valores y principios en el orden legal
- La preeminencia de valores y principios sobre la norma jurídica
- La ponderación en lugar de subsunción al aplicar el derecho cuando hay conflictos entre los derechos fundamentales.
- La utilización de la teoría de la argumentación que puede llegar a la “derrotabilidad” de las disposiciones normativas

que componen el sistema legislado.

Las ideas anteriores y muchas más que se producen en el entorno constitucional de nuestros días, encajan muy bien en el republicanismo democrático liberal y desde esta perspectiva, dice el profesor Sosa Sasio:

“...un derecho fundamental debe estar vinculado a condiciones básicas de existencia que permitan: el despliegue de las propias capacidades y vocaciones, afirmar la defensa de la persona y la comunidad frente a opresiones y concentraciones de poder, consagras compromisos mínimos (derechos y deberes) que atiendan a valores y virtudes constitucionales, así como considerar y respetar las identidades y opciones de vida múltiples y distintas (en el marco de los referidos compromisos mínimos).

3.-Sobre el carácter fundamental de los derechos

En el ordenamiento constitucional de Guatemala no

tiene importancia tratar de distinguir el significado de los términos derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos humanos, pues, la Constitución les denomina derechos humanos, de manera que para nosotros el calificativo de fundamentales es de la doctrina constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que no es relevante preocuparse de esa distinción, pues todos los derechos humanos son constitucionales y por lo mismo fundamentales, aunque se puedan clasificar de absolutos y de relativos; absolutos los que el poder público no puede limitar y relativos los que sí puede limitar. Y dice el autor:

“...desde una perspectiva dogmática pueden entenderse como “fundamentales” aquellos derechos constitucionales de especial relevancia material, determinados en relación con los principios de dignidad humana, soberanía popular, Estado Democrático de

Derecho y forma republicana de gobierno”. (p.107). y agrega:

“...la Constitución reconoce varios derechos, todos con igual rango y mecanismos de protección. Pero no todos ellos tienen similar relevancia o naturaleza fundamental; en otras palabras, algunos de estos derechos carecen de “fundamentalidad”.

Esta fundamentalidad, a nuestro parecer, se establece teniendo en cuenta los criterios que la Constitución prevé para el reconocimiento de los derechos fundamentales no enumerados. Así, no todos los derechos formalmente constitucionales están relacionados con estos criterios sustantivos; por ello, existirá derechos constitucionales que son fundamentales al cumplir con los estándares sustantivos...y otros que son meramente constitucionales y no fundamentales...” (p.109)

Por el razonamiento anterior es que yo he afirmado en trabajos anteriores que algunas garantías individuales que prevé la Constitución Política, como el

derecho a la tenencia y portación de armas de fuego, es constitucional, pero no es fundamental.

4.- ¿Son derechos fundamentales los derechos no enumerados?

La respuesta es sí, porque, además de estar sugeridos por la Constitución, la norma dice que son aquellos propios de la persona humana. Lo que sucede es que la disposición abierta del artículo 44 de la Constitución solo puede concretarse en las resoluciones que dicten los órganos jurisdiccionales según el hecho fáctico en el que tenga que encontrarle su sentido fundamental, lo cual exige en el juez una cultura que se sustente en la filosofía constitucional, en la ciencia política y en los derechos humanos.

La cláusula abierta de la Constitución que se refiere a los derechos humanos, permite tener como derechos fundamentales aquellos que no están expresamente escritos como tales en el texto fundamental. O sea que los

derechos no enumerados son aquellos en que la Constitución aclara que existen, aunque no consten en ella, pues se trata de una cláusula *números apertus*. No obstante, debemos comprender que no se trata de declarar la existencia de un derecho específico no enumerado como fundamental, a criterio o antojo del juzgador, sino de precisarlo con base en los parámetros que da la Constitución, lo cual resulta difícil si se carece de cultura constitucional, que en nuestro criterio engloba el conocimiento sociológico, el político, el filosófico y el de la teoría general del Derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico una de las formas de definir un derecho fundamental que no está “positivado” es recurriendo al Preámbulo de la Constitución, pues en él están señalados los valores y principios en que debe inspirarse toda la estructura de las leyes y de los actos del poder público, preámbulo que se complementa con el contenido de los artículos 1 y 2 de la ley

suprema. De manera que, cuando el juez singulariza un derecho fundamental no enumerado, está “sacando a flote” un derecho implícito, como dice Ricardo Guastini, que se desprende del fin de la Constitución; de sus postulados en defensa de la libertad y de la dignidad humana, de manera que no se trata de una precisión arbitraria, sino de un derecho que, aunque no expreso, es conforme a los valores y principios constitucionales. Dice el autor:

“... hacer explícito el contenido de un derecho no enumerado requiere una especial carga argumentativa, mayor incluso que la requerida para encontrar el contenido protegido de los derechos expresos. En tal sentido no bastará los “argumentos institucionales”, vinculados a la autoridad del Derecho positivo, pues precisamente se trata de derechos sin reconocimiento normativo expreso. Más bien, ante tal ausencia, ganan fuerza los “argumentos sustantivos”, que derivan su fuerza de la

corrección de su contenido” (p.120)

Como estos derechos implícitos son consecuencia de una declaración que haga el juez constitucional, el autor Sosa Sacio señala que el Tribunal Constitucional de Perú, ha singularizado como derechos no enumerados los siguientes:

- El derecho a la verdad que tiene su incidencia en el campo de la investigación de hechos delictivos, sobre todo en los derechos de lesa humanidad;
- El derecho al agua potable;
- Derechos de los consumidores y usuarios;
- Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que se funda en el principio de la dignidad de la persona;
- Derecho a la eficacia de las leyes y de los actos administrativos.

Algunos de los derechos antes citados se contemplan en el ordenamiento jurídico de Guatemala, solo que en leyes

ordinarias que se han dictado para explicitar las garantías individuales. Y hay algunas monografías escrita por profesores venezolanos en donde se habla de nuevos derechos como el derecho a la Constitución, el derecho a la felicidad o el derecho a la democracia.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2011, Gaceta 118, Expediente 46-2015, delimitó un derecho no enumerado: el derecho al mínimo vital, al establecer lo siguiente:

“Del catálogo de derecho que la Constitución reconoce, no deben excluirse otros que aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Ese el caso del derecho fundamental a un mínimo vital; pues no se encuentra expresamente regulado en el Texto Fundamental, pero no puede excluirse su reconocimiento, tomando en cuenta que sí se encuentra implícitamente

contenido en otros mandatos supremos, en el deber del Estado de proteger la vida y procurar el desarrollo integral de la persona, según el artículo 2°. Constitucional. Ese derecho al mínimo vital o mínimo existencial se encuentra proyectado a la vez en determinados derechos fundamentales y principios constitucionales, como elemento imprescindible para proteger el derecho a una “vida digna”, en obediencia al principio de justicia social, así como en los deberes primordiales impuestos al Estado, el que está obligado a garantizar a los habitantes de la República: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona (Artículo 2°.), lo que conlleva la garantía del goce de sus derechos y libertades (artículos 138 y 140), y la dirección de todas sus acciones y decisiones de los poderes públicos a la realización del bien común (Artículo 1°.)”

- Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Este derecho ha sido definido en la jurisprudencia peruana como un derecho fundamental innominado o implícito que se “funda en el principio fundamental de dignidad de la persona”.

El Estado constitucional de derecho, concepto más amplio que el Estado de Derecho, debe garantizar la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona humana. El libre desarrollo de la personalidad, con esa denominación, no se encuentra previsto expresamente en la Constitución, y debe inferirse de algunas garantías individuales que regula nuestra Constitución. Sin embargo, en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de la que Guatemala es parte, sí se encuentra normado el respecto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, como el artículo 46 de la Constitución le da jerarquía suprema a las normas de tratados y convenciones de derechos

humanos que el Estado ha suscrito, se concluye en que nuestro ordenamiento jurídico si contempla ese derecho, por la recepción de un tratado de Derecho Internacional, como lo es la citada Declaración Universal.

