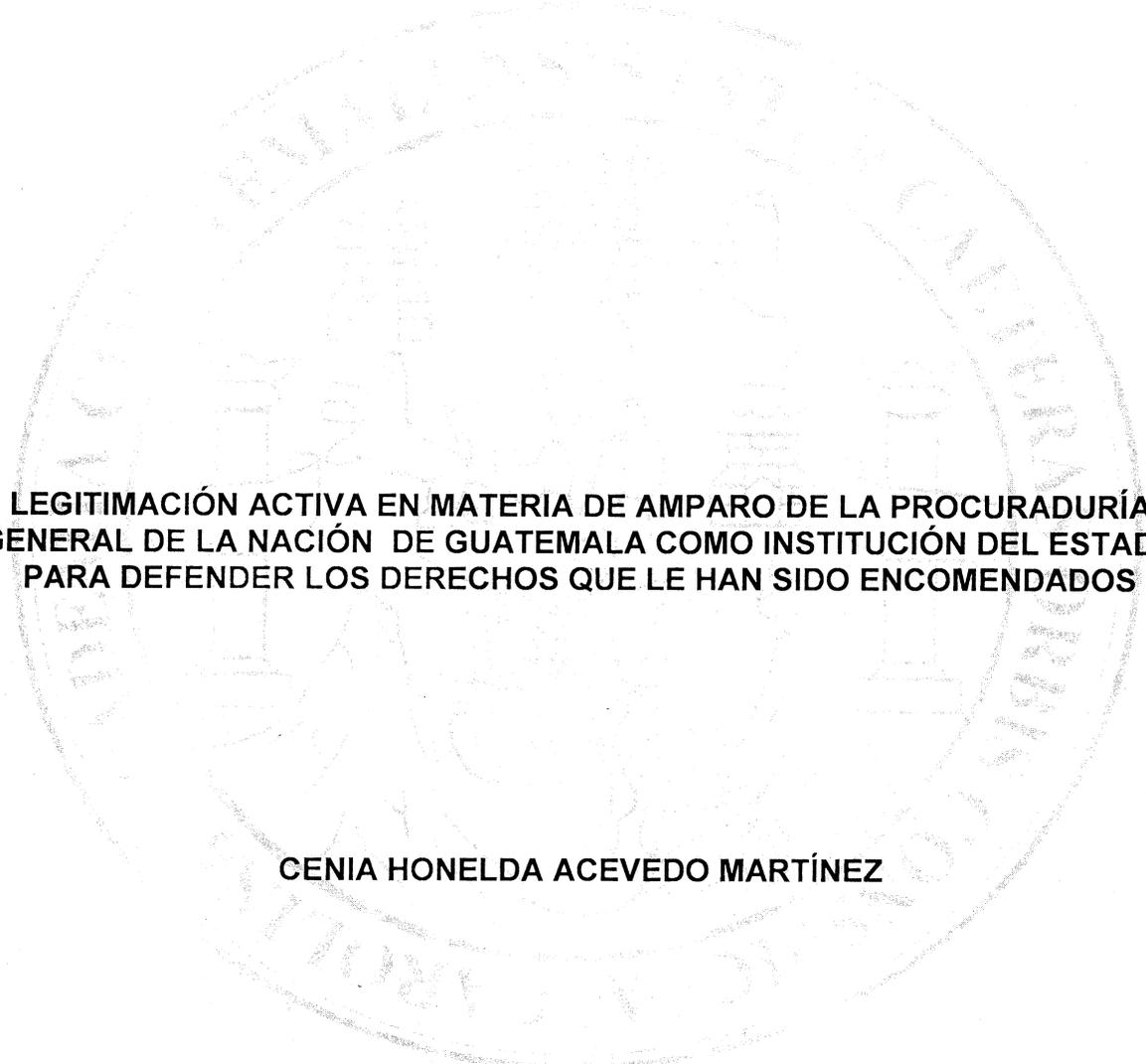


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**LEGITIMACIÓN ACTIVA EN MATERIA DE AMPARO DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN DE GUATEMALA COMO INSTITUCIÓN DEL ESTADO
PARA DEFENDER LOS DERECHOS QUE LE HAN SIDO ENCOMENDADOS**

CENIA HONELDA ACEVEDO MARTÍNEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2018

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

**LEGITIMACIÓN ACTIVA EN MATERIA DE AMPARO DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN DE GUATEMALA COMO INSTITUCIÓN DEL ESTADO
PARA DEFENDER LOS DERECHOS QUE LE HAN SIDO ENCOMENDADOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CENIA HONELDA ACEVEDO MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2018

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Olga Rubilia Monzón Soto
Vocal:	Licda.	Gloria Melgar de Aguilar
Secretario:	Lic.	Carlos Erick Ortiz Gómez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Enexton Emigdio Gómez Meléndez
Vocal:	Lic.	Marco Tulio Pacheco Galicia
Secretario:	Lic.	Otto René Vicente Revolorio

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



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



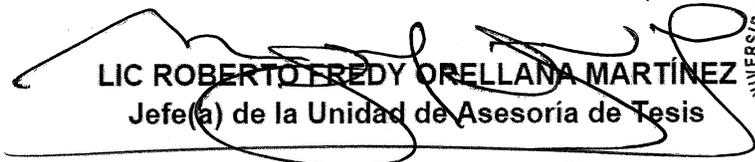
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
10 de noviembre de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, JACOBO FLORES MONZÓN
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CENIA HONELDA ACEVEDO MARTINEZ, con carné 9319284,
intitulado LEGITIMACIÓN ACTIVA EN MATERIA DE AMPARO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
DE GUATEMALA COMO INSTITUCIÓN DEL ESTADO PARA DEFENDER LOS DERECHOS QUE LE HAN SIDO
ENCOMENDADOS.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
de tesis propuesto.

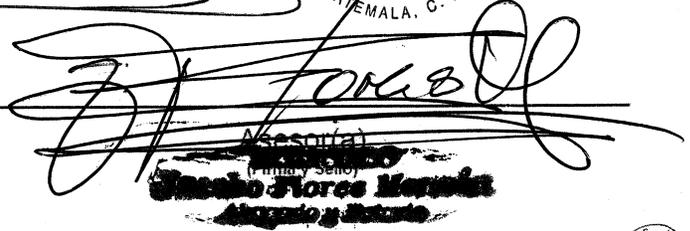
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 29 / 11 / 2016.

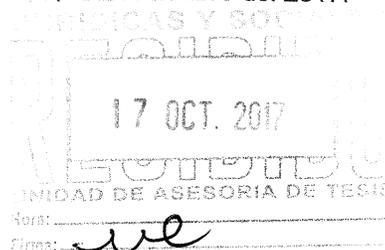
f) 
Asesor(a)
Jacobo Flores Monzón
Abogado y Escritor





Guatemala, 16 de octubre del 2017.

Doctor.
Roberto Fredy Orellana Martínez.
Jefe de La Unidad Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria, zona 12, ciudad.



A solicitud de la señora estudiante de esta facultad **CENIA HONEIDA ACEVEDO MARTÍNEZ**, quien se identifica con el carné estudiantil 199319284, fui nombrado como asesor del trabajo de su tesis intitulada "**LEGITIMACIÓN ACTIVA EN MATERIA DE AMPARO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE GUATEMALA COMO INSTITUCIÓN DEL ESTADO PARA DEFENDER LOS DERECHOS QUE LE HAN SIDO ENCOMENDADOS**", por lo que habiendo asesorado el trabajo encomendado y de conformidad con lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para La Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias, para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las cuatro etapas del conocimiento científico tales como; **1)** El planteamiento del problema jurídico que es de actualidad; **2)** En el contenido de la investigación se encuentra inmersa la hipótesis planteada que se refiere a que La Procuraduría General de La Nación podría proteger de manera eficaz los intereses que le han sido encomendados por el Estado de Guatemala, al darse la reforma del Artículo 25 de La Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **3)** La recolección de información realizada por la estudiante **CENIA HONEIDA ACEVEDO MARTÍNEZ**, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual; **4)** En consecuencia la ponente comprueba de manera irrefutable la hipótesis planteada; **5)** La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos, histórico, inductivo, deductivo, analógico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía científica actualizada por parte de la ponente para fundamentar de manera práctica su trabajo de tesis.

Con relación a la contribución científica de la investigación realizada se reduce a un sencillo y breve aspecto pero sustancial, el de proponer que La Procuraduría General de La Nación como Representante Legal del Estado de Guatemala, tenga la legitimación activa para interponer el Amparo, ya que actualmente la ley constitucional que lo regula no lo permite. Se hace un análisis de leyes ordinarias que le dan participación a la Procuraduría General de La Nación, por lo que es un excelente aporte para solucionar un problema que se da frecuentemente en los asuntos que por Ley tiene que conocer La Procuraduría General de La Nación de La República de Guatemala.

La conclusión discursiva fue redactada en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. Y propone una reforma al Artículo 25 de La Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad para dar una solución jurídica al problema planteado, lo cual ya había sido mencionado en la hipótesis del presente trabajo de tesis,

Lic. Jacobo Flores Monzón
Abogado y Notario

“LEGITIMACIÓN ACTIVA EN MATERIA DE AMPARO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE GUATEMALA COMO INSTITUCIÓN DEL ESTADO PARA DEFENDER LOS DERECHOS QUE LE HAN SIDO ENCOMENDADOS”. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación ha estado apegado a las pretensiones de la autora, y sobre todo apegado a lo que establece el Artículo 31 del Normativo para La Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. En virtud de lo anterior **APRUEBO** la investigación realizada por la señorita estudiante **CENIA HONEIDA ACEVEDO MARTÍNEZ**, por lo que puede ser sometida a su discusión y aprobación en el examen público de tesis. **DECLARO: QUE NO TENGO NINGÚN PARENTESCO CON LA ESTUDIANTE, CENIA HONEIDA ACEVEDO MARTÍNEZ.**



Sin otro particular, me suscribo respetuosamente.

Deferentemente:

Lic. Jacobo Flores Monzón
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Col. 5,801

LICENCIADO
Jacobo Flores Monzón
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 30 de mayo de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CENIA HONELDA ACEVEDO MARTINEZ, titulado LEGITIMACIÓN ACTIVA EN MATERIA DE AMPARO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE GUATEMALA COMO INSTITUCIÓN DEL ESTADO PARA DEFENDER LOS DERECHOS QUE LE HAN SIDO ENCOMENDADOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/cpchp.

[Handwritten signatures and stamps]

[Large handwritten signature]

[Large handwritten signature]

[Large handwritten signature]

[Circular stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, GUATEMALA, C. A.]

[Circular stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, DECANATO, GUATEMALA, C. A.]



DEDICATORIA



- A DIOS:** Mi padre celestial, quien ha tenido cuidado de mí siempre y me ha concedido los deseos de mi corazón.
- A MI PADRES:** Por darme la vida, buenos principios y ejemplo de superación.
- A MI ESPOSO:** Ing. Misael Arístides Figueroa Villatoro, quien ha sido mi complemento y brazo fuerte.
- A MIS HIJOS:** André, Pamela y Derek, que sea un ejemplo en sus vidas, que todo lo podemos en Cristo.
- A:** La gloriosa y tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, por el camino recorrido y el conocimiento alcanzado.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias.

PRESENTACIÓN



La investigación pertenece a la rama del derecho procesal constitucional. El objeto es analizar la legitimación jurídica en materia de amparo de algunas instituciones estatales dentro del periodo 2014-2017, para actuar dentro del orden estatal jurídico-democrático. El sujeto de estudio es la Procuraduría General de la Nación de Guatemala al respecto.

Desde ese orden de ideas, se desglosa la problemática jurídica en la protección del bien común, que el Estado debe promover para la prestación de servicios públicos, debiendo el Estado de Guatemala actuar como persona jurídica, colectiva y abstracta a través de la Procuraduría General de la Nación – PGN-; quien tiene la capacidad jurídica ya reconocida en la Carta Magna, como ente facultativo para representar los intereses y derechos de la nación, según el ejercicio de su personería jurídica; no obstante como persona tutelar de bienes públicos debe actuar en la defensa de los mismos en legitimación activa en materia de amparo y defender los intereses que le han sido encomendados constitucionalmente.

Siendo por ello, el aporte, la reforma y adición en el Artículo 25 del Decreto 1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la figura de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala referente a la legitimidad activa para interponer la acción de amparo.

HIPÓTESIS



Con la reforma y la adición de la Procuraduría General de la Nación en el Artículo 25 del Decreto 1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, referente a la legitimidad activa para interponer la acción de amparo, la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, podrá proteger de manera más eficaz los intereses que le han sido encomendados constitucionalmente por el Estado de Guatemala.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La comprobación de hipótesis se realizó mediante las técnicas de investigación documental, bibliográfica y científica, y los métodos inductivo y analógico, o comparativo, referente al amparo en sus diferentes aspectos del derecho comparado; además del análisis de los principios constitucionales y procesales.

Se pudo validar la presente hipótesis al concluir que se hace necesario que el Estado de Guatemala se legitime en materia de amparo siendo la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, el ente competente para accionar en materia de amparo en defensa de los mismos, a través del Procurador General de la Nación como representante del Estado por la función asignada constitucionalmente, y promover el respeto a la supremacía constitucional establecido en el Artículo 252 de la Carta Magna y su interés para participar en las controversias de modo directo en sus atribuciones. Se concluyó finalmente, la importancia de reformar y adicionar en el Artículo 25 del Decreto 1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la figura de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala referente a la legitimidad activa para interponer la acción de amparo y defender los intereses que le han sido encomendados constitucionalmente.

ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Historia del amparo	1
1.1 Generalidades del amparo	3
1.2 Aplicación del principio pro homine	5
1.3 Naturaleza jurídica del amparo	6
1.4 Antecedentes del amparo guatemalteco.....	11
1.4.1 Objeto del amparo	19
1.4.2 Interpretación de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad	21
1.5 Derecho comparado	28
1.5.1 El amparo colectivo	30

CAPÍTULO II

2. Personalidad jurídica del Estado	51
2.1 La personalidad jurídica	52
2.2 Teorías o naturaleza jurídica de la persona	53
2.2.1 Teoría de la ficción.....	53
2.2.2 Teoría de Hans Kelsen	54
2.2.3 Teoría de la realidad	54
2.3 Nacimiento de la persona jurídica.....	55
2.3.1 Responsabilidad de la persona jurídica.....	56
2.3.2 Personalidad jurídica del Estado de Guatemala y el Decreto-ley 106	57
2.3.3 La personalidad jurídica del Estado de Guatemala	59
2.4 Teorías de la personalidad jurídica del Estado:	61



2.5 Representación del Estado a través de su personería jurídica	
2.5.1 Legitimación activa y pasiva de las partes	66
2.5.2 La interpretación del interés legítimo coherente con los derechos humanos	70
2.5.3 Intereses difusos	71
2.5.4 Legitimación activa	71
2.6 Modelos de justicia constitucional	74
2.7 Teoría de los frenos y contrapesos el check and balance	80
2.7.1 Legislativo al Ejecutivo	81
2.7.2 Ejecutivo al Legislativo	81
2.7.3 Judicial al Legislativo	82
2.7.4 Legislativo al Judicial	82
2.8 El control en la administración pública control político	82
2.8.1 Control jurídico	83
2.9 Justicia constitucional	86
2.10 Procuraduría General de la Nación	87
2.10.1 De la normativa constitucional	88
2.10.2 Objetivos principales	90
2.10.3 Asesoría - qué entendemos por asesoría?	90
2.10.4 El dictamen	91
2.10.5 Normativa ordinaria el Decreto Legislativo 512	93
2.10.6 De los recursos contra la administración pública – PGN	101
2.10.7 Abogacía del Estado área constitucional	104
2.10.8 Acción reparadora y digna	105
2.10.9 El derecho a la reparación digna	107
2.10.10 La lesión sobre intereses pecuniarios y sobre intereses no pecuniarios	108
2.10.11 La lesión sobre intereses individuales o sobre intereses colectivos	110

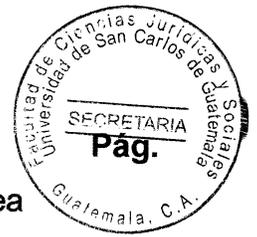


CAPÍTULO III

3. Relatividad jurídica con leyes ordinarias conexas con el Decreto 512	119
3.1 La Ley de lo Contencioso Administrativo	121
3.1.1 Ley de Contrataciones del Estado, Decreto No. 57-92	122
3.1.2 Del Decreto 1613 de las Nacionalidades	122
3.1.3 Del Decreto 141-85	123
3.1.4 Acuerdo presidencial Abril 7/1938	123
3.1.5 Ley Orgánica del Ministerio Público Decreto 40-84 Artículo 35 Fiscalía Asuntos Constitucionales Amparos y Exhibición Personal	124
3.1.6 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia – LEY PINA Dto. 27-2003	125
3.2 Procuraduría General de la Nación, reparación según datos de la memoria de labores 2015	125
3.3 Casos relevantes de demandas contra el Estado.....	126
3.4 El Ministerio de Economía conclusión informe pericial de la Licda. Maritza Ruiz de Vielman	132
3.5 Caso Ministerio de Salud.....	134
3.6 Principios de contratación estatal	135

CAPÍTULO IV

4. Procuraduría General de la Nación como representante legal del Estado de Guatemala para defender los derechos que le han sido encomendados Constitucionalmente.....	141
--	-----



4.1 Propuesta de reforma del Artículo 25 del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y adición de la legitimación activa de la figura de la Procuraduría General de la Nación en materia de amparo	147
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	151
BIBLIOGRAFÍA	153

INTRODUCCIÓN



La Constitución Política de la República de Guatemala en su preámbulo, establece la consolidación del estado constitucional de derecho, y los principios de supremacía constitucional, legalidad y debido proceso que sujeta a gobernantes y gobernados; en ese orden, la carta magna plasmó la división de poderes, no obstante aún persisten irregularidades en la legitimación jurídica de algunas instituciones estatales para poder actuar. En la acción de amparo los presupuestos procesales han sido un tema debatido y muy contradictorio, para llevar las actuaciones u omisiones de autoridades públicas o particulares que, a criterio del pretensor, han contravenido categorías reconocidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, provocándole agravios de carácter definitivo material y/o jurídico;

La necesidad de reorganización estatal y reforma del Dto.512 del Congreso de la República, y desvinculación de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala del Ministerio Público a través del Dto.40-94, para que se adecue a las formas de la Constitución Política de la República y que cumpla eficientemente con las funciones del Artículo 251 y 252 de dicho cuerpo legal; no obstante, queda en el aire la Ley Orgánica la misma, y el actuar de la Procuraduría General de la Nación, así como su legitimación activa en materia de amparo.

Por ende, se comprueba la necesidad de reformar y adicionar el Artículo 25 del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, referente a la legitimación activa en materia de amparo de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, para defender los derechos que le han sido encomendados constitucionalmente; en el caso analizado dentro del estudio, se validó la presente hipótesis al hacerse necesario la legitimación activa en el marco de representante legal del Estado de Guatemala, tenga la facultad procesal en materia de amparo que la ley en la actualidad no le admite.

La presente investigación consta de cuatro capítulos: El primero, puntualiza la historia del amparo, la generalidad y su naturaleza jurídica, teorías o criterios que lo sustentan,



y se realiza un estudio de derecho comparado con las figuras que intervienen en la acción de amparo guatemalteco en la legitimación para actuar; el capítulo dos, trata los aspectos de la personalidad del Estado para ser parte dentro de la legitimación activa del amparo dejando el papel de pasividad, se describe la acción reparadora y sustento legal según la ley de Guatemala; el capítulo tres, hace una relación jurídica con leyes conexas y el papel de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala en el Dto.- Ley 1-86; analiza un caso en concreto (ferrovías – informe pericial) en la falta de aplicabilidad de legitimidad activa de la Procuraduría General de la Nación; el capítulo cuatro, presenta la propuesta de reforma del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, referente a la reforma y adición del Artículo 25 del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, relativo a la legitimación activa en materia de amparo de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala.

Durante el proceso de investigación se utiliza: el método inductivo y analógico o comparativo referente al amparo en sus diferentes aspectos del derecho comparado; Técnica: así mismo se utilizó la técnica bibliográfica Documental para el estudio comparativo.

Finalmente, dada la importancia de reforma y adición del Artículo 25 del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, referente a la legitimación activa en materia de amparo de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala; se manifiesta la necesidad de incidencia de la Procuraduría General de la Nación apegado a ese derecho tutelador y contar con las facultades jurídicas para ampararse a bien de ejercer la acción reparadora y digna para la debida protección de los intereses del Estado de Guatemala. En estos términos, se ve con preocupación la carencia de facultades, competencia y por ende de legitimidad activa de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala; **porque** como representante legal del Estado debe actuar con legitimidad activa en los amparos según mandato constitucional, en los casos congruentes plantearse, a posteriori de declarar la lesividad de dichos actos y o contratos **para que** se dé la acción reparadora y digna del Estado por daños y perjuicios causados en relaciones jurídicas anómalas.



CAPÍTULO I

1. Historia del amparo

“El nacimiento de la figura del amparo va ligado al desafío político que padeció el pueblo antiguo frente a la carencia absoluta de defensa frente al poder público, como lo fue en la Grecia antigua, donde el individuo carecía de toda fuente de derecho reconocido por las polis, y oponerse ante los actos arbitrarios del soberano”.¹ “En la cultura Hebrea existieron atisbos constitucionales, teniendo los gobernantes limitaciones impuestas por Dios y paralelamente, existían derechos de los gobernados. Sin embargo no podía sancionarse tal abuso ya que era el propio gobernante quien valorizaba tal conducta. La cultura Helénica no existía una limitación del poder el cual era absoluta jerarquización social; Atenas cuna de la democracia, creó algunos controles al poder, aunque demasiado tenues.

Durante el siglo de Pericles surgieron los nomotetes o custodios de las leyes que estaban facultados para impugnar la idoneidad de la legislación desde el punto de vista socioeconómico y político, existía también la Asamblea quien verificaba la indispensable concordancia entre la ley y la práctica consuetudinaria y denunciar si se infringía. El Areópago era un tribunal que revisaba el proceder de las autoridades de la polis. Según la cultura griega el gobernador encontraba la plenitud sirviendo la ciudad-estado por lo que no existían derechos al mismo frente del poder público; igual Platón filósofo de la época no encontraron limitaciones al derecho aristocrático señalando que

¹ Rodríguez-Cerna Rosada, Carlos Rafael **El amparo fallido**. Pag.19-20.



las virtudes y la sabiduría del gobernado era el único freno de su conducta pública; Aristóteles como buen discípulo justificaba igual la existencia de la esclavitud y de las clases sociales. Pese a que Roma se identificó con las ideas griegas de la época en la existencia de derechos individuales oponibles al Estado, Burgoa, considera que la *intercessio* podría ser un antecedente del amparo e invocado a Maynus y Mommsen señala que **“...es verdad que en el origen la intercesión no era apenas entre sus manos (de los tribunos) sino un arma defensiva a efecto de proteger a los particulares victimas de medidas arbitrarias, pero ellos (los tribunos) no tardaran en usarla con la más grande latitud, oponiendo su veto a todo acto de un magistrado cualquiera, así como también los del Senado, que les parecía contrarios a los intereses del pueblo, sin retroceder ante la potencia de los cónsules, de los censores, del dictador, empleando por igual contra estos altos magistrados lo medios de coerción más violentos. La intercesión tribunicia, considerada como la salvaguarda de la libertad romana, constituía por lo demás tanto un deber como un derecho, a tal punto que no era permitido a un tribuno pasar la noche fuera de Roma...”**.

