

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTINARIO DE LA INOPERABILIDAD DEL DERECHO A
ANTEJUICIO EN CASO DE DELITO FLAGRANTE**

SUSANA ELIZABETH QUEVEDO GONZÁLEZ

GUATEMALA, JULIO DE 2013

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INOPERABILIDAD
DEL DERECHO DE ANTEJUICIO EN CASO DE DELITO FLAGRANTE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SUSANA ELIZABETH QUEVEDO GONZÁLEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2013

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi

VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz

VOCAL IV: Br.Víctor Andrés Marroquín Mijangos

VOCAL V: Br.Rocael López González

SECRETARIA: Licda.Rosario Gil Pérez

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Rosa María Ramírez Soto

Vocal: Licda. Marisol Morales Chew

Secretaria: Licda. Claudia Mercedes Hernández Escalante

Segunda fase:

Presidente: Lic. Rodrigo Franco López

Vocal: Licda.Ana Mirella Soto Urizar

Secretario: Lic. Erick Gustavo Santiago de León

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

BUFETE JURIDICO PROFESIONAL

LIC. MIGUEL ANGEL HERNÁNDEZ SAGASTUME

Blvr los Próceres 18 calle 24-69 zona 10 Edificio Pradera Torre 2 Noveno nivel. Tel: 5319 6797

Ciudad de Guatemala 3 de Enero de 2012

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Estimado Licenciado Castro:

Por resolución emanada de la Unidad de Asesoría de tesis con fecha nueve de mayo del año dos mil once, procedí a revisar el trabajo de tesis presentado por la Bachiller SUSANA ELIZABETH QUEVEDO GONZÁLEZ, intitulada; **“ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INOPERABILIDAD DEL DERECHO A ANTEJUICIO EN CASO DE DELITO FLAGRANTE”**.

El trabajo de tesis de la estudiante SUSANA ELIZABETH QUEVEDO GONZÁLEZ, comprende amplia información doctrinaria y aportes relativos a la legislación vigente y positiva sobre el principio de igualdad, la función pública, los funcionarios públicos y la figura del antejuicio y con un enfoque Jurídico y análisis detenido sobre la inoperancia que debe tener esta figura ante

un delito flagrante, por la violación al consagrado principio de igualdad y del debido proceso reconocidos en nuestra legislación.

Se realizó una exposición relevante en relación a la violación de los referidos principios al permitir que el funcionario público goce de una desmedida protección ante los evidentes indicios de la comisión de un delito, permitiendo así entorpecer la justicia y ser medio idóneo de la impunidad, ante tal situación. Está comprendido en cinco capítulos y recoge definiciones, conceptos, opiniones y legislación reciente aplicable al tema, los cuales considero de suma importancia, sean tomados en cuenta como aporte a la relación y función del Antejudio en la actualidad.

Hago mención que se atendieron a las sugerencias y observaciones señaladas en el proceso de revisión, los cuales fueron apegados con fundamentos legales. En definitiva en el contenido de la tesis se utilizaron los métodos deductivo e inductivo, analítico y sintético.

Con respecto al orden seguido en el contenido del trabajo, el desarrollo del mismo y la bibliografía consultada son las adecuadas y las conclusiones y recomendaciones son congruentes con los temas desarrollados.

En virtud de lo expuesto y considerando que el presente trabajo de tesis, cumple con los requisitos estipulados en Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, en tal sentido, el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante, Susana Elizabeth Quevedo González puede ser discutido en el examen publico correspondiente.

Atentamente,


Lic. Miguel Ángel Hernández Sagastume
Asesor de tesis
Colegiado 4.857

1° Miguel Ángel Hernández Sagastume
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 03 de julio de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO JUAN AJÚ BATZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante SUSANA ELIZABETH QUEVEDO GONZÁLEZ, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INOPERABILIDAD DEL DERECHO A ANTEJUICIO EN CASO DE DELITO FLAGRANTE".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estiman pertinentes".

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/fyr.

Aju & Asociados

ASESORIA JURÍDICA PROFESIONAL

7ª. Calle "A" 8-60 zona 7, Quinta Samayoa, 2º. Nivel Of. No. 2.

Guatemala, C. A.

Tels.: 2471-8683 • 2440-9122

E-mail: ajuasoc@yahoo.com



Guatemala, veintiuno de septiembre de dos mil doce

Doctor

Bonerge Amílcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho



Doctor Mejía Orellana

En atención a la providencia de esa Jefatura de fecha veinticuatro de febrero de dos mil doce, en la cual se me notifica el nombramiento como Revisor de tesis de la estudiante Susana Elizabeth Quevedo González, me permito informarle, que he asesorado el trabajo de tesis intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INOPERABILIDAD DEL DERECHO A ANTEJUICIO EN CASO DE DELITO FLAGRANTE", por lo que procedo a emitir el siguiente dictamen:

El trabajo de tesis de la señorita Quevedo González, es un tema actual para quien gusta conocer del derecho, especialmente sobre el derecho penal y procesal penal, este trabajo sirve como directriz hacia un análisis más profundo de la responsabilidad penal, y civil si fuera el caso, de los funcionarios públicos que gozan del derecho de antejuicio ante la comisión de un delito *in fraganti*. En tal virtud, y con la pretensión de realizar un análisis crítico del delito antes referido, se incluye en la investigación el aporte doctrinario del antejuicio, la exposición de la legislación que ha regulado dicha figura jurídica, incluyendo la que se encuentra vigente y hace una breve comparación con la legislación de otros Estados.

Durante el tiempo que duró la asesoría de la presente investigación, discutimos algunos puntos del trabajo, los cuales razonamos. Así también, el contenido de la investigación, con lo que concluimos

Aju & Asociados

ASESORIA JURÍDICA PROFESIONAL

7ª. Calle "A" 8-60 zona 7, Quinta Samayoa, 2º. Nivel Of. No. 2.

Guatemala, C. A.

Tels.: 2471-8683 • 2440-9122

E-mail: ajuasoc@yahoo.com



que la investigación realizada es comprensible para toda clase de lector, por su amplia gama de vocabulario y su correcta redacción.

Al trabajo de tesis se le hicieron recomendaciones, como la recopilación y análisis de la evolución legislativa del antejuicio, con el fin de determinar cuáles han sido las adaptaciones que se han tenido a lo largo de la historia del mismo en el ordenamiento jurídico guatemalteco y la ampliación de la bibliografía específica.

De igual manera, comprobé que se realizó un acopio de bibliografía bastante actualizada y enriquecedora, lo cual le permite observar la regulación de la figura jurídica no solo en Guatemala, sino en el extranjero.

La investigación se realizó utilizando los métodos de investigación inductivo y deductivo, y la técnica de investigación documental, cuyos resultados se encuentran acorde a la tesis. Las conclusiones y recomendaciones están acordes y llenan su cometido ya que ponen de manifiesto una discordancia entre el propósito del antejuicio y como es utilizado por algunos funcionarios públicos para actuar con impunidad en los delitos cometidos *in fraganti*, ya que se amparan en el referido derecho, aún cuando es obvia la comisión de un ilícito.

En virtud de lo anterior, concluyo informando a usted, que procedí a asesorar el trabajo encomendado y me es grato opinar que el trabajo asesorado cumple con los requisitos necesarios contemplados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, con el objeto de que el mismo sea evaluado por el Tribunal examinador en el examen público de tesis.

Atentamente,

Colegiado No.: 6704

Juan Soto Buitrago
ABOGADO Y NOTARIO



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de junio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SUSANA ELIZABETH QUEVEDO GONZÁLEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INOPERABILIDAD DEL DERECHO A ANTEJUICIO EN CASO DE DELITO FLAGRANTE. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/slh.

Lic. Avidán Ortiz Orejuna
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Mi fortaleza. Es a tí a quien le debo todo.

A MI FAMILIA:

A todos quienes creyeron en mí, me dieron su apoyo, ayuda y comprensión, a quienes me brindaron una palabra de aliento o una sincera sonrisa, muchas gracias.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Por brindarme esta oportunidad, muchas gracias.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Igualdad ante la ley y sus excepciones en la legislación guatemalteca.....	1
1.1 Concepto de igualdad.....	1
1.2 Fórmula de la igualdad.....	6
1.3 Igualdad como norma.....	12
1.4 Igualdad y equidad.....	14
1.5 Igualdad ante la ley en Guatemala.....	15
1.5.1 Excepción al principio de igualdad ante la ley en materia penal.....	20

CAPÍTULO II

2. La función pública de los funcionarios públicos en materia de derecho de antejuicio	23
2.1 El Estado de Guatemala.....	23
2.1.1 Concepto de Estado.....	24
2.2 Elementos del Estado.....	24
2.2.1. La población.....	25
2.2.2. El territorio.....	25



Pág.

2.2.3. El Poder.....	26
2.2.4. La capacidad.....	31
2.3. Fines del Estado.....	31
2.4. Funcionarios públicos.....	33
2.4.1. La teoría del órgano.....	34
2.4.2. Definición de funcionario público.....	35
2.4.3. Relación funcional.....	37
2.5. Sistemas para la designación de funcionarios públicos.....	38
2.6. Clases de funcionarios públicos.....	39
2.7. Carrera administrativa.....	41
2.8. Responsabilidad de los funcionarios públicos.....	42
2.8.1. Responsabilidad política de los funcionarios públicos.....	42
2.8.2. Responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos.....	43
2.8.3. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos.....	44
2.8.4. Responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos.....	44
2.8.5. Responsabilidad penal de los funcionarios públicos.....	46

CAPÍTULO III

3. Antecedentes del derecho de antejuicio en Guatemala.....	49
3.1. Antecedentes del derecho de antejuicio en Guatemala.....	49
3.2. Ley de Responsabilidades de 1928.....	52
3.3. Constitución Política de la República de Guatemala de 1945.....	56



Pág.

3.4. Constitución Política de la República de Guatemala de 1965.....	56
3.5. Constitución Política de la República Guatemala de 1985.....	59
3.6. Leyes relacionadas.....	62

CAPÍTULO IV

4. Derecho de antejuicio.....	65
4.1. Justificación del derecho de antejuicio.....	65
4.2. Inmunidad vs. Impunidad.....	70
4.3. Características del derecho de antejuicio.....	72
4.3.1 Jerarquía Constitucional.....	74
4.3.2. Ámbito específico de aplicación.....	74
4.3.3. Creador de procedimientos.....	74
4.3.4. Es parte del derecho público.....	75
4.3.5. Es definido como garantía.....	75
4.3.6. Es un derecho inherente.....	75
4.4. Reconocimiento legal.....	76
4.5. Procedimiento del antejuicio.....	77
4.5.1. Procedimiento en la Constitución Política de la República Guatemala.....	77
4.5.2. Procedimiento en la Ley en Materia de Antejuicio.....	78
4.5.3. Delito flagrante.....	79



CAPÍTULO V

Pág.

5. Análisis jurídico-doctrinario de la inoperancia del derecho de antejuicio en caso de delito flagrante.....	83
5.1. Análisis jurídico constitucional.....	83
5.2. Análisis doctrinario del derecho de antejuicio.....	91
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	99



INTRODUCCIÓN

El derecho de antejuicio es una figura jurídica controversial dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. Es considerada como un medio de garantía de la impunidad y quebrantamiento del estado de derecho.

En el Estado guatemalteco ha sido utilizada como escudo protector de aquellas personas que desempeñando una función pública han cometido un ilícito penal, pero debido a la burocracia y entorpecimiento de la justicia que puede provocar el trámite de un antejuicio, dichos funcionarios han logrado que sus acciones queden impunes; esta fue la hipótesis comprobada.

Es justo también mencionar que la naturaleza bajo la cual se creó esta figura hace necesaria su existencia, como un medio de protección de los funcionarios públicos contra acusaciones falsas hechas en su contra, protegiendo de esta forma el alto cargo que desempeñan. Es por ello que es necesaria una investigación que incluya un amplio análisis del derecho de antejuicio, que permita ver en donde yacen sus deficiencias, y de esta forma poder proponer los cambios que sean necesarios para la correcta utilización de la misma.

La presente investigación cumplió sus objetivos, al analizarse los delitos in fraganti en donde la existencia de esta figura se vuelve un obstáculo más en la obtención de la justicia y cómo el derecho de antejuicio debería ser inoperante en estos casos, ya que existiendo indicios suficientes para considerar que el funcionario público ha participado



en un ilícito, debe seguirse el curso normal de una investigación, garantizando de esta forma el principio de igualdad así como el debido proceso y la justicia.

La tesis quedó contenida en cinco capítulos. En el primer capítulo se hace una relación doctrinaria de lo que es el principio de igualdad ante la ley, así como su regulación en la legislación guatemalteca; en el capítulo segundo se analiza el concepto de funcionario público, sus derechos, deberes, clasificación e importancia en el desarrollo de las funciones estatales; en el tercer capítulo se establecen los orígenes del derecho de antejuicio dentro de la legislación guatemalteca; cómo surgió, cuál era su objetivo en un principio, así como su evolución en el derecho guatemalteco; en el cuarto capítulo se abarca al derecho de antejuicio en general, la justificación de su existencia, sus características, así como el procedimiento que debe seguirse para su trámite; y en el quinto capítulo se establece un análisis de la inoperatividad del antejuicio ante un delito flagrante, tomando como fundamento la doctrina así como lo establecido en la legislación guatemalteca.

En la investigación se utilizaron los métodos analítico, deductivo, inductivo y la síntesis en los que se analizó el contenido temático y se eligieron los temas para la redacción del informe final; la técnica bibliográfica fue la que permitió la recolección y estudio del material.