Parafraseando al autor Sosa Sasio, el libre desarrollo de la personalidad resulta ser un derecho al bienestar que la persona busca y que el poder político debe determinar estableciendo límites entre la dignidad y la libertad fundamental, pero es un derecho debió ser regulado por el poder constituyente originario, aunque fuera de manera genérica.

Dice Sosa Sasio:

“...la Constitución se refiere al “libre” desarrollo y bienestar: si se trata de una opción autónoma, es inadmisibles una compulsión estatal hacia modelos de vida definidos de manera externa o heterónoma. Si el propio desarrollo y bienestar son libres, a cada quien corresponde determinar

cómo ejercer su libertad en el marco del constitucionalismo permitido; es decir, sin transgredir otros bienes constitucionales “(p.145).

El Tribunal Constitucional alemán, citado por el autor, al resolver el caso Elfes, resolvió que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad comprende la libertad de actuación humana en el sentido más amplio, “la libertad de actuación en sentido completo” Se trata...de un derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre y que no se confunde con la libertad de la actuación humana para determinados ámbitos de la vida que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales, tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.

¿A qué conclusiones llega el profesor Soto Sasio, después de la exposición del tema? Las resumimos así:

1. La cláusula de derechos no enumerados o cláusula abierta tiene como finalidad precisar e identificar aquellos derechos fundamentales que el constituyente no incluyó en el texto constitucional y que son propios de la persona humana.
fundamentalidad (vinculados a los valores y principios constitucionales); especificidad (deben tener la estructura de un derecho fundamental) y conformidad constitucional (no puede concebirse en contra del ordenamiento constitucional)
2. Los derechos no enumerados, que incluye el derecho al libre desarrollo de la personalidad, son derechos implícitos que incluyen la libertad de acción (que en nuestro medio si esta enumerado) y se infieren según la filosofía política que informa al constitucionalismo republicano y de la ideología de los intérpretes.
3. Los derechos no enumerados valen y merecen la tutela como derechos fundamentales. Además, para singularizarlos, deben satisfacer los criterios de
4. El libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental expreso, que se cristaliza en el derecho de acción y que en la Constitución de Guatemala aparece como un derecho humano enumerado, como garantía individual.

Consulta: “Los derechos no enumerados y el libre desarrollo de la personalidad”, ensayo escrito por el profesor Juan Manuel Sosa Sacio, publicado por la Academia Educativa.

LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO, FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO: INTENDENCIA DE VERIFICACIÓN ESPECIAL Y SU RELACIÓN CON LAS OSC EN GUATEMALA

*José Alejandro Valverth Flores**

El lavado de dinero, según la Superintendencia de Bancos es “(...) el conjunto de operaciones realizadas por una persona individual o jurídica con el objetivo de ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que provienen de actividades delictivas. Se lleva a cabo mediante la realización de varias operaciones encaminadas a encubrir cualquier rastro de origen delictivo de los recursos.”³⁰

El financiamiento al terrorismo implica destinar recursos para que personas o grupos realicen acciones que siembren terror en

la población o que busquen cambiar la estructura del Estado. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas expone sobre el terrorismo: “El terrorismo implica la intimidación o coerción de poblaciones o gobiernos mediante la amenaza o la violencia.”³¹

Y es que a pesar de que la mayoría de las personas puede comprender aun de forma somera la definición de terrorismo, no existe en la actualidad una definición general y consensuada que contemple las acciones que grupos realizan en distintos

³⁰https://www.sib.gob.gt/web/sib/lavado_activos/delitos

³¹<https://www.ohchr.org/es/topic/terrorism-and-violent-extremism#:~:text=El%20terrorismo%20implica%20la%20intimidaci%C3%B3n,la%20amenaza%20o%20la%20violencia.>

puntos del planeta, ya que las acciones que realizan las personas a las que se les denomina terroristas, no son las mismas de África, Europa, Estados Unidos con Centroamérica.