Por consiguiente, se pretende ubicar a esta figura de *homine libero* romana como un antecedente del amparo actual, pero el mismo Burgoa lo descalifica aclarando que (...) es una mera acción civil (...). En el medioevo no se modifica tal situación del individuo siguiendo el despotismo público pese a esfuerzos como el de Santo Tomas de Aquino, quien concibió al hombre hecho a la semejanza de Dios, proclamo una ley natural que debía acatarse por toda la humanidad; afirmó que toda la prescripción que la ignorara era contra natura, lo cual no tuvo ninguna incidencia jurídica a la época. en la etapa de



la colonia el del juicio de amparo lo encontramos en la Constitución de Cádiz, así mismo el antecedente del habeas corpus proveniente de Inglaterra 1679, con lo que se protegía a los súbditos de las arbitrariedades del rey; consistía en una tutela de la libertad personal contra las autoridades que la irrespetaran, presentando una dualidad ya que además que se presentaba contra el poder público, y en el derecho civil como unos recursos de la mujer casada frente al marido. La Declaración de los Derechos del Hombre en Francia 1789, tampoco constituye mecanismo de antecedente del amparo.

Antes de la Carta Magna de Cádiz existieron las leyes de las indias, donde el rey de España protegía a los indios de abusos excesivos de los conquistadores, de donde surge el término amparo. La aportación de la Constitución de Cádiz representa el que existan derechos a los ciudadanos, que son fundamentales de protección y con los cuales se da origen al recurso que es el amparo. La Constitución de 1824 de México independiente, fue la primera Constitución en reconocerlo, sin embargo no contiene en su texto ninguna institución encargada de velar por la constitucionalidad de las leyes”.²

1.1 Generalidades del amparo

“Toda institución, norma o acción se encuentra basada en principios generales los cuales han dado lugar para que emerjan en la historia política-jurídica de la humanidad, el amparo no es la excepción, el cual viene del latín “amparare. 1.s.m. Protección, defensa. 2. persona o cosa que protege o sirve de protección a alguien”;³ “amparo s.m Protección, defensa. 2. Persona o cosa que protege o sirve de protección a

² Flores Juárez, Juan Francisco, **Constitución y justicia constitucional**. Pág. 123.

³ <https://es.thefreedictionary.com>, **Gran Diccionario de la Lengua Española**, Pág.



alguien”;⁴ “s.m. reparo, abrigo, asilo, refugio, seno, protección, favor, patrocinio, apoyo, auxilio advocación, valimiento. Abandono. Agarradero, garantía, recurso.”⁵

Recurso de amparo -derecho Se tramita ante un alto tribunal de justicia, cuando los derechos asegurados por la Constitución no son respetados por otros tribunales o autoridades. Desde el punto de vista celestial es la súplica a la autoridad sublime por una petición o situación difícil donde se espera respuesta una por fe; “Dios es nuestro amparo y fortaleza, nuestro pronto auxilio en las tribulaciones.”⁶

Para entender la generalidad del proceso constitucional de amparo es importante estudiar la raíz, la cual nos hace constatarla en el principio *pro homine* “doctrinalmente llamado *pro homine*, al que algunos estudiosos del derecho prefieren llamarlo principio *pro personae*; este principio está incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor de la persona e implica interpretación jurídica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva y que siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los Artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente”.⁷

⁴ <http://dle.rae.es>, **Diccionario de la Lengua Española**.

⁵ <https://es.thefreedictionary.com/>, **Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos**.

⁶ Biblia Reina Valera. Salmo 46.1, Pág.743

⁷ https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_pro_homine. (Consultado: 27/2/20017).



1.2 Aplicación del principio pro homine

“La aplicación de este principio no es única y exclusiva en materia penal, esto es, en favor del inculcado y de la víctima directa e indirecta, puesto que de la interpretación de sus fundamentos no se hace distinción alguna en materia, por lo que la aplicación de este principio se debe de hacer en todas las materias inclusive la mercantil y administrativa, puesto que los derechos humanos no están restringidos a la materia criminal, en virtud a que el hombre vive en sociedad y su relación es compleja.

Este principio según la doctrina tiene a su vez, sus sub principios que amplían y optimizan el ejercicio de derechos fundamentales, siendo los siguientes: *In dubio pro reo*; *favor libertatis*; *favor rei*; *favor débiles*, *In dubio pro operario*; *In dubio pro libértate e In dubio pro actione*. Lo que significa que se tiene que tomar como fundamento la ley que contiene el derecho más extenso y, al contrario, dejar de aplicar el fundamento legal que restrinja estos. El principio *pro homine* por lo tanto, es la raíz de todo el análisis en su complejidad jurídica. En el amparo, hay distintos modelos para actuar en este tipo de pretensiones grupales a través de una sola identidad: *Ombudsman* o defensor del pueblo en Colombia, comisionado de derechos humanos en México, el denunciante o fiscal privado (Gran Bretaña) y organizaciones gubernamentales legitimadas para ello. Según el autor la doctrina lo consagra como una clara acción popular. En el derecho comparado suele llamarse tutela de interés supraindividuales.”⁸

⁸ https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_pro_homine. (Consultado: 27/2/20017).



1.3 Naturaleza jurídica del amparo

Según la doctrina es un proceso pues conlleva un conjunto de actos dirigidos a un fin: solucionar la controversia surgida entre los individuos en el ámbito social, teniendo todas las etapas del mismo: conocimiento, ejecución y cautelar; La teoría del proceso establece que es declarativo cuando discute conflictos de intereses; El amparo si existen conflictos de interés que proteger; Ejecutivo porque hay un derecho declarado que deviene de la misma carta magna; Cautelar porque el proceso se haya al servicio de otros tipos de proceso, como es el amparo provisional, y debemos agotar todas las vías antes de amparamos a menos que sea provisional o electoral.

Se confirma por ende que: **“si es un proceso Institución jurídica para la realización de la justicia que se desenvuelve a través de la situación que se produce en cada caso concreto en que se pide la satisfacción de una pretensión. No se puede atribuir ser recurso dado que este es un medio de impugnación por el cual una persona se opone a una resolución y solicita que la misma sea revocada y reconsiderada por la autoridad que lo emitió”;**⁹ Ossorio define al recurso como **“medio que concede la ley procesal para la impugnación de resoluciones judiciales, a efecto de subsanar errores de fondo o los vicios de forma que se haya incurrido al dictarlas”;**¹⁰ por ende negamos la teoría que el amparo sea un recurso, y atribuimos positivamente ser una acción con una pretensión pedir alguna cosa en juicio, tal pretensión fundada en normas constitucionales según Artículo 265,

⁹ <http://www.bufetelopezthomas.com/principio-pro-homine/> (Consultado Febrero 2017).

¹⁰ Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas**, Pág.644.



que busca la satisfacción de una pretensión.¹¹

El Licenciado Auyon Barneond citado por Rodríguez-Cerna Rosada es **“la naturaleza misma de las cosas, entendiéndose en su seno la tendencia expansiva del poder público y la necesidad de un medio de control y regulación entre el poder público como organizador de la vida en común y los ciudadanos como miembros de esta sociedad en busca de su destino final; tal medio de control funciona a través de las garantías constitucionales antes mencionadas y que sus raíces surgieron dentro de un sistema de gobierno que mantenía la arbitrariedad y el abuso de poder socioeconómico”**.¹²

La naturaleza jurídica de la acción de amparo es ser una garantía constitucional; El fin del proceso o acción de amparo por lo tanto es proteger y restaurar; siendo los principios procesales específicos doctrinarios que lo regulan; su **Naturaleza Jurídica** es ser una garantía de los derechos, pero que siendo una garantía de los derechos, podría decirse que es un derecho de garantía.; el Amparo es una garantía de los derechos; “no se ubica como un derecho, sino como una garantía” y cubre la totalidad de “los derechos inherentes a la persona humana, aun cuando no figuren en ella o en los instrumentos internacionales sobre la materia”.¹³

El amparo, estudiado de diversas perspectivas jurídicas, a saber: a) Los que se oponen

¹¹ Vásquez Martínez, Edmundo, **El proceso de amparo en Guatemala**, Pág. 19.

¹² Rodríguez-Cerna Rosada, Carlos Rafael **El amparo guatemalteco y las verdaderas reformas que clama su justicia**. Pag.58.

¹³ <https://temasdederecho.wordpress.com/tag/naturaleza-juridica-del-amparo>. (Consultado: Abril 2017)



al criterio de que el amparo sea considerado un recurso, sostienen que un recurso se plantea siempre al interior de un proceso; mientras que el amparo no busca corregir malos procedimientos o realizar una correcta interpretación de las normas vigentes dentro de un proceso o *Litis*, sino busca proteger los derechos fundamentales de las personas; fortalecer esta posición se sostiene que los recursos solo proceden contra autoridades mientras que el amparo procede también contra particulares; b) sobre la base de lo anteriormente sostenido, en México Fix Zamudio y Jorge Carpizo sostuvieron que es un juicio, en Argentina Sánchez Viamonte, Linares Quintana sostuvieron que es una acción procesa y, en España la mayoría de procesalistas sostienen que es proceso sustantivo e independiente y un remedio procesal.

Teorías respecto al amparo no existe una teoría designada al respecto, pero si prospectos del porque podría denominarse recurso, acción, o proceso y en algunos países juicio de amparo como es el caso de México; en la teoría del proceso cuando habla del proceso como relación jurídica en sus diferentes teorías sobre el proceso dice que este es público debido a las relaciones entre funcionarios del Estado y particulares y que dicha relación litigiosa no se confunde porque la relación jurídica se perfecciona con la *Litis contestatio* y en el contrato de derecho público; el Estado asume la calidad de parte en el litigio, decide y realiza el derecho deducido al que deben someterse los litigantes, así mismo en esta relación jurídica el proceso se encuentra dentro del derecho procesal; Por lo tanto siendo el amparo un proceso debe cumplir con las características tales del mismo: imparcialidad, idoneidad y garantía.

En el medio jurídico guatemalteco, es evidente que la calificación de juicio es mucho



más impropia que la de recurso; asimismo, se analiza si es un recurso *strictu sensu* a lo cual se concluye que si bien es un medio de control de legalidad, en el amparo su fin no consiste en revisar el acto reclamado, es decir volverlo a considerar sino constatar si implica violación constitucional, por lo que es un medio de control constitucional a diferencia del recuso que es un medio de control de legalidad pura y simple.

“El amparo en un sentido *lato* si es un recurso, y como además el termino se ha arraigado en nuestro medio se concluye que tal forma de denominarlo debe aceptarse hecha la salvedad de que se trata de una denominación inexacta, si bien en sentido jurídico procesal *strictu sensu* la denominación de juicio es la que realmente corresponde al amparo, por razones siguientes: antes se utilizaba juicio es decir *iudicare* que quiere decir declaración del derecho. Indistintamente juicio o proceso, teniendo este último como la serie de sucesión de acaecimientos o hechos, es decir una serie de actos que tienen a la actuación de una pretensión fundada mediante la intercesión de los órganos del Estado instruidos especialmente para ello; finalmente es todo un juicio por la serie de actos (resoluciones, diligencias,) que tienden a la pretensión.”¹⁴ Concluyendo, para el Licenciado Rodríguez-Cerna Rosada es un proceso constitucional y que siempre hay una Litis por resolver es un proceso que tiene autonomía, formalidades procesales, se manifiesta en el la presencia de partes se abre a prueba y termina con sentencia susceptible de ejecución”. Según Edmundo Vásquez “la doctrina no ha sentado unanimidad en como denominarlo tampoco las legislaciones”.¹⁵

¹⁴ Rodríguez-Cerna Rosada. Pág.63

¹⁵ Vásquez Martínez, Edmundo, *El proceso de amparo en Guatemala* Pág.19



A criterio propio, lo denomino no recurso, no proceso, no juicio sino acción de amparo; siendo esta acción la facultad que tiene toda persona de poner en movimiento todo el organismo judicial y, finalmente si la acción de amparo no ampara los derechos constitucionales declarados en la Constitución Política de la República de Guatemala entonces quien ampara al pueblo constituido en el Estado-Nación.

Desde el punto de vista doctrinario se entiende el amparo como “proceso constitucional, especial por razón jurídico-material que tiene a obtener la satisfacción de una pretensión de mantenimiento o restitución en el goce de los derechos fundamentales”;¹⁶ para Joan Oliver en sentido muy amplio “el proceso de amparo es el conjunto de instituciones específicamente encargadas de proteger jurisdiccionalmente los derechos fundamentales y libertades públicas”;¹⁷ y Fix Zamudio encuadra el amparo en el concepto de proceso, y lo traduce como “un **procedimiento armónico, ordenado a la composición de conflictos suscitados entre las autoridades y las personas individuales y colectivas por violación, desconocimiento e incertidumbre de las normas fundamentales**”; y Silvestre Moreno Cora define el amparo como “una **institución de carácter político que tiene por objeto proteger, bajo las formas tutelares de un procedimiento judicial, las garantías que la constitución otorga, o mantener y conservar el equilibrio entre los diversos poderes que gobiernan la nación, en cuanto por causa de las invasiones de estos, se vean ofendidos o agraviados los derechos de los individuos**”.¹⁸

¹⁶ Vásquez Martínez, Pág. 107.

¹⁷ Guzmán Hernández, *Óp. Cit.* El amparo fallido, Pág.26.

¹⁸ Guzmán Hernández Pag.26.



Tal concepto en la legislación guatemalteca se encuentra en el Artículo 8 del Dto. 1-86 del Congreso de la República de Guatemala al definir su Objeto, siendo proteger a las personas contra las amenazas a las violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido; Zamudio lo ve como procedimiento donde se suscitan conflictos entre autoridades y personas individuales o colectivas...; El Artículo 9 del Decreto 1-86 define que procede contra las autoridades por violaciones a tales derechos. Fraccionar el concepto de Moreno Cora, donde dice que es 1) una institución de carácter político, 2) protege las garantías que la constitución otorga, 3) sirve para mantener y conservar el equilibrio entre los diversos poderes que gobiernan la nación 4) por causa de la invasión de estos poderes agravan los derechos de los individuos; Moreno Cora conceptualiza muchos puntos de análisis en nuestro estudio más adelante. Es concluyente la opinión del tratadista Bidart Campos, quien indica que hay derechos que protegen otros derechos y se los llama garantías y que entre estas garantías que se constituyen como derechos se encuentra el amparo.

1.4 Antecedentes del amparo guatemalteco

Algunos autores consideran las bases del amparo en la historia de Guatemala "...tanto en las bases constitucionales de 1823 como en la Constitución de la República Federal de Centroamérica del 22 de noviembre de 1824 y en la primera Constitución del Estado de Guatemala de fecha 11 de octubre de 1825 existen algunas normas referentes a los derechos individuales y en la última mencionada hasta algunas disposiciones de control para observancia de la Constitución y las leyes; varias de ellas relacionadas con los derechos de libertad con respecto a la justicia



criminal y con la supeditación de los funcionarios a las Constitución...” En su reseña de la Constitución Liberal de 1879 reformada en marzo 1921 en los Artículos cinco, siete y ocho que modificaron los Artículos originales de la misma refiere los derechos de la libertad, defensa en juicio, e inviolabilidad de correspondencia, encontramos la primera norma de orden constitucional que en nuestra historia se refiere al derecho de amparo.

En 1927 con la sexta reforma de la Constitución Liberal, dada la importancia capital de la misma donde el Artículo 13 modifica al Artículo 34 al tenor dice: Artículo 34: “Las declaraciones, derechos y garantías que expresa la Constitución, no excluyen otros derechos y garantías individuales no consignados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Toda persona tiene derechos de pedir amparo en los casos y para los efectos siguientes: 1º. Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece; 2º. Para que, en casos concretos, se declare que una ley, un reglamento o cualquier disposición de la autoridad no le es aplicable...”

“La Constitución de 1879 fue derogada en 1944 conservando el título II relativo a las Garantías Constitucionales hasta la nueva carta magna de 1945 incluía el amparo en el Artículo 51; Con la invasión del territorio guatemalteco y el derrocamiento de Arbenz aquel texto fue derogado y hacia julio de 1954 la Junta de Gobierno emite el Decreto número tres, el cual contenía las garantías individuales; Luego de ello se emite el Estatuto Político de la Republica que concentro en el capítulo III lo relativo a las garantías individuales”.



La Constitución de 1956 contemplaba el amparo en el capítulo II título IV pero con la deposición del Presidente Ydígoras Fuentes, se emite la Carta Fundamental de Gobierno que no regulo el amparo, este surgió nuevamente en la Constitución de 1965 en el Artículo 84, desarrollado en el Dto.8 de la Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, Ley de Amparo, Habeas Corpus y de Constitucionalidad. La enésima perturbación que depuso a Fernando Romeo Lucas García, dejó sin efecto esta Constitución de 1965 substituida por el Estatuto Fundamental de Gobierno, Dto. Ley 24-82, el cual no contenía nada en relación al amparo, pero en la práctica dicha acción si era promovida y resuelta en los tribunales de justicia con base en el Artículo 23 de ese normativo. El retorno a la institucionalidad en 1986 produce la emisión del Dto. Ley 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente que es la ley actual".¹⁹

La historia demuestra cómo se ha desvalorizada esta acción de amparo sujeto tanto de erogación y abrogación legal dependiendo el gobierno de turno, siendo hasta el año 1985 a través de la Asamblea Nacional Constituyente quien invocando el nombre de Dios enfatiza el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado, afirma los principios de la persona humana como sujeto primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado como responsable de la promoción del bien común de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, convocó a elecciones libres y democráticas con el fin de discutir en forma jurídica las garantías constitucionales y la defensa del orden constitucional, siguiendo las orientaciones del sistema austriaco preconizado por el jurista Hans Kelsen.

¹⁹ Flores Juárez, Juan Francisco, Óp. Cit., Pág. 125-128.



La Asamblea Nacional Constituyente promulga la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; que junto a la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 140, establece que la forma de gobierno es republicana, democrático y representativa, así mismo su enunciado como fuente de interpretación al precepto constitucional establece el orden constitucional permanente y popular, donde gobernados y gobernantes proceden con absoluto apego al derecho, dando origen a la Corte de Constitucionalidad. De esta forma, y no obstante que la instalación de la corte debió llevarse a cabo 90 días después del Congreso de la República, conforme al Artículo 269 constitucional, esta quedó instaurada hasta el 9 de junio de 1986.

Corte de Constitucionalidad “según la historia de la Corte de Constitucionalidad las primeras ponencias sobre la creación del tribunal de control constitucional y del proyecto de Ley de Control de La Inconstitucionalidad, se presentaron para su discusión al seno del III Congreso Jurídico Guatemalteco, celebrado en la ciudad de Guatemala en septiembre de 1964. Inspirados en la experiencia judicial guatemalteca y fundamentalmente en la estructura del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, siguiendo las orientaciones del sistema austriaco preconizado por el jurista Hans Kelsen. No obstante, la poca experiencia que, sobre la materia se tenía en Guatemala, las leyes representan el antecedente doctrinal inmediato de la incorporación en el orden constitucional guatemalteco de una Corte permanente y autónoma, con la facultad específica de examinar la conformidad de las disposiciones legislativas con los preceptos básicos de la Constitución.

La Asamblea Nacional Constituyente incorporó, en la Constitución Política de la

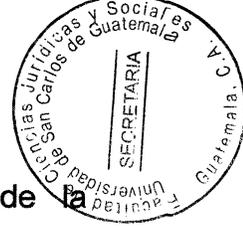


República de Guatemala de 1965, el Tribunal Constitucional con el nombre de Corte de Constitucionalidad, dotándole de carácter transitorio y no autónomo, integrado por 12 magistrados, incluyendo al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuatro magistrados, y los siete restantes por sorteo practicado entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo. En 1982, resultado del golpe de Estado, el ejército de Guatemala asumió el gobierno de la república y suspendió la vigencia de la Constitución de 1965; por medio del Dto.-Ley 2.82 se emitió el Estatuto Fundamental de Gobierno. Posteriormente, para restablecer el orden constitucional, se conformó una Asamblea Nacional Constituyente y se convocó a elecciones, se conformaron tres comisiones de trabajo, una de ellas encargada de discutir en forma jurídica las garantías constitucionales y la defensa del orden constitucional”.²⁰

Es apremiante investigar el pasado jurídico-político con relación a la defensa de la Constitución de la República de Guatemala, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de constitucionalidad sino además, el desarrollo del capítulo VII de la Constitución promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1985 contempla dentro del capítulo VI las Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional.

En la nueva Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 221 y la Ley de lo Contencioso Administrativo Dto.119-96, se contemplan el nuevo sistema socio político plasmado a través de un pacto político en una nueva constitución fijando reglas para la construcción de un nuevo Estado y de convivencia entre éste y la sociedad, con un sistema de derecho administrativo de justicia

²⁰ <https://cc.gob.gt/historia-de-la-cc>. (Consultado: 27/2/2017).



delegada, donde se fundan las bases para crear un tribunal contralor de la administración pública; este tiene como función principal ser el contralor de la juridicidad para conocer casos de contiendas por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como los casos de controversia derivados de contratos y concesiones administrativas; La Constitución actual de 1985, entrando en vigencia el 14 de Enero de 1986, y se constituye en tres partes:

Parte dogmática Artículo 1 al 139; Se encuentran los derechos y libertades fundamentales. (derechos humanos de primera generación, según la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Parte orgánica Artículo 140 al 262. Se establece la organización del Estado y de los organismos del Estado: Organismo Legislativo (Art.157 al Art.181); Organismo Ejecutivo (Art. 182 al Art. 202); y Organismo Judicial (Art. 203 al Art. 222).

Parte procesal, pragmática o práctica contiene las garantías y los mecanismos para hacer valer los derechos establecidos en la Constitución Política, con el objeto de defender el orden constitucional; los títulos VI y VII y comprende los Artículos 263 al 281. (que es lo que denominamos mecanismos de defensa) y contempla dentro del capítulo VI, las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, los temas siguientes: Exhibición Personal, Amparo, Inconstitucionalidad de las Leyes, Corte de Constitucionalidad, Comisión y Procurador de los Derechos Humanos, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.