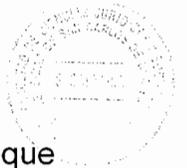
CAPÍTULO I

1. Igualdad ante la ley y sus excepciones en la legislación guatemalteca

El derecho de igualdad es uno de los principales derechos de los que goza cualquier ser humano, en nuestra legislación este principio se encuentra revestido de carácter constitucional, la Constitución Política de la República de Guatemala lo reconoce en su Artículo cuarto. Pero para poder entender con mayor claridad en que consiste este derecho es necesario ahondar más en el tema, tal y como se hará a continuación en el presente capítulo.

1.1 Concepto de Igualdad

Cuando se habla de Igualdad se hace referencia a uno de los conceptos más controvertidos y una de las aspiraciones más grandes del ser humano. La igualdad es frecuentemente considerada desde un punto de vista cualitativo. Entendiéndose por eso que Igualdad significa correspondencia dentro de un grupo de objetos, personas,



procesos o circunstancias con las mismas cualidades al menos en un aspecto, aunque no en todos, por lo que debe atenderse a una característica en específico.¹

Por esta razón no debe confundirse con el concepto de “identidad”, en el que uno y otro elemento se corresponden en características entre sí. De igual forma debe distinguirse entre identidad y “similitud”, ya que la similitud únicamente se refiere a una aproximación en algún sentido. Es en este orden de ideas en el que debe de determinarse que al decir que “los hombres son iguales” no quiere decir que sean idénticos.

Esta igualdad a la que se hace referencia se distingue de la igualdad numérica, ya que se entiende que existe una diferencia en las cosas que se comparan; razón por la cual es un contradictorio hablar de una igualdad completa y absoluta. Ya que dos objetos que no son idénticos, nunca podrán ser completamente iguales, hay entre ellos por lo menos una diferencia en su ubicación espacio-tiempo. Si los objetos no se diferenciaban por lo menos en algo no se estaría hablando de objetos iguales, sino idénticos.

¹Pérez Portilla, Karla. Igualdad. Pág. 5



La igualdad consiste en una relación entre dos o más objetos, personas y una o varias cualidades. Por lo que podemos decir que dos objetos a y b son iguales porque comparten cierto aspecto.

Por medio de la igualdad se describe, instauro o prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos, que tienen al menos una característica relevante común. Por lo que el juicio de igualdad excluye tanto a la semejanza como a la identidad. Excluye a la identidad porque parte de la diversidad, es decir que parte de dos sujetos distintos, pero de los cuales se abstraen las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común. Contraria a la identidad la cual se produce cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características.

Asimismo se distingue de la semejanza, ya que aunque esta indica que existe algún rasgo en común no obliga a hacer una abstracción entre rasgos propios y diferenciadores. Es por ello que nunca dos personas o situaciones vitales no son iguales en todos los aspectos, los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son siempre juicios acerca de una igualdad fáctica parcial.



Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y diferentes en otros, es de esta idea que se dice que los juicios facticos de igualdad-desigualdad parcial no establecen si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual. Si se habla por ejemplo que los sujetos A y B poseen la misma profesión, por ello se suponen que son parcialmente iguales, pero esto no significa que merezcan el mismo trato en todos los aspectos.

“Que C y D tengan distinta profesión, indica que son diferentes, pero esto no significa que no deban de ser tratados de la misma manera en determinados aspectos. La igualdad a la que se hace referencia es la de un conjunto de entes diversos, y que ha de referirse no ha su existencia misma sino a uno o varios aspectos en ellos discernibles”.²

Los rasgos de los objetos de la comparación que se toman en consideración para afirmar o negar la igualdad, de los mismos, es algo que no viene impuesto por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan, es por esto que toda igualdad es siempre relativa, ya que solo en relación a determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada. Dicha afirmación o negación es una decisión libre, de quien la juzga, aunque no por ello es arbitraria.

²Ibid. Pág. 7.



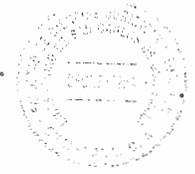
Es por ello que la igualdad es un concepto normativo y no descriptivo, de alguna realidad ya sea natural o social. Por lo que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, que hacen referencia al conjunto de igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas de las mismas.

Afirmar que dos personas merecen el mismo trato supone valorar a una característica en común como relevante, a efectos de cierta regulación y hacer una abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación. Ambas consideraciones son inseparables, ya que decir que determinada característica que iguala o diferencia es relevante entre otras, no proporciona ningún avance, sino se establece para qué o en función de que regulación jurídica debe serlo.

En base a determinados efectos, todos los supuestos de hecho o situaciones personales, son absolutamente iguales o desiguales entre sí, únicamente la consecuencia jurídica puede ser diferencial.

Por lo que decir que “dos sujetos deben de recibir el mismo o distinto trato jurídico carece de valor, sino se establece en base a qué circunstancia debe existir uniformidad o diferencia”.³

³ Prieto Sanchis, Luis. **Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial.** Pág.20.



1.2. Formula de la Igualdad

El inicio de los estudios de la Igualdad se remonta a Platón y Aristóteles, siendo éste último el que señaló “parece que la justicia consiste en igualdad, y es así, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”⁴

Es de esta forma como Aristóteles se refirió a dos ideas sobre la igualdad, que han dominado el pensamiento occidental:

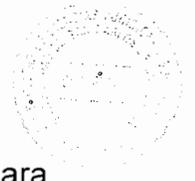
1. Igualdad quiere decir: que deben de tratarse de la misma manera las cosas que son iguales, y las que son desiguales, deben de tratarse de manera desigual, en proporción a su desigualdad.

2. Igualdad y justicia son sinónimos: por lo que ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual.

De acuerdo con Peter Westen⁵“estos planteamientos arrojan dos posibles interrogantes a discutir: La primera ¿Cuál es la conexión entre el hecho que dos cosas sean iguales,

⁴Gosepath Stephan. **Política según Aristóteles**.Pág. 20.

⁵. Westen Peter. **The empty idea of equality**.Pág. 544.



y la inferencia de que sean tratadas igual?. La segunda, ¿Cuál es la justificación para equiparar a la igualdad con la justicia?”

La afirmación los iguales deben ser tratados igual se supone como una verdad universal, pero ¿por qué? ¿Cuál es la conexión entre el hecho de que dos cosas sean iguales y la conclusión normativa de que deban de tratarse igual? La respuesta a estas preguntas se encuentra en los componentes de la fórmula de la igualdad “los iguales deben ser tratados igual”, ésta tiene dos componentes:

1. El señalamiento de que dos personas sean iguales, y
2. La resolución de que deban de ser tratados igual.

El factor determinante es el primero. Ya que una vez se establece que dos personas son iguales, ya se sabe cómo deben de ser tratadas. Para entender por qué es así, se debe saber de qué tipo de determinación se trata. Es necesario establecer con precisión, lo que significa decir que dos personas son iguales.

Primero: **las personas que son iguales** puede referirse a dos personas que sean iguales en todos los aspectos, pero el problema radica en que no existen dos personas iguales en cualquiera de sus aspectos. Lo único completamente igual en cualquiera de



sus aspectos son los símbolos inmateriales, como por ejemplo los números y las figuras geométricas, que no son sujetos morales.

Segundo: **las personas que son iguales** pueden ser personas que a pesar de no ser iguales en todos sus aspectos, lo pueden ser en algunos otros. Por su parte la primera definición excluye a todas las personas del mundo, mientras que la segunda incluye a tanto personas como cosas, ya que ambas son iguales en algunos aspectos, y es de aquí de donde surge la falsa afirmación de que todas las personas y cosas deben tratarse igual.

Tercero: **las personas que son iguales** puede referirse a las personas que son iguales en algún aspecto significativo, en particular. Esta tercera interpretación elude exitosamente el obstáculo filosófico; ya que inicia con el señalamiento normativo de que dos personas son iguales en un aspecto importante, y termina con la conclusión normativa de que ambas deben ser tratadas igual.

A pesar de ello no existen categorías de objetos jurídicamente iguales naturalmente, ya que la igualdad jurídica se establece únicamente cuando se establecen las categorías. Decir que las personas son iguales, es establecer un modelo jurídico de tratamiento, es



decir una regla que establece cierto tratamiento para ciertas personas, considerando lo que son, y por lo tanto determinando la manera en que deben ser tratadas.

De la misma forma como no existen categorías naturales de personas iguales, tampoco existen categorías de tratamiento igual; los tratamientos solo pueden ser iguales en atención a alguna regla. Por lo que al decir que las personas iguales en algún aspecto deben ser tratadas igual, se refiere a que deben ser tratadas igual de acuerdo con la regla que determina su igualdad.

En pocas palabras lo anterior quiere decir que las personas que por una regla se consideran iguales, por la misma regla deben de ser tratadas igual. Es por ello que se dice que la igualdad es completamente circular, ya que nos dice que los iguales deben ser tratados igual, pero ¿Qué iguales?, los que deben ser tratados igual.

La igualdad es un enunciado vacío sin estándares o criterios relevantes, una fórmula tautológica. El reconocer que la igualdad es una tautología explica distintas cosas, como el por qué los iguales deben ser tratados igual, por qué la igualdad es una verdad universal, por qué la igualdad se considera una ley del pensamiento y por qué es un aspecto de la moral aristotélica que permanece inmutable en nuestros días como lo fue



hace 2,500 años. La igualdad es una verdad innegable e insustituible, porque es una tautología.

Al respecto Westen realizó distintos estudios, él considera a la “igualdad” como una idea vacía e insuficiente, que depende de categorías para comparar y de derechos asignados para poder hablar de igualdad o desigualdad, en atención a los hechos que se tienen o de los que se carece. Por lo que la igualdad jurídicamente no significa nada si no tiene relación con un derecho preestablecido. Es decir, tratar igual a los iguales, no es más que una tautología, en donde se ha de tratar a los iguales de manera igual, y los iguales son aquellos que deben ser tratados de manera igual (ya que comparten cierta característica).

La igualdad es anterior a los derechos, debe existir un juicio previo que explique cuál será la característica relevante que determinará la igualdad de las personas, y por consecuencia la manera en que éstas deberán de ser tratadas. Este juicio previo, en forma de un derecho, puede revestir una libertad, una prerrogativa, un privilegio o una inmunidad y puede tener como fuente el derecho, la moral o la costumbre.

Al analizar la afirmación que hiciera Aristóteles de que “igualdad y justicia son sinónimos” se puede decir que partiendo del concepto romano del *ius*, derecho o



normas de origen humano, se puede derivar el *deiustitia* que fue definido por Ulpiano como "la voluntad de dar a cada quien lo suyo".⁶ Pero ¿cuál es la relación entre dar a cada quien lo suyo y tratar igual a los iguales?

Decir que a cada quien debe darse lo suyo significa que los iguales deben ser tratados igual y que los desiguales deben ser tratados de manera desigual. Es así como la justicia puede reducirse a la igualdad y la igualdad puede reducirse al enunciado de la justicia; ya que decir que dos personas son iguales y por lo tanto deben ser tratadas igual significa asumir principios sustantivos de lo correcto y de lo incorrecto, en donde tratarlas igual sería correcto y tratarlas desigual sería lo incorrecto. Es por esto que los filósofos han dicho que tratar a las personas de igual manera significa dar a cada quien lo suyo. Igualdad y justicia significa lo mismo.

Igualdad y justicia encierra la idea de una comparación necesaria entre dos o más personas para determinar su igualdad o desigualdad. Esta comparación debe estar relacionada con la posesión o carencia de algún criterio o rasgo que se considere relevante. El criterio debe de plasmarse en una norma para que puede argüirse que por ubicarse en tal o cual supuesto, las personas que comparten el criterio relevante deben de tratarse de igual manera, o que al carecer de dicho criterio relevante

⁶Westen, Peter, *Ob. Cit*, pág 6.



establecido por la norma, deben de tratarse de manera desigual, dando en ambos casos a cada quien lo suyo.

1.3. Igualdad como norma

La igualdad además de ser un juicio valorativo es también una norma; es un principio ya que marca el criterio que rige la conducta a seguir en determinadas situaciones y permea al ordenamiento jurídico en su conjunto cuando unifica a los sujetos en la titularidad de derechos llamados “universales” o “fundamentales”, reconocidos y garantizados a todos y en igual medida. La igualdad jurídica no es más que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente y precisamente por el hecho de que los titulares son diferentes entre sí.

Independientemente de la igualdad jurídica todas las personas son diferentes unas de las otras por diferencias de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales, entre otras. Las personas son desiguales también jurídicamente por referencia a la titularidad en mayor o menor medida de derechos no fundamentales, tales como los derechos patrimoniales y de crédito, que son derechos que pertenecen a cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás.



Al hablar de diferencias y desigualdades es necesario hacer una distinción entre las mismas:

-Las diferencias –ya sean naturales o culturales- son los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas, y que son tutelados por los derechos fundamentales.

-Las desigualdades – económicas o sociales- son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción.

-Las diferencias en su conjunto forman las identidades de cada una de las personas, mientras que las desigualdades forman las esferas jurídicas.

-Las diferencias son tuteladas y valorizadas por el principio de igualdad formal, en los derechos fundamentales de libertad.

-Las desigualdades, se intenta removerlas completamente o por lo menos reducir o compensar por aquellos niveles mínimos de igualdad material asegurados por los derechos fundamentales sociales.

En resumen puede decirse que en ambos casos la igualdad está conectada con los derechos fundamentales, en cuanto al respeto de todas las diferencias se refiere; y con los derechos sociales en cuanto a los derechos a la reducción de las desigualdades.