Pero sobre la definición de terrorismo a nivel mundial es pertinente un estudio aparte, cosa que no es objeto de este artículo. Sino la relación de la ley contra el lavado de dinero u otros activos, la ley para reprimir el financiamiento al terrorismo y las implicaciones que tiene sobre las Organizaciones de Sociedad Civil en Guatemala, analizado desde una perspectiva de estándares internacionales sobre estos temas.

El decreto 67-2001, ley contra el lavado de dinero u otros activos, crea el marco jurídico para prevenir y combatir el flagelo en cuestión. Esta ley está íntimamente ligada con el decreto 58-2005, ley para prevenir y reprimir el financiamiento al terrorismo.

La ley contra el lavado de dinero crea un órgano encargado de velar por la prevención y vigilancia de este delito, la Intendencia de Verificación Especial -IVE-.

Esta ley además indica quiénes son las personas obligadas que deben reportar ante la IVE, transacciones sospechosas. Las personas obligadas según el artículo 18 de la ley son:

- 1) Las entidades sujetas a la vigilancia es inspección de la Superintendencia de Bancos.
- 2) Las personas individuales o jurídicas que se dediquen al corretaje o a la intermediación en la negociación de valores.
- 3) Las entidades emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.
- 4) Las entidades fuera de plaza denominadas off-shore que operan en Guatemala, que se definen como entidades dedicadas a la intermediación financiera constituidas o registradas bajo las leyes de otro país y que realizan sus actividades principalmente

fuera de la jurisdicción de dicho país.

5) Las personas individuales o jurídicas que realicen cualesquiera de las siguientes actividades:

a) Operaciones sistemáticas o sustanciales de canje de cheques.

b) Operaciones sistemáticas o sustanciales de emisión, venta o compra de cheques de viajero o giros postales.

c) Transferencias sistemáticas o sustanciales de fondos y/o movilización de capitales.

d) Factorajes.

e) Arrendamiento financiero.

f) Compra venta de divisas.

En este listado no se encuentran las organizaciones sin fines de lucro, pero es el último inciso el que abre la puerta para que el Ejecutivo pueda ampliar el listado de personas obligadas mediante la emisión del reglamento de la ley contra el lavado de dinero:

“g) Cualquier otra actividad que por naturaleza de sus

operaciones pueda ser utilizada para el lavado de dinero u otros activos, como se establezca en el reglamento.”

De esa forma, el acuerdo gubernativo 118-2002, reglamento de la ley contra el lavado de dinero, en el artículo 5 amplía el listado contenido en la ley sobre personas obligadas.

En este punto, es menester cuestionarse si es constitucional que el Congreso de la República delegue la función legislativa al Ejecutivo. Que sea este el que pueda añadir contenido a un decreto emitido por el Congreso. De esta manera también es pertinente cuestionarse si el reglamento tiene fuerza de decreto.

Si se utiliza la añadidura del reglamento al decreto como parte de este, permite sospechar los tiempos de las dictaduras donde el ejecutivo emitía decretos ley, es decir, tenía la facultad de legislar (y no solamente reglamentar leyes). Esto a su vez permite cuestionarse si no atenta contra

la independencia funcional de organismos estatales.

Pero de vuelta al tema de las leyes mencionadas y su relación con las organizaciones de sociedad civil, el reglamento de la ley contra el lavado de dinero u otros activos estipula en el artículo 5 inciso k): “Personas jurídicas sin fines de lucro, sin importar su denominación, que reciban, administre o ejecuten fondos del Estado y/o reciban o envíen fondos del o hacia el extranjero”

De esta manera es que las organizaciones de sociedad civil, sin fines de lucro, deben inscribirse ante la Intendencia de Verificación Especial para que sean objeto de verificación sobre el dinero que reciben.

Es conveniente una reflexión sobre cómo se financian las organizaciones.

Las organizaciones sin fines de lucro que reciben fondos del extranjero lo hacen por medio de transferencias bancarias. El donante envía desde su banco una cantidad dineraria que es recibida por el banco de las

organización sin fines de lucro - OSFL- Ante esto, cabe indicar que los bancos son personas obligadas que están contemplados en la ley contra el lavado. Por lo que es esta entidad la obligada en reportar la recepción de una cantidad sospechosa e informar a la IVE. Rara vez, por no decir nunca, las organizaciones sin fines de lucro reciben dinero en efectivo.