El amparo guatemalteco origen. El considerando uno del Dto.1-86 establece que de conformidad con los principios en que se basa la organización democrática (ssistema de gobierno en el cual el poder deviene del pueblo) del Estado...,deben existir medios jurídicos que garanticen el irrestricto respeto a los derechos inherentes al ser humano (Declaración Universal de Derechos Humanos 1ª.2ª.3ª.generacion), a la libertad de su ejercicio...y, a las normas fundamentales que rigen la vida de la República de Guatemala (Carta Magna, leyes constitucionales y ordinarias), a fin de asegurar el régimen de derecho. El amparo nace medio de control según Dto.1-86, y para tales propósitos debe emitirse una ley que desarrolle los principios en que se basa (Dto.1-86 que nace a la vida jurídica en las circunstancias sociopolíticas del país, las cuales han cambiado); los Constituyente en el considerando dos establecen una garantía contra la arbitrariedad; entendemos abuso de poder en los diferentes sistemas de gobierno.

A efectos de estudio de tesis, se desarrolla cada uno de estos puntos en los que se basó el considerando uno y dos del Dto.1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, desarrollado en la parte pragmática de la Constitución Política de la República de Guatemala; este establece los mecanismos de defensa constitucional como garantías constitucionales y procesos regulados en la constitución para que los habitantes de la república los utilicen para proteger sus derechos humanos dentro de los cuales cabe el Amparo, la Exhibición Personal y Constitucionalidad de las leyes; el presente capitulo se enfoca específicamente en el amparo como acción constitucional.

Principios en que se basa la organización democrática del Estado EL



ordenamiento jurídico de la República de Guatemala parte la Constitución Política de la República del año 1985, donde establece que la forma de gobierno es republicana, democrático y representativa Artículo 140 de la Constitución Política de la Republica.

Respeto a los derechos inherentes al ser humano Su enunciado como fuente de interpretación al precepto constitucional establece el orden constitucional permanente y popular, donde gobernados y gobernantes proceden con absoluto apego al derecho; La Asamblea Nacional Constituyente enfatiza con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado, afirma los principios de la persona humana como sujeto primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad; esto nace con la declaración universal de los derechos humanos en 1969 donde Guatemala forma parte de los Estados que la firman y ratifican. El Gobierno de Guatemala, ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en los siguientes términos: (Artículo uno) Declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la CIDH, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Artículo 2); La aceptación de la competencia de la CIDH se hace por plazo indefinido, con carácter general, bajo condiciones de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia son exclusivamente los acaecidos con posterioridad a la fecha en que esta declaración sea presentada al Secretario de la OEA.



Anterior a ello se había hecho la reserva del Artículo cuatro inciso cuatro de la misma, en ese momento la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 54 solamente excluye la aplicación de la pena de muerte, a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos. Se dio trámite a la misma, pero posteriormente se retiró la reserva de Guatemala por Acuerdo 281-86, por carecer de sustento constitucional, la reserva del 20 de mayo de 1978; El retiro efectivo se dio el 12 de agosto de 1986, y el Acuerdo 23-87 reconoce competencia de la CIDH.

Respecto a la interpretación en derechos humanos, se transcribe la interpretación de Guatemala sobre ello, debido a la importancia de la acción de amparo y el actuar del Estado a nivel tanto nacional como internacional, donde se aclara la aplicación subjetiva y objetiva del amparo para el Estado de Guatemala, por lo que transcribo una serie de preguntas al respecto resueltas por magistrados y finalmente teorías respecto a la preeminencia de estos sobre la Constitución, y el criterio propio.

1.4.1 Objeto del amparo

El amparo según el Artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala su **objeto** es proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de esos derechos cuando la violación ya ha ocurrido, siempre y cuando previamente se hayan utilizado todos los mecanismos, procedimientos, recursos o procesos que la legislación ordinaria confiere para la protección de los mismos.



Objeto de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad Dto. 1-86 De la Asamblea, Nacional Constituyente.

El Artículo 1 establece que: “El objeto de la presente ley es desarrollar las garantías y defensas del orden constitucional y de los derechos inherentes a la persona protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes y los convenios internacionales ratificados por Guatemala. El Artículo 8: Objeto del amparo: El amparo protege a las personas contra amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación a los derechos que la constitución y leyes garantizan.”

Como se analiza, **hay dos objetos desarrollados: uno del amparo como proceso o acción constitucional *per se* y el otro el objeto de la Ley de Amparo Exhibición Personal y Constitucionalidad** con el fin de desarrollar las tres garantías constitucionales descritas como mecanismos de defensa constitucional y el objeto del amparo *per se*; queda claro que ambos cumplen con su naturaleza de ser un medio de control dado al objeto de proteger y/o restaurar.

El principio *pro homine*

Al respecto, el Art.115 Dto.1-86 segundo párrafo “Ninguna Ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución: Las leyes que violen o tergiversen las normas



constitucionales son nulas de pleno derecho”. Es manifiesto que tal disposición gubernativa previene al ratificar convenios internacionales, a criterio propio prevalece el principio de supremacía constitucional en materia de derechos humanos.

1.4.2 Interpretación de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Dto.1-86 De la Asamblea, Nacional Constituyente.

El Artículo 2 de la citada ley con el fin de brindar la máxima protección extensiva de la misma establece que las disposiciones de esta ley se interpretaran siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensa del orden constitucional.

De manera general debajo de la Constitución Política de la República de Guatemala encontramos la **Ley del Organismo Judicial que como bien antes descrito en el Artículo diez: Interpretación de la Ley:** “las normas se interpretaran en cuanto la supletoriedad de las leyes comunes como lo analizamos en su Artículo siete de la misma hace referencia que la misma debe estar en congruencia con el espíritu de la constitución; en el Artículo diez ibíd. Establece la interpretación conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente: a) a la finalidad y al espíritu de la misma; b) a la Historia fidedigna de su institución c) a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas d) al Modo que parezca más conforme a la equidad y a los



principios generales del derecho”.

Cuando se manifiesta interpretar de acuerdo a las disposiciones constitucionales deja reforzar la interpretación de la misma según la finalidad y el espíritu de la misma, que profiere su naturaleza jurídica en proteger y restaurar; en cuanto a la historia fidedigna de la institución; en este caso el amparo nace como mecanismo de defensa o medio de control a los derechos constitucionales; así también a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones analógicas.- Sobre esto podemos citar la el Decreto 512 donde nace la Procuraduría General de la Nación para amparar los derechos tutelados por el Estado y salvaguardados por el organismo ejecutivo en cumplimiento del bien común y este, como persona abstracta delega dentro de su esfera jurídica sus intereses legítimos en el Procurador General de la Nación.

Al respecto, el Artículo 114 del mismo Decreto 1-86: Jerarquía de las leyes: “Los tribunales de justicia observaran siempre el principio de que la Constitución Política de la República de Guatemala prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenios internacionales aceptados y ratificadas por Guatemala”; es excepcional también el Artículo 115: “Nulidad de las leyes y disposiciones inconstitucionales, donde ordena: **Nulas ipso jure:** “Serán nulas de pleno derecho las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la constitución garantiza, si violan, disminuyen, restringen o tergiversan. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la constitución. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho”.



Tal disposición deja claro que la interpretación en cuanto la ratificación no puede ser supra constitucionales, si puede ser *intra* constitucional pero no supra a criterio propio, asimismo, se debe tomar en cuenta que la jurisprudencia sobre la materia siempre debe estar basada en el principio de soberanía constitucional y de ninguna manera mirarlos hacia arriba, caso contrario se estaría negando lo que los constituyentes fundaron sobre la teoría de Hans Kelsen y en base a ello la pirámide constitucional se derrumba. Finalmente, tal interpretación debe hacerse al modo que parezca más conforme a la equidad y los principios generales del derecho; siendo siempre tal interpretación integrativa y extensiva; al inicio revisamos el considerando de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde su espíritu es establecer el bien común según los principios de igualdad, seguridad, paz, siendo estos principios del derecho amparados por el propio poder público/Estado, a través de la administración delegada-Procuraduría General de la Nación de Guatemala.

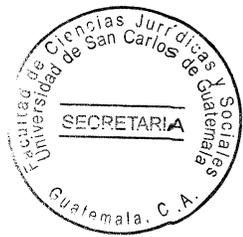
- a) **Sujetos del amparo solicitante (sujeto activo)** Persona a la cual se le amenaza o ya se le ha violado su derecho. En la legislación guatemalteca "Artículo 25 Sujeto Activo del Amparo Legitimación Activa del Ministerio Público y del Procurador de los Derechos Humanos, tienen legitimación activa para interponer amparo a efecto de proteger los intereses que le han sido encomendados".
- b) **Autoridad impugnada (sujeto pasivo)** El cual podría ser el poder público que son los órganos estatales entidades descentralizadas autónomas, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas u otros. Por disposición legal, en todo proceso constitucional se debe dar intervención al Ministerio Público.



Artículo 9 del Decreto 1-86, sujetos pasivos del amparo: “Podrá solicitarse amparo contra el poder público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del Estado creadas por ley o concesión o las que actúen por delegación de los órganos del Estado en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante...” el amparo procederá contra las entidades a que se refiere en este Artículo 9, o cuando ocurrieren las situaciones previstas en el Artículo siguiente o se trate de prevenir que se causen daños patrimoniales, profesionales o de cualquier naturaleza. Este aspecto se va a tratar en el capítulo dos más detalladamente.

Procedencia del amparo “Artículo 10 Decreto 1-86 se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconoce, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado”; naturalmente, son entidades privadas que han realizado negocios con el Estado, está clara la necesidad de amparo para el Estado a través de su representante legal la Procuraduría General de la Nación, siendo este el escribano de gobierno quien realiza y lleva el control de los actos y contratos públicos.

Artículo 34 interés de tercero en el amparo Si la autoridad (MP/PDH) persona impugnada o el solicitante de amparo tuvieren conocimiento de que alguna persona tiene interés directo en la subsistencia o suspensión del acto, resolución o procedimiento ya sea por parte en la diligencias o por tener alguna otra relación jurídica con la situación planteada, están obligadas a hacer saber al tribunal...”; Considero que en amparos colectivos y/o derechos difusos no hay mayor interesado que la propia



nación, la generalidad en defender sus intereses.

c) **Principios que rigen al amparo** Los principios procesales del amparo son requisitos fundamentales para su fundamentación en el mismo:

1. Principio de iniciativa o instancia de parte

“No operar oficiosamente, para que exista es preciso lo promueva el interesado legítimo de la actividad tuteladora, siempre requiere la instancia de parte. En la ley guatemalteca el Impulso de oficio relativo a este proceso constitucional la iniciación del trámite es rogada; posterior las diligencias son impulsadas de oficio bajo responsabilidad del tribunal respectivo, quien mandara se corrijan las deficiencias.”²¹

2. Agravio personal y directo

Agravio es todo menoscabo u ofensa a la persona, física o moral; este puede ser en el patrimonio y apreciable objetivamente, debe ser en el detrimento de los derechos e intereses del quejosos, además debe recaer en una persona determinada por eso es personal, es decir concretarse en esta y no ser abstracto o genérico; Para Ignacio Burgoa, agravio implica la caución de un daño, es decir, un menoscabo patrimonial o no patrimonial, o de un perjuicio, no considerado como la privación de una garantía lícita, (...) sino como cualquier afectación cometida a la persona en su esfera jurídica”:²²

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación , **Manual del juicio de amparo**, Pág.45..

²² **El Amparo Fallido**, Pág.38-40.

Desarrollare el daño en su oportunidad.

El agravio no siempre recae en persona determinada, sea física o jurídica, no se puede negar la diversidad jurídica en cuanto a esto; Respecto a los intereses protegidos difusos, hay diferentes tipos de agravios directos e indirectos; en base a los intereses jurídicos e intereses legítimos de las partes se puede afectar la esfera jurídica por ende su persona y su patrimonio, este principio carece de tutela difusa e indirecta.

3. Relatividad de la sentencia de amparo

“La sentencia que conceda la protección constitucional solicita se constriña exclusivamente al accionante”,²³ de manera que **quien no haya sido expresamente amparado no puede beneficiarse con la apreciación dictada** acerca de la anticonstitucionalidad del acto contra el cual se reclaman. Por lo mismo quien no haya sido amparado no está obligado a acatar lo ordenado en el acto que fue particular y personalmente dejado sin efecto. Según Burgoa dicho principio no obsta la extensión de lo decidido en la sentencia de amparo, la suspensión del acto reclamado tal fallo debe ser observado por la totalidad de las autoridades que tengan conocimiento de la misma y deben colaborar en su ejecución, aun cuando no hayan sido parte en el juicio de amparo respectivo o en el incidente.

Las anteriores prescripciones entrañan lo que se conoce como **fórmula otero** y principio de relatividad de las sentencias de amparo, plasmada en el Art. 76 del

²³ Flores Juárez, Juan Francisco, *Óp. Cit.* Pág. 136.

amparo mexicano consistente en los efectos de cosa juzgada, que seguirán la línea general del derecho procesal, dado que por regla general solamente podrá surtir efectos entre quienes fueron parte del proceso; para el caso del juicio de amparo se hace hincapié en que la sentencia que ampara única y exclusivamente surtirá efectos o beneficiará al que pidió el amparo y no a terceras personas, aun tratándose del amparo contra leyes, es decir, la prohibición de darle efectos generales a las sentencias”. El principio de concreción de agravios a criterio propio, cuando se trate de un amparo colectivo que afecte intereses difusos debe existir relatividad en la sentencia, al igual que la observancia de la misma por autoridades.

Al respecto en la acción de tutela de Colombia existe efecto “*erga omnes*. *erga omnes* es una locución latina, que significa "respecto de todos o frente a todos, utilizada en derecho para referirse a la aplicabilidad de una norma, un acto o un contrato”.²⁴ Se aplica a todos los sujetos, en contraposición con las normas inter partes (entre las partes) que sólo aplican a aquellas personas que concurrieron a su celebración; para que un contrato tenga efectos más allá de inter partes y sea oponible a terceros, es necesario que cumpla ciertas formalidades que normalmente tienen fines probatorios, como haber sido inscritos en un registro público.

Las normas, por el contrario, suelen tener siempre efectos *erga omnes*, dado que por definición son de aplicación general, sólo en casos muy especiales se dictan normas específicas para casos concretos.

²⁴ https://es.wikipedia.org/wiki/Erga_omnes (Consultado:: Abril11 2017).



4. Principio de definitividad

Previo a que el quejoso acuda debe haber agotado todos los mecanismos, recursos y procedimientos de las leyes ordinarias que rige el acto reclamado, lo cual significa que prosperara cuando han recorrido todas las jurisdicciones y competencia. El Art.19 Dto.1-86 Ibíd "Conclusión de recursos ordinarios. Para pedir amparo, salvo caso establecido en esta ley, deben previamente agotarse los recursos ordinarios judiciales y administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso".

5. Principio de estricto derecho o de congruencia

"El juzgador debe examinar la constitucionalidad o anticonstitucionalidad del acto contra el cual se declara a la luz de los argumentos expuestos en los hechos que motivan la acción".²⁵ El ámbito guatemalteco una cuasi excepción a este principio aceptada por la doctrina es cuando el tribunal de amparo suple la deficiencia en la demanda, invocando un precepto legal equivoco que no funda la pretensión de amparo, cuando el verdadero derecho violado es uno de los que no cito el quejoso.

1.5 Derecho comparado

Es una herramienta que estimula el conocer mundos lejanos y cercanos, aportando ese objetivo descubriendo los modos y maneras que utilizan los mundos jurídicos cercanos de habla hispana para resolver asuntos y exigencias comunes. Los beneficios y

²⁵ Amparo fallido, Pág.42.



ventajas de derecho comparado son mercedamente benévolos, que junto con lo señalado anteriormente en relación a los bloqueos de las investigaciones en y para América latina, sea preciso entender que cuando se abre los horizontes jurídicamente hablando, y se aprecian diferentes realidades y ordenamientos jurídicos, haciendo eco, de otras proyecciones que pueden contribuir a ver con más claridad, y mejor perspectiva el contenido del dejamiento interno; permite ver de manera crítica, los posibles puntos oscuros y lagunas de sistema jurídico guatemalteco.

La corriente tradicionalista del derecho comparado, cuyo representante principal es el francés Rene David "el punto de partida de cualquier investigación que contenga una perspectiva comparatista son las familias jurídicas, concebidas estas como los grandes sistemas jurídicos existentes, por ello, las investigaciones en derecho comparado deben girar en torno al análisis de los avances de una y otra familia, estableciendo diferencias y/o cercanías entre ellas. La actual clasificación de familias jurídicas se compone de: i) Familia romano germánica, ii) Familia del *Common law*, iii) Sistema norteamericano, iv) Antigua familia de los derechos socialistas, v) Sistemas de derecho islámico, hindú y judío, vi) África Negra y Madagascar, excluyendo sistemáticamente una familia o sistema jurídico independiente relativo a América Latina, ubicándola desinteresadamente en el grupo de sistemas de derecho de la familia romano germánica, haciendo desdeñable distinción de los sistemas europeos y meta europeos, con una eventual distinción al concebir a Cuba como un ejemplo de sistemas de derechos socialistas, no se puede Ignorar la tradición del código civil francés y de la codificación alemana en el derecho latinoamericano y el concepto europeísta de referencia por lo menos en materia de garantías judiciales de derecho constitucional. Y

unirse a los esfuerzos de estudios de derecho constitucional comparado como los que México ya ha iniciado de manera grandemente elogiada”²⁶.

Claramente los alcances de la presente investigación se encuentran limitados al examen comparativo de una institución y garantía constitucional como es el Juicio de Amparo mexicano y Acción de Tutela colombiana, haciendo un esbozo tanto de Argentina como España y especialmente la ley de Amparo guatemalteca, Decreto 1-86 como objetivo base de la investigación dentro del papel que tiñe a la Procuraduría General de la Nación de Guatemala. “En materia de legitimación procesal puede decirse que hay tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”.²⁷

1.5.1 El amparo colectivo

Para desarrollar el enfoque de la tesis es importante describir y fundamentar el amparo colectivo. Osvaldo A. Gozaini el amparo es una “institución del derecho procesal constitucional con un objetivo genérico: Tutelar los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas”...²⁸ Interesante que para Gozaini, equilibra el amparo en la tutela de los derechos; dentro del amparo encontramos protecciones especiales que podríamos denominar intereses difusos como: los derechos del consumidor, defensa del medioambiente, resguardo del

²⁶ Morieau, Marta, *El derecho comparado*, Págs. 17-18.

²⁷ <http://www.pensamientopenal.com>. (Consultado 27/2/2017).

²⁸ <https://archivos.juridicas.unam.mx>. *El Amparo y la defensa de los derechos colectivos*. (Consultado 27/2/2017).



patrimonio cultural de la nación, y ahora en auge el habeas data, siendo el amparo la única vía para resolver problemas de manera urgente ante daños inminentes.

El modelo antiguo siempre fue y ha sido el apego a derechos fundamentales, como medio de tutela urgente, mientras que en otros modelos era una institución de salvaguarda de última instancia, quedando claro las vías previas a agotarse, paralelas o concurrentes antes de obligar la actuación del proceso constitucional. En el derecho antiguo los legitimados para actuar son aquellos sujetos que la Constitución nacional marca que pueden ser posibles de sufrir un daño; estos deben acreditar el daño directo o el perjuicio inmediato de manifiesto a sufrir.

a) **El Amparo Iberoamericano** porque Iberoamericano...? La historia de América está íntimamente relacionada con la península ibérica en sus raíces jurídicas, políticas y sociales quedando marcadas de vestigios coloniales. Es importante mencionar que el amparo tiene sus raíces en México, teniendo antecedentes en los Bills of right de 1215 Inglaterra y su posterior enmienda del habeas corpus de 1679. Pero esta acción de amparo aparece por primera vez en la constitución de Yucatán Artículos ocho, nueve y 62 difundiendo hasta mediados del siglo XX;

México en sus inicios influyó de manera directa en los países latinoamericanos y la incorporación de su institucionalización a los países centroamericanos, Guatemala en 1921, es el primero en establecer un tribunal constitucional autónomo en Latinoamérica al fundar la denominada Corte de constitucionalidad en 1965, propiciando un acercamiento al sistema difuso y concentrado de control constitucional y por otra parte



establecimiento de sistemas mixtos y paralelos. Bidart Campos, considera “la función del Preámbulo en la Constitución parte de esta y tiene fuerza de norma jurídica, una Constitución que tiene la categoría de súper ley o ley suprema. Todo el orden jurídico tiene como fundamento absoluto a la Constitución. Toda norma jurídica que no se asienta en la Constitución, no es ley. Este principio de supremacía constitucional se basa en la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos; indica que hay derechos que protegen otros derechos y se los llama garantías y que entre estas garantías que se constituyen como derechos se encuentra el amparo”.²⁹

La posición que el amparo es un derecho está fortalecida en el hecho que se encuentra reconocido en los Tratados de Derechos Humanos; al respecto el Artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 8/87, sostuvo que: “...es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención....”, cuya existencia no sólo debe ser formal (en el texto escrito), sino que debe resultar idóneo para proteger los derechos humanos (en la práctica);..No obstante se encuentra postulado en el preámbulo de la Constitución guatemalteca, pese a que no hubiera ratificado tal.

b) **El amparo en Argentina** “Antes del año 1957, en la República Argentina no existía esta acción hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación la introdujo en el

²⁹ https://es.wikipedia.org/wiki/Recurso_de_amparo.(Consultado Marzo 20117).



caso Siri, con el antecedente del caso San Miguel de 1950 con fallo en disidencia del Dr. Tomás D.Cásares. El caso Kot, añadió nuevos elementos de procedencia del amparo. A partir del año 1957, sin existir ley alguna en el orden federal, el amparo quedó reconocido como una garantía arraigada en la Constitución Nacional. En 1966, se dicta la ley 16.986, sobre amparo contra actos estatales, y en 1968 -por la ley 17.454- se incorporó al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el amparo contra actos de los particulares. Finalmente, fue introducida en la Constitución Nacional en la reforma de 1994, creándose un Segundo Capítulo en la Primera Parte de la misma, titulado Nuevos derechos y garantías”.³⁰

Constitución de Argentina “Artículo 86. El Defensor del Pueblo su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas publicas...”. “**La legitimación del Defensor del Pueblo** ha sido calificada como extraordinaria o anómala- puesto que acciona quien no es titular del derecho; no se analiza desde el vínculo obligacional que debe portar quien deduce el reclamo sino desde la importancia de los valores que defiende. El Defensor del pueblo es así por mandato del constituyente expresamente consignado en el Art. 86 de la Constitución Nacional un legitimado cuya característica específica está dada por que el mismo no es parte de la relación jurídica sustancial, admitiéndose la disociación entre el titular del derecho sustancial con el legitimado a demandar”.

³⁰Manili, Pablo Luis, **Derecho procesal constitucional**, Pág.53-55.



Del Ministerio Público “Artículo 120 El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la Republica. Está integrado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación y los demás miembros que la ley establezca”.

Legitimación activa en la acción de amparo Constitución Nacional Artículo 43

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

La primera particularidad del caso radica en indagar acerca de la legitimación activa del Estado nacional: el detalle de esas normas citadas: El Artículo 43 de la Constitución nacional otorga capacidad para interponer tal acción a: i) el afectado, ii) el defensor del pueblo, y iii) las asociaciones que propendan a los fines enunciados en la propia norma, registradas conforme a la ley. Así, en la Constitución nacional, **el Estado se encuentra ausente** en la enumeración de los legitimados activos para accionar articulando la acción constitucional de amparo. Contrario, a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece en su Artículo 20 inciso 2 "La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por



cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o persona privada, se lesiones o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos; la ley argentina 16.986 es de criterio de ausencia del Estado en su legitimación activa.