1.4. Igualdad y equidad

El término equidad se deriva del latín *aequitas-atis* (igualdad de ánimo) que conlleva en sí la idea de rectitud y justicia. En un sentido amplio significa también moderación, medida, aquello que conviene y se adapta algo para responder a la íntima naturaleza de ese algo.

Equidad consiste en la adaptación de la norma jurídica a los casos concretos. Tiende a aliviar, procurar la conciliación entre el carácter abstracto y rígido de la ley y las particularidades del caso concreto, para evitar que una norma resulte injusta por las especiales circunstancias del hecho que en el caso ocurran.⁷

La equidad ha sido variada en diversos países y épocas históricas. La rigidez de la ley de las Doce Tablas, en el derecho romano, dio lugar a que el pretor y los prudentes elaboraran concepciones de fuerza creadora, “ayudando, supliendo y corrigiendo” al derecho civil.

En la actualidad el papel que desempeña la equidad como fuente de derecho es muy limitado, ya que el juez únicamente puede recurrir a ella en los casos en que la ley expresamente se lo permite, y al aplicarla no debe tomar expresamente su propio

⁷ Pérez Portilla, Karla. **Ob. Cit.** Pág. 17.



criterio, por el contrario al aplicarla debe ponderar con mesura, todas las circunstancias objetivas del caso concreto.

En resumen se puede decir que la equidad se refiere a la facultad que tiene el juez para mitigar la dureza de la aplicación estricta de un estatuto, o para asignar la propiedad o la responsabilidad de acuerdo con los hechos del caso individual. La equidad, es de esta forma, la aplicación de la ley a un caso concreto con un margen explícitamente autorizado de discrecionalidad para el juez.

Entendida de ésta forma la equidad es un término jurídico que exige que se respete el principio de igualdad; por lo tanto la relación entre la igualdad y la equidad es instrumental. La equidad sirve al principio de igualdad, siempre que a través de ella el juez se sirva de una potestad discrecional para aplicar el derecho al caso concreto y mitigar la rigidez de la norma, cuando así lo autorice la ley.

1.5. Igualdad ante la ley en Guatemala

En cuanto al derecho de igualdad ante la ley determina que esta debe ser igualmente aplicada a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias, y que existiendo



diversas circunstancias la ley debe realizar la igualdad. Trato igual a los iguales y desigual para los desiguales.

Al respecto la Constitución Política de la República de Guatemala establece el Artículo cuarto que “todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”, en este sentido la Corte de Constitucionalidad ha indicado que “el concepto de igualdad así regulado estriba en el hecho de que las personas deben gozar de los mismos derechos y las mismas limitaciones determinadas por la ley.”⁸

Sin embargo, este concepto no reviste carácter absoluto, es decir, no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se proclama, sino su igualdad relativa propiciada por un legislación que tienda a la protección en lo posible de las desigualdades naturales. Así la igualdad ante la ley consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que no se concede a otros en iguales circunstancias, sean estas positivas o negativas; es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley, pero ello no implica que no pueda hacerse una diferenciación que atienda factores implícitos en el mejor ejercicio de un determinado derecho.

⁸Corte de Constitucionalidad. **Gaceta Jurisprudencial No. 40**, expediente 682-96, sentencia 21-06-1996. Pág. 23.



“Lo que puntualiza la igualdad es que las leyes deben tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias, sin que ello signifique que los legisladores carezcan de la facultad de establecer categorías entre los particulares siempre que tal diferenciación se apoye en una base razonables y sea congruente con el fin supremo del Estado”.⁹

En este mismo orden de ideas Luis Legaz y Lacambra indica que “cuando lo típico predomina sobre lo individual no hay otro medio posible, ni más seguro, de ser justo e incluso equitativos, que poner en práctica el criterio igualitario prefijado en el esquema legal”.¹⁰

“Ahora bien si aún dentro de una serie típica de casos, lo individual supera a lo genérico, entonces la misma justicia exige la práctica de la equidad, es decir, el no aplicar el esquema lógico, genérico y abstracto de la norma, sino una mediad adecuada a esos elementos individuales: pues lo contrario sería faltar a la equidad y faltar a la equidad sería faltar a la justicia, pues se trataría igualmente lo desigual, y lo desigual ha de tratarse desigualmente.”¹¹

⁹ **Ibid.** Pág. 24. .

¹⁰ Legaz y Lacambra, Luis. **Filosofía del derecho.** Pág. 343.

¹¹ **Ibid.**



Al hablar de igualdad ante la ley la intención es la de referirse a la idea de igualdad jurídica, es decir igualdad no solo ante las normas emanadas del Congreso, sino ante toda disposición coercitiva, que sea emitida por cualquier otro órgano del Estado; ya sea un Decreto, acuerdo, reglamento, sentencia o resolución fundada en ley.

Al respecto establece Humberto Quiroga Lavié que “la igualdad, al igual que la libertad no son datos o cualidades que integren la realidad humana, sino aspiraciones (ideas regulativas) que operan como principios (normas de interpretación) dirigidos a colocar a los hombres en igualdad de posibilidades, y no a uniformarlos ni a igualarlos. La igualación entre todos los hombres implicaría la muerte de su libertad: “la igualdad ante la ley busca potenciar a los hombres en su desigualdad a los efectos de que ésta no sea la base para fundar la supremacía de unos sobre la inferioridad de otros. La igualdad ante la ley busca hacer coexistir a las desigualdades humanas haciendo que éstas actúen como coexistencia de funciones diferentes y no como relaciones de superioridad-inferioridad entre los hombres”.¹²

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco existen varios preceptos que recogen el principio de igualdad ante la ley:

¹²QuirogaLavié, Humberto. **Derecho constitucional**. Pág. 195.



El Artículo cuarto de la Constitución Política de la República de Guatemala, en la parte conducente establece, que “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”.

El Artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala en su parte conducente establece que: “se prohíben los monopolios y privilegios”.

El Artículo 153 Constitución Política de la República de Guatemala en su parte conducente establece que: “El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentran en el territorio de la República”.

El Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada a través del Decreto 6-78 del Congreso de la República de Guatemala y ratificada por el Gobierno de la Republica el 27 de abril de 1978, establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho sin discriminación alguna a igual protección ante la ley”.

Desde el punto de vista de la administración de la justicia penal, el principio de igualdad ante la ley implica que ninguna persona puede sustraerse al juzgamiento penal, y que



todo aquel a quien impute un delito está obligado a responder en juicio criminal y eventualmente a sufrir la pena respectiva si resultare condenado.

1.5.1. Excepción al principio de igualdad ante la ley en materia penal

El derecho de antejuicio o de desafuero como también es conocido, constituye una excepción al principio de igualdad ante la ley procesal penal, ya que constituye una prerrogativa, que no afecta a la generalidad de las personas, y en virtud de la cual determinados servidores públicos no pueden ser juzgados penalmente ante los respectivos tribunales ordinarios o comunes sin que antes una autoridad competente para conocer acerca de la imputación penal, declare que ha lugar a formación de causa criminal en contra del servidor.

El Artículo tercero de la Ley en Materia de Antejuicio Decreto 85-2002 del Congreso de la República de Guatemala define el Derecho de Antejuicio como “la garantía que la Constitución Política de la Republica o leyes específicas otorgan a los dignatarios y funcionarios públicos de no ser determinados ni sometidos a procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa con las disposiciones establecidas en la presente ley”.



La justificación más aceptada del derecho de Antejucio es aquella que lo reconoce como una inmunidad de la cual goza el servidor público para que no pueda ser encausado criminalmente con base en imputaciones falsas o venganzas políticas o personales.

Pero esta misma justificación es la que ha dado origen al debate acerca de que el derecho de antejucio es considerado por muchos como un resguardo a la impunidad y no como una inmunidad, en el sentido propio de ésta.

Para entender mejor lo anterior es necesario definir en que consiste la inmunidad. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española inmunidad debe de entenderse como la prerrogativa de los senadores y diputados a cortes, que los exime de ser detenidos o presos, salvo en casos que determinan las leyes, o procesados y juzgados sin autorización del respectivo cuerpo colegislador.

Por su parte indica el Diccionario de la Real Academia Española que la impunidad es la falta de castigo.

Este debate entre impunidad e inmunidad ha sido extensamente abordado en trabajos de investigación, en donde se ha expuesto o propuesto la supresión del mismo, ya que



también se le ha llegado a considerar que atenta contra el principio de igualdad reconocido por la ley.

Sin embargo la existencia del derecho de antejuicio es necesaria para permitir el normal desempeño de las funciones públicas, al evitar que se vean afectadas por acusaciones falsas; pero esto de ninguna manera debe de entenderse como una justificación para permitir que los funcionarios públicos que gozan de este derecho puedan escudarse con este derecho y burlar la justicia, por lo que se puede concluir que el antejuicio es necesario pero debe de ser claramente regulado y aplicado con propiedad para la justicia siempre prevalezca.



CAPÍTULO II

2. La función pública de los funcionarios públicos en materia de derecho de antejuicio

Para poder profundizar en que consiste la función pública de aquellos funcionarios del Estado que gozan del derecho de antejuicio, es necesario establecer el origen de la función pública en sí misma, la cual tiene su origen en el estado mismo.

2.1. El Estado de Guatemala

El preámbulo de nuestra Constitución Política de la República de Guatemala recoge una declaración de principios que inspiran toda la legislación constitucional y es en éste en donde se establece al Estado como “responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz”.



2.1.1. Concepto de Estado

Acerca del concepto de Estado, la definición del mismo puede llegar a presentar dificultad, a este respecto Francisco PorrúaPérez indica que “El Estado es una sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado definido, aplicado, por un poder soberano, para obtener el poder público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica”¹³

2.2. Elementos del Estado

El Estado se compone de determinados elementos siendo estos:

- La población
- El territorio
- El poder, y
- Capacidad

2.2.1. La población

¹³ Porrúa Pérez. **Teoría del Estado**. pág. 20.



Es el conjunto de seres humanos que organizados en sociedad, habitan determinado lugar. Este constituye un factor histórico, y a cada modo de producción le ha correspondido una población con características especiales que se adecuen al mismo.

La población constituye el factor fundamental para la existencia del Estado, ya que es el ser humano quien a través del trabajo va transformando el ambiente que lo rodea y perfeccionando su organización en sociedad. Desarrollando no solo relaciones sociales sino también económicas, de poder, luchas de clases en las cuales una clase busca la manera de colocarse por encima de la otra, ostentando el poder; es por ello que un punto de la historia se da origen a la idea del Estado, el que sirve como un instrumento de dominación social.

2.2.2. El territorio

Tradicionalmente se le reconoce como un elemento constituyente del Estado, y en la antigüedad una de las funciones principales del Estado eran la conservación y la ampliación del territorio. El territorio es el lugar determinado en donde se asienta la población y se ejerce el poder y se establece el aparato productivo del Estado, mismo que éste debe de proteger.



2.2.3. El poder

El poder considerado desde el punto de vista sociológico es definido como “la capacidad de un individuo o de un grupo de llevar a la práctica su voluntad incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos.”¹⁴

En este sentido es posible decir que en el establecimiento del derecho de antejuicio, el poder es un elemento esencia ya que es un instrumento del poder político que mantiene el orden ya existente, preferencia la voluntad de una clase sobre otra.

El Estado es un instrumento del poder público determinado por intereses de clase; el poder político que se ejerce a través del Estado puede llegar a entenderse como la materialización de los intereses de una clase, que buscan imponerse sobre los de otra.

En términos generales la clase dominante o el sector dominante en una sociedad buscarán siempre defender e incrementar sus intereses, utilizando como medio para la realización de éste fin toda la estructura del Estado. Considerado de ésta forma el

¹⁴Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. Pág.15.



Estado no es más que un freno al desarrollo humano, pero el Estado puede ser también un factor que promueva el desarrollo humano.

Al analizar la situación actual del Estado de Guatemala resulta difícil considerarlo como un elemento de promoción del desarrollo humano, ya que si analizamos la creciente ola de violencia que azota a la población, es ilógico pensar que bajo tales condiciones el ser humano puede encontrar su pleno desarrollo, cuando incluso es incapaz, muchas veces, de salir en búsqueda de un trabajo o de estudio sin que sea víctima de un robo, en el mejor de los casos, si no lo es la pérdida de la vida.

En cuanto a la situación actual de la educación, cabe resaltar que en recientes estudios se ha determinado que Guatemala se encuentra en un puesto muy bajo, ya que se carece de calidad educativa, siendo Guatemala uno de los pocos países en donde los docentes pasan de estudiar en el nivel medio a impartir clases, es decir que no cuentan con la suficiente formación para educar, ya que la docencia no es una carrera universitaria, por lo que muchos de los docentes carecen de los conocimientos para poder enseñar a la niñez guatemalteca.

Ya que a pesar del aparente avance y de la nueva "gratuidad" en las escuelas públicas, esta carece de un verdadero significado ya que no se cuentan con las instalaciones adecuadas, ya que es un hecho notorio que muchas de las escuelas públicas no tienen ni siquiera escritorios mucho menos el material docente; y dejando esto de lado la



educación que se imparte es deficiente y no únicamente en los establecimientos públicos, sino incluso en la educación privada.

Por lo que únicamente considerando estos dos aspectos la inseguridad y el nivel educativo, se puede concluir que el Estado de Guatemala no permite el pleno desarrollo humano.

En términos generales es posible afirmar que las actividades del Estado se encaminan a la protección de determinados interés o preferencias, e incluyendo concesiones a algunas otras clases sociales.