La ley contra el lavado de dinero se enfoca en transacciones comerciales, de lucro; pero a partir de la añadidura indicada anteriormente por el reglamento, las OSFL deben inscribirse como personas obligadas ante la IVE.

Se nota que la intención del legislador no fue incluir a las OSFL en la ley, esto en virtud de que la ley se refiere a clientes que realicen transacciones sospechosas y las OSFL no tienen clientes; tienen donantes, cooperantes y beneficiarios.

Una ley creada para empresas que manejan grandes cantidades de dinero, pueden fácilmente

contratar el personal necesario para cumplir con la ley contra el lavado y financiamiento al terrorismo. Esto implica al menos dos personas encargadas de reportar transacciones sospechosas. Pero lo que para una financiera o un banco la contratación es relativamente sencilla; para una OSFL puede representar una dificultad que puede repercutir en la imposibilidad de funcionar.

Eso sin mencionar las sanciones que estipula la ley contra el lavado de dinero en que las multas son de hasta cincuenta mil dólares.

La mayoría de organizaciones sin fines de lucro, son asociaciones que trabajan con poco o nulo financiamiento, pero que su trabajo permite el desarrollo de la población con la que trabajan. Por lo que se considera que la obligación de inscripción no es proporcional y menos aun cuando se considera el riesgo. ¿Qué tan probable es que una organización de sociedad civil pueda utilizar los

fondos que recibe para lavar dinero o para financiar a un grupo terrorista?

Esta pregunta debe responder el Estado al hacer un análisis basado en el riesgo; lo que lleva a las recomendaciones que organismos internacionales tienen para la aplicación de leyes antilavado sobre las OSFL.

Recomendaciones GAFI

El Grupo de Acción Financiera Internacional -GAFI- es “(...) un organismo intergubernamental establecido en 1989 (...) cuya función es establecer una serie de estándares que promuevan la implementación de normativas que permitan combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, así como la proliferación de armas de destrucción masiva.”³²

GAFI emitió 40 recomendaciones que son consideradas buenas prácticas y estándares internacionales para prevenir y combatir los flagelos

³² <https://www.fatf-gafi.org/>

indicados en el presente artículo.

La primera recomendación de GAFI trata sobre la evaluación de riesgos aplicadas con enfoque basado en el riesgo. Esto significa que el Estado de Guatemala debe de conocer el entorno de las Organizaciones Sin Fines de Lucro en Guatemala. A partir de ahí, al conocer a las organizaciones que sean susceptibles de ser vulneradas para el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo, aplicar medidas proporcionales.

No es bien visto aplicar medidas de talla única. Esto significa aplicar las leyes sin discriminar el riesgo existente. La mayoría de las organizaciones se financian con dinero del extranjero, por lo que se consideraría una medida de talla única aplicada a las OSFL en Guatemala.

Para aplicar un enfoque basado en el riesgo, el Estado de Guatemala debe de conocer al sector, reunirse con las organizaciones para entender y

poder distinguir a las organizaciones que sean susceptibles de ser vulneradas.

A manera de ejemplo: una organización que tiene varios años de experiencia, que recibe financiamiento de cooperantes reconocidos internacionalmente y que tiene un trabajo con sus beneficiarios fácilmente comprobable; no tiene el mismo nivel de riesgo que una organización que trabaja en zonas controladas por el narcotráfico y/o crimen organizado.

Con esto no se quiere estigmatizar a las segundas organizaciones mencionadas, pero su nivel de riesgo es más alto que la primera porque puede existir un mayor riesgo de que sean vulneradas para el lavado de activos.

Además, es bien sabido que las entidades estatales trabajan de una forma que no permite la satisfacción de los derechos humanos, ya sea por falta de recursos o voluntad. Entonces es más conveniente para el Estado, tener un grupo reducido

que controlar a tener la totalidad de organizaciones bajo control. Claro, si el fin de este control es prevenir se comentan delitos indicados anteriormente y no como parte de una estrategia de represión a las organizaciones.