Previo a la reforma constitucional de 1994, dispone que la acción de amparo puede deducirse por el afectado y asociaciones "que no contrarían una finalidad de bien público"(sic, Artículo 5, in fine). Es cierto que calificada doctrina avala la legitimación activa del Estado en una acción de amparo atendiendo a los recaudos exigibles, pero también es innegable que, como adelantamos, en numerosos antecedentes jurisprudenciales la interpretación restrictiva del interés directo o interés colectivo retacearon el carácter de parte actora en procesos urgentes de tutela de derechos fundamentales. La Corte afirmó que no podía pensarse que los jueces nacionales careciesen de jurisdicción para amparar a los agentes del Presidente de la República en el desempeño de sus comisiones, pues quedaría desarmado el poder nacional para el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales (Fallos: 7:457; 307:2249). Que, en tales condiciones, el Tribunal considera que se encuentran reunidos los presupuestos de admisibilidad del amparo interpuesto y se hará lugar a la petición efectuada en todo aquello en lo que se le ha dado curso, en los términos que surgen de la parte dispositiva de este pronunciamiento.....Por ello, se resuelve: I. Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el Estado Nacional y, en consecuencia, --- Suspender por el plazo establecido precedentemente las obras proyectadas. Notifíquese, comuníquese al

señor Procurador General y, oportunamente, archívese. — “³¹

c) **Amparo en España** “Se utiliza como remedio subsidiario cuando las vías de la justicia ordinaria no son eficaces, reconoce también que hay ciertos ámbitos en los que los derechos fundamentales son exigibles frente a particulares. El recurso de amparo constitucional, en España, es la vía de recurso que se interpone ante el Tribunal Constitucional frente a las vulneraciones de los derechos fundamentales recogidos en los Artículos 14 al 29 y en el 30 de la Constitución, causada por disposiciones sin rango de ley, actos jurídicos y vías de hecho del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos Institucionales”.³² La Constitución Española Artículo 162 al regular la legitimación requerida para los distintos procesos constitucionales, ha dispuesto que puede interponer el recurso de amparo “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”. Hay, por tanto, una legitimación subjetiva, vinculada de algún modo a la titularidad del derecho, y una legitimación institucional que se ha reconocido a dos órganos que tienen entre sus funciones la defensa de los derechos fundamentales. La doctrina española ha discutido sobre el significado del recurso de amparo. Las dudas planteadas son: Si los tribunales ordinarios protegen los derechos fundamentales, ¿existe necesidad de un procedimiento ante el TC? Se ha pretendido justificar sobre la base de una desconfianza en la época constituyente hacia la sensibilidad de la judicatura y en la necesidad de unificación en la interpretación, así como en el valor simbólico; ¿Debe centrarse el Tribunal

³¹ Cao, Christian Alberto, **El Estado y la legitimación activa en la acción de amparo ¿en resguardo de sus intereses o en defensa de los derechos?** (Consultado: Febrero 2017)

³² [https://es.wikipedia.org/wiki/Defensor_del_Pueblo_\(España\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Defensor_del_Pueblo_(España)). (Consultado : 27/4/2017)



Constitucional en la defensa de la dimensión subjetiva o de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales? La reforma Ley Orgánica 6/2007 parece tender hacia la dimensión objetiva.

La doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (**STC 58/2000** de 28 de febrero y 53/2008, de 14 de abril) respecto el recurso de Amparo, es que la legitimación activa se sustenta fundamentalmente en la posesión de un interés legítimo, categoría más amplia que la del derecho subjetivo y la de interés directo y, por tanto, la legitimación se concede a toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por violación de un derecho fundamental aunque no se haya producido directamente en su contra.

El Defensor del pueblo es un órgano de relevancia constitucional español que deriva de la figura sueca Ombudsman (comisionado o representante) y encargada de velar por el respeto de los derechos que el Título I (aunque en la práctica se extiende a todos los derechos constitucionales) de la Constitución de 1978 otorga al ciudadano, pudiendo inclusive para ello supervisar la actividad de la Administración. Se ha indicado la efectividad de esta figura queda limitada por la incapacidad de sancionar las actuaciones de la administración, autoridades e instituciones a las que se dirige. Queda por tanto claro su carácter político, y su postura re comendadora no vinculante, siendo por tanto las publicaciones el peso importante de su labor, que únicamente puede reflejarse en la actitud del ciudadano con su voto ante situaciones graves de pasividad e ignorancia de estos informes por parte del poder legislativo y ejecutivo”.³³

³³ *Ibíd.* .[https://es.wikipedia.org/wiki/Defensor_del_Pueblo_\(España\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Defensor_del_Pueblo_(España)) (Consultado Febrero 2017).



d) **Amparo en México** “Su nacimiento se da en la Constitución de Yucatán de 1841. En el derecho mexicano se instituyó en el año de 1840, en la llamada Constitución Yucateca, por el abogado Manuel Crescencio Rejón, una institución jurídica que controlara el ejercicio del poder público, protegiendo los derechos del individuo frente a aquel, en forma muy similar al derecho de hábeas corpus estadounidense, al que se le denominó juicio de amparo, figura que prevalece en la legislación mexicana actual. El principal impulsor de este proyecto fue el ilustre jurista don Manuel Crescencio Rejón. Rejón —comenta BURGOA ORIHUELA.

El Artículo 7o. de la citada Constitución contenía las denominadas garantías individuales, las que —se decía— eran "derechos de todo habitante del Estado, sea nacional o extranjero", dando posteriormente un listado de doce derechos fundamentales. Asimismo, en su Artículo ocho se preveía que "los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantidos por el Artículo anterior, a los que les pidan su protección contra cualquier funcionario que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados [sic]". En 2013, se abrogó la Ley de Amparo de 1936, reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales, creándose una nueva Ley de Amparo y reconociendo expresamente la procedencia del juicio de amparo en contra de actos positivos, negativos y emisivos no sólo en contra de actos de autoridad, sino también en **contra de actos de particulares que actúen como autoridades** cuando se reclame o estime la violación de un derecho humano reconocido tanto en la Constitución Mexicana, como



en los Tratados Internacionales”.³⁴

Características del juicio de amparo mexicano actualmente “la Gobernadora Miriam Cárdenas Cantú, antes de la reforma que diera vida a la vigente Ley de Amparo, el juicio en cuestión se encontraba atrasado, rezagado y no respondía a las necesidades del derecho moderno y de la sociedad contemporánea de nuestro país. Por esto se afirma que, por la trascendencia de las modificaciones realizadas al juicio de amparo así como por la importancia de las figuras que fueron introducidas para modernizarlo y actualizarlo, quedó plenamente justificada la reforma constitucional en la materia, y luego la emisión de una nueva ley; sin embargo, no puede pasarse por alto que la legislación actual presenta algunas imprecisiones e incongruencias que requieren de interpretación jurisdiccional en temas como el amparo colectivo, la salvaguarda de la seguridad jurídica de las personas, entre otros de fundamental relevancia. “[...] se ve robustecido al ampliarse la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, con la introducción de figuras como el amparo adhesivo y los intereses legítimos individual y colectivo, la adopción de nuevos conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades, la declaratoria general de inconstitucionalidad [...] la creación de los Plenos de Circuito y una nueva forma de integrar jurisprudencia “por sustitución”, entre otras. No obstante las múltiples novedades incorporadas en el texto de la nueva ley y de las altas expectativas que éstas generaron, aquélla contiene disposiciones que hoy se traducen en claroscuros para sus operadores. Aunado a lo

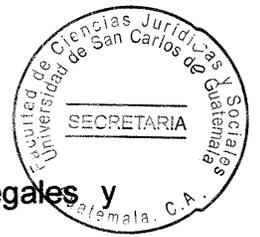
³⁴ <http://www.scielo.org.mx/sc>, (Consultado el 27/2/2017).



anterior, es significativo que se haya sumado al concepto de interés jurídico el de interés legítimo, que refuerza el ámbito protector de los derechos humanos, no obstante, había que identificar que el interés legítimo “asiste” a las personas ha argumentado respecto al amparo colectivo reconocido en la nueva ley, que su regulación es deficiente porque abre las puertas a diversos cuestionamientos que van desde precisar quiénes habrán de ser las personas legitimadas para promover un amparo colectivo o cuál será el procedimiento que éstas habrán de seguir, hasta determinar cuáles serán las consecuencias o efectos que tendrán las sentencias que se dicten en esos amparos. Interrogantes, que deberán respondidas por las autoridades jurisdiccionales ante la omisión del legislador”.³⁵

“LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H.CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Última Reforma DOF 17-06-2016 5 de 91: En el “Artículo 7o. de la actual ley de amparo mexicano establece: La Federación, los Estados, el Distrito Federal, los municipios o **cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de los servidores públicos o representantes** que señalen las disposiciones aplicables, cuando la norma general, un acto u omisión los afecten en su patrimonio respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares. Las personas morales oficiales estarán exentas de prestar las garantías que en esta Ley se exige a las partes”. Artículo 9o.” Las autoridades responsables podrán ser representadas o sustituidas para todos los

³⁵ <http://www.redalyc.org>. (Consultado el 27/2/2017).



trámites en el juicio de amparo en los términos de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. En todo caso podrán por medio de oficio acreditar delegados que concurran a las audiencias para el efecto de que en ellas rindan pruebas, aleguen, hagan promociones e interpongan recursos. El Presidente de la República será representado en los términos que se señalen en el acuerdo general que expida y se publique en el Diario Oficial de la Federación. Dicha representación podrá recaer en el propio Consejero Jurídico, en el Procurador General de la República o en los secretarios de estado a quienes en cada caso corresponda el asunto, en términos de las leyes orgánicas y reglamentos aplicables”.³⁶

Cabe destacar, que ya no es contra actos de autoridad solamente que se interpone el amparo como fue el tradicional modelo sino también contra las omisiones de actos de autoridades; Al respecto de los Artículos antes citados del juicio de amparo mexicano resaltamos la importancia que tiene la legitimación activa de los órganos de estatales, asimismo la representación del propio Presidente quien se ampara por medio de un consejero jurídico o del Procurador General de la Republica o Secretarios de Estado, según sea el asunto, se amplía asimismo los actos de amparo por comisión y omisión de autoridad. Otro destacado tratadista y miembro de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental ha postulado referente al establecimiento del derecho del medio ambiente o ambiente no va acompañado de las garantías procesales específicas que son necesarias, si se tienen presentes las características de este derecho, para hacerlo efectivo, es por ello que las acciones de grupo o colectivas dentro de ellas el

³⁶ *Ibíd.* (Consultado el 27/2/2017).

amparo colectivo sería una especie de herramienta”.³⁷

Interés jurídico El amparo Mexicano lo ha ampliado para proteger no solamente un derecho subjetivo del actor, sino su **interés legítimo para defender los intereses y derechos difusos** de los miembros del grupo y de este modo evitar la contaminación ambiental; el proyecto de reformas a la Ley de Amparo al proponerse en la reforma del Artículo 7° fracción I de la Constitución que «el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo...» La representación o legitimación quedaría así reconocida cuando «el actor al cual se ha ampliado su interés jurídico – que puede ser una persona física u organización no gubernamental quién actúa en juicio como representante de los miembros del grupo que tienen derechos homogéneos o semejantes al ser víctimas de los mismos actos.

Esta representación tiene que ser correcta (Estados Unidos de América le llaman *adequacy of representation*) a pesar de que es efectuada sin mandato; el juicio de amparo ha sido y puede llegar a ser una medida procesal correcta para la prevención de los daños. La premisa fundamental sostenida en este punto es respecto al derecho ambiental donde todas las personas tienen interés ambiental en tanto que no sólo es un bien colectivo el medio ambiente sino un requisito sine qua non para su existencia, por lo que es un patrimonio individual en simultaneidad a su colectividad y que involucra a las generaciones presentes y futuras, el acto

³⁷ Ojeda Menestre, Ramón, “La legitimación Activa para el juicio de amparo en materia ambiental, <http://www.redalyc.org> (Consultado el 27/2/2017).



afecta el interés público, los interesados somos todos, cualquier persona, no sólo aquellos que realicen actividades concernientes del supuesto normativo.

Conclusiones: Tradicionalmente, el Estado era el único legitimado en defensa del interés público, pero se ha aceptado el hecho que cualquier persona actúe en defensa de ese interés y las normas jurídicas, se establece un medio jurídico por el cual en defecto de la actuación de las autoridades, se supla por los particulares, en tutela del interés público, lo cual es de gran trascendencia pues implica resolver sobre un bien que está fuera del comercio y no es ajeno a ningún hombre y por su naturaleza, traspasa límites temporales y geográficos; Se actúa en defensa no sólo de valores presentes sino en representación de personas y valores ambientales del porvenir; por se y el derecho a ejercer o defender ese mismo valor jurídico ambiental.

La legitimación activa para interponer el juicio de amparo mexicano es para cualquier persona pública o privada en cuanto se vean afectadas en su patrimonio, lo cual suma su ámbito de protección así como las figuras en el proceso. Así también, los juristas mexicanos han comparado el juicio de amparo mexicano con la acción de tutela colombiana, pareciendo que con la juventud de la Acción de Tutela se ha provisto un procedimiento mucho más activo y por lo mismo atractivo para el real goce de los derechos y garantías constitucionales. En la acción de tutela Colombiana las personas legitimadas para interponer una acción de tutela: Legitimación activa 1. Interposición de la acción directamente por el titular del derecho 1.1. por la persona natural titular del derecho 1.2. Por menores titulares del derecho 1.3. Por extranjeros titulares del derecho 2. En representación de personas jurídicas 3 Por parte de apoderado de la



persona afectada 4. Por parte de agente oficioso 5. Por el Defensor del Pueblo y los Personeros Municipales; también por vía jurisprudencial ha sido reconocida la aplicación del principio *pro homine* que la Corte Interamericana desarrollara.

La participación del Procurador General de la Nación de Colombia en procesos de constitucionalidad y del Defensor del Pueblo en procesos de Tutela ha sido garantía explícita desde la Carta de 1991 y de la expedición del Dto. Reglamentario de la Acción de Tutela, Dto.259171991. Sobre el Procurador General de la Nación (Const.1991, Arts.275-278) Art.275; el Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo forma parte del Ministerio Público, ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación y le corresponde esencialmente velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los Derechos Humanos. Respecto de los intervinientes, (el accionante en la Tutela y quejosos o agraviados en el Amparo). Antes de la reforma de junio de 2011 se requería la demostración de un interés jurídico para poder ser reconocido como parte agraviada lo que reducía la capacidad de intervención pues debía demostrarse una afectación jurídica en el proceso; **luego de la reforma el interés jurídico se convirtió en un interés legítimo que vea afectada su esfera jurídica.** El contenido deóntico de la norma evidencia que efectivamente hay un cambio de exigir un interés que no ha restringido al jurídico pero si legítimo, es decir, un interés en las resultas del proceso sobre el que se solicita el Amparo; tal discusión refiere a una cuestión procesalista ajena a una acción que persigue la protección de derechos humanos, a la inversa la tutela más moderna en su diseño no exige tales requisitos de interés exigiendo solo la afectación de los derechos fundamentales de la persona.



Las instituciones jurídicas que sobresalen en la moderna acción de tutela Colombiana, luego de la reforma, como el interés jurídico transformado en **interés legítimo** que afecte su esfera jurídica, lo cual va más allá del fondo del asunto, exigiendo solo si se afectan los derechos fundamentales; no existiendo limitación a la interposición de la misma y cada vez va más a la raíz reconociendo dentro de los procesos el principio *pro homine*; también es importante destacar que la figura del Procurador de la Nación o personero va unida al del Ministerio Fiscal.

En Guatemala, existen precedentes en la jurisprudencia de la Corte respecto a los intereses de representación activa e intereses difusos.. Concluimos con la opinión de Quiroga Lavie, del amparo colectivo y lo entendemos como esos interés comunes impersonales amenazados y son esos actores públicos o privados que deben contar con la legitimidad para accionar popularmente; el auge del amparo colectivo en la democracia representativa iberoamericana va tomando un papel y un modelo diferente al original donde citábamos que era únicamente para ampararse bajo abusos de autoridades. Respecto al derecho comparado argentino, la figura del Ministerio Público ha estado ligada siempre con respecto al defensor de pueblo y Procurador General de la Nación y adjuntos, la historia guatemalteca en relación a la Argentina es más antigua con relación a la legitimación procesal del amparo, y no hay duda de la necesidad de regular reformas respecto a amparar al Estado según antecedentes jurisprudenciales, dando lugar a nuevos conceptos como interés directo e interés colectivo restando importancia por parte de algunos juristas de quien es el legitimado sino sopeando el derecho vulnerado, donde la Corte Argentina ha dicho que no podía pensarse que los jueces nacionales careciesen de jurisdicción para amparar a los agentes del Presidente



de la República en el desempeño de sus comisiones, pues quedaría desarmado el poder nacional para el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales.

Esto rebasa cuando se da en un conjunto de personas tal legitimación procesal no reconocidas en varias provincias de Argentina para accionar en defensa de los mismos, siendo un representante y no un titular del derecho, por lo que admite en la relación jurídica sustancial, la disociación entre el titular del derecho sustancial con el legitimado a demandar, es así como el caso citado en el estudio comparado argentino se da ha lugar tal acción de amparo interpuesta por el Estado no estando tal figura en la legislación constitucional argentina pero si en la ley de la provincia, teniendo prioridad amparar los intereses tutelados del Estado no obstante a ese vacío legal. Al respecto, Gozaini recalca que están legitimados para cumplir sus funciones con la defensa de los intereses cuya protección persigue el Estado, y en la Constitución Guatemalteca es el bien común que representa esos intereses colectivos, y que dichos intereses estén encomendados a la Procuraduría General de la Nación de Guatemala.

En relación al derecho comparado Español no ha distado de las figuras Argentinas donde el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público son figuras importantes en la legitimación activa; no obstante se concluye la falta de coercitividad en ambos casos no siendo vinculante sus dictámenes y la pasividad y falta de inoperatividad con respecto a su actuación en asuntos administrativos, siendo más una figura política.

La reforma de la ley de amparo mexicano trajo beneficios, como la ampliación del interés jurídico y legítimo como se da en el caso del amparo en España, ampliándose la



esfera jurídica del mismo; sin embargo queda en el tintero quien esta legitimamente facultado a defender los intereses difusos; las organizaciones aportan esta legitimidad verbigracia de la falta de acción del Estado en determinados temas pero quien sustenta estos derechos subjetivos es el propio Estado. La pregunta aquí como dijo la gobernadora mexicana: Que va desde precisar quiénes habrán de ser las personas legitimadas para promover un amparo colectivo o cuál será el procedimiento que éstas habrán de seguir, hasta determinar cuáles serán las consecuencias o efectos que tendrán las sentencias, y en el caso colombiano son erga omnes.

Se hace alusión al estudio del amparo colombiano el cual según los juristas mexicanos dado la poca trazabilidad del mismo es un ejemplo para Latinoamérica en sus alcances jurídicos tal acción de tutela; es importante resaltar que el Procurador General de la Nación mantiene el mando jurídico respecto al Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos se encuentra bajo esta jerarquía del Procurador de la Nación quien recibe de él las directrices a seguir, estando estas figuras concatenadas. La sensatez de los cambios que se dieron en la ley mexicana y la colombiana, y es precisamente la propuesta comparativa en la presente tesis, dado a la evolución del papel del Estado y de los interés que han cambiado es decir la esfera jurídica individual se ha ampliado, así también el Estado ha pasado de ser un sujeto violador de derechos fundamentales a ser un objeto de violaciones a los derechos constitucionales; ha pasado a ser el sujeto activo del delito a ser el sujeto pasivo del delito tanto en materia civil, laboral, y especialmente en contencioso administrativo donde las relaciones jurídicas son más complejas en el caso de Guatemala dada la Ley de Contrataciones del Estado entre otras. La pregunta sigue siendo la misma: quiénes habrán de ser las personas



legitimadas para promover un amparo colectivo o cuál será el procedimiento que éstas habrán de seguir, hasta determinar cuáles serán las consecuencias o efectos que tendrán las sentencias?.

Esto es precisamente lo que se debe de reformar y adicionar Guatemala; respecto al Procurador de Derechos Humanos siendo un comisionado del legislativo se desvincula de todo ente estatal, quedando sin fuerza o tutela judicial al momento de interponer amparos contra el Estado o a favor del Estado, quien enmarca la globalidad constitucional del bien común. Los avances de Guatemala al desligar ambas figuras en el Dto.512 Art. 2º. El Procurador General de la Nación como jefe del Ministerio Público, dirige la institución y tiene a su cargo exclusivo la facultad a que se refiere el inciso 1º. del Artículo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 9º. En casos específicos podrá delegar dicha facultad en otros funcionarios de la institución u otorgar poderes para asuntos determinados cuando las circunstancias lo requieran; nace así la Ley Orgánica del Ministerio Público Dto.40-94 donde el Congreso de la Republica establece que la ley vigente en la actualidad organiza y establece las actividades y funciones del Ministerio Público, Dto.512 del Congreso de la República, debe ser sustituida para adecuarlo a las reformas de la Constitución Política de la República y cumpla eficientemente las funciones que le atribuye el Art.251 la Carta Magna.

CONSIDERANDO: Que por mandato Constitucional, el Fiscal General de la República es el Jefe del Ministerio Público y que dicha institución debe organizarse conforme los principios de autonomía y jerarquía para que los órganos de la institución puedan cumplir con las funciones que las leyes le imputan.



CONSIDERANDO: Que el nuevo Código Procesal Penal le asigna al Ministerio Público la función de investigar y ejercer la acción penal lo que hace necesario emitir una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público que refleje la nueva realidad procesal de manera que la institución pueda cumplir con las funciones que dicho cuerpo legal le confiere. **POR TANTO:** En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, incisos a) y b) de la Constitución Política de la República de Guatemala, **DECRETA:**
LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Considero un paso muy acertado para la institucionalidad del Estado. El abuso de las contrapartes estatales, así como de los entes que se han sumado a la prestación de servicios públicos ha dado lugar a esta tesis donde el Estado retome un papel más tutelador y sea más incidente en su política jurídica, no puede mantener un abstencionismo regulador sino ser un ente preventivo de interés difusos es decir del bien común, previniendo en muchos casos daños irreversibles para la nación, así como accionar ante la lesividad y falta de reparación digna.





CAPÍTULO II

2. Personalidad jurídica del Estado

Para entender este tema se definen subtemas y términos con las siguientes preguntas:

1. Qué es persona, qué es persona jurídica, que es personalidad y personalidad jurídica, y teorías al respecto?, 2. Qué es Estado?, la personalidad jurídica del Estado y quien asume la representación legal del Estado y las diferentes supuestos?