El Estado ejerce el poder a través de los funcionarios públicos que lo integran; siendo éstos de principal interés ya que los mismos gozan del derecho de antejucio.

Los funcionarios públicos constituyen un instrumento accesorio del estado ya que unos pueden ser sustituidos por otros, sin que ello afecte la estructura o existencia misma del Estado. De acuerdo con Ruano Godoy funcionario público es “La persona física titular



del órgano administrativo que ejerce las facultades y cumple los deberes pertenecientes al Estado, en razón del interés colectivo”.¹⁵

Por su parte la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 154 primer párrafo establece que “los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial sujetos a la ley y jamás superiores a ella.”

Respecto a la responsabilidad legal de los funcionarios públicos Alfonso Palacios Motta indica que la responsabilidad penal es “el deber jurídico de responder por la acción realizada y cumplir con las consecuencias legales que la misma implica”¹⁶

Durante el desempeño de su cargo los funcionarios públicos pueden incurrir en actos típicos, antijurídicos, culpables y punibles. Tales actos pueden ser clasificados en dos categorías: los delitos comunes, es decir aquellos actos realizados por el funcionario fuera de sus atribuciones, enfatizando en que el funcionario continua ejerciendo su función de funcionario público pero estos delitos por su naturaleza no se encuentran relacionados al cargo sino son cometidos por una persona común.

¹⁵ Ruano Godoy, Edgar Orlando. **Excepciones al principio jurídico de igualdad ante la ley penal.** Pág. 33.

¹⁶ Palacios Mota. **Apuntes del derecho penal.** Pág. 63.



Por otra parte se encuentran los delitos de funcionarios, para los cuales es condición indispensable que el sujeto activo sea un funcionario o empleado público. El Código Penal, decreto 17-73 de los artículos 418 al 452 establece los delitos en los que pueden incurrir los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo. Entre ellos se encuentran: abuso de autoridad, incumplimiento de deberes desobediencia, denegación de auxilio, revelación de secretos, resoluciones violatorias a la Constitución, detención irregular, abuso contra particulares, anticipación de funciones públicas, prolongación de funciones públicas, restitución de emolumentos.

Abandono de cargo, abandono colectivo de funciones, cargos o empleos, infracción de privilegio, nombramientos ilegales, usurpación de atribuciones, violación de sellos, falsedad de despachos telegráficos, radiográficos o cablegráficos, allanamiento ilegal, responsabilidad del funcionario , inobservancia de formalidades, consumo ilícito de bebidas alcohólicas o fermentadas, cohecho pasivo, cohecho activo, soborno de árbitros, peritos u otras personas con función pública, cohecho activo transnacional, peculado, peculado culposo, malversación, concusión, fraude y cobro indebido.

En lo que respecta a la responsabilidad criminal la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 155 párrafo tercero:” La responsabilidad penal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena”



Al hablar del poder político es necesario establecer que son los funcionarios quienes ejercen el poder político.

2.2.4. La capacidad

La capacidad estatal es la facultad que éste tiene de llevar a cabo su soberanía y sus fines, sin que sufra ningún tipo de intervención o autorización previa. Por lo que la capacidad es un atributo indispensable que deriva de la personalidad jurídica del Estado.

2.3. Fines del Estado

De acuerdo con la doctrina comúnmente aceptada el fin supremo del Estado es el bien común.

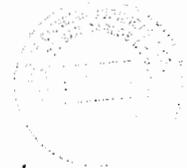
Para Santo Tomas de Aquino el fin del Estado no consistía únicamente en que los hombres vivieran, sino que vivieran bien.



Para Francisco Porrúa Pérez “El Estado como ente cultural tiene por objeto la obtención de un fin. Ya sabemos que todo producto de la cultura se caracteriza por llevar dentro de sí una finalidad, aquello para lo cual fue creado por el hombre. Siendo el Estado una institución humana, tiene naturalmente un fin. No puede dejar de tenerlo. Los hombres que componen el Estado, los gobernantes y los gobernados, al agruparse formando la sociedad estatal, persigue un fin. El Estado encierra en su actividad una intención que es la determinante y el motor de toda su estructura...El fin será el que determine las atribuciones, la competencia material de los diferentes órganos del Estado, y en función de esa competencia se crearán órganos. En este fin esta la razón última del Estado y su diferencia específica con otras sociedades”¹⁷.

Este principio se encuentra reconocido dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. En el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, que a pesar de no poder considerarse como un fundamento de ley si es una fuente de inspiración para el ordenamiento legal que antecede, el mismo en su parte conducente establece: “...afirmando...y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz...”

¹⁷ Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado**. Pág. 198.



El Artículo primero de la Constitución Política de la República de Guatemala por su parte establece que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

Respecto al citado artículo la Corte de Constitucionalidad lo interpreto de la siguiente manera, de acuerdo a la Gaceta No.1, expediente No. 12-86, página No.3, sentencia 17-09-86: “...la Constitución Política dice en su artículo 1 que el Estado de Guatemala protege a la persona...pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes...pueden evaluarse teniendo en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares...”

2.4. Funcionarios públicos

Respecto a los funcionarios públicos la Constitución Política de la República de Guatemala indica en su Artículo 154 “los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”. Una norma que nos indica claramente que los funcionarios públicos deben de



responder todas aquellas acciones que hayan cometido infringiendo la ley. Pero antes de poder argumentar respecto a ello es necesario un mejor entendimiento acerca de los depositarios de la autoridad.

2.4.1. La teoría del órgano

Filosóficamente el poder público proviene del pueblo, por lo que es el pueblo quien ejerce el poder público a través de la elección de sus representantes, quienes a su vez se encuentran a cargo de la función del estado.

La teoría del órgano considera que el órgano administrativo es el instrumento de actuación estatal. La voluntad, el poder y la actividad del Estado son únicos. La Constitución establece que personas o funcionarios serán quienes tengan la titularidad del Estado.



2.4.2. Definición de funcionario público

Comúnmente dentro de la doctrina del derecho se entiende que funcionario público es aquella persona que desempeña funciones dentro de un organismo, ya sea éste legislativo, ejecutivo o judicial.

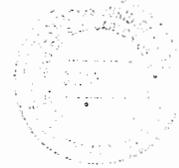
El Diccionario Jurídico Espasa establece que los funcionarios de la administración pública “son aquellas personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo”.¹⁸

Para el autor guatemalteco Hugo Calderón funcionario público “es toda persona que desempeña una función o servicio por lo general estable y publico...en tal palabra esta su asimilación al desempeño de funciones públicas”.¹⁹

Normalmente este “organismo” se refiere al Gobierno y sus distintos órganos como lo pueden ser el Congreso o Parlamento, los tribunales, la Administración Pública, y en general todos aquellos órganos del Estado, es decir que no pertenecen al sector privado.

¹⁸ Diccionario jurídico Espasa. Pág. 320.

¹⁹ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho procesal administrativo**. Pág. 43.



Para su funcionamiento los órganos administrativos se componen de distintos elementos:

-Administradores o Funcionarios públicos, como ya se dijo anteriormente son todas aquellas personas físicas (funcionarios) que se encuentran a cargo de los órganos administrativos, los que pueden ser electos o nombrados. Con su voluntad ejercen la competencia que le corresponde al Órgano Administrativo.

-Competencia, ésta consiste en todas las facultades, atribuciones, funciones y responsabilidades que la ley le otorga a cada órgano administrativo, para que pueda llevar a cabo las funciones que le corresponden.

-Actividad Material, puede entenderse como las acciones que se realizan en base a planes, proyectos, programas, decisiones, resoluciones o hechos administrativos, para lograr la finalidad que el órgano administrativo se propone.

En base a todo lo anterior se puede resumir que el órgano administrativo es toda institución de Derecho Público, por medio de la cual se cumple con la finalidad que tiene el Estado; su actuación es la manifestación misma del Estado y para el ejercicio de la competencia que la ley le otorga, necesita de la voluntad de la persona física o funcionario público.



2.4.3. Relación funcional

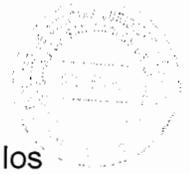
-Al momento de explicar la situación en la cual se colocan las personas que presan servicios al Estado, existen dos posiciones, a través de las cuales se ha justificado la naturaleza jurídica de ésta relación:

-Orientación contractual, ésta sostiene que la relación que se da entre Estado y los servidores o funcionarios públicos, tiene su origen mediante un contrato, por lo que su naturaleza es típicamente contractual.

-Orientación publicista, indica que la relación entre Estado y los servidores públicos es un contrato de derecho público.

La relación funcional “constituye un acto administrativo de nombramiento o de investidura, en donde concurren la voluntad del Estado que decide el nombramiento y la del particular que acepta el cargo, generando efectos jurídicos entre ambos de conformidad con los derechos y obligaciones previamente establecidos en la ley y el propósito de servicio a la colectividad”.²⁰

²⁰ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Ob.Cit.** pág 140.



Por lo que la relación funcional es un "vínculo jurídico-laboral que une al Estado con los particulares que pasan a formar parte del servicio civil desde el momento que inician en el ejercicio del cargo, hasta la entrega del mismo"²¹.

2.5. Sistemas para la designación de funcionarios públicos

Cabe mencionar que en el pasado la forma de ingreso a la Administración Pública fue por herencia, por venta, por arrendamiento y por sorteo. Sin embargo en la actualidad existen diversos sistemas para designar a los funcionarios públicos en Guatemala:

-Ingreso por elección, son aquellos cargos en los que previa votación el pueblo elige a los funcionarios públicos, tal es el caso del presidente, vicepresidente de la República, así como los alcaldes y diputados.

-Ingreso por nombramiento, este tiene lugar cuando el superior jerárquico dentro del órgano administrativo tiene la facultad de nombrar a sus subordinados y en este caso existen varias modalidades:

a) Nombramiento discrecional, cuando el superior puede hacer el nombramiento observando nada más que los requisitos que se deben cumplir.

b) Nombramiento condicionado, normalmente queda a condición una persona, entre varios candidatos.

²¹ *Ibid.* Pág. 138.



c) Nombramiento reservado, toman en cuenta la carrera administrativa y el sometimiento obligatorio al examen de oposición.

d) Ingreso por contrato, este se verifica normalmente parra las consultorías, ya sea las mismas profesionales o técnicas.

2.6. Clases de funcionarios públicos

Por la función que desempeñan “los funcionarios públicos pueden ser:

-Funcionarios públicos superiores, son los encargados de gobernar y tomar decisiones de carácter político, son los superiores jerárquicos de la administración.

-Funcionarios públicos intermedios, son los que coordinan y controlan la ejecución de los planes, programas y proyectos de la administración pública.

-Funcionarios públicos menores, llamados comúnmente trabajadores o empleados del Estado, burócratas y hasta servidores, son los ejecutores de la actividad administrativa.”²²

Existe cierta confusión entre lo que debe de ser entendido como funcionario público y lo que es un servidor público, al respecto la mejor manera de definir en que consiste cada

²² Calderón, Hugo Haroldo, **Ob. Cit.** Pág. 138 y 139.



uno es mediante los aspectos que los diferencian, en este sentido existen varios criterios de diferenciación, siendo los mismos:

- a) Por duración en los servicios, los funcionarios públicos son temporales, los empleados permanentes y por ende pueden hacer carrera administrativa.
- b) Por remuneración, los funcionarios siempre son honoríficos y los empleados son remunerados.
- c) Por la naturaleza pública o privada de la relación, la relación jurídica entre un funcionario con la administración es pública, mientras que con un empleado es privada.
- d) Por el texto jurídico donde se encuentran sus funciones, este criterio indica que los funcionarios encuentran sus funciones en la Constitución o en otra ley, mientras que los empleados en los reglamentos.
- e) Por el poder de decisión o mando, los funcionarios tienen poder de decisión o mando mientras que los empleados son meros ejecutores y auxiliares.²³

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce la categoría de funcionarios y empleados públicos por citar un ejemplo, en el Artículo 154 segundo párrafo que establece “Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.”

²³ Calderón, Hugo Haroldo. *Ob. Cit.* Pág. 139.



2.7. Carrera administrativa

Este es el derecho que tienen los empleados públicos de pasar a desempeñar un puesto de grado o clase superior, por capacidad, conocimiento y experiencia dentro de la función Administrativa.

Este aspecto se encuentra reconocido en el Artículo 57 de la Ley de Servicio Civil, el que en su parte conducente establece: “Se considera promoción o ascenso el acto por el cual el servidor público pasa a desempeñar un puesto de grado o clase superior...”

Los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo deben de cumplir con determinadas obligaciones entre las que se encuentran:

- a) Respeto y obediencia a la ley y al superior jerárquico.
- b) Ejercitar personalmente la competencia, ya que la misma es improrrogable excepto los casos de avocación y delegación.
- c) El cumplimiento fiel y dedicado de sus funciones, para lograr una administración más eficiente y pronta.
- d) Fidelidad al Estado como su empleador y principalmente a la Constitución.
- e) Contribución a la seguridad pública.



f) Oposición a las órdenes ilegales.

2.8. Responsabilidad de los funcionarios públicos

Tal y como se indicó con anterioridad nuestra legislación indica que todos los funcionarios públicos deben de ser responsables legalmente por su conducta.

2.8.1. Responsabilidad política de los funcionarios públicos

“La esencia del concepto de responsabilidad política, es el deber de todo individuo investido de autoridad pública con respecto a otros, los gobernados, que en un sistema democrático representativo delegan en forma condicionada el poder de gobernar”.²⁴

Esta surge como resultado de las decisiones que toman los funcionarios en el desempeño ordinario de sus funciones. Funcionarios tales como el Presidente de la República y los Ministros, están sujetos a éste tipo de responsabilidad. Tal extremo se establece a través del Control Parlamentario, Juicio Político o Interpelación.