La recomendación 8 de GAFI se enfoca en las OSFL y su objetivo es “(...) asegurar que las OSFL no sean utilizadas indebidamente por organizaciones terroristas: (i) para presentarse como entidades legítimas; (ii) para explotar entidades legítimas como conductos para el financiamiento del terrorismo, incluyendo con el propósito de escapar a medidas de congelamiento de activos; o (iii) para esconder u oscurecer el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legítimos y desviarlos hacia propósitos terroristas.”³³

Esta recomendación dirigida a los Estados se enfoca en que estos deben aplicar medidas de

control hacia las organizaciones que se consideran en alta vulnerabilidad y no a la totalidad porque algunas representan poco o nulo riesgo. Pero esto se puede saber al hacer un enfoque basado en el riesgo.

A pesar de que la medida de talla única no es una buena práctica y debido a que el financiamiento de las OSFL es por vía bancaria regularmente, no es necesario un nuevo filtro en las organizaciones; con el filtro de las entidades bancarias debería ser suficiente.

Cuando el Estado aplica un enfoque basado en el riesgo, ubica y determina que una organización tiene un alto riesgo de ser vulnerada para el lavado de dinero o financiamiento al terrorismo, debe aplicar medidas proporcionadas que no dificulten la labor que realizan las organizaciones. Es decir, el riesgo pudiera ser que la

³³<https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/414->

recomendacion-8-organizaciones-sin-fines-de-lucro

organización sea financiada en efectivo o en especie; por lo que lo conveniente es crear un mecanismo que permita informar a la IVE sobre la persona que esta realizando la donación, así como sus datos para que la Intendencia de Verificación Especial pueda cotejar y analizar la información e iniciar las acciones que le mandata la ley contra el lavado de dinero u otros activos. Es decir, un formulario que se debe enviar a la IVE informando sobre donaciones no bancarizadas debería ser más que suficiente.

Leyes antilavado como herramienta represiva

En algunos países donde la democracia se encuentra debilitada o es inexistente, donde la forma de gobierno son dictaduras, se utilizan las leyes antilavado como herramienta para controlar a las Organizaciones sin Fines de Lucro y disolverlas. Países africanos como Zimbabue, copia modelos centroamericanos

(especialmente Nicaragua y Guatemala) para aplicar represión a las organizaciones de ese país.

Las leyes antilavado en conjunto con leyes que norman lo referente a las OSC, por ejemplo, el decreto 4-2020 que reformó el decreto 2-2003 ley de organizaciones no gubernamentales para el desarrollo; no buscan establecer un ambiente de solidaridad entre la población, sino por el contrario controlar el trabajo que realizan las organizaciones y más específicamente controlar las donaciones que se reciben. Porque si se consigue bloquear, interferir, desincentivar el financiamiento de las organizaciones, estas encontrarán mayor dificultad para poder ejercer sus funciones. Esto por supuesto que es otra forma de atentar contra la libertad del derecho de asociación consagrado en la Constitución de Guatemala y en muchos tratados internacionales de derechos humanos.

Por lo que alianzas de organizaciones nacionales e internacionales constantemente buscan que GAFI no permita que se utilicen las leyes antilavado como herramienta represiva a las Organizaciones de Sociedad Civil.

El 8 de septiembre del año 2022 en el diario “La Prensa”, de Nicaragua, se publicó una columna de opinión donde se hace manifiesto el uso represivo de la ley antilavado de ese país:

“Entre 2018 hasta el 25 de agosto de 2022, aproximadamente 1,700 organizaciones sin fines de lucro (OSFL) nicaragüenses han sido clausuradas por el Gobierno contra la voluntad de sus miembros, en casi la totalidad de los casos por órdenes fundamentadas en supuestas violaciones de normas para prevenir el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo.”³⁴

En esa columna de opinión titulada “El sector civil nicaragüense devastado en nombre del GAFI: ¿Qué dicen las organizaciones al respecto y qué dirá el GAFI?” Se instó a GAFI y su oficina regional para Latinoamérica GAFILAT, una postura que inste al gobierno nicaragüense a no cancelar de forma involuntaria a organizaciones usando las leyes antilavado.