Persona. “ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física: como corporaciones, asociaciones, etc”.

Persona colectiva “conurrencia de dos personas físicas al menos, nombre que algunos juristas que da a las personas abstractas., la persona moral es igual a la persona abstracta”.³⁸

Persona individual “Es todo ser humano, físicamente o natural, y quien somete sus actos al orden social y jurídico. Kelsen el individuo está sometido al orden jurídico en ciertas acciones y omisiones específicas así mismo surge la individualización de la persona con todos los atributos correspondientes”.³⁹

Persona jurídica individual no es una realidad natural, sino una construcción del

³⁸ Osorio Manuel, Diccionario jurídico. Pág. 570

³⁹ Villegas Lara, Rene Arturo, **Teoría general del derecho**, Pág. 130



pensamiento, esta acaba donde termina la imputación por el derecho de los actos que la persona humana materialmente realiza, donde acaba la personalidad jurídica, comienza la pura personalidad social del individual”.⁴⁰

Persona jurídica (persona moral) “organización con derechos y obligaciones que existe, pero no como individuo, sino como institución, creada para cumplir un objetivo social, con o sin ánimo de lucro”.

Personalidad “diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, jurídicamente representa la aptitud para ser sujeto de Derecho. Para la representación legal y para intervenir en un negocio o para comparecer en juicio.”⁴¹

Personalidad “Investidura jurídica que permite a un ente incursionar en el ámbito jurídico y la **capacidad** es el atributo derivado de la personalidad que se concreta en el ejercicio de los derechos en el cumplimiento de las obligaciones”.⁴²

2.1 La Personalidad jurídica

Ente con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y que no sea una persona física. Así, junto a las personas físicas existen también las personas jurídicas, entidades a las que el derecho atribuye y reconoce una personalidad jurídica propia y, en consecuencia, capacidad para actuar, representar a otro como sujetos de derecho, esto es, capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, para contraer obligaciones y ejercer acciones

⁴⁰ Villegas Lara. *Óp. cit.* Pág. 130

⁴¹ Ossorio Manuel, *Diccionario Jurídico*, Páginas, 569- 572.

⁴² Flores, Juan Francisco, *Constitución y Justicia Constitucional*, Apuntamientos, Pág. 143



ante el juez. Para este estudio, interesa la personalidad jurídica del Estado estipulada en el Art.252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, "...El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el jefe de la Procuraduría General de la Nación..."

2.2 Teorías o naturaleza jurídica de la persona

2.2.1 Teoría de la ficción

Es la más antigua y se conoce desde el derecho romano "La persona jurídica aparecía como un instrumento apto para la formación del patrimonios sociales. Es decir, jurídicamente vinculados a los fines de la sociedad, por eso, la personalidad jurídica se creaba para el reconocimiento de ciertos fines concretos a los cuales se consagraba el patrimonio". "Jurídicamente es la persona física como la moral, de ahí que lo correcto es identificarla como persona moral, pues se capta por el entendimiento y no por los sentidos y corresponde a una ficción del derecho al dar reconocimiento por ley a lo que materialmente no existe", basándose en esta teoría, es un ente individual e independiente el cual genera similares obligaciones y derechos que una persona física. Las características que tienen estas dos figuras son: nacionalidad, domicilio, nombre, capacidad y patrimonio, cuando hablamos de la teoría de la ficción decimos que la persona moral es un organismo el cual es representado por otro o por otros, en este caso al final personas físicas".⁴³

⁴⁶ Op.Cit. Pág.133.



2.2.2 Teoría de Hans Kelsen

Respecto a la persona, persona jurídica, hace una crítica sobre la diferencia que hacen los civilistas (persona moral y física). Todas las personas son jurídicas. La única diferencia entre una y otra es que las **morales** (como los civilistas las llaman) o de existencia ideal actúan como órganos, un órgano (es la hipóstasis que se hace sobre el actuar de un individuo; en el que su acto se le atribuye a la colectividad tal que ella lo hubiera hecho). Así la persona física es individual y la de existencia ideal colectiva.

2.2.3 Teoría de la realidad

Surgió en el siglo XIX y XX, como reacción a la teoría de la ficción, sus principales expositores los alemanes Gierke y Jellinek; Parte de la idea de que una persona jurídica es una realidad concreta preexistente a la voluntad de las personas físicas. Se basa en el sustrato material que conforma a una persona jurídica, es de carácter objetivo. La figura legal de Persona Jurídica existe con anterioridad a la idea de la Persona Física, estas últimas toman o dejan esta figura. Son un medio jurídico para facilitar y regular las tareas entre asociaciones o sociedades y existen por sí mismas, por ende son sujeto de derecho y adquieren una capacidad independiente a la de las personas físicas que la componen. En esta se ven 2 subclases:

a.) Teoría orgánica

Para esta teoría las personas jurídicas no son entes artificiales creados



por el Estado sino, por el contrario, realidades vivas. Los entes colectivos **son** organismos sociales dotados tanto como el ser humano de una potestad propia de querer y por ello, capaces naturalmente de ser sujetos de derecho. A diferencia de la teoría de la ficción, que sostenía que la autorización estatal era creativa de la personalidad jurídica, sostiene Gierke que sólo tiene valor declarativo. Las personas físicas que componen a la persona jurídica funcionan como organismos de la voluntad colectiva de la persona jurídica. En sí, para esta teoría lo más importante que debe ser amparado por la ley, es esa voluntad colectiva que surge de la asociación de las personas físicas.

b) Teoría de la institución

Esta teoría tiene su punto de partida en la observación de la realidad social, que demostraría que una de las tendencias más firmes en las sociedades contemporáneas es el desarrollo de la vida colectiva, de la vida social. La institución se define como un organismo que tiene fines de vida y medios superiores en poder y en duración a los individuos que la componen. Comprende a la persona jurídica bajo la idea de "empresa" en cuanto lo que importa no son en sí sus órganos, sino si se cumple la finalidad planteada o no.

2.3 Nacimiento de la persona jurídica

Las personas jurídicas nacen como consecuencia de un acto jurídico (acto de constitución), según un sistema de mera existencia, o bien por el reconocimiento que



de ellas hace una autoridad u órgano administrativo o por concesión. Puede existir un requisito de publicidad, como la inscripción en un registro público; Organismos rectores La persona jurídica necesita de órganos rectores de su actividad. Al tratarse de un conjunto de bienes y derechos, es necesaria la existencia de personas físicas que decidan el destino que se da a esos bienes y las acciones que se vayan a tomar.

2.3.1 Responsabilidad de la persona jurídica

Se ha rechazado la posibilidad de que una persona jurídica tenga responsabilidad penal por un delito. El argumento es que el dolo o la culpa no pueden recaer en ella, sino en las personas físicas que están detrás de una persona jurídica y toman las decisiones. Según esta concepción doctrinal, la persona jurídica sería sólo responsable civilmente, es decir, tendría que resarcir daños y perjuicios. Históricamente la teoría del delito se ha construido sobre la base de la persona natural.

Existen ordenamientos donde es posible sancionar penalmente a una persona jurídica por un delito. Si bien no pueden imponérsele todo los tipos de penas, existen algunas, como las pecuniarias o las inhabilitaciones, que pueden ser adecuadas para los delitos económicos o tributarios; La doctrina considera estas situaciones como propias del derecho administrativo sancionador y no del derecho penal. De todos modos, por lo general, en el *Common Law* si se acepta la posibilidad de exigir responsabilidad penal a una persona jurídica, mientras que en el Derecho continental, solo algunos países, como Italia, Alemania o España (desde la reforma del código penal.



2.3.2 Personalidad jurídica del Estado de Guatemala y el Decreto-ley 106

El código civil, en el libro primero de las personas y de la familia título I de las personas capítulo I, de las personas individuales “Artículo 1. Personalidad. La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”. Afirma que, La personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad, se refiere a la persona física y no de la persona jurídica o moral en sí;

El capítulo II de las personas jurídicas, “Artículo 15. Son personas Jurídicas: 1. El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, La Universidad de San Carlos y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley...” Dicho Artículo 15 al hablar de las personas jurídicas, establece en primer término al Estado, municipalidades, iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos de Guatemala y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por ley.

Referente al “Artículo 24. Las personas jurídicas son civilmente responsables de los actos de sus representantes que en el ejercicio de sus funciones perjudiquen a tercero, o cuando violen la ley o no la cumplan; quedando a salvo la acción que proceda contra los autores del daño.” Es determinante la responsabilidad civil de las personas jurídicas sobre los actos de sus representantes que en ejercicio de sus funciones perjudiquen a tercero o cuando violen la ley o no la cumplan quedando a salvo la acción que proceda



contra los autores del daño. Para esta tesis es importante establecer que **existe** responsabilidad del Estado por acción u omisión de sus representantes y viceversa.

La persona jurídica nace a través de un acto de voluntad; aplicado las diferentes teorías antes descritas respecto a la personalidad jurídica, se define que la teoría de la realidad la enfoca como medio jurídico para facilitar y regular las tareas entre asociaciones; según la teoría de la institución, comprende a la persona jurídica bajo la idea de **empresa, en cuanto lo que importa no son en sí sus órganos, sino si se cumple la finalidad planteada o no**; para la teoría orgánica queda claro que para lo más importante que debe ser amparado por la ley, es esa voluntad colectiva que surge de la asociación de las personas físicas.

Por lo tanto la **personalidad jurídica del Estado** como se ilustra en las teorías analizadas, es la investidura jurídica, que a través de un acto de voluntades se deja plasmado en un acto constitutivo, amparado por la misma ley a fin de cumplir con fines específicos ya determinados. Para este estudio, la imputación de derechos derivados de una institución con fines específicos frente a una sociedad lo regula el Artículo 15 del Decreto Ley 106 al poner en primer término al Estado como persona jurídica; El Estado de Guatemala goza por ende, de personalidad jurídica reconocida por la ley.

El Estado es una persona jurídica de derecho público, con una sola personalidad, regulada en su estructura por la Constitución y leyes administrativas secundarias; la palabra demás en el Artículo 15 del Código Civil involucra a la todas las instituciones del Estado que cumplan el requisito de ser creadas o reconocidas por ley. La



fundamentación de las relaciones patrimoniales entre la persona jurídica denominada Estado y los particulares es en esta base que puede realizar adquisiciones, ventas, donaciones, permutas o contrataciones con los particulares, fundamenta además que hecho que el Estado y las organizaciones públicas, gocen de la capacidad procesal para ser parte en los procesos. Las mismas ventajas desaparecen si el Estado y las organizaciones públicas, carecen de personalidad jurídica. Si careciera de personalidad no existiera la continuidad y perpetuidad jurídica, no existiera la relación patrimonial con particulares, y no se daría la capacidad procesal.

2.3.3 La personalidad jurídica del Estado de Guatemala

El Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que quién ejerce la representación del Estado y es el jefe de la Procuraduría General de la Nación es el Procurador General de la Nación.

De las teorías examinadas, la teoría orgánica de la persona jurídica, enfoca la legitimidad activa y la voluntad del Estado Guatemalteco a través de la Procuraduría General de la Nación, ente colectivo capaz, con potestad propia para ser sujeto de derecho y amparada por ley al concretar que su fin es cumplir con los fines del Estado es decir, el bien común como esa voluntad colectiva; Creo que la teoría de la institución ve a la persona jurídica como una empresa (PGN) no se enfoca directamente en sus órganos sino en cumplir con el fin para la cual se creó, bien común. Siendo la capacidad un atributo de la personalidad que se concreta en el accionar de derechos y obligaciones, en tanto no se adquiera tal capacidad de ejercicio, una persona no puede



actuar e intervenir en relaciones jurídicas, o únicamente por un representante; La capacidad en el ejercicio posibilita titularidad de derechos fundamentales que surge de la misma para ser parte diferentes actos; la capacidad para ser parte posibilita dos categorías: *legitimatío ad processum* y *la legitimatío ad caussam*; la primera es intervenir en un proceso y realizar actos en nombre propio o ajeno y *ad caussam* se refiere a la posibilidad de intervenir en la relación procesal haciendo valer un derecho en contra de otra persona.

Al respecto Burgoa “...si la capacidad es una posibilidad o aptitud general en los términos que hemos señalado, la legitimación es una calidad específica en un juicio determinado, vinculándose a la causa remota de la acción. Ello indica que el actor y el demandado estarán legitimados activa o pasivamente en sus respectivos casos, si son sujetos reales de la relación sustantiva que implica la mencionada causa. Por consiguiente, si el que ejercita una acción no tiene o no demuestra su calidad que sujeta en dicha relación, no estará legitimado activamente; y bajo los mismo supuestos, si el demandado carece de ella, no tendrá legitimación pasiva”.⁴⁴ La figura tanto de capacidad como legitimidad aunada a la personalidad para poder actuar y ser parte en un Estado de Derecho Constitucional es fundamental.

La legitimación Activa “no ostenta problemas en el caso de personas individuales, físicas o naturales, pero no es el caso de las personas morales o abstractas localizadas en el contexto del derecho público guatemalteco ya que, por su ubicación dentro de la esfera gubernamental aplicadores del *imperium*, tendrán que situarse necesariamente

⁴⁴ Flores Juan Francisco, *Constitución y Justicia Constitucional, Apuntamientos*, Pág. 143



en el marco de la legitimación pasiva; sin embargo hoy día, se afirman los fenómenos administrativos de la descentralización o de la concentración posibilitan que el Estado pueda vulnerar los derechos del mismo Estado⁴⁵; (un ente privado prestatario de servicios públicos a través de diferentes relaciones contractuales sea el que vulnere del mismo); no necesariamente debe ser el Estado pasivo en su legitimación de amparo.

2.4 Teorías de la personalidad jurídica del Estado

Imperan las teorías negativas y positivas, lo que interesa, según lo que Guatemala reconoce como al Estado con doble personalidad, en la teoría de la doble personalidad.

2.4.1 Teorías Negativas

“El Estado carece de personalidad jurídica, porqué?. Parten de estos puntos: a. rechaza todo criterio ficticio o artificial, el jurista ha de dar explicación en base a datos reales y la única persona real existente jurídicamente es el individuo humano. En este sentido es negativa. Dos premisas con parámetros fundamentales de las Teorías Negativas de la Personalidad; en su método es realista, y en el fondo es negativa.

2.4.2 Teorías Positivas

Sostienen que el Estado posee personalidad jurídica y moral; entre ellas, la teoría del interés, de la normatividad, de la voluntad de la colectividad de la institución

⁴⁵ Op.Cit Pág.45.



corporativista de la nación, de la doble personalidad de la doble voluntad”⁴⁶ aceptada en Guatemala Art.15 Código Civil, declara que el Estado es una persona jurídica.

La personalidad política del Estado se da cuando el Estado, en ejercicio de su poder, crea el ordenamiento jurídico, establece un orden jurídico activo, que otorga al ser político estatal el carácter de persona jurídica. El Estado ha ido evolucionando su personalidad, desde un Estado absoluto, Estado gendarme, hasta convertirse en un Estado de derecho o constitucional; No se analiza cada uno, no así el Estado de derecho constitucional en que los tres poderes del gobierno, interdependientes y coordinados, representan, el gobierno del pueblo.

2.4.3 La Teoría del doble poder

Según Kelsen, Merkl y Berthelemy en la legislación guatemalteca presenta el problema de leyes que atribuyen personalidad jurídica directa y expresa y leyes que no la atribuyen. Kelsen, jurista, filósofo y juez austríaco, jugó un papel crucial en la modernización de la teoría del derecho del siglo XX; el poder estatal lo ve como estructura de normas jerárquicamente organizadas, pero dinámica, susceptible de modificar, marcó una nueva etapa en la historia del pensamiento jurídico; Kelsen plantea que el derecho es el Estado y el Estado es el derecho. Asimismo, toda norma jurídica emana de otra norma y todas surgen a partir de la norma fundamental (Grundnorm) de tipo transcendental, cimentada sobre raíces políticas e ideológicas principalmente y, en segundo lugar por la moral, afán de justicia, religión y

⁴⁶ Villegas Lara, Pág. 134

otros”.⁴⁷

“El derecho no discute contenidos de las normas, sino sólo la forma en que se generan y sus procedimientos. Kelsen comprendía **el poder estatal como poder jurídico o el Estado como parte constituyente del ordenamiento jurídico y no fuera de él**. Una de sus principales preocupaciones era evitar los abusos de poder cometidos por sistemas judiciales que en nombre del así llamado interés general, razón de Estado, pretendían otorgarle un fundamento objetivo a un accionar subjetivo guiado por intereses personales. Para Kelsen no existe doctrina que pueda ser eliminada en nombre de la ciencia, pues el alma de la ciencia es la tolerancia; solo reconocía intereses humanos y conflictos de interés, que debían ser resueltos estableciendo un equilibrio entre ambos si es que se eligiera la paz social como valor supremo. Partiendo del relativismo de los valores, Kelsen consideró la democracia como una forma de organización social que promovía la tolerancia y con ello garantizaba de mejor manera la paz necesaria para la convivencia humana”.⁴⁸

Es Concluyente, la doctrina del Estado de Jellinek en su obra teoría general del Estado “afirma que el derecho, encausado por una voluntad para favorecer constantemente los intereses que está llamado a amparar y auxiliar, da al Estado, su fin y la razón de su existencia: favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común. Se trata de fines que hacen del Estado un valor categórico y un fenómeno consustancial en la historia.”⁴⁹ Refrendo que nos

⁴⁷ <http://derecho911.blogspot.com/2013/03/tema-11-de-las-personas-colectivas.html>. (Consultado: 27/2/2017).

⁴⁸ Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Pág..301-346. (Consultado el 27/2/2017).

⁴⁹ Jellinek, Georg, **Consideraciones sobre la Teoría general del Estado**, <https://revistas.juridicas.unam.mx/>(Consultado: 27/2/2017).



organizamos exclusivamente para cumplir fines que al final será del bien común; la paz social que como individuos de una sociedad moderna tenemos derecho a disfrutar y establecer medios para disfrutarla. La interacción entre democracia y Estado de derecho, descritas por Kelsen, deben desarrollar las mejores técnicas para dirimir los conflictos de poder, siendo eficaz solo en países donde predomina la racionalidad instrumental en todos los ámbitos de la vida social.

2.5 Representación del Estado de Guatemala través de su personería jurídica

Se establece por norma jurídica, el objeto de la misma es viabilizar la actuación de las personas jurídicas a través de las personas individuales. El representante es una persona individual que representa con autoridad al Estado de Guatemala, esta proviene de un nombramiento de un puesto o cargo y de la toma de posesión del mismo. La Constitución Política de la República de Guatemala establece que la Procuraduría General de la Nación ejercerá dicha representación del Estado según el Artículo 252 de la misma, esto significa que la persona individual que ocupa el puesto de Procurador General de la Nación, deberá practicar determinadas decisiones o actividades jurídicas en nombre del Estado de Guatemala, a través de documentos y hechos que se relacionan con el Estado.

Dentro de esas relaciones socio jurídicas complejas que interesan tanto al Estado como persona jurídica como al Presidente como representante de la unidad nacional de esa persona jurídica y quien efectúa el nombramiento. Ningún funcionario público ejerce la representación de la ley, sino la representación de una determinada



organización pública, según esta representación no es de oficio sino requerimiento de las organizaciones publicadas.

En resumen, el Estado como tal cuenta con personalidad jurídica pero su principal atributo, **capacidad** le ha sido suprimido, y un principio de derecho público es que la capacidad debe ser declarada como tal por una norma jurídica. En el derecho privado el principio es la presunción de capacidad hasta tanto se demuestre lo contrario; en el derecho público es a la inversa, un órgano no será competente hasta tanto una norma lo habilite para el cumplimiento de determinada función.

Al hablar del Estado, su estructura y todos los elementos que lo componen, población, territorio, con respecto a las teorías del estado, nos podemos detener en las teorías que presume al poder público único y defiende que existe un solo poder y que no hay separación de los poderes públicos, únicamente se da separación en las funciones que integran el poder y que se distribuyen en tres ramas. En este caso último salvo que la ley la suprima pero en forma expresa, atribuyéndosele en forma tácita. La creación de la organización en su esencia constituye los alcances de la misma; Tal es caso de la Procuraduría General de la Nación. En este punto, cito la definición ya antes descrita de Héctor Fix Zamudio, quien encuadra la definición de amparo en el concepto de proceso, y lo traduce como un procedimiento armónico, ordenado a la composición de conflictos suscitados entre las autoridades y las personas individuales y colectivas por violación, desconocimiento e incertidumbre de las normas fundamentales.⁵⁰ Para este estudio, Silvestre Moreno Cora, define el amparo como “una institución de carácter

⁵⁰ Ibidem. Pág.27



político que tiene por objeto proteger, bajo las formas tutelares de un procedimiento judicial, las garantías que la constitución otorga, o mantener y conservar el equilibrio entre los diversos poderes que gobiernan la nación, en cuanto por causa de las invasiones de estos, se vean ofendidos o agraviados los derechos de los individuos.”⁵¹; por supuesto el equilibrio de poderes *status quo* debe ser jurídico por ende.

2.5.1 Legitimación activa y pasiva de las partes

Abordare este tema definiendo Interés Legítimo, interés jurídico, derecho subjetivo, intereses difusos, y derechos sociales; sobre el concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Al hacer observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva y, Referente a la nueva Ley de Amparo en México, a diferencia de lo que se hizo a nivel constitucional, interés legítimo y derecho subjetivo, en los Artículos 5o. fracción I, y 61, fracción XII, mantiene la noción de interés jurídico e interés simple al lado de las de interés legítimo y derecho subjetivo, pero sin mencionar derechos humanos. Esta situación propicia que la interpretación de estas nociones se realice desde la tradición que ha dominado tanto la doctrina como la jurisprudencia. Los grandes cambios legislativos obligan muchas veces a apartarse de la tradición, de otro modo nunca habría un cambio significativo o una evolución relevante del derecho. Schmill y Silva caracterizan “el interés jurídico y el interés simple en la doctrina de Ihering, enseguida sacan a relucir la crítica que hiciera Kelsen a Ihering en el sentido que el interés en la teoría del profesor alemán es un fenómeno extrajurídico (económico, psicológico o de otro tipo), y es entonces desde la posición kelseniana que

⁵¹ Guzmán Hernández. Pag.26 El amparo fallido, publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala 2004.



los autores entienden que el derecho subjetivo sólo puede afirmarse con base en el derecho positivo. Introducen también la distinción kelseniana entre derecho subjetivo reflejo y derecho subjetivo en sentido técnico, el último de los cuales es, para Kelsen, el auténtico derecho subjetivo, aunque no pueden dejar de admitir, que la noción relevante en la práctica judicial es la de derecho reflejo”.

“La noción de **interés legítimo**, sostienen algunos autores tal interés es elevado a la categoría de jurídico, de modo que se puede hablar de un interés jurídico en sentido amplio, que comprende al interés jurídico en sentido estricto y al interés legítimo. También identifican el interés jurídico en sentido estricto con el concepto de derecho subjetivo, de modo que el interés legítimo, nos dicen, no da lugar al derecho subjetivo. Algunas tesis de la Suprema Corte de México y la forma como se resolvió una controversia constitucional precisamente sobre la noción de interés legítimo, los autores advierten algunos problemas de la definición que adoptó la Corte, quien no define de manera clara dicho concepto, ni otros relacionados”.