²⁴ Mayo Henry B., *An introduction to democratic theory*. Pág. 38.



“La existencia de la responsabilidad política por parte de los funcionarios de Estado, es un elemento esencial para definir el sistema político en el que se encuentra; entendiéndose que aquellos sistemas en donde existe la responsabilidad política, éstos son sistemas democráticos. En cambio aquellos sistemas políticos en donde los funcionarios carecen de este tipo de responsabilidad se tratan de claros sistemas políticos de corte autoritario”.²⁵

2.8.2. Responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos

Tiene su origen en el momento en que un funcionario público infringen las normas legales u omite el cumplimiento de las mismas, provocando daños y perjuicios a las personas directamente afectadas por esta clase de administración (administrados), dentro de la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos se encuentran varias clases, ya que la misma puede ser de tipo civil, penal o administrativa.

Como medio para llegar a deducirla o comprobarla se utiliza el Juicio Sumario de Responsabilidades, y el Estado será solidariamente responsable, tal y como lo establece el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala en su parte conducente: “Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el

²⁵ Barceló Rojas, Daniel. **La responsabilidad política en el sistema presidencial estatal mexicano. Un análisis conceptual.** pág. 25.



ejercicio de su cargo infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren”.

2.8.3. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos

Esta se deriva del comportamiento de un funcionario que como resultado a causado un daño o perjuicio a un tercero, que es ajeno a la administración pública.

La responsabilidad civil constituye un caso de responsabilidad individual referido “a cierta clase de personas y a un modo particular de proceder de las mismas con relación a determinadas actividades suyas”.²⁶

2.8.4. Responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos

La responsabilidad administrativa deriva de la relación existente a través del empleo, tomando en cuenta que los funcionarios no se relacionan extracontractualmente con el

²⁶ Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. pág. 387.



Estado, sino que su relación deriva del nombramiento o del contrato de servicios con el mismo.

La responsabilidad administrativa tiene algunas similitudes con la responsabilidad civil: un hecho ilícito que puede imputarse a la culpa o la negligencia y que como consecuencia ha originado un daño jurídico.

Es posible afirmar que “para que exista responsabilidad administrativa por parte del funcionario público es necesario que medie culpa por parte del mismo. Por lo que se requiere que al realizar la acción exista discernimiento, intención y voluntad. Estos elementos deben de valorarse dentro del marco circunstancial y en concordancia con los principios de la materia de la cual se trate”.²⁷

No debe de bastar únicamente la existencia de una obligación inherente al empleo y el probable incumplimiento de la misma, para que se derive en una responsabilidad de tipo administrativa. Debe de verificarse si dicha obligación era posible de realizar, así como todas las demás obligaciones impuestas al funcionario, con el objeto de poder establecer si existió culpa o negligencia por su parte.

²⁷ Casariego, Raúl Alberto. **Derecho administrativo**. Pág. 5



No puede hablarse de responsabilidad sino cuando se han trasgredido las precauciones normalmente tomadas con relación a la actividad de que se trata.²⁸

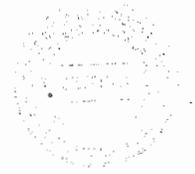
2.8.5. Responsabilidad penal de los funcionarios públicos

La responsabilidad penal surge cuando el funcionario público en el ejercicio de su cargo, comete algún delito o falta de los que se encuentran establecidos en el Código Penal.

Es en este momento en donde se empieza a encontrar controversia, ya que existe un número grande de funcionarios públicos que gozan de Derecho a Antejudio, lo cual significa que previo a iniciarse causa en contra del funcionario público, debe de tener lugar el trámite de antejudio, que no es más que un derecho que la ley otorga a ciertos funcionarios, de no ser detenidos ni sometidos a procedimiento penal, sin que previo a ello exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa.

Esta figura legal encuentra su origen, como un medio de protección de los funcionarios públicos, los mismos que por la importancia del cargo que desempeñan son objeto de acusaciones falsas en su contra; así que para evitar el retraso, que estas constantes

²⁸Ibid.



acusaciones, tendrían en la Administración Pública, fue creado del derecho de antejuicio.

Considero que ha sido acertada la creación e implementación de tal figura legal, aunque cabe indicar que tal y como se ha establecido en innumerables ocasiones, la misma ha sido un medio para perpetuar la impunidad, ya que ésta figura se ha desvirtuado, permitiendo que los funcionarios públicos puedan evadir la responsabilidad penal por los delitos o faltas que han cometido.

Es obvio que dicha figura debe ser objeto de importantes reformas legales, iniciando por la eliminación de este derecho a determinados funcionarios, ya que varias leyes ordinarias les han otorgado el mismo, abusando de dicha figura. También se ha planteado en varias ocasiones el reformar de manera tal este derecho, para que únicamente disfruten de él los funcionarios cuando son señalados por hechos que han cometido mientras desempeñan las funciones que le son propias a su cargo.

Y por último en lo que a la presente investigación corresponde, considero que el derecho de antejuicio debe ser inoperable en cuanto exista flagrancia, ya que los elementos suficientes para iniciar una investigación son evidentes, pero a este respecto ahondaré en un apartado posterior.





CAPÍTULO III

3. Antecedentes del derecho de antejuicio en Guatemala

Para poder entender cómo funciona el derecho de antejuicio es necesario remontarse a sus orígenes principalmente dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

3.1. Antecedentes del derecho de antejuicio en Guatemala

En lo que respecta a los antecedentes del Derecho de Antejuicio en Guatemala, el más remoto lo encontramos, en la Constitución de Bayona 1808, la misma que fue impuesta por Napoleón Bonaparte a España, pero ésta no estuvo vigente en América. A pesar de ello es indudable la influencia de tanto el derecho español como el francés, en las distintas legislaciones de nuestro continente incluida Guatemala.

Napoleón solicitó el nombramiento a seis diputados americanos, es en este momento en donde tiene participación Guatemala, con el objetivo de integrar un órgano constituyente.



Luego de esto tienen lugar las Cortes de Cádiz, con el objetivo de crear una legislación y sancionar a un gobierno acorde con las condiciones por las que se atravesaba en ese momento.

Las mismas culminan con la aprobación de la Constitución de 1812, siendo esta una norma original, novedosa, avanzada y progresista para su época. Entre los aspectos que mayormente llaman la atención acerca de esta Constitución, se encuentra en la participación de las colonias, incluidas las americanas, mediante diputados, que tenían igualdad de condiciones y derechos políticos.

De un total de 303 representantes 37 provenían de las colonias, entre éstos dos de la Capitanía General de Guatemala.

En Guatemala tienen lugar elecciones con el objeto de conformar la constituyente, todo esto como un efecto directo de los acontecimientos ocurridos en la península, derivados de los resultados de la invasión napoleónica.

Al mismo tiempo que la corona española se encontraba en crisis las ideas que proponían el fortalecimiento de los derechos humanos se iban consolidando, y es



así como se sientan las bases para lograr la independencia de las provincias centroamericanas.

Estas posteriormente se constituyen en Federación y se promulga la Constitución de 1824, para más tarde darse el fracaso del federalismo en la región. Instaurándose el régimen de la presidencia vitalicia mediante el Acta Constitutiva de 1851.

Más tarde en 1871 tiene lugar la Revolución Liberal, la que trae consigo el germen de las dictaduras y en 1879 promulga la Constitución, la misma fue objeto de ocho reformas y se derogó hasta con la Revolución de Octubre de 1944. Un año más tarde se promulga una nueva Constitución, a la que sucede la de 1956, posteriormente la de 1965 y por último la actual Constitución de 1985.

Es importante señalar que desde el momento que se estaba bajo el control europeo se da la influencia del derecho a antejuicio, el cual se reservaba únicamente para los jueces y magistrados.

Las bases del antejuicio se pueden encontrar en las Constituciones de Bayona y Cádiz, por lo que los posteriores diputados se ocuparon de desarrollar esta figura, mediante posteriores leyes ordinarias.



Tal y como lo indica el Doctor Jorge Mario García Laguardia “El 1 de Enero de 1837, después de un largo proceso, se promulgaron solemnemente los nuevos Códigos, que eran el código de reforma y disciplina de prisiones, Código Penal, Ley orgánica de administración de Justicia por Jurados, Código de Procedimientos del ramo criminal y el Código de pruebas judiciales, los que se imprimieron en la imprenta de la nueva academia de estudios y se distribuyeron amplia y gratuitamente, para conocimiento de los ciudadanos”.²⁹

Es en las últimas constituciones promulgadas que se otorgan la garantía y protección a los jueces, mediante el antejuicio.

3.2. Ley de Responsabilidades de 1928

Esta es considerada el antecedente más importante en materia de antejuicio en Guatemala. Consiste de 30 Artículos y fue promulgada a través del Decreto 1547 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala.

En los primeros siete artículos se estableció lo relativo a la responsabilidad y obligaciones de los funcionarios y empleados públicos. Del artículo 8 al 10 estableció la

²⁹García Laguardia, Jorge Mario. *Las garantías judiciales para los derechos humanos en Guatemala*. Pág. 66.



competencia para conocer el Antejucio, del 11 al 17 el procedimiento, y del 18 al 30 disposiciones varias.

Debido a una deficiente técnica legislativa en Guatemala, no existió una distinción jurídica clara, entre las leyes de probidad, responsabilidad y de antejucio; y no fue sino hasta principios de siglo que se trató de corregir esta situación.

Es por esta razón que al analizar el Decreto 1547 es posible distinguir disposiciones comunes a la responsabilidad de empleados y funcionarios públicos y el antejucio, razón por la cual se considera que su aplicación fue ineficaz y contribuyó al fortalecimiento de la impunidad y la corrupción.

En esta ley se establecía como debían de iniciarse las diligencias en el Artículo 11, el que indicaba “Para iniciar antejucio a que se refieren los artículos anteriores, bastará la denuncia o acusación formal por escrito con la firma del letrado, en la cual deberán proponerse todos los datos que deban servir de base al procedimiento”.

En esta ley ya se empieza a ver una ampliación del derecho de antejucio, el que no solo se aplicaba a jueces y magistrados, sino también a otros funcionarios públicos.



El Congreso conocía de los antejuicios en contra de los presidentes de los organismos de Estado, ministros de estado, magistrados y diputados. Lo que resultaba contradictorio, ya que el mismo Congreso conocía de los antejuicios de los diputados, contribuyendo así a la perpetuación de la impunidad.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, conocía los antejuicios contra magistrados, jueces, comandantes militares, gobernadores, auditores de guerra, tesorero nacional, directores generales y ministros diplomáticos.

En el Artículo 17 de dicho cuerpo legal se estipulaba que “La substanciación de los juicios criminales contra los funcionarios públicos, por los delitos que cometan por razón de sus funciones, ninguna instancia o recurso podrá tardar más de dos meses sin fenecerse. El retardo se presume malicioso, salvo prueba en contrario”.

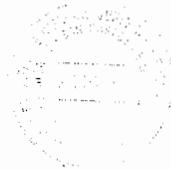
El Artículo 18 por su parte indicaba “La responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos, por cualquier trasgresión a la ley, podrá deducirse tiempo, mientras no se haya consumado la prescripción, que comenzara a correr desde que el funcionario hubiere cesado en el ejercicio del cargo durante el cual incurrió en responsabilidad”.



El Artículo 26 preceptuaba “Contra los coparticipes de un delito cometido por funcionario público que goce de antejucio, se abrirá procedimiento sin esperar la resolución de haber lugar a formación de causa. Terminado el antejucio si procediere se continuará el procedimiento contra el funcionario, agregándose certificación de las diligencias respectivas”.

En las disposiciones transitorias de dicha Ley se establecía en el Artículo 28 que “El acusador o denunciante de un delito cometido por un funcionario empleado público, no estará obligado a prestar fianza de calumnia”.

Es importante mencionar que esta ley estuvo vigente durante setenta años, factor que contribuyó a que se volviera inoperante, permitió que muchos hechos permanecieran en la impunidad y extendió la protección del antejucio de manera exagerada, ya que incluso los directores generales, tesorero nacional, por mencionar algunos ejemplos gozaban de éste derecho. Históricamente se ha señalado que el proceso de antejucio era burocratizado, quien lo interponía era objeto de represalias y no se observaba el debido proceso.



3.3. Constitución Política de la República de Guatemala de 1945

Esta Constitución estuvo vigente durante el proceso democrático de la Revolución Guatemalteca, durante los gobiernos de Juan José Arévalo Bermejo (1945-1951) y Jacobo Arbenz Guzmán (1951-1954).

Este cuerpo legal en el Artículo 116 atribuía al Congreso de la República el conocimiento del antejucio, este mandato junto con otros se encontraban dentro del Decreto número 92 del Congreso de la República. Cabe mencionar que tuvo lugar una importante reforma, mediante la cual los funcionarios que dejaren el cargo no gozaban del antejucio contenido en el Decreto número 37 de la Junta Revolucionaria de Gobierno.

3.4. Constitución Política de la República de Guatemala de 1965

En cuanto a ésta constitución García Laguardia manifestó "Es una Constitución muy desarrollada-282 artículos- que profundiza la tendencia anticomunista del régimen".³⁰

³⁰García Laguardia, Jorge Mario. **Breve historia constitucional de Guatemala**. Pág. 11.