El 21 de octubre del 2022, GAFI anuncia que Nicaragua sale de la lista gris o de seguimiento intensificado: “Cuando el GAFI coloca a una jurisdicción bajo monitoreo intensificado, significa que el país se ha comprometido a resolver rápidamente las deficiencias estratégicas identificadas dentro de los plazos definidos. Esta lista se conoce como la “lista gris”.³⁵

Pero a su vez hace una declaración respecto al trato que

³⁴[https://www.laprensani.com/2022/09/08/opinion/3040975-el-sector-civil-nicaraguense-devastado-en-nombre-del-gafi-que-dicen-las-](https://www.laprensani.com/2022/09/08/opinion/3040975-el-sector-civil-nicaraguense-devastado-en-nombre-del-gafi-que-dicen-las-organizaciones-al-respecto-y-que-dira-el-gafi)

[organizaciones-al-respecto-y-que-dira-el-gafi](https://www.argentina.gob.ar/uif/jurisdicciones-de-alto-riesgo-y-otras-organizaciones-al-respecto-y-que-dira-el-gafi)

³⁵[https://www.argentina.gob.ar/uif/jurisdicciones-de-alto-riesgo-y-otras-](https://www.argentina.gob.ar/uif/jurisdicciones-de-alto-riesgo-y-otras-organizaciones-al-respecto-y-que-dira-el-gafi)

Nicaragua da a las organizaciones de ese país:

“Sin embargo, el GAFI está muy preocupado por la posible aplicación incorrecta de los Estándares del GAFI que resulte en la supresión del sector sin fines de lucro de Nicaragua. Nicaragua debe continuar trabajando con GAFILAT para mejorar aún más su régimen ALD/CFT [antilavado de dinero y contra el financiamiento del terrorismo], incluso asegurando que su supervisión de las OSFL se base en el riesgo y esté en línea con los Estándares del GAFI. Se alienta enfáticamente a Nicaragua a continuar cooperando con GAFILAT en este tema”.³⁶

A pesar de que se puede considerar una declaración salomónica el sacar de la lista gris a Nicaragua y a la vez recomendarle no utilice la ley antilavado para cancelar

organizaciones, es un pequeño paso que motiva a las organizaciones a seguir informando a GAFI y pidiendo mayor rigurosidad en sus acciones y declaraciones.

Uno de los riesgos para un Estado de salir mal evaluado con GAFI es el denominado “*de-risking*” que significa que organismos internacionales pueden evitar relaciones con un Estado mal evaluado, aumentando tasas de interés en préstamos o aplicando sanciones económicas.

El *de-risking*: “Es la estrategia tendiente a la eliminación del riesgo mediante el cual las instituciones financieras abandonan o reducen significativamente ciertas líneas de negocio para evitar riesgos regulatorios y de cumplimiento. Lo anterior, debido a que este tipo de negocios pueden verse

jurisdicciones-monitoreadas-GAFI#:~:text=Cuando%20el%20GAFI%20coloca%20a,como%20la%20%E2%80%9Clista%20gris%E2%80%9D.

³⁶<https://www.uaf.gob.ni/difuson/noticias/1530-nicaragua-sale-del-seguimiento-intensificado-lista-gris-del-gafi>

vinculados al lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.

El proceso del *de-risking* afecta a las bancas corresponsales, que juega un rol importante en las transacciones transfronterizas y, por tanto también al sistema global de pagos.”³⁷

Guatemala debe pues actualizar las leyes antilavado de dinero y

contra el financiamiento al terrorismo, que esté armonizada con el derecho internacional y especialmente con las recomendaciones de GAFI, porque tal como se encuentra en la actualidad es una política, minimizada eso sí, pero similar a Nicaragua,

³⁷ <https://www.tusdatos.co/blog/que-es-el-de-risking-y-cual-es-su-impacto>



<http://legis.gt>



GrupoLegis



GrupoLegis



LegisGt



(502) 2220 2660



7a. avenida 8-56 zona 1.
Edificio El Centro oficina 801
Ciudad de Guatemala