“La distinción entre las nociones de interés jurídico e interés legítimo, para Schmill y Silva, puede encontrarse en el tipo de normas que a cada uno tutelan; lo cual a juicio tesista tiene mucho sentido. Los intereses jurídicos son tutelados por normas capaces de generar derechos subjetivos en beneficio de personas determinadas, en cambio las que tutelan intereses legítimos no tienen tal capacidad, la cual debe ser tal aptitud reconocida a la persona jurídica. Esta definición es poco clara pues si los intereses jurídicos son para ellos derechos subjetivos, decir que las normas que los tutelan generan derechos subjetivos es una tautología. (Quiere decir, afirmación redundante).



Afirman también que las normas que establecen intereses legítimos son las que establecen intereses difusos. Para ellos, estos intereses intentan...ciertos resultados en la sociedad o en algunos núcleos o grupos que la integran y que carecen de personalidad jurídica. Mediante estas normas se pretende tutelar intereses colectivos, en la inteligencia de que no otorgan derechos subjetivos al grupo social porque éste carece de personalidad jurídica. Sin otorgar derechos subjetivos a sus integrantes”.

“El interés jurídico supone la existencia de un derecho dentro de la esfera jurídica particular de un individuo (derecho subjetivo), es decir, que se encuentra dentro de su estatus jurídico; en cambio, el interés legítimo no supone una afectación directa al status jurídico, **sino una indirecta**, en la medida en que la persona sufre una afectación no en sí misma, sino por encontrarse ubicada en una especial situación frente al orden jurídico que le permite accionar para obtener el respeto a su interés jurídicamente tutelado aunque no goce de un derecho subjetivo reflejo individual. Esta caracterización del interés legítimo genera un problema para el individuo afectado, consistente en que se le exige probar su pertenencia a un colectivo y la tutela jurídica de un interés colectivo. Esto parece contrariar los fines de la reforma constitucional mexicana de los Artículos 103 y 107, que pretende se protejan de manera directa los derechos contenidos en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Con esta interpretación se restringe el alcance de la reforma, por una parte, el interés jurídico (que ya no aparece en la reforma constitucional, pero que sí se mantiene en la nueva Ley de Amparo de México) implica probar la existencia de un derecho subjetivo en sentido técnico, es decir, probar la existencia de una acción procesal para exigir el cumplimiento de una obligación, acción procesal distinta a la



acción de amparo. La Ley de Amparo Mexicana, al introducir la figura del **interés legítimo** consiste en que quienes pretenden ser amparados por la justicia federal tienen que probar su pertenencia a un grupo que tiene protegido legalmente algún interés colectivo, la presunta apertura del amparo es bajo estas coordenadas una mera apariencia, pues se prestará a todo tipo de interpretaciones discrecionales lo que haya de entenderse por pertenencia a un colectivo, la determinación de qué grupos o colectivos son relevantes, y lo que signifique que un grupo tiene un interés colectivo protegido jurídicamente”.

En otro orden de ideas, decir que **un interés legítimo supone normas que tutelan un interés difuso**, es remitir ahora el significado del interés legítimo al de intereses difusos; el problema es que la doctrina sobre los intereses difusos es por sí misma complicada. Según tratadistas mexicanos; Lo cual es lo que pretendemos sustentar según la teoría estudiada al respecto de interés difuso y personas jurídicas que tutelan tales intereses. Cuando para definir un concepto se acude a otra noción más confusa que la que estamos tratando de esclarecer, entonces la definición no es de mucha utilidad; la doctrina sobre intereses difusos, tema en el que ahora no se ahonda, se ve que lo que intenta a dicha doctrina es responder al reto de defender algunos derechos humanos que tradicionalmente no han contado con una adecuada protección judicial. Algunos autores sostienen que los derechos subjetivos (o los intereses jurídicos) solamente pueden ser individuales, mientras que los intereses difusos son intereses colectivos y, por tanto, no pueden ser derechos (pues éstos sólo son individuales por definición), se asume una concepción individualista de los derechos que está en conflicto con la misma constitución mexicana y con la comprensión de algunos



derechos colectivos reconocidos a nivel internacional”.⁵²

Este tema en la caracterización de los autores analizados, está relacionado con la idea de la personalidad jurídica, pues, los intereses legítimos son tales porque hay normas que protegen intereses de colectivos que no tienen personalidad jurídica. Sin embargo, refuto lo que tanto la Constitución Mexicana como algunos tratados en materia de derechos humanos aceptan la idea de derechos colectivos tal es el caso también de Guatemala. Considero que ha quedado clara la explicación de tales conceptos que ahora agobian el nuevo sistema de tutela de amparo tanto mexicano como el caso guatemalteco donde se pretende que el Estado tome esos intereses difusos que han quedado sin protección judicial, por lo que se debe dar esa legitimidad a las instituciones que tienen esa personería jurídica para tutelarlos.

2.5.2 La Interpretación del interés legítimo coherente con los derechos humanos

Los problemas de caracterizar al interés legítimo suelen fracasar debido a que las propuestas no logran superar las incoherencias que se les presentan debido a que están sujetas a un marco conceptual tradicional muy limitado. No podemos obviar que a partir de la segunda mitad del siglo XX, el discurso de los derechos humanos se ha expandido y ha ganado una relevancia fundamental en términos político-jurídicos. Sin embargo, no siempre esa relevancia se ha aceptado pacíficamente. En México apenas hace un par de años (2011) la reforma al artículo 1o. constitucional vino a reconocer esa primacía. La trascendencia de esta reforma obliga a modificar prácticas y teorías

⁵² Cruz Parcero , UNAM, Isonomía no. 39 Pag.199



jurídicas que venían operando desde otra lógica formalista. Es normal que ante un cambio tan importante de doctrina jurídica requiera ajustes, cuando no de plano abandonar ciertas ideas que tradicionalmente han dominado en la cultura jurídica, pero que resultan contrarias a las nuevas coordenadas impuestas por esta reforma”.⁵³

2.5.3 Intereses difusos

Para entender tal definición cito el Art.11 bis.2 de la Ley Constitucional Española –LEC, establece la legitimación en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres: “Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal”.⁵⁴ Este Artículo en la Constitución Española son indeterminadas las partes en materia de igualdad corresponde a órganos públicos la legítima defensa de intereses difusos de todos.

2.5.4 Legitimación activa

Es la capacidad legal y procesal (interés) que posee una persona para promover una acción de amparo; Este presupuesto se encuentra condicionado por el interés legítimo

⁵³ Cruz Parcerro, Pág.186-199.

⁵⁴ <https://ocw.uca.es/mod/resource/view.php?id=1094>, Álvarez del Cuvillo, Antonio, **Apuntes de Derecho Procesal Laboral Tema 3. Las partes procesales.** (Consultado Febrero 2017).



que tiene la persona que solicita dicha protección constitucional, debido a que el acto señalado como agravante viola la esfera de sus derechos o provoca un menoscabo en su patrimonio. Por ende, la legitimación activa corresponde al obligado o afectado, quien directamente tiene interés en el asunto y sobre quien recaen las consecuencias jurídicas de la resolución o acto de la autoridad que se impugna. La Corte de Constitucionalidad ha sentado reiterada jurisprudencia en el sentido de que, para lograr el otorgamiento de la protección que el amparo conlleva, es presupuesto necesario demostrar la existencia de agravio personal y directo de quien tiene interés en el asunto, a lo cual creemos que debe existir un estudio jurídico respecto al agravio.

Anteriormente, se encontraba la legitimidad a pedir amparo según el Artículo 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad: Las personas (sujeto activo): es decir los particulares, Artículo 10.2 2. El Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación-; y 3. El Procurador de los Derechos Humanos; la persona que pide el amparo recibe el nombre de sujeto pasivo, y será sujeto pasivo toda autoridad de las organizaciones públicas y privadas, Artículo nueve del mismo cuerpo legal.⁵⁵ En lo concerniente, son dos papeles totalmente diferentes, el punto a analizar dada las teorías analizadas como la de Kelsen en la separación de poderes: Si el Ministerio Público actúa imparcialmente no podrá ser sujeto activo para interposición de amparo, (salvo en materia penal); la ley no dice que la Procuraduría General de la Nación ejerce esa legitimidad es decir el derecho a pedir amparo, sin embargo se reconoce ese derecho taxativamente propio de la ley dada a la figura que anteriormente se encontraba unida por el Dto.512, en referencia al derecho de pedir amparo el Ministerio

⁵⁵ Castillo Gonzales, Jorge Mario, **Derecho administrativo**, Pág. 426.



Público–Procuraduría General de la Nación; Tal referencia da entender que ambos órganos cumplen la misma función, eso dado al origen de la Procuraduría General de la Nación que hasta la fecha no cuenta con su propia ley orgánica.

La problemática planteada respecto a la legitimación activa para actuar en amparo, es indispensable reformar y adicionar, así como institucionalizarlo, debido que no se puede tener una verdadera tutela judicial; es decir pescar en el agua sin herramientas para pescar. Así mismo, en el momento de ejercer el amparo no penal el Ministerio Público estaría actuando ya con antelación a su objetividad, no es conveniente ser interponerte, como autoridad responsable y como tercero perjudicado, situación sui generis de la configuración especial de la legislación guatemalteca; en esta fase, es donde la Procuraduría General de la Nación de Guatemala y Ministerio Público deben separar los papeles facultados constitucionalmente en interés del bien común.

2.5.5 La legitimación activa en el Derecho comparado Mexicano

Según la nueva ley de amparo **“Artículo 28 es la persona habilitada legalmente para interponer una demanda de pronto despacho administrativo, es decir, legitimado activo, es todo aquel que fuere parte en un expediente administrativo, ser parte en un expediente administrativo aquellas personas privadas o públicas a quienes el ordenamiento les hubiera habilitado a representar los derechos de incidencia colectiva”**. Tal competencia de amparo según la doctrina el Estado es la persona jurídica colectiva abstracta quien actúa a través de sus órganos



administrativos.⁵⁶ El caso de México cuenta con esa legitimidad activa las instituciones públicas según el Artículo citado, las cual pueden ser las personas privadas o públicas habilitadas jurídicamente en derechos de incidencia colectiva.

El Artículo 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad de Guatemala establece: Legitimación activa del Ministerio Público y del Procurador de los Derechos Humanos. Tienen legitimación activa para interponer amparo a efecto de proteger el interés que les han sido encomendados”. Realmente Guatemala se ha quedado corto en la tutela de derechos difusos, dejando por un lado al ente capaz de sostener estos en juicio del Estado (PGN), careciendo de la legitimidad para amparar los intereses encomendados, bien común.

2.6 Modelos de justicia constitucional

Respecto a estos modelos o formas de controlar la justicia constitucional, de acuerdo al sistema que se adopte: 1) sistema concentrado o europeo 2) sistema difuso o americano 3) sistema mixto guatemalteco. Antes de desarrollar estos modelos haremos una evaluación de los criterios existentes para su interpretación constitucional. Existen dos criterios, específicamente en lo que respecta al derecho interno; para unos comprende todo el ordenamiento jurídico, excluyendo la Constitución Política de la República, pues ninguna ley, tratado o convención puede tener jerarquía superior a dicha constitución. “...El hecho que la constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como un reconocimiento a la evolución de su

⁵⁶ <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx>, (Consultado el 27/2/20017).



jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca en potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos...”, Jurisprudencia de la CC 1990:90”;⁵⁷ a esto se agrega la profunda discusión del tema, “el precepto transcrito pareciera revelar la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno; la denominación derecho interno según una de las tendencias es comprensiva de todo el orden jurídico guatemalteco, el cual da inicio con la Magna Carta y concluye con las disposiciones reglamentarias. Así lo entienden calificadas opiniones como las de Kelsen, Verdross, Austin y Triepel, para quienes el derecho interno de un Estado principia con sus normas fundamentales; Encauzando tal concepto de derecho interno guatemalteco al principio constitucional de 1985 sobre la ideología keynesiana bases sobre la que se cimienta esta.

El Artículo 9, Ley del Organismo Judicial Supremacía de la Constitución y Jerarquía. Los tribunales de justicia observaran siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la Republica sobre cualquier otra ley, o tratado internacional, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos ratificados por Guatemala que tienen prevalencia sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos, carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.

La ley de rango constitucional Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, el Artículo tres no es cuestionable, ya que es puntual sobre este

⁵⁷ Villegas Lara, Rene Arturo, **Temas de Introducción al estudio del derecho y teoría General del derecho.**
Pág.103-104



aspecto, al hacer énfasis que prevalece en derecho interno. La propia Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de Octubre de 1990 del expediente 71-90 señala: “...esta Corte estima, que si bien en materia de derechos humanos los tratados y convenios internacionales prevalecen sobre todo el derecho interno, inclusive la Constitución...” esta posición colisiona con el contenido del Artículo 204 Constitucional que establece: “Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observaran obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”:⁵⁸

La ponencia del año 2001, esclarece esa aparente disyunción: Con esa base, puede afirmarse que en el Artículo 204 de la Constitución es una norma general que indica a los jueces la jerarquía en el sistema normativo guatemalteco; sin embargo, el precepto contenido en el Artículo 46 de la norma suprema contiene una excepción a la regla general, al indicar que en materia de derechos humanos los tratados o convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Ambas normas son perfectamente compatibles y aplicables, siendo una norma general y otra particular. La razón de esta argumentación se desprende claramente de los Artículos tres y 114 de la ley de amparo. El Profesor Pinto Acevedo quien considera: **“en síntesis puede afirmarse que en el Artículo 46 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios, aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno, entendiéndose derecho interno la normativa ordinaria, pero nunca la Constitución, a la que no podrán contrariar.**

⁵⁸ Flores Juárez, Óp. Cit. Pág.76-77



Así, en caso de existir una norma de un tratado sobre derechos humanos, aceptados y ratificado por Guatemala, que contradijera una disposición constitucional, la disposición del tratado podría ser declarado inconstitucional y como consecuencia dejaría de surtir efectos...”⁵⁹

Por lo que tal posición a criterio propio, concuerda con la teoría keynesiana aceptada en un inicio por los constituyentes, siendo sensata al bloquear cualquier disposición que contradiga la Constitución Política de la República de Guatemala, caso contrario no tendría sentido que el pueblo mantuviera la Constitución Política, es evidente la supremacía constitucional, y no podemos suprimir este Artículo y dejar lugar únicamente a la jurisprudencia cuando la obligación de este es observar tal principio.

La Corte de Constitucionalidad órgano de máxima interpretación ha establecido que la misma prevalece indiscriminadamente sobre las disposiciones de derecho internacional en general y al respecto: “...esta corte estima conveniente definir su posición: Para ello parte del principio hermenéutico de que la constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, el significado de que cada parte debe determinarse en su reforma acorde con las restantes, que ninguna disposición de ser considerara aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonicen y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. **Gaceta No.18 Pág.99 expediente 280-90 sentencia del diecinueve de octubre 1990.** En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene

⁵⁹ Ibid. Pág.79.



que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de noma constitucional que concuerdo en su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia constitución, y este ingresos se daría no por vía de su Artículo 46 sino en consonancia con el Artículo 2, de la convención por la del primer párrafo del 44 Constitucional, el Artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, **pero no puede reconocer ninguna superioridad sobre la constitución, porque sus tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problemas, pero si entraren en contradicción con la carta marga, si efecto sería modificado o de rogativo, lo cual provocaría conflicto con las cláusula de la misma que garantiza su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el refrendo popular;** Según sea el caso, tienen facultad reformadora de la constitución.....Resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o trato internacional que la contravenga”.

Se concluye por lo tanto, respecto al derecho interno, con términos propios de la Corte que anteriormente se estableció, pero si entraren en contradicción con la Carta Marga, su efecto sería **modificado o derogativo**, lo cual provocaría conflicto con las cláusula de la misma que garantiza su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el refrendo popular; Según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución Política de la República de Guatemala.



La doctrina de la Gaceta, Exp.131-95 del 12-3-1997, hace referencia al respecto, "...tales normas no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, si bien es cierto el Artículo 46 le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que, en la eventualidad que una norma ordinaria de este orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional, prevalecerá esta última, pero ello no significa como se dijo que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad". Aclarado tal concepto de derecho se define los modelos constitucionales.

2.6.1. Control concentrado

Únicamente un tribunal, que suele no formar parte del poder judicial, ejerce el control, un tribunal específico; este modelo se puede cuestionar la inconstitucionalidad de una ley en abstracto. Esto es, sin que se plantee con motivo de un caso o controversia, tal y como se hace a través de la acción de inconstitucionalidad. En caso de declararse la inconstitucionalidad de la ley, por regla general, es expulsada del ordenamiento jurídico; fue diseñado por Kelsen y sus representantes son los tribunales europeos.

2.6.2 Modelo difuso o americano

Por el contrario, en el examen de validez lo puede llevar a cabo cualquier juez en el curso de un caso concreto que presente y suele hacerse por vía incidental. En el supuesto de estimar que cierta disposición es inconstitucional, sólo puede desaplicar la



disposición en el caso concreto, resolviendo como si ésta no existiera. El ejemplo paradigmático es EEUU, y dentro de América Latina, Argentina. En la actualidad, muchos autores hablan de la convergencia de ambos sistemas. Incluso, en el continente americano es común una combinación de ambas formas de control constitucional. En ese sentido, lo que la resolución de la Corte permite, es que cualquier juez de la República conozca un asunto de su competencia, pueda implicar una norma cuando considere que es contraria a la Constitución (control difuso) o a los tratados internacionales firmados por México (control convencionalidad), pero sin que por ello pueda expulsarla del orden jurídico.

2.6.3 Sistema mixto

Es la combinación de ambos sistemas donde conoce un juez de primera instancia y es elevado en segunda instancia en apelación, que para Guatemala es el adoptado, nuestra propia combinación de sistemas. Teniendo claro la forma de como aplicamos la justicia constitucional, describimos el control que ejercen los organismos del Estado dentro de este sistema mixto constitucional guatemalteco.

2.7 Teoría de los frenos y contrapesos el check and balance

Que regula la Constitución Política República de Guatemala; Los contrapesos institucionales son los límites que un poder tiene derecho a imponer sobre otro y derivan de la configuración de la forma de gobierno que adopta una



nación.⁶⁰, es importante examinar estos frenos y contrapesos dentro de la legislación guatemalteca, debido al análisis del status quo que debe mantener los poderes del Estado; al respecto el **“Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala**, la soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida”.

2.7.1 Legislativo al Ejecutivo

Según el Artículo 165 en sus diferentes incisos j) Interpelación a Ministros (voto de falta de confianza) g) Desconocer al Presidente de la República; h. (Reformado) Declarar si ha lugar o no a formación de causa contra el 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, Viceministros de Estado, cuando estén encargados del Despacho, Secretarios de la Presidencia de la república, Subsecretarios que los sustituyan, Procurador de los Derechos Humanos, Fiscal General y Procurador General de la Nación. i) Declaratoria de incapacidad física o mental al Presidente; Art.170 e) Aprobar el presupuesto de la nación; Art.168 informe presidencial, citación a funcionarios, empleados, antejuicio.

2.7.2 Ejecutivo al Legislativo

Según el Artículo 178. Veto Dentro de los quince días de recibido el decreto y previo

⁶⁰ <https://archivos.juridicas.unam>, MA.Amparo Casar, Pág.404.(Consultado: 27/2/2017).



acuerdo del Consejo de Ministros, el Presidente de la Republica podrá devolverlo al Congreso con las observaciones pertinentes, en ejercicio de su derecho de veto.

2.7.3 Judicial al Legislativo

Según el Artículo. 161 inciso a) Antejudio La Corte Suprema de Justicia debe declarar que ha lugar a formación de causa previamente, después de conocer el informe el juez pesquisidor que deberá nombrar para el efecto. Se exceptúa el caso de flagrante delito.

2.7.4 Legislativo al judicial

Nombramiento de magistrados “Artículo 215 Los magistrados de la CSJ serán electos por el Congreso de la República por un periodo de cinco años, de una nómina de veintiséis candidatos propuestos por una comisión de postulación...”

2.8 El control en la administración pública control político

Artículo 273 Constitución Política de la República de Guatemala; una comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente periodo propondrán tres candidatos para Procurador de Derechos Humanos, siendo este comisionado del Congreso para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración, rendirá el informe al Congreso anual. (TSE convocatoria



a elecciones);

2.8.1 Control jurídico

Procuraduría General de la Nación de Guatemala, Ministerio Público, Corte de Constitucionalidad, Registro de Propiedad, Contraloría General de Cuentas.

Dictamen Informe técnico-jurídico que emite la entidad facultada para el efecto.

Dictamen facultativo: El funcionario queda en libertad de pedirlo y hay libertad de tomar decisiones; **Dictamen obligatorio** La ley impone al funcionario la obligación de pedirlo, con la libertad de aceptarlo o no para tomar decisiones.

Relación de cada individuo con el Estado Cada elemento de la población de un Estado, es decir cada individuo tiene con él una relación, que ha sido vista desde un doble enfoque histórico. Por un lado, en cuanto súbdito o destinatario del imperio del Estado. El ciudadano establece con el Estado relaciones jurídicas recíprocas en que aun estando sometido al *imperium* del Estado se convierte al mismo tiempo en elemento imprescindible para la legitimación del poder que éste ejerce. Desarrollaremos a continuación el concepto de Estado y los elementos que lo componen y las bases sobre el cual emerge el Estado de Guatemala. El Estado de Guatemala al igual que muchos países del mundo establece su principio rector dentro la misma que es el de supremacía constitucional; No obstante se evidencia una grave crisis de seguridad institucional, a ello hay que agregar la crisis de seguridad jurídica que sobreviene a raíz del ejercicio del derecho de acción que tiene todo habitante de la



República de Guatemala, dentro de esta democracia Representativa. La defensa del orden constitucional prevé una serie de instrumentos jurídicos llamadas a preservarla en su conjunto. Estos instrumentos no son estáticos ni tienen límites de derecho sustantivo, porque la misma carta fundamental mando que se desarrollaran y se establecieran los mecanismos que los hicieran operativos y positivos.