En cuanto al aspecto económico, existe en ésta una defensa absoluta al liberalismo. La reconoce el concepto de función social de la propiedad, y el capítulo respecto al régimen económico y social está orientado en su totalidad a la expresión de que el Estado debe apoyar y estimular la libertad de empresa.

En el Artículo 166 numeral 11 indicaba que “Corresponde al Congreso: declara si ha lugar o no a formación de causa, contra el Presidente y Vicepresidente de la República, Presidente de la Corte Suprema de Justicia y todos los magistrados a que se refiere el Artículo 242 de esta Constitución, ministros de Estado y viceministros de Estado, cuando estén encargados del despacho, Secretario General de la Presidencia y el Subsecretario que lo sustituya, Procurador General de la Nación y diputados al Congreso. Toda resolución al respecto ha de tomarse con el voto de las dos terceras partes del número total de diputados”.

El último párrafo del Artículo 242, establecía como uno de los casos para la remoción de los magistrados la comisión de un delito; pero al establecer tal extremo no se mencionaba de manera expresa al antejuicio.



La Constitución de 1965 fue derogada durante el golpe de Estado del 23 de Marzo de 1982, por medio de la junta militar que asumió el poder, tomo el lugar de ésta Constitución el Estatuto Fundamental de Gobierno.

Es importante indicar que la Constitución de 1965 estuvo vigente durante la época que es considerada una de las etapas más duras del conflicto armado interno, por lo que la misma consistía en una estructura contrainsurgente. Durante esta época a nivel mundial se encontraba en apogeo la guerra fría de donde es posible que este cuerpo legal tuviera influencia; pero es un hecho que la misma tuviera una influencia grande por parte de los recientes acontecimientos del país, como lo eran el militarismo, golpismo y discriminación racial, por mencionar algunos.

Como consecuencia directa de los treinta años de conflicto armado interno que sufrió Guatemala, tuvo lugar un grave atraso en todos los ámbitos del país; durante este terrible periodo de nuestra historia se incrementó la discriminación racial, la injusticia social, y tuvieron lugar un sin número de crímenes, que lastimosamente aún la mayoría se encuentra en la impunidad, a pesar de recientes esfuerzos por traer justicia de las víctimas de tales atrocidades.



En cuanto al desarrollo Guatemala se vio estancada, a nivel económico social se vio frenada en tales esfuerzos.

Durante ésta época el derecho a antejuicio fue prácticamente inexistente, aquellos que se encontraban en el poder podían actuar sin ningún tipo de apego a la justicia y el deber y permanecer en la absoluta impunidad. El antejuicio se reguló en otras leyes contribuyendo a su burocratización y a desvirtuar el mismo.

3.5. Constitución Política de la República de 1985

Con posterioridad al golpe de Estado de 1982 tuvo lugar en el país una gran inestabilidad institucional, como consecuencia de las mismas diferencias que existían a lo interno del Ejército, por lo que tuvo lugar un nuevo golpe de Estado el ocho de agosto de 1983.

El nuevo jefe de Estado y el Consejo de Comandante realizó importantes cambios como lo fueron, fortalecer las coordinadoras interinstitucionales que impulsaban los programas económico-sociales, suprimió los Tribunales de Fuero Especial, y el compromiso que adquirió el nuevo gobierno de llevar a cabo una apertura democrática



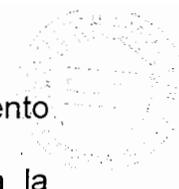
que llevara a elecciones libres, y entregó el poder a un gobierno civil finalmente después de dieciséis años de gobiernos militares.

Estos cambios permitieron la formación de una Asamblea Nacional Constituyente la que en el año de 1985 promulgó la Constitución Política de la República de Guatemala, entrando en vigencia una parte de la misma en el mismo año y en su totalidad el 14 de enero de 1986, el mismo día que tomó posesión el presidente electo el abogado Marco Vinicio Cerezo Arévalo.

Esta nueva constitución es de tipo antropocéntrico, lo que quiere decir que le da prioridad a la persona humana y a la familia, en cuanto a su protección, es garantista de los derechos humanos y busca el bien público.

Al respecto Edmundo Vásquez Martínez y Jorge Mario García Laguardia puntualizan que: “Para que una Constitución responda a la realidad, que de una u otra forma, trata de normar, es menester que tenga bases ideológicas, que institucionalice los poderes de hecho, las realidades sociales y ajuste o adecue la estructura constitucional a la situación concreta”.³¹

³¹ García Laguardia, Jorge Mario y Edmundo, Vásquez Martínez. **Constitución y orden democrático**. Pág. 169.

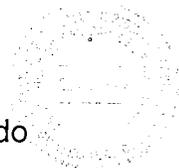


García Laguardia también indica “Esta Constitución de 1985, ha sido el instrumento jurídico-político, que ha servido de marco para el difícil proceso de transición a la democracia, y por eso su orientación, como hemos visto, se dirige a un ámbito de tratamiento de los derechos humanos y sus instituciones de garantía. Es una Constitución legítima, la que se reconoce y se ha reconocido, generalmente, en la integración del cuerpo constituyente, estuvo representado un amplio grueso de las fuerzas políticas que, debieron realizar minuciosas negociaciones para obtener consenso en las decisiones políticas del nuevo régimen. Por eso, el texto, es muy desarrollado, ambiguo, en algunos aspectos contradictorios, con poca unidad ideológica, y consecuentemente, de difícil cumplimiento y en ese contexto la labor del Tribunal Constitucional es clave”.³²

Es importante señalar que desde 1980 en Latinoamérica se empezaron a formar las corrientes humanistas, surgiendo varias constituciones en el continente inspiradas por las mismas, tal es el caso de Brasil, Perú, Honduras, Colombia, etc.

En lo que al derecho de Antejudio respecta, regula la actual Constitución de 1985, en el Artículo 165 literal h) “Corresponde al Congreso de la República declarar si ha lugar o no a formación de causa contra el Presidente o Vicepresidente de la República, Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo

³² García Laguardia, Jorge Mario y Edmundo Vásquez Martínez, **Ob.Cit.**Pág. 109.



Electoral y de la Corte de Constitucionalidad, Ministros, Viceministros de Estado cuando estén encargados de despacho, Secretarios de la Presidencia de la Republica, subsecretarios que lo substituyan, Procurador de los Derechos Humanos, Fiscal General y Procurador General de la Nación. Toda resolución sobre esta materia ha de tomarse con el voto favorable con las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso”

En el Artículo 206 se establece el derecho de antejuicio para jueces y magistrados de la Corte de Apelaciones, antejuicios contra jueces los conoce la Corte Suprema de Justicia.

3.6. Leyes relacionadas

Históricamente las leyes del Organismo Judicial han desarrollado aspectos relacionados con el derecho de antejuicio.

La actual Ley del Organismo Judicial indica en el Artículo 79 literal g): “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia o de la Cámara Respectiva: c) Conocer de los antejuicio contra los magistrados y jueces, tesorero general de la nación y Viceministros de Estado cuando no están encargados de la cartera.



Para el efecto tendrán facultad de nombrar a juez pesquisidor, que podrá ser uno de los magistrados de la propia Corte Suprema, de la Corte de Apelaciones o el juez de primera instancia más inmediato. Si el pesquisidor se constituye en la jurisdicción de funcionario residenciado o la Corte misma así lo dispone, dicho funcionario deberá entregar el mando o empleo en quien corresponda durante el tiempo que tarde la indagación y la Corte Suprema de Justicia o la cámara respectiva resuelve lo conveniente.

Una vez declarado que ha lugar a formación de causa el funcionario queda en suspenso del ejercicio de su cargo y se pasaran las diligencias al tribunal que corresponda, para su prosecución y fenecimiento. Los antejuicios de que conozca la Corte Suprema de Justicia terminaran si ulterior recurso”.

En cuanto a lo estipulado respecto a los recursos, en este caso se está hablando de recursos ordinarios, ya que de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Amparo Exhibición Personal y Constitucionalidad, en su Artículo 8 no hay ámbito que sea susceptible de amparo.

Otra importante disposición se encuentra en la Ley del Organismo Judicial Artículo 88 litera! a), que dice: “Corresponde a las Salas de la Corte de Apelaciones: a) Conocer



en Primera Instancia, previa declaratoria del Congreso de haber lugar a juicio, en las causas de responsabilidad contra los funcionarios que se refiere el inciso h), del Artículo 165 de la Constitución Política de la República”.

La literal c) del mismo artículo indica: “conocer de los antejuicios cuyo conocimiento no este atribuido por esta ley o por la Constitución Política de la República a otro órgano”.

CAPÍTULO IV



2. Derecho de antejuicio

Este derecho muy controvertido no es más que una herramienta de protección de las funciones que desempeñan los funcionarios públicos, en contra de todo proceso o acusación sin fundamentos en su contra, pero desafortunadamente con el pasar del tiempo éste derecho se ha ido desfigurando de tal forma que no son pocos los que abogan por su eliminación. Por el contrario en la presente investigación se busca evidenciar la clara necesidad de la reforma de éste derecho, principalmente cuando un funcionario ha sido capturado en flagrante delito.

4.1. Justificación del derecho de antejuicio

Doctrinariamente la justificación mayormente aceptada indica que éste es una inmunidad de la que goza el servidor público, para que no pueda ser procesado penalmente por imputaciones falsas o venganzas personales o políticas.

Este es un derecho de rango constitucional y ésta relacionado con el orden público, ya que permite que los funcionarios gocen de estabilidad ya que no podrán ser sometidos



a proceso penal, sin que antes declare el órgano competente que ha lugar a formación de causa.

El antecedente más remoto del derecho de antejuicio se encuentra en el impeachment, figura que surgió en Inglaterra alrededor del año 1370; este procedimiento tenía lugar cuando algún oficial de la corona o ministro cometía un delito. Cuando esto sucedía el funcionario era acusado por la cámara de los comunes ante la cámara de los lores, ésta última era la encargada de dictar la sentencia final.

Cabe resaltar que el procedimiento del impeachment era aplicado únicamente a los grandes funcionarios de la Corona, los demás funcionarios “comunes” eran simplemente removidos de su cargo para poder conservar la dignidad que conllevaban los cargos oficiales.

El derecho de antejuicio como institución surge en la época feudal como un medio de protección de la élite y las castas poderosas de época.

En lo que respecta a Guatemala ya se indicó con anterioridad sus antecedentes más remotos.



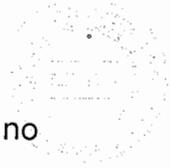
En numerosas ocasiones se ha establecido que le antejuicio ha servido como un medio para el resguardo de la impunidad, ya que a través del antejuicio se protege y encubre al funcionario público que ha cometido un ilícito; por lo que no han faltado detractores de esta figura constitucional.

Al respecto considero que es necesaria la figura del antejuicio ya que el constante número de acusaciones de las que son objeto los funcionarios públicos impediría el funcionamiento de las distintas entidades a las que pertenecen.

En relación a lo anterior Francisco Fonseca Penedo expresa que “no se trata de que el funcionario, por el solo hecho de serlo, deba ser juzgado, por lo menos inicialmente, por funcionarios de mayor categoría, y menos aún, que por esa razón goce de unainmidad especial que le permita cometer impunemente ciertos delitos, pues esa discriminación sería inaceptable”.³³

Continúa Fonseca Penedo “el Derecho de Antejuicio no está instituido como una protección en favor del funcionario, sino de las funciones que le han sido encomendadas. El fundamento lógico de la institución del antejuicio no es jurídico sino político.

³³ Fonseca Penedo, Francisco. **El derecho de antejuicio**. Pág. 44.



Las diligencias previas a la declaratoria de haber lugar o no a formación de causa no tienen por objeto saber si el funcionario cometió el delito, porque esa función sería encomendada al juez ordinario y a través de los procedimientos ordinarios ...Sabido que existió el hecho, que es constitutivo de delito y que es imputable al funcionario acusado, será preciso hacer una valoración comparativa entre la gravedad del delito por unaparte y la gravedad que causaría al orden institucional apartándolo de su cargo para ser sometido al proceso criminal.

Esta valoración no debe hacerse pensando en la persona individual del funcionario sino en la importancia de las funciones que le han sido encomendadas”.³⁴

Siguiendo este planteamiento es posible decir que el antejuicio tiene su origen en la política y no en la justicia, ya que a éste no le interesa si el ilícito fue cometido o no, sino por el contrario lo que “investiga” es si fue de tal gravedad que “merezca” ser conocido por un tribunal; ya que protege la “alta e importante” función que desempeñan los funcionarios públicos que gozan de éste derecho.

Fonseca Penedo también advierte que “el Tribunal de Antejuicio deberá declarar sin lugar la solicitud, aunque haya plena comprobación de que el funcionario es culpable

³⁴Ibid.



del delito, si su procesamiento pudiera causar al Estado un daño mayor que el causado al agraviado por el delito”³⁵

Humberto Quiroga Lavié por su parte indica que el juicio político “es un antejuicio porque si no se lleva a cabo, no será posible sustanciar el proceso penal que pudiera corresponder; eso no surge en forma expresa de la Constitución, pero ha sido la doctrina pacífica sobre el punto. Se justifica para evitar la frecuencia y facilidad de querrelas criminales que podrían estar motivadas en razones políticas, con lo cual se vería afectada más la función que el funcionario”.³⁶

Es necesario señalar que me encuentro en total desacuerdo con estos planteamientos, que si bien es importante proteger al Estado así como a las funciones que desempeñan sus funcionarios. No justificaría de ninguna manera la burla a la justicia y a la igualdad, bases fundamentales de un Estado de derecho, al permitir que existiendo indicios claros de que el funcionario público cometió un ilícito, se le permita esquivar su responsabilidad bajo el argumento que sería peor para el Estado la pérdida del funcionario dentro de la institución a la que pertenezca.

³⁵ Fonseca Penedo. *Ob Cit.* Pág. 45.

³⁶ Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho constitucional.* Pág. 551.



Para mí este argumento carece de total validez ya que perfectamente el funcionario puede ser suplido, por otra persona calificada, mientras dure la investigación y posteriormente el desarrollo del proceso penal.

Si bien toda acusación basada en intereses de cualquier índole así como de deseos de venganza, deben de ser declaradas sin lugar, y es aquí donde radica la funcionalidad e importancia del antejuicio; mas no en la injusticia.

4.2. Inmunidad vs. impunidad

Considerando que el antejuicio fue creado como una figura de protección hacia la función pública y no como protección al funcionario; se puede decir que se trata de una clase de inmunidad ya que lo que busca es impedir que la función pública sufra algún tipo de menoscabo como consecuencia del procesamiento criminal de aquella persona que, durante un determinado lapso de tiempo, la desempeña.

Al respecto concepciones doctrinarias establecen que no cabría la impunidad, debido a que el antejuicio no prejuzga sobre el fondo del asunto ni sienta autoridad de cosa juzgada.



Es debido a ello que la acusación podría plantearse nuevamente por ejemplo cuando el funcionario público hubiere cesado en sus funciones, siempre y cuando la responsabilidad no hubiere prescrito.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 155 establece que “La responsabilidad criminal de los funcionarios y empleados públicos se extingue por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena.

Por otra parte en el Código Penal Artículo 107 se indica que: “La responsabilidad penal prescribe:

- a) A los 25 años, cuando correspondiere pena de muerte.
- b) Por el transcurso de un periodo igual al máximo de duración de la pena señalada, aumentada en una tercera parte, no pudiendo exceder dicho termino de 20 años, ni ser inferior a 3.
- c) A los 5 años, en los delitos penados con multa.
- d) A los 6 meses, si se tratare de faltas.

En los casos en los que la responsabilidad penal corresponde a funcionarios públicos la ley establece que ésta prescribe de la siguiente manera:



- a) Por el transcurso de 50 años para los casos de los delitos sancionados con pena de muerte.
- b) Por el transcurso del doble de un periodo igual al máximo de duración de la respectiva pena, en el caso de delitos sancionados con prisión.
- c) Por el transcurso de 10 años para los delitos sancionados con multa.
- d) Por el transcurso de 1 año para los casos de faltas.

4.3. Características del derecho de antejuicio

El derecho de antejuicio se encuentra conformado por numerosas características como lo son su rango constitucional, ámbito específico de aplicación, creador de procedimientos, entre otras importantes características en las que se ahondará a continuación.

4.3.1. Jerarquía constitucional

En la historia del constitucionalismo guatemalteco la figura del antejuicio siempre ha gozado de rango constitucional. Otorgando inmunidades a ciertos funcionarios públicos y estableciendo como atribuciones de una autoridad específica o algún órgano



institucional si ha de declarar si ha lugar o no ha formación de causa penal contra ciertos servidores públicos.

Específicamente la Constitución Política de la República de Guatemala otorga el derecho de antejuicio directamente a los diputados al Congreso de la República en el Artículo 161, inciso a); a los Secretarios General y Privado de la Presidencia en el Artículo 202, párrafo segundo; a los magistrados y jueces en el Artículo 206; al Fiscal General de la República en el Artículo 251 párrafo final; al Procurador General de la Nación Artículo 252 párrafo final, a los alcaldes en al Artículo 258; a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad Artículo 270, párrafo final y al Procurador de los Derechos Humanos artículo 273.

También el derecho de antejuicio es reconocido de forma indirecta al reconocerse en la Constitución, en el Artículo 165 inciso h, la facultad del Congreso de la Republica de declarar si ha lugar o no a formación de causa en contra del Presidente y Vicepresidente de la República, Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad. Ministros y Viceministros de Estado cuando estén encargados de despacho, Secretarios de la Presidencia de la República, Subsecretarios que los sustituyan, Procurador de los Derechos Humanos, Fiscal General y Procurador General de la Nación.



De igual forma existe reconocimiento indirecto cuando se atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de los antejuicios a los diputados al Congreso de la República, en el Artículo 161 inciso a.

4.3.2. Ámbito específico de aplicación

Se considera que la aplicación del antejuicio es específica ya que dentro del Proceso Penal constituye un obstáculo a la persecución penal.

4.3.3. Creador de procedimientos

El antejuicio es creador de procedimientos ya que tal y como se encuentra establecido en la ley debe de llevarse a cabo un procedimiento previo con las diligencias que lo componen, cuando se hagan acusaciones en contra de funcionarios o empleados públicos.



4.3.4. Es parte del derecho público

Esto se debe a que la ley en donde se encuentra regulado es parte del derecho público.

4.3.5. Es definido como garantía

El derecho a antejuicio es una garantía ya que su función consiste en prevenir que se inicien procesos falsos en contra de funcionarios y dignatarios de la nación.

4.3.6. Es un derecho inherente

El antejuicio es un derecho que deviene inherente al cargo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable y que termina en el momento en que el funcionario público cesa el ejercicio de su cargo.



4.4.Reconocimiento legal

El derecho de antejuicio no se encuentra regulado únicamente en la Constitución Política de la República. Su reconocimiento también se encuentra en otras leyes tal y como lo son:

- a) Ley Electoral y de Partidos Políticos en los Artículos 143, 146, 158 y 217.
- b) Ley Orgánica del Ministerio Publico Decreto 40-94 en los Artículos 28 y 43 párrafo segundo.
- c) Ley de la Policía Nacional Civil Decreto 11-97 en el Artículo 25.
- d) Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas Decreto 31-2002 en los Artículos 14 y 18, y en
- e) Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, aprobado a través del Decreto 91-87.

Por último el derecho de antejuicio y sus disposiciones se encuentran regulados de manera específica en el Decreto 85-2002 del Congreso de la República, Ley en Materia de Antejuicio.



4.5. Procedimiento del antejuicio

El procedimiento del antejuicio lo podemos encontrar dentro de dos cuerpos legales distintos, por una parte la Constitución Política de la República de Guatemala y por otra la Ley en Materia de Antejuicio.

4.5.1. Procedimiento en la Constitución Política de la República de Guatemala

En el Artículo 161 literal a) se establece que “Los diputados son representantes del pueblo y dignatarios de la Nación; como garantía para el ejercicio de sus funciones gozaran desde el día que se les declare electos de las siguientes prerrogativas: c) Inmunidad personal para no ser detenidos ni juzgados si la Corte Suprema de Justicia no declara previamente que ha lugar a formación de causa, después de conocer el informe del juez pesquisador que deberá nombrar para el efecto. Se exceptúa el caso de flagrante delito en que el delito en que le diputado sindicado deberá ser puesto inmediatamente a disposición de la Junta Directiva o Comisión Permanente del Congreso para los efectos del antejuicio correspondiente.



En el Artículo 165 segundo párrafo literal h) de la Constitución se establece que “toda resolución sobre esta materia ha de tomarse con el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso.

4.5.2. Procedimiento en la Ley en Materia de Antejuiicio

En esta ley en el Artículo cuarto se establece que el antejuiicio procede o se origina “por denuncia ante juez de paz o querella presentada ante juez de primera instancia penal. La denuncia o querella podrá ser presentada por cualquier persona a la que le conste la comisión de un acto o hecho constitutivo de delito por parte de un dignatario o funcionario público y no simplemente por razones espurias, políticas o ilegítimas.

En cuanto al cese del funcionario en su cargo éste mismo cuerpo legal indica en al Artículo séptimo que “un dignatario o funcionario público solo podrá cesar en el ejercicio del cargo cuando un juez competente le dicte auto de prisión preventiva.

A este respecto existen diversidad de opiniones que piden que el funcionario público cese en el desempeño de su cargo mientras está sujeto a este trámite, esta es una opinión que no solo comparto sino que considera necesaria para poder mejorar esta garantía y evitar la impunidad a la que da lugar, sería un medio mediante el cual se



puede evitar que exista un abuso al derecho de igualdad y del debido proceso, así como a la justicia.

4.5.3. Delito flagrante

La Ley en Materia de Antejucio regula en el Artículo 5 que: “Si un dignatario o funcionario público que goza del derecho de antejucio fuere detenido en delito flagrante, la autoridad que hubiere efectuado la detención lo pondrán inmediatamente a disposición de la autoridad competente, según lo establecido en la presente Ley.”

Por otra parte en el Artículo sexto se encuentra regulado el procedimiento del antejucio en este caso: “...en caso de detención en la comisión flagrante de un delito or parte de los dignatario y funcionario que gozan del derecho de antejucio, la Policía Nacional Civil procederá de la siguiente manera...”

A continuación se indica que el caso que quien haya sido detenido fuere el Presidente, Vicepresidente, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, diputado al Congreso o al Parlamento Centroamericano, dicho funcionario debe ser puesto a disposición de la Junta Directiva o Comisión Permanente del Congreso de la República.



En el caso que se trate de magistrado del Tribunal Supremo Electoral, magistrado de la Corte de Constitucionalidad, Ministro de Estado, Procurador de Derechos Humanos, Procurador General de la Nación, Fiscal General de la República, Presidente del Banco de Guatemala, Superintendente de Bancos o Intendente de Verificación Especial; éste funcionario debe ser puesto de inmediata a disposición de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso de cualquier otro funcionario que goce del derecho de Antejucio el mismo debe ser puesto de inmediato a disposición de un juez de primera instancia del ramo penal o bien de un juez de paz de turno.

Además se agrega que por su parte la Policía Nacional Civil deberá verificar por todos aquellos medios razonables que dicha persona goza de la calidad de funcionario o dignatario, si el mismo no pudiere acreditarlo fehacientemente.

En cuanto a que hacer en el caso de que el funcionario haya sido capturado en delito flagrante la ley no es clara, ya que debe entenderse que en los distintos casos que se indicaron anteriormente el funcionario o dignatario debe de ser puesto a disposición de la autoridad que corresponda según el caso y para que sea dicha autoridad la que



confirme o refute la calidad de funcionario de la persona. Posteriormente se entiende que deben de seguirse las diligencias propias de un antejuicio "normal".





CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico-doctrinario de la inoperancia del derecho de antejuicio en caso de delito flagrante

En los capítulos anteriores se establecieron las distintas doctrinas y normas jurídicas que tratan a acerca del derecho de antejuicio. Pero a pesar de la importancia del mismo es evidente que en tiempos modernos acarrea un proteccionismo desmedido hacia los funcionarios públicos dejando desprotegido al resto de los guatemaltecos.

Cuando se trata de delitos in fraganti esta desigualdad se evidencia con mayor claridad “blindando” a los funcionarios públicos contra cualquier procedimiento en su contra a pesar de la existencia de elementos más que suficientes que hagan presumir que éste ha cometido un ilícito.

5.1. Análisis jurídico constitucional

La Constitución Política de la República de Guatemala establece como uno de los deberes del Estado, en el Artículo segundo, el garantizar a sus habitantes la vida, la



libertad y la justicia entre otras importantes obligaciones del mismo. Esto quiere decir que una de las principales y más importantes funciones que pueda desempeñar el Gobierno es el de permitir que los habitantes de la República obtengan justicia; por lo que es una obligación el lograr que los crimines no queden impunes y castigar de la manera establecida por las leyes, a aquellas personas que los han cometido.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad ha emitido opinión, en la Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00, sentencia 10-07-01, la cual establece en su parte conducente que: “El principio de seguridad jurídica...consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental...”

Considero que dentro de este orden de ideas cabe resaltar que las leyes deben de ser coherentes e inteligibles, es por ello que no puede ser aplicable u operable el derecho de antejuicio ante un delito flagrante; en este caso se estaría violando el principio de seguridad jurídica que consagra la Constitución permitiendo que no se siga el proceso penal hasta que se termine el procedimiento de antejuicio y salvo que éste sea declarado con lugar, lo cual resulta inoportuno ya que otorga una desmedida protección



al funcionario público ante la evidente comisión de un ilícito penal de su parte, y le proporciona todos los medios para eludir su responsabilidad garantizando la impunidad del crimen, una clara violación el derecho de igualdad y dejando totalmente desprotegida a la víctima.

Pero para poder comprender con mayor claridad lo anterior es necesario precisar que debe de entenderse por flagrancia, de acuerdo con Carlos Alberto Chiara Díaz “la flagrancia propiamente dicha o en sentido estricto...no va más allá de la sorpresa en el acto mismo de cometerse el delito o de tentarlo, y lo inmediatamente posterior ligado en forma directa a su ejecución mientras los autores no se hayan apartado del lugar...”.³⁷

El mismo autor indica también lo que debe de entenderse por cuasi flagrancia “o “sea cuando los partícipes son sorprendidos enseguida de producirse el hecho mientras aún son perseguidos por la fuerza pública, por el perjudicado o por el clamor público”³⁸. Cabe resaltar también lo que es conocido doctrinariamente como flagrancia ficta o presunta “cuando la persona tenga objetos o exhiba rastros capaces de hacer presumir vehementemente que acaba de cometer un delito..., ambos conceptos el de cuasi flagrancia y flagrancia ficta o presunta no son más que una ampliación de los alcances del concepto mismo de flagrancia “limitado por la idea de inmediatez y por el

³⁷Chiara Díaz, Carlos Alberto. **Derecho procesal penal**. Pág. 617.