La falta de eficacia de estos preceptos constitucionales se debe fundamentalmente a la naturaleza de los denominados actores jurídicos, estos son los gobernantes y como el Estado esta jurídicamente organizado, son aquellos que tienen la calidad de poderes públicos es decir, de órganos o representantes del Estado. Por lo tanto no basta en proclamar la Constitución Política de la República como ley suprema hay que hacer de ella suprema. ¿Cómo garantizamos este principio de supremacía dentro de esta democracia representativa...? Doctrina de la Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 105-99/Sentencia de fecha: 16-12-99/Gaceta No. 31 "...la función de defensa del orden constitucional que corresponde a este tribunal tiene sustentación en el principio de supremacía de las normas fundamentales..."; "...la función de defensa del orden constitucional que corresponde a este Tribunal tiene sustentación en el principio de supremacía de las normas constitucionales". Exp. No.332- 99/Sentencia de fecha: 31-08-99/Gaceta No. 53, y" Expediente No. 105-99/Sentencia 16-12-99/Gaceta No. 31

Debido a estos interrogantes ha surgido la **Teoría de la defensa de la constitución**, él trabajo de Kelsen, quien las consolidó conceptualmente. En efecto, aplicó los criterios lógicos de su teoría pura al derecho constitucional. Si la Constitución es la norma suprema, deben adecuarse a ella las inferiores y, en caso no lo hagan, debe existir un



mecanismo en la propia Constitución que la haga coactiva (para que sea norma, además, según la teoría kelseniana) así, las garantías tendrán que ser las represivas, y consistirían en la anulación del acto o ley contrario a la Constitución. La reflexión de Carl Schmit, citado por el Licenciado Flores, sobre unanimidad en la misma "...La constitución es el Estado en su concreta existencia política. El Estado es Constitución, su constitución es su alma, su vida concreta y su existencia individual..."⁶¹;

En cuanto a la necesidad de armonización objetiva de normas constitucionales la corte ha establecido que la Constitución se interpreta siempre en forma sistemática y armónica, haciendo compatible internamente todo su contenido y todas sus normas tienen la misma jerarquía y aplicación. Esta Corte en doctrina legal lo ha considerado así: "parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico. en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto (...)"Expediente 280-90, sentencia de 19/10/1990.

Además, este Tribunal asentó: "(...) al emprender la tarea de interpretar la Constitución se hace necesario que el intérprete tome en cuenta, como principio básico que informa su labor, que el orden fundamental que la norma suprema establece deriva del conjunto de sus disposiciones, las que habrán de ser entendidas en su contexto, como unidad armónica, atendiendo siempre a la interrelación existente entre ellas (...)". Exp. 1994-2009 sentencia 8/2/201; en el mismo sentido, la Corte afirmó: "(...) Las disposiciones

⁶¹ Flores Juárez, Óp. Cít. Pág. 43.



contenidas en la Constitución Política de la República componen el orden jurídico supremo del Estado, originado de la voluntad soberana del pueblo como autoridad máxima que se dota a sí misma de un conjunto normativo dirigido a regir su vida en sociedad, identificando los valores sobre cuya base aspira a lograr una coexistencia pacífica y definiendo la forma cómo sus destinos serán dirigidos. Es así como las normas constitucionales, a la vez que proclaman los derechos inherentes a la dignidad humana, establecen un conjunto definido de competencias para el ejercicio del poder, el que se ve delimitado, precisamente, con el fin de garantizar el respeto de aquellos derechos (...)" (Exp. acumulados 2123-2009 y 2157-2009). Sentencia 10/2/2011.

A criterio propio, los constituyentes previnieron cualquier injerencia jurídica externa, al decir que este principio esta sobre cualquier ley o tratado en su Artículo 175 de la carta magna lo cual no es negociable ni discutible.

2.9 Justicia constitucional

El Procurador de los Derechos Humanos el *Ombudsman* o defensor del pueblo no llena los requisitos dentro del amparo con respecto al principio de agravio. Fue una de las tres instituciones que fueron incluidas en la Constitución de 1985 y nace comisionado por el Congreso de la República de Guatemala; Se llamó Procurador porque su actuación sería en nombre del pueblo y porque su gestión encaminaría a mantener a los habitantes en el pleno goce de las garantías y en cumplimiento de los Derechos Humanos establecidos en la misma, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, convenios y tratados suscritos y ratificados por el país sobre dicha materia.



Su más alto funcionario es el Procurador de los Derechos Humanos. Guatemala, fue el primer país de América Latina que creó, con carácter constitucional esta figura, la cual se inspiró en Ombudsman, creada en el año 1809 en Suecia y también en el Defensor del Pueblo de España, creado en 1978.

El Artículo 274 le otorga facultades de supervisar la administración; ejercerá su cargo por un período de cinco años, y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos. Según el texto constitucional la tarea prioritaria es defender la Constitución Política de la República y la vigencia de un auténtico estado de derecho. La figura del Procurador, nace entonces del poder constituyente originario, no de gobierno alguno, y con la característica fundamental de no estar supeditado a organismo, institución o funcionario alguno; con absoluta independencia en situaciones, como un Magistrado de Conciencia, no coercitivo, investido de fuerza moral, y sin partidismo alguno con el propósito de hacer valer sus denuncias, resoluciones, señalamientos y censuras.

2.10 Procuraduría General de la Nación de Guatemala

Las relaciones complejas entre el Estado y los particulares o viceversa o entre poderes del Estado por violaciones a garantías constitucionales es determinante para el amparo colectivo; La legitimidad según Gozaini no tiene tanto a quién reclaman sino por el contrario, el objeto que piden se proteja; es decir acreditar hechos en lugar de acreditar la personalidad del que pide. **“Cuando se trata de la representación por entidades se confiere legitimación activa a ciertos funcionarios para que defiendan**



intereses de otros, su aptitud procesal; ello es, en realidad, el ejercicio de una competencia. Están legitimados para cumplir con sus funciones, que son la defensa de intereses cuya protección persigue el Estado, por estar comprometido el interés público, es decir que el ejercicio de la acción no importa una manifestación del poder de disposición del sujeto, sino el cumplimiento de un deber legal”.⁶²

El desarrollo de este tema, institución sujeto de nuestro estudio me ha sido interesante transcribir parte del estudio presentado en el Seminario: **Legalidad de la actuación administrativa, buen Gobierno y fortalecimiento del Estado de derecho** que ha realizado el Ponente Licenciado Edwin Rolando de Paz Ruano; La función de asesoría y consultoría de la Procuraduría General de la Nación; este seminario se realizó dentro de la propia institución es por ello su importancia de analizarlo dentro de los siguientes temas que desarrollo el ponente.

2.10.1 De la normativa constitucional

La Procuraduría General de la Nación, también conocida como PGN, es una Institución pública, de carácter técnico jurídico y la Constitución Política de la República de Guatemala en el “Artículo 252 en su primer párrafo determina que: ... tiene a su cargo la función de (objeto) asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica”. “Artículo 252,

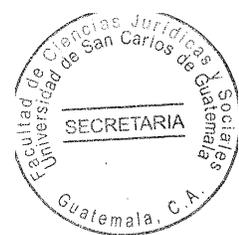
⁶² Gozaini A. Osvaldo, “El amparo y la defensa de los derechos colectivos” Pág. 8-9.



Constitución Política de la República de Guatemala. De la norma constitucional citada, se establece que el Estado de Guatemala, dentro de su estructura orgánica, cuenta con una Institución con funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales”. Cuyos actos se deben regir por criterios de legalidad, imparcialidad, objetividad y fidelidad a los afines del Estado. Lo que significa prestar servicios con efectividad y eficiencia comprometida con el ordenamiento jurídico y la realidad social, protagonista de la modernización y la transparencias del Estado. Entre sus funciones asignadas muy puntuales, ésta la de brindar asesoría a los ministerios de Estado y dependencias del Organismo Ejecutivo en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se mande oír a la Institución.

Los dictámenes contendrán la opinión, sin ningún pedimento Y ejercerán la consultoría, el Procurador General de la Nación, el Jefe de Sección, los abogados consultores adscritos a los Ministerios y dependencias del Ejecutivo y cualesquiera otros abogados que llame el Procurador para emitir dictámenes en caso específicos; Las opiniones en forma de dictámenes son el resultado del ejercicio de su función asesora y consultora de los órganos y entidad del Estado, como se indicó anteriormente, pronunciamientos que deberán ser apegados a la ley y que no son vinculantes con la entidad estatal que las solicita.

Artículos uno, Numeral cinco; 34 al 44 del Decreto Número. 512 del Congreso de la República de Guatemala: Ley Orgánica del Ministerio Público, publicado el 6 de agosto de 1948; a excepción de la Sección de Fiscalía, que fue derogado mediante el Decreto



Número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala: “Ley Orgánica del Ministerio Público”, publicado el 13 de mayo de 1994.

Decreto número 25-97 del Congreso de la República de Guatemala, vigente a partir del 20 de mayo de 1997, determina que en aquella norma o reglamento que indique Ministerio Público, deberá entenderse PGN.

2.10.2 Objetivos principales

Ejercer la personería de la Nación y desarrollar las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. La PGN a través de la Sección de Consultoría, brinda asesoría a los ministerios de Estado y dependencias del Organismo Ejecutivo en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se mande oír a la Institución. Los dictámenes contendrán la opinión sin ningún pedimento. Ejercerán la Consultoría: el Procurador General de la Nación, el Jefe de Sección, los Abogados Consultores adscritos a los ministerios y dependencias del Ejecutivo y cualesquiera otros abogados que llame el Procurador General de la Nación para emitir dictámenes.

2.10.3 Asesoría - qué entendemos por asesoría?

En la administración pública existen clases o formas de administrar, por ejemplo la planificación, la administración ejecutiva, la administración de control y la asesoría.

La asesoría Los órganos de asesoría desarrollan una actividad importante dentro de la



administración pública, aconsejan, asesoran o recomiendan al órgano ejecutivo sobre la conveniencia legal y técnica de las decisiones que tomará quien tiene o ejerce la competencia administrativa. Esta asesoría es a través de opinión o dictamen.

2.10.4 El dictamen

Significa el estudio jurídico o técnico sobre un expediente o asunto determinado, el cual es emitido por una persona versada en la materia de que se trate. Manuel Ossorio; dictamen es: “La opinión o consejo de un organismo o autoridad acerca de una cuestión. Parecer técnico de un abogado sobre un caso que se consulta; en especial, cuando se concreta por escrito”.⁶³. Ver Artículos siete, nueve y 12 literal C, Ley de lo Contencioso Administrativo. Aunque el dictamen de un abogado es jurídico, dentro de la administración pública se dan los dictámenes técnicos.

Las Clases de dictamen en doctrina existen tres: facultativo, obligatorio y vinculante.

Facultativo o discrecional a través del cual el administrador queda en libertad de pedirlo, la ley no obliga a pedirlo ni a que el administrador tenga que basar su actuación o su resolución final en el dictamen.

Obligatorio la ley obliga a que el administrador lo requiera; pero no obliga a basar su resolución o acto administrativo en el contenido del mismo. Éste es el caso de los recursos administrativos de revocatoria y de reposición cuando la ley obliga a darle

⁶³ Dr. Calderón Morales, Hugo Aroldo, **Derecho Administrativo**, Pág.



audiencia a la Procuraduría General de la Nación antes de emitir la resolución del recurso administrativo. Encontrándose los antecedentes en el órgano que deba conocer de los recursos de revocatoria o reposición, se correrán las siguientes audiencias A, B, C. a la Procuraduría General de la Nación. Las mencionadas audiencias se correrán en el orden anteriormente establecido.

Vinculante es el dictamen que la ley obliga al órgano consultivo que lo pida y también lo obliga a basar su resolución o acto administrativo en el mismo. Este dictamen es cuestionable, por cuanto la responsabilidad en las decisiones administrativas es del administrador y da la impresión que si los dictámenes fueran todos vinculantes no le queda al órgano con competencia la decisión final; ésta quedaría en manos del consultor, que no tiene ningún tipo de responsabilidad frente a los particulares.

Esta clase de dictámenes no existe en Guatemala, por las razones apuntadas. Únicamente se da el caso de los dictámenes facultativos y los obligatorios. Las formas de las resoluciones administrativas las que serán emitidas por autoridad competente, con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta. Y establece claramente que: Es prohibido tomar como resoluciones los dictámenes que ha emitido un órgano de asesoría técnica o legal. **Ley de lo Contencioso Administrativo contenida en el Decreto Legislativo 119-96, Artículo tres primer párrafo** "...órgano administrativo es el conducto, el medio o el instrumento de que dispone el Estado, para manifestar su voluntad." Esta función primordialmente que tiene la PGN, la realiza a través de la Consultoría, que es una de las Secciones más importantes de la Institución. ¿A quién debe asesorar la Procuraduría General de la Nación? Por



imperativo legal constitucional, únicamente a los órganos y entidades estatales, en consecuencia: el que hacer de la PGN a través de la Sección de Consultoría está circunscrito solo al Estado, su trabajo diario utiliza la diversidad de leyes ordinarias que deben ser debidamente analizadas, para emitir un correcto pronunciamiento sobre la audiencia que le ha sido dada, cumpliendo con el principio de legalidad y juridicidad.

2.10.5 Normativa ordinaria del Decreto Legislativo 512

La Procuraduría de la PGN tiene su base legal en: la Asamblea Nacional Constituyente a través de la Carta Magna; Decreto 512, Ley Orgánica del Ministerio Público del Congreso de la Republica; Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Decreto 54-77 Ley de asunto de jurisdicción voluntaria, Decreto 49-79 Titulación supletoria; Decreto 125-83 Rectificación de áreas;

El Artículo uno, numeral cinco del **Dto. 512** del Congreso de la República, en congruencia con la norma constitucional, establece: La Procuraduría General de la Nación, es una institución auxiliar de la Administración Pública que tiene a su cargo: Asesorar jurídicamente a la administración pública en los casos en que aquella le consulte; es decir, señala las funciones del órgano asesor y consultor del Estado; es decir es el ente asignado para prestar asesoría a entes públicos.

El Artículo seis La Procuraduría General de la Nación funcionará por medio de las secciones: a) Procuraduría y b) Consultoría. Evidencia las funciones: representar, asesorar y emitir dictámenes.



Artículo 34 La Institución asesorará a los Ministerios de Estado y dependencias del Organismo Ejecutivo en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se le mande oír. Los dictámenes contendrán la opinión, sin ningún pedimento. Es decir, sin escrito en que se pide o demanda algo a un juez o tribunal.

Artículo 35 Ejercerán la Consultoría: El Procurador General, el Jefe de Sección, los abogados consultores adscritos a los Ministerios y dependencias del Ejecutivo y cualesquiera otros abogados que llame el Procurador General para dictaminar en casos específicos.

Artículo 36 Se considerarán como abogados consultores permanentes de la Institución, todos aquellos que a cualquier título de asesoría trabajen en los Ministerios y dependencias del Ejecutivo, ya sea en oficinas jurídicas o en departamentos legales o consultivos.

Ambos Artículos 35 y 36 Designa la incorporación de abogados adscritos para consultorías para emitir opinión o dictamen.

Artículo 37. Los Ministerios y oficinas que tengan abogados consultores a su servicio lo harán saber a la Institución, para que ésta los incorpore a su Sección de Consultoría, sin necesidad de acuerdo o nombramiento especial. Serán considerados como funcionarios auxiliares de la Procuraduría General de la Nación. Establece la incorporación para mantener la uniformidad de asesoría y coordinación. Trata sobre la



incorporación de abogados a la institución.

Artículo 38. Cuando un Ministerio o dependencia del Ejecutivo requiera opinión consultiva de carácter jurídico, mandará pasar el asunto de que se trate a su abogado consultor y, si no tuviere, a la Sección de Consultoría. En el primer caso, el abogado consultor extenderá y suscribirá a nombre de la Institución y lo pasará al visto bueno del Procurador General. En el segundo, emitirá dictamen el Procurador General, el Jefe de la Sección o el abogado consultor que aquél designe. Todo dictamen deberá acompañarse de una copia firmada para el archivo de la PGN y, si no fuere emitido por el Procurador General deberá llevar su visto bueno.

Artículo 39. Cada Ministerio de Estado podrá tener por lo menos un abogado consultor a su servicio; Ambos Artículos, el 38 y 39 determinan el orden de tramites en el proceso de expedientes según si hay o no consultor incorporado.

Artículo 40 El Procurador General pondrá especial cuidado en la revisión de los dictámenes con el objeto de lograr la mayor uniformidad y concordancia en los diversos puntos de vista. Si alguno no mereciere su aprobación, llamará a su autor para lograr su modificación voluntaria o llegar a un acuerdo; pero si ello no se lograra, expresará al pie del dictamen las razones por las discrepa o los puntos en que no esté conforme, indicando al propio tiempo cuál es el punto de vista de la Institución.

Es evidente en este artículo, la responsabilidad en los dictámenes del representante de la institución al razonar o dar el visto bueno en los mismos.



Artículo 41 Cuando el abogado llamado a dictaminar en un asunto tenga impedimento, el Procurador General, sin formar Artículo, designará a cualquier otro o dictaminará personalmente. El Estado asignó a la institución, la función de asesoría y consultoría indicada, cuya función de carácter constitucional se realiza por medio de la Sección de Consultoría, uno de los dos pilares de la Institución, asesora a las entidades, en consecuencia, el que hacer de la misma se encuentra circunscrito al Estado. Trata sobre las excusas o recusaciones para dictaminar.

El Decreto 25-97 del Congreso de la República, vigente a partir del 20 de mayo de 1997, el cual en su Artículo 1 señala: "Salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación."

Funciones asignadas a la Procuraduría General de la Nación de Guatemala en el ejercicio de asesoría y consultoría del Estado.

De las consultas, en su función asesora y de consultoría la PGN, a través de la Sección de Consultoría, a los Ministerios de Estado y dependencias del Organismo Ejecutivo en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se le mande oír, o cuando lo solicitan otras entidades estatales (descentralizadas y autónomas) y en aquellos casos en que las mismas carezcan de



asesores jurídicos. A ese respecto, los dictámenes contendrán la opinión de la PGN, sin ningún pedimento.

- a. **Revisión de escrituras públicas** Firmadas por el Procurador General de la Nación en representación del Estado de Guatemala; analizar todas sus cláusulas, en los datos de identificación y tener en cuenta que cuando se delegue la representación del Estado en alguna persona, preste juramento de fidelidad a la Constitución Política de la República de Guatemala de acuerdo al contenido de la misma en el Artículo 154 del último párrafo; el mandatario tiene la obligación de presentar informe de lo actuado con dicho instrumento. Se realiza revisión de la minuta de la Escrituras Públicas, que deberá ser suscrita por el señor Procurador General de la Nación, en representación del Estado de Guatemala, entre las que se incluyen los mandatos de representación del Estado, para casos específicos, así como para la aceptación de donaciones, fideicomisos, usufructos, venta de fracciones de inmuebles del Estado a familias catalogadas en situación de pobreza o extrema pobreza.
- b. **Vistos Buenos** Cuando un Ministerio o dependencia del Ejecutivo requiera opinión consultiva de carácter jurídico, mandará pasar el asunto de que se trate a su abogado consultor y, si no tuviere, a la Sección de Consultoría. En el primer caso, el abogado consultor extenderá y suscribirá su dictamen a su nombre y lo pasará al visto bueno del Procurador General. En el segundo, emitirá dictamen el Procurador General, el Jefe de la Sección o el abogado consultor que aquél designe; todo dictamen deberá acompañarse de una copia firmada para el archivo del Ministerio



Público y, si no fuere emitido por el Procurador General deberá llevar su visto bueno. Artículo 38 Dto. 512.

En ese orden de ideas y por imperativo legal se debe someter a consideración del Visto Bueno de la Institución los dictámenes de las diferentes asesorías jurídicas de entidades estatales, cuyos asesores jurídicos se encuentran adscritos e incorporados a la sección de consultoría de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, en esa virtud, los dictámenes de mérito pueden ser, aprobados, improbados, según sea el caso, o bien la sección puede pedir su ampliación o modificación por parte del Abogado ponente, validando a la entidad estatal para que analice el caso.

El criterio sostenido es resolver la idoneidad de quien pretenda asumir la representación, tratándose de instituciones públicas los funcionarios que defienden intereses de otros, su aptitud procesal, en realidad debe ser dentro del ejercicio de su competencia, es decir de acuerdo a la función administrativa delegada. Es importante determinar la legitimidad de intereses difusos dada las circunstancias actuales socio políticas en las se encuentra sumergida el país. **Es en este punto es donde sustentamos esta tesis y la determinación de la legitimación de forma paralela tanto activa y pasiva que debe amparar al Estado a través de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala en defensa de los intereses que le han sido encomendados englobándose todos dentro del bien común, y los principios de solidaridad (volvemos al cooperativismo y solidaridad), es decir un interés general, prevaleciente ante el particular, a lo que debemos agregar la democracia en la que vivimos la cual ya no es tan representativa como consecuencia de los intereses**



económicos de toda sociedad y que deben mantenerse balanceados en un *status quo*, y donde no siempre un **“Pacta sunt servanda** (el contrato es ley entre las partes) define la subsistencia de la nación o de la humanidad en sí”.⁶⁴

Por lo antes descrito, es importante recalcar la exposición de la magistrada chilena: “La X Conferencia Iberoamérica sobre legitimidad, si la democracia es hoy, por esencia, un medio para la plena defensa y promoción de los derechos de las personas y grupos, la tradicional objeción democrática a la actuación de los Tribunales y Salas Constitucionales se va debilitando, por sí misma, pues el **constitucionalismo de hoy ya no sólo puede ser mirado como una técnica para favorecer la limitación del poder, sino que, por sobre todo, como un mecanismo esencial para la defensa de los derechos en democracia...**”; es interesante esta cita que llega a la raíz de la estructura social, el constitucionalismo de hoy, no se debe ver como técnica para favorecer la limitación del poder, sino, por sobre todo, como un mecanismo esencial para la defensa de los derechos democráticos del pueblo.

En cuanto al auxilio, para el cumplimiento de sus funciones al Ministerio Público, “el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece:...y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública”. De lo que se advierte que la obligación por parte de los tribunales de justicia de aplicar directamente la Constitución, no necesita reconocimiento jurisprudencia, ya que es un mandato constitucional.

La Constitución en toda la jurisprudencia ha sido respetada y aplicada, estableciéndose

⁶⁴ https://es.wikipedia.org/wiki/Pacta_sunt_servanda. (Consultado: 24/7/2017)



que se encuentra por encima de cualquier disposición, acto político o acuerdo de cualquier naturaleza que vulnere el ejercicio de los derechos fundamentales. Otra pregunta realizada a los magistrados en la X Conferencia ¿Cuáles son los criterios predominantes de interpretación que la jurisprudencia constitucional ha sostenido para la declaratoria de nulidad de leyes u otros actos públicos que contradicen los preceptos constitucionales? Explique. La Corte de Constitucionalidad⁶⁵ ha señalado que dentro de los principios fundamentales que informan al Derecho guatemalteco, se encuentra el de supremacía o súper legalidad constitucional, que significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de derecho. **Sentencias de la Corte de Constitucionalidad del 25/8/2010 y 18/1/2011, exp.548-2010 y acumulados 655-2010 y 656-2010. 14 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 8/1/2004, expediente 2085-2003**

La legalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión en tres Arts. de la Constitución Política de la República: el 44 "Serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza"; el 175, establece: "Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución" y las que "violen o tergiversen los mandatos constitucionales serán nulas ipso jure"; y el 204 preceptúa: "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado". Tal declaración



en tres Artículos constitucionales 44, 175 y 204 revela la protección de la norma *supra* al publicar nulas ipso jure cualquier disposición contraria la misma.