³⁸ Chiara Díaz, Carlos Alberto. **Ob. Cit.**Pág.617.



elemento objetivo que vincula al afectado con el hecho de manera que permita considerarlo como partícipe de éste”³⁹

En cuanto al principio de igualdad nuestra Carta Magna reconoce en su Artículo cuarto que “...todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...”

Es decir que a pesar de que por naturaleza los seres humanos somos diferentes los unos de los otros ya que no existen dos personas idénticas (ni siquiera aquellas que son gemelas), la ley nos indica que debemos ser tratados de la misma manera y gozamos de los mismos derechos y obligaciones. Tal y como se indicó en capítulos anteriores esta igualdad indica que debe tratarse de manera desigual a aquellos que se encuentran en condiciones distintas; permitiendo así garantizar los valores que la propia Constitución reconoce.

La igualdad entonces permite que sean reconocidas condiciones diferentes en el caso de situaciones diferentes.

Basada en esta idea es concebido el derecho de antejuicio permitiendo que determinadas personas (funcionarios públicos) sean tratados de distinta manera ante la

³⁹ **Ibid.**



acusación de la comisión de un delito, ya que se considera que por la función que éstos desempeñan corren el riesgo de ser víctimas de acusaciones falsas o venganzas de cualquier índole. Es necesario apuntar que considero que tal afirmación es válida, pero no considero válida ni apegada a derecho una desproporcionalidad en esta protección.

Ya que si bien es cierto los funcionarios públicos corren este “riesgo” también es cierto, y ha sido objeto de innumerables investigaciones, que los mismos funcionarios públicos utilizan la protección del antejuicio como una garantía o un pase libre para la comisión de delitos, ya que éstos generalmente quedan impunes como consecuencia de la burocracia y el tortuoso camino que representa iniciar una acusación y el trámite de un antejuicio.

Esta situación se agrava más cuando existe flagrancia ya que considero que es bastante evidente la participación en el hecho por parte del funcionario público, por lo que carece de sentido un proceso previo que determine si existen indicios suficientes como para que el funcionario sea objeto de una investigación. Para el momento que dicho trámite (antejuicio) concluya se habrán perdido la mayor parte sino todos los medios de prueba, que permitan procesar al responsable del hecho delictivo.



Es coherente que si existe flagrancia pueda realizarse una investigación, misma que determinará si existe o no participación por parte del funcionario público en el ilícito, y que permita ser juzgado si así fuera el caso. Ante la flagrancia sería una garantía suficiente una correcta investigación y posterior juicio en donde podrán presentarse los argumentos tanto de cargo como descargo, y el Tribunal correspondiente dictará la resolución que en derecho corresponda. Es decir que siguiendo un debido proceso (mismo al que es sometido cualquier ciudadano) se garantiza la protección del funcionario ya que no quedarán vedados sus derechos.

Para entender mejor la inoperatividad del antejuicio es importante indicar en que consiste la flagrancia, con anterioridad se indicó como la doctrina explica lo que es la flagrancia. Pero ésta también se encuentra reconocida en nuestra legislación.

De acuerdo con lo establecido en la ley, específicamente en el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 257 se entiende que hay flagrancia cuando: "la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Procederá igualmente la aprehensión cuando la persona es descubierta instantes después ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos de delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. La policía iniciara la persecución inmediata del delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo



lugar del hecho. Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario que exista continuidad entre la comisión del hecho y la persecución”

Es decir que es evidente que la persona ha tenido algún tipo de participación o contacto directo con el hecho delictivo cometido. Razón suficientemente válida como para iniciar una investigación por parte del ente correspondiente. Caso contrario se estará ante una clara violación al derecho de igualdad ante la ley.

Por otra parte el derecho a antejuicio se ha extendido a un sin número de funcionarios públicos que hacen que la funcionalidad del mismo se pierda; en el sentido que fue ideado como un mecanismo de defensa contra acusaciones mal intencionadas, que carecen de veracidad en contra de los más importantes funcionarios del Estado; pero en la realidad este derecho se extiende a aquellos funcionarios cuyas funciones no se encuentran entre las más indispensables para la funcionalidad del Estado. Convirtiéndose el antejuicio no solo en una figura jurídica que únicamente entorpece el curso de la justicia, con mayor claridad ante la clara comisión de un delito como lo es ante la flagrante comisión de un delito.



Y no únicamente a pesar de existir flagrancia se debe proceder a iniciar el trámite del derecho de antejuicio, sino que el funcionario público continúa ejerciendo su cargo, desde donde puede controlar, influir e incluso destruir las evidencias en su contra.

Dejando relegado el derecho a la justicia que tenemos todos los guatemaltecos, ya que el funcionario público no solo cuenta con las influencias suficientes para poder tergiversar la investigación, sino que se le protege de sobremanera, dejando a la víctima sin ningún tipo de oportunidad de conseguir justicia para sí.

Al respecto la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala CICIG, ha realizado una sugerencia con las reformas que deben de hacerse a la Ley en materia de Derecho de Antejuicio. Entre las modificaciones que se proponen, se encuentran

a) Delimitación del ámbito de protección del derecho de antejuicio, misma en la que afirmación que comparto, ya que el antejuicio debe de beneficiar únicamente a los funcionarios públicos por acusaciones en contra de acciones que le son propias a su cargo, es decir mientras se encuentra ejerciendo sus funciones.

b) También se encuentra entre sus recomendaciones que se dictamine que el Ministerio Público de oficio continúe con las diligencias urgentes y necesarias, que permitan que no se pierdan las evidencias del hecho delictivo. En cuanto a esta sugerencia, la misma es sumamente importante si nos encontramos ante un flagrante delito, aunque



considero que en este punto no debe de proseguirse con el trámite de antejuicio sino por el contrario, el mismo debería de ser inoperante ante tales casos, y así continuar con la investigación pertinente, sin tener como obstáculo el trámite de antejuicio.

5.2. Análisis doctrinario del derecho de antejuicio

Como se indicó anteriormente la doctrina considera que el antejuicio es un derecho que busca proteger la función pública que desempeña un funcionario. Ya que por su importancia se considera que no debe de verse afectada por ningún tipo de acusación, ya que afectaría de manera directa el correcto desempeño del Estado.

Bajo este argumento se puede asumir que lo más importante es la protección del Estado y sus funciones por encima de cualquier otra cosa. Pero considero que tal afirmación no debe de dejar de lado el hecho que quien ejerce el poder es el pueblo, quien a su vez lo delega.

El Estado de Guatemala tiene como fin supremo la realización del bien común, respecto a cómo debe de entenderse tal afirmación se han realizado varios análisis. Por su parte la Corte de Constitucionalidad en la Gaceta No. 1 Expediente No. 12-86, página No. 3 indica que "...por lo que las leyes... pueden evaluarse tomando en cuenta que los



legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares...”

Es decir que las leyes deben de aplicarse tomando como lineamiento principal la consecución de un objetivo general, es decir que beneficie a la mayoría y no por el contrario a un grupo o individuo en particular.

Por lo que al aplicar el antejucio debe tenerse en cuenta el beneficio general más no el particular. Pero ante el extremo proteccionismo hacia el funcionario público, como lo es el beneficio del antejucio ante un delito flagrante, se consolida el fin particular por sobre el general, vulnerando de esta forma el derecho de la mayoría, dejando de lado la consolidación del bien común.

En su Artículo segundo la Constitución Política de la República de Guatemala establece los deberes del Estado hacia sus habitantes, entre estos se encuentran, la libertad, la justicia, entre otros igualmente importantes.



El derecho a la justicia es uno de los principales derechos que tienen no únicamente los habitantes de la República sino todos los seres humanos. Este es un derecho que debe de ir más allá de un simple enunciado constitucional, debe de consolidarse y fortalecerse mediante la correcta aplicación de las leyes, leyes que le sean comunes a todos los habitantes de la República sin importar el cargo o posición que tengan dentro de la sociedad guatemalteca.

Respecto a lo establecido en este artículo la Corte de Constitucionalidad en la Gaceta No. 61 expediente No. 1258-00 sentencia 10-07-01 indica que "...El Principio de seguridad jurídica que consagra el Artículo 2° de la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental..."

De lo anterior puedo afirmar que no puede existir seguridad jurídica en un sistema de justicia que no trabaja por la mayoría, un sistema que carece de confianza por parte del ciudadano común, ya que en innumerables ocasiones sus derechos son burlados o ignorados, o simplemente pisoteados por proteger los de aquellas personas de "mayor importancia", tal y como lo son los funcionarios públicos.



La historia antigua y reciente de nuestro país no carece de ejemplos que evidencian esta triste situación. Y a pesar de que se están iniciando esfuerzos por depurar el sistema de justicia, mucho queda aún por hacer. Entre lo que aún se encuentra pendiente es una ya evidente reforma al derecho de antejuicio, el que se ha vuelto en un medio para consolidar la impunidad y la injusticia.

A pesar de la importancia de esta figura legal, que si es aplicada correctamente es de beneficio para el correcto funcionamiento del Estado. Pero es el abuso de la misma lo que permite la impunidad. Y una de estas formas de abuso de la figura es la protección del Antejuicio ante un delito flagrante, permitiendo que se pierda un tiempo valioso para recabar los medios de convicción que lleven a demostrar en un posterior juicio la participación o la inocencia, si así fuera el caso, del funcionario público.

Durante todo el lapso de tiempo que la burocracia detiene la investigación el funcionario continua gozando de sus derechos, pudiendo influir y manipular el sistema de justicia, y evitando el brazo de la ley, dejando como ya es costumbre, al ciudadano común desprotegido. Por lo que es necesario acabar con este proteccionismo excesivo y permitir que ante la flagrancia el funcionario quede suspendido de sus funciones, y que la investigación continúe su curso, eliminando el antejuicio ante estos casos.



CONCLUSIONES

1. Durante años ha habido un crecimiento desmedido de la figura del antejuicio extendiéndola a un sinnúmero de funcionarios públicos, lo que ha hecho que se desvirtúe su función, convirtiéndola en un instrumento más de perpetuación de la impunidad.
2. Al permitir que un funcionario público que ha sido sorprendido in fraganti, sea beneficiando con el derecho a antejuicio previo a la iniciación de las pesquisas en su contra, se está realizando una clara violación al principio de igualdad reconocido en la Carta Magna.
3. La figura de antejuicio debe ser inoperante en caso de delitos in fraganti, porque impide el debido proceso y permite la obstrucción de la justicia, ya que habiendo indicios suficientes que determinan la posible participación en los hechos, se premia con el proceso previo del antejuicio que en muchas ocasiones permite evadir la justicia.





RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República de Guatemala reforme la Ley en Materia de Antejucio, con el objeto de limitar el número de funcionarios públicos que gozan de este derecho; permitiendo que únicamente el presidente, vicepresidente y ministros de Estado, tengan derecho a este beneficio.
2. También se debe establecer la inoperabilidad del antejucio en el caso que el funcionario público sea capturado en flagrancia, para cumplir así con el principio de igualdad ante la ley y con el debido proceso.
3. Cuando un funcionario sea aprehendido en flagrante delito, tiene que ser separado del cargo durante la investigación para evitar así el tráfico de influencias.





BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ ROJAS, Daniel. **La responsabilidad política en el sistema presidencial estatal mexicano, un análisis conceptual.** Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. México (s. e), 2011.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho.** 4^a ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. Guatemala: **Derecho procesal administrativo,** 1era. Reimpresión, impresora Litográfica y Publicitaria Zimeri 1996.

CHIARA DIAZ, Carlos Alberto. **Derecho Procesal Penal.** 2 vols.; Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni, (s.f.)

FONSECA PENEDO, Francisco. **El derecho de antejuicio.** Guatemala: Tipografía Nacional, 1979.

FUENTES DESTARAC, Mario. **El derecho de antejuicio.** Guatemala: Universidad Rafael Landívar. Instituto de investigaciones jurídicas, 2003.



GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Las garantías judiciales para los derechos humanos en Guatemala.** Cuadernos Colección de Derechos Humanos No. 4-91. Guatemala: (s.e.) 1991.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Breve historia constitucional de Guatemala.** Ministerio de Cultura y Deportes. Guatemala (s. e) 2002.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario y Edmundo Vásquez Martínez. **Constitución y orden democrático.** Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Ed Universitaria 1984.

GOSEPATH, Stephan. **Equality the standford encyclopedia of philosophy.**(Winter 2001 Edition), Edward N. Zalta (ed), URL.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del derecho.** Barcelona, España: Bosch, Casa Editorial, 1961.

MARIENHOFF, Miguel. **Tratado de derecho administrativo.** 3ª ed. TII. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot, 1988.

MAYO, Henry B. **An introduction to democratic theory.**Cambridge, Oxford UniversityPress, 1966.



PALACIOS MOTA, Jorge Alfonso. **Apuntes del derecho penal**. Tomo II, Guatemala, Guatemala: Ed. Impresiones Gardisa. (s.f).

PÉREZ PORTILLA, Karla. **Igualdad**. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del estado**. México: Ed. Porrúa (s.f).

PRIETO SANCHIS, Luis. **Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial**. (s.e), (s.f).

QUIROA LAVIÉ, Humberto. **Derecho constitucional**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma (s.f).

RUANO GODOY, Edgar Orlando. **Excepciones al principio jurídico de igualdad ante la ley penal**. Tesis de grado FAC.C.C.J.J.S.S. USAC. Guatemala: 1993.

WESTERN, Peter. **The empty idea of equality**. Harvard Law Review. Volume 95 (s.e), (s.f).



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 51- 92, 1992.

Ley en Materia de Antejucio. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 85-2002, 2002.