2.10.6 De los recursos contra a administración pública-PGN

Los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas, son todos aquellos recursos que los particulares tienen para oponerse a las resoluciones de la administración pública, dispersos en la legislación guatemalteca, por ejemplo: Ley de lo Contencioso Administrativo, Ley de Contrataciones del Estado, Código Municipal, Código Tributario, etc. A ese efecto, la Sección de Consultoría de la Institución, evacua la audiencia conferida en los recursos administrativos de revocatoria y de reposición fundamentándose en la Ley de los Contenciosos Administrativo, Dto.119-96 del Congreso de la República en su Artículo 12 literal c), ejerciendo de esa manera la función de contralor de la juridicidad y legalidad del actos administrativos o como medio de control de la Administración Pública.⁶⁶

La Ley de lo Contencioso Administrativo, en el Artículo 17 "BIS" Se exceptúa en materia laboral y en materia tributaria la aplicación de los procedimientos regulados en la presente ley, para la substanciación de los recursos de reposición y revocatoria, debiéndose aplicar los procedimientos establecidos por el Código de Trabajo y por el Código Tributario, respectivamente. Y con la reforma tributaria hecha por medio del Decreto 4-2012 del Congreso de la República, denominado "Disposiciones para el

⁶⁶ Lic. .De paz Ruano, Edwin Rolando, **Seminario: Legalidad de la actuación administrativa, buen Gobierno y fortalecimiento del Estado de derecho** "La función de asesoría y consultoría de la Procuraduría General de la Nación".



Fortalecimiento del Sistema Tributario y el Combate a la Defraudación y al Contrabando”, que fue publicada en el Diario Oficial el 17 de febrero de 2012 y cobró vigencia ocho días después, se reformo el Código Tributario en los Artículos 154 y 158, específicamente modificando el procedimiento administrativo en los recursos en materia tributaria, esta reforma fue realizada para que los recursos presentados en materia tributaria puedan llegar a una resolución en menor tiempo, de esta manera lograr que los ajustes realizados incluyendo, la multa e intereses puedan ser pagados al Estado en forma pronta.

Antes de la reforma en mención se le otorgaba audiencia a la Procuraduría General de la Nación en los recursos de revocatoria y reposición en materia tributaria, en asuntos de ajustes realizados a los contribuyentes por pagos de impuestos, ya sea provenientes de la Superintendencia de Administración Tributaria o de las diferentes Municipalidades, en lo referente al pago del Impuesto Único sobre Inmuebles, a excepción de la materia en previsión social o aduanera se les aplica Supletoriamente los Artículos 1, 7, 154 y 158 del Código Tributario

Otras funciones de la Procuraduría General de la Nación a) Evacuación de audiencias, dentro de los trámites, por medio de los cuales el Estado adquiere, la posesión de inmuebles carentes de inscripción registral, conforme el Dto. 141-85 del Congreso de la República de Guatemala, que le sean necesarios para el cumplimiento de sus fines; b) Pronunciamiento motivado de diligencias promovidas por vecinos, con el objeto de elevar de categoría a las poblaciones, de conformidad con el Acuerdo Presidencial de fecha 7 de abril de 1938; c) Dictaminar en expedientes que contengan



tratados o convenios internacionales; d) Sesiones de trabajo, con profesionales de la Sección, con la finalidad de unificar criterios jurídicos; e) Intervención a solicitud de las dependencias del Organismo Ejecutivo en proyectos de Acuerdos Gubernativos y acuerdos que contengan reglamentos de ejecución u otros; f) Integrar comisiones designadas por el Organismo Ejecutivo; g) Emitir dictamen jurídico sobre los contratos de préstamo a ser celebrados entre la República de Guatemala y Organizaciones Internacionales, así como de fideicomisos; h) Evacuación de audiencias en aquellos casos en que la ley ordene oír a la Procuraduría General de la Nación.

El criterio que se sustenta difiere respecto a la legitimidad constitucional según el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala al tener un solo capítulo VI Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación, el cual según su última reforma de 1993 Ministerio Público, el Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública, luego establece una serie de requisitos para el mismo. La anterior descripción de Ministerio público a criterio propio está separado de la imparcialidad en su funcionamiento, entendiendo la auxiliatura a la administración pública, únicamente al ámbito de investigar, con funciones autónomas y en vista de ello velar porque se cumpla la ley, principalmente que su autonomía no es sostenida desde el momento que se asignan recursos estatales para su funcionamiento y en momento que el Presidente de la República nombra al fiscal general; entonces diríamos es semiautónomo.

Cuando se dice que el fin es cumplir con las leyes del país, se considera que se refiere a la persecución del delito, es ahí donde la imparcialidad debe prevalecer y



la objetividad de la investigación debe resaltar. En cuanto al Artículo 252, está claro la asesoría y consultoría a los órganos estatales de la Procuraduría General de la Nación, lo que sí es antagónico es la representatividad del Estado, dado a que como ente institucional público ha tenido poca incidencia colectiva para hacer prevalecer el interés común que debe velar el Estado, respecto a amparos constitucionales.

2.10.7 Abogacía del Estado área constitucional

Este Departamento tiene a su cargo como refiere la institución la tutela de los **derechos difusos del Estado** en cumplimiento de la ley. Asimismo, ejerce la representación del Estado por disposición legal, en las acciones de amparo, exhibiciones personales e inconstitucionalidades, dentro de sus funciones: Promover acciones y evacuar audiencias en materia de amparo, en defensa de los intereses del Estado; Promover acciones de inconstitucionalidad, evacuando las audiencias correspondientes; Promover y evacúa audiencias en las exhibiciones personales, cuando proceda; Promover y evacuar acciones de amparo e inconstitucionalidades, a requerimiento de las dependencias del área sustantiva, las que deberán remitir inmediatamente informe circunstanciado y antecedente del respectivo proceso; Al concluir el amparo se devolverá el expediente a la dependencia que conoció en la vía ordinaria; cualquier otra que le asigne el Procurador General de la Nación.

Lo importante, en este bloque, es la poca incidencia colectiva y la falta de legitimidad que la ley le ha otorgado a la Procuraduría General de la Nación y para valerse en defensa, en materia de acción de amparo; en los procesos es perjudicial para esos



intereses difusos lo cual hemos visto en la política nacional y la trascendencia de los hechos jurídico políticos que han incrementado y han generado la crisis estatal en todas las áreas tanto sociales (desnutrición, salud), económicas (falta de credibilidad) y políticas (corrupción a grandes niveles).

2.10.8 Acción reparadora y digna

Antes de describir lo que significa reparadora y digna definimos lo que es el acto de lesividad, dada la conexión con el tema. “La acción de lesividad no existe una reglamentación precisa y compleja en Guatemala, por lo que se considera como acción y así se conoce por costumbre acción de lesividad. Esta acción en la práctica, cuenta con dos etapas: Administrativa la cual se basa en un procedimiento administrativa y la segunda, es la jurisdiccional basada en un procedimiento contenciosos administrativo; Además, en la Ley de lo Contencioso Administrativo es somera sin definir dicha acción de lesividad; sin lesividad no hay fórmula para revocar las resoluciones que ya están consentidas, o las resoluciones firmes hasta cierto límite”.⁶⁷

Así también, debe aceptarse el principio de respeto a las resoluciones definitivas notificadas favorables al particular. El trámite obligatorio es serio y difícil a fin de desalentar a la administración a no utilizar la lesividad por utilizarla, en cualquier asunto. En otras legislaciones esta es un proceso. En España es un proceso especial. En Guatemala parte es una acción administrativa y parte un proceso contencioso basado en dos normas: El Artículo 20 último párrafo y 23 de la

⁶⁷ Castillo Gonzales, Jorge Mario, **Derecho Administrativo**, Pág. 401



Ley de Lo Contencioso Administrativo nos da mayores datos del procedimiento

“Artículo 20 si el proceso contenciosos administrativo es planteado por la administración por sus actos o resoluciones no será necesario que concurren los requisitos de resolución que ha causado estado o de resolución que vulnere un derecho reconocido en ley; reglamento o resolución anterior, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los interés del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el presidente”.

El papel la Procuraduría General de la Nación en base al Acuerdo Gubernativo, ya emitido en Consejo de Ministros, inmediatamente, a través del derecho de legitimación activa se inicia el proceso de amparo – provisional a nuestro juicio, previo a que tarde el contenciosos administrativo; El objeto principal es que no se vulnere el interés de la reparación digna dado la tardanza en los procesos.

La ley del Organismo Ejecutivo estable las funciones del Consejo de Ministros concurrirá con el Presidente de la República a declarar o no la lesividad de los actos o contratos administrativos, para los efectos de la interposición del recurso contencioso administrativo inciso (b) del Art. 17 Esta resolución solo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina, a nuestro juicio al momento de interponer el amparo se interrumpe la prescripción de los tres años.



2.10.9 El derecho a la reparación digna

En los países del *commom law*, ha existido un profundo debate sobre cuál es el fundamento filosófico último del deber de responder por los daños causados a otros, debate en el cual la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva son rivales teóricos de similar peso. También presuponen la relación entre la justicia correctiva y la justicia distributiva. La correctiva describe la obligación moral del agente de reparación del daño injusto ocasionado a otra persona sin su consentimiento, mientras que la distributiva será prioritaria a la correctiva si esta última es meramente instrumental, haciendo una serie de distinciones en responsabilidad sin culpa o con culpa objetivamente, negligencia, incapacidad, atendiendo a la teoría de la causalidad.⁶⁸

Reparación digna en el proceso penal guatemalteco (Dto.51-92 capítulo IV, la Reparación Privada – Sección Primera Acción Civil Art.124.- primer párrafo Reformado por el Artículo siete del Dto. 7-2011 del Congreso de la República.) Menciona las características de la Reparación Digna se determina la responsabilidad del imputado en la comisión de un hecho delictivo como objeto principal, pero en ocasiones la comisión de un delito va acompañado de daños que se provocan en las personas, bienes o cosas, en base al principio de economía procesal se busca que paralelamente al Proceso Penal, se logre la reparación civil, se considera oportuno solicitar la reparación en la vía civil.

Daño y formas de reparación Entender la noción de reparación de daños se debe

⁶⁸ http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/ (Consultado el 19-3-2017).



recordar un postulado elemental en materia de responsabilidad civil; el objetivo de esta última es la reparación de daños, y el alcance de lo que es reparación dependerá de lo que se entienda por daño; Por ello veremos en una primera parte la noción de daño (A), para pasar luego a aquella de reparación (B).

Concepto de daño "Daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, tratándose de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil -imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos".⁶⁹ **Daño** se refiere a la lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico según el Doctor Henao. Los elementos de la definición que impactan sobre la noción de reparación. Partiendo que el daño supone la lesión de un interés lícito o al menos no contrario a derecho, lo importante ahora es observar que dicha lesión se puede presentar tanto sobre intereses pecuniarios como no pecuniarios, intereses colectivos o individuales, sin dejar de lado que la amenaza de lesión definitiva del derecho también es per se daño. Estos tres elementos de la definición tienen incidencia sobre el objeto de nuestro estudio.

2.10.10 La lesión sobre intereses pecuniarios y sobre intereses no pecuniarios

Cuando se lesionan derechos pecuniarios, la reparación es de naturaleza económica,

⁶⁹ Henao, Juan Carlos **Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado**, n.º 28, (Consultado: Marzo 2016).



en tanto que la reparación de los derechos no pecuniarios puede revestir formas diferentes de la económica, advirtiendo que cuando se otorga una suma de dinero la misma no equivale al daño sufrido sino a su simple compensación. Aunado a lo anterior señala el doctor Henao que los derechos pecuniarios o materiales tienen valor de cambio en el mercado, lo cual no ocurre con aquellos no pecuniario o inmaterial. Para citar solo algunos ejemplos, ¿puede valorarse económicamente la honra, la dignidad, la libertad de expresión o la libertad de locomoción? Es evidente que no, lo cual no impide que, gracias a los avances hechos en materia de protección de derechos, su lesión suponga una reparación.

Lo anterior porque la existencia del daño implica necesariamente su reparación, para que asiera la responsabilidad civil no pierda su objeto. Dicha reparación, por mucho que en ocasiones se otorgue en dinero -piénsese en 100 mil quetzales otorgados por daño a la salud por parte de un contratista del Estado no supone que dicha suma sea el **valor del daño**, por la sencilla razón de que no tiene un equivalente que permita su medición a la salud o la muerte del paciente. En ese sentido, pues, es posible afirmar que la reparación de la lesión de derechos pecuniarios es de mayor facilidad que aquella de los no pecuniarios, donde el juez dispone de un *arbitrium iudicis* que le permite postular nuevas y creativas maneras de reparar, como se verá posteriormente.

Aplicado a la realidad guatemalteca, la negligencia, imprudencia e impericia en la prestación de un servicio por parte de un contratista del Estado, conlleva la lesión de derechos protegidos que le han sido encomendados, y provoca por ende un daño a un ciudadano guatemalteco, desde el principio del bien común.



2.10.11 La lesión sobre intereses individuales o sobre intereses colectivos

“Esta distinción también, entendiendo que tiene gran incidencia en la forma como se conciba la reparación, porque es diferente reparar a personas individualmente consideradas -aun jurídicas- que a colectivos que representan intereses difusos no apropiables. Como bien lo enuncia la Corte Constitucional de Colombia en un fallo que podríamos calificar de fallo de principio sobre la definición de los diferentes intereses protegidos por el derecho de daños; ...la doctrina comparada habla de que el objeto de las acciones de grupo es proteger **intereses de grupo con objeto divisible, o intereses pluri-subjetivos, o derechos o intereses subjetivos homogéneos**, a diferencia de las acciones populares en las que se protegen intereses de grupo con objeto indivisible o derechos colectivos en sentido estricto: intereses colectivos e intereses difusos.

Esta distinción entre los diversos tipos de intereses jurídicos protegidos por las diversas acciones colectivas permite arrojar claridad sobre el elemento de la titularidad. Y en este aspecto, la primera diferencia importante es aquella que existe entre los **intereses colectivos indivisibles, propios de la acción popular, y aquellos divisibles, que son el objeto de las acciones de grupo**. Los intereses difusos y colectivos, protegidos por acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. [...] Ejemplos típicos de intereses colectivos o bienes públicos son: la defensa nacional, seguridad pública o la pureza del aire como elemento del medio



ambiente. Siendo importante la legitimidad procesal institucional. “ 70

La defensa de la legalidad y los derechos se expande al colectivo, interpretándolo como un conjunto de personas afectas que pueden ser individualizadas, es decir que por vía de principio el amparo colectivo no disciernen entre derechos colectivos (individuales homogéneos) y derechos de pertenencia difusa (propios de la acción popular). Sin embargo como derechos difusos tienen un cuadro de protección procesal diferente, el amparo colectivo exige que se identifique el grupo afectado, además de la relación o situación jurídica que los une. **Por lo que amparar el derecho colectivo significa dar preferencia al derecho colectivo en lugar del individual, armonizarlos donde la afectación de los intereses trasciende al derecho subjetivo.** Para otros autores los intereses colectivos en sentido estricto se refieren a la relación de la colectividad con un bien no susceptible de apropiación exclusiva; se caracterizan por su no individualización, en abstracto, su impersonalidad y el estado permanente de amenaza en que se encuentran; intereses comunes a una categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación socioeconómica similar, por lo tanto ese interés a defender es el campo de las personas jurídicas morales o físicas reconocidas legalmente, quienes tendrán esa legitimidad social para accionar a favor o en contra de los mismos intereses difusos.

Esta nueva categoría de derechos a titular no se oponen al derecho individual, ni es sumatoria de afectaciones que persigue una afectación adecuada para su defensa; en los hechos posiciona en una posición jurídica novedosa que se distancia de la

⁷⁰ Henao, Juan Carlos , n.º 28, (Consultado: Marzo 2016).



persona que se atribuye la personificación del daño que padece y que también sufren sus congénes) para elaborar una doctrina de la solidaridad donde nadie es titular exclusivo, y, al tiempo, todos lo son, porque la atención se dirige al objeto a proteger antes que a la persona beneficiaria de la tutela.

Por lo que en la legitimación procesal colectiva no atiene tanto al sujeto sino el objeto de la colectividad que pide que se proteja, es la diferencia entre solicitar que se acredite la representación del grupo o pedir que se fundamente la importancia y trascendencia del derecho fundamental vulnerado. Si bien esta definición de la Corte Constitucional de Colombia dice el Doctor Henao se hace comparando los derechos que defiende la acción popular con aquellos protegidos por la acción de grupo o de clase, se puede afirmar que la naturaleza de estos últimos es equivalente a la que se protege en cualquier acción donde la petición sea para sí, es decir, de corte individualista, precisamente porque también se trata de intereses divisibles. El daño puede recaer sobre ambos tipos de derechos amplía el espectro de la responsabilidad estatal y genera, como consecuencia inmediata, que el estudio de las formas de reparación de la acción popular tenga que ser incluido. Además, permite entender algunas complejidades que puede presentar la reparación colectiva.

Es decir, la tesis tradicional al abordar el estudio del daño supone que la responsabilidad civil opera desde el momento en que ya inició la lesión definitiva del derecho –así no haya cesado–, pero no estudia la hipótesis resaltada por De Cupis, esto es, aquella en la cual no se ha iniciado dicha lesión definitiva por encontrarse en ciernes. La postura aquí defendida por el Doctor Henao supone que hay tres etapas del



daño cierto: la primera desde el momento en el que inicia la perturbación o alteración del goce pacífico del derecho o interés, sin que aún se haya iniciado la lesión definitiva; la segunda desde el momento en el que inicia la lesión definitiva del derecho y sigue presentándose, lo cual se define en doctrina como daño continuado, y la tercera supone que el derecho ya fue lesionado definitiva y totalmente. Desde esta perspectiva, el no daño lo constituye el goce pacífico del derecho.

Con independencia de que dicha concepción de daño sea aceptada según Henao, lo que interesa resaltar para este escritor es que los sistemas jurídicos tienen acciones que buscan impedir que la amenaza de lesión definitiva se inicie. Así, **algunos sistemas de reparación de daños tienen dentro de sus objetivos la prevención de futuros daños**; Impedir la amenaza es más importante que cualquier reparación posteriori, **la reparación digna de los mismos a nuestro criterio no es una satisfacción social sino solamente jurídica y política.**

Las reivindicaciones de la víctima del delito en materia de reparación surgen, inicialmente, como exigencias morales a propósito de su carácter digno; para luego consolidarse en el plano jurídico como derechos humanos con una determinada estructura jurídica que los hace eficaces. De verifica el surgimiento de una disciplina científica que la fija como su objeto de estudio: la victimología.

La denominación bien jurídico debe reservarse así para referirse a lo protegido por una norma. La teoría de bienes jurídicos o principio de lesividad la concepción dominante. La creación del concepto bien jurídico (o por los menos, el haber sentado las bases



para ello) se atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum, durante la primera mitad del siglo XIX. El bien jurídico como interés. La teoría de Maurach y Zipf sobre el bien jurídico tiene su origen en la afirmación de que la soberanía reside en el Estado. Puesto que esto es así, se argumenta-, la función de la pena se encuentra referida a la relación entre éste y el ciudadano. En este sentido, siendo el primero un instrumento para beneficiar al segundo -posibilitando el cumplimiento de tareas importantes y complejas- resulta imprescindible que el Estado mismo cree "un orden comunitario capaz de conservar su existencia", para poder efectivamente servir al hombre. De ésta forma, la infracción de su orden estructural mediante lesión de sus mandatos debe ser castigada para asegurar la observancia de sus normas elementales de conducta, y con ello mantener la estructura comunitaria.⁶⁷

a) Daños y perjuicios El Artículo 58 Dto.1-86 hace referencia a la responsabilidad solidaria del dignatario, funcionario, empleado o trabajador de lugar al amparo con motivo del ejercicio de su cargo, función o servicio, serán solidariamente responsables por los daños y perjuicios que se causaren. El que pague puede repetir contra el autor de los daños y perjuicios lo que haya pagado.

En la práctica guatemalteca el pago de daños y perjuicios a favor de instituciones públicas muy pocas veces se ha puesto a prueba, sin embargo está contemplado en nuestra legislación; como un amparo contra el Estado por un órgano del Estado, a conveniencia del pueblo de Guatemala, a medida como dice el Artículo de prevenir daños patrimoniales o de cualquier otra naturaleza. Es evidente la necesidad de prevenir daños, los cuales conllevan un costo muchas veces irreparable para la nación.



Los Artículos 125 al 134.- (Reformados por el Art. 10 del Dto. 32-96 y DEROGADO por el Art. 15 del Dto.7-2011, ambos del Congreso de la República.) SECCION TERCERA: TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO **Artículo 135.- Intervención forzosa.** Quien ejerza la acción reparadora podrá solicitar la citación de la persona que, por previsión directa de la ley, responda por el daño que el imputado hubiere causado con el hecho punible, a fin de que intervenga en el procedimiento como demandada. La reparación a que tiene derecho la víctima a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil.

b) Del derecho a la reparación digna Esta propuesta hecha por la Comisión Internacional contra la Impunidad en su iniciativa 5132 donde pretenden se reforme el código procesal penal respecto a la figura de aceptación de cargos y la reparación digna la cual pretenden se incluya dentro de la justicia penal guatemalteca; la reparación a las víctimas y sus familiares poseen un derecho inherente a que se repare como resultado de un daño causado, este derecho es reconocido tanto internacionalmente como a nivel interno. Este derecho radica en recibir una justa e integral reparación orientada a restablecer el o los derechos menoscabados, mitigar sus efectos o compensar integralmente el daño causado, en materia penal implica el deber del Estado de investigar los hechos que originaron tales violaciones.



La justicia reparativa Llamada justicia compensatoria se preocupa por devolver a las víctimas lo que ellas han perdido. Las reparaciones pueden ser individuales o colectivas, de índole económico o no. Uno de los aspectos importantes de la justicia reparativa es el que lleva al ofensor al reconocimiento de la responsabilidad por el daño ocasionado a las víctimas y el gesto de compensación el cual en algunos casos puede ser positivamente percibido por las víctimas como una forma de arrepentimiento genuino. El concepto de reparación integral incluye la restitución, indemnización, rehabilitación la compensación moral y la prestación de servicio a la comunidad. En la figura de aceptación de cargos, con la inclusión de la reparación se aborda en los criterios establecidos por la CIDH y por el derecho de reparación, debido a que la verdad se conoce por medio de la aceptación de los hechos por parte del imputado, quien no se limita a aceptar, sino que narra lo sucedido, hecho que está sustentado por medio de la investigación realizada por el Ministerio Público

c) Responsabilidad solidaria en el daño El Dto.1-86, Art. 58 establece que existe responsabilidad solidaria cuando un dignatario, funcionario, empleado o trabajador dé lugar al amparo con motivo del ejercicio de su cargo, función o servicio, el Estado, la entidad o persona a quien sirva será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. El que pague puede repetir contra el autor de los daños y perjuicios lo que haya pagado. Por lo tanto, la negligencia e impericia estatal no está perdonada, el Estado debe actuar para reparar ese daño y recibir viceversa del causante tal reparación.

El Decreto 1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente, Artículo 59 Daños y perjuicios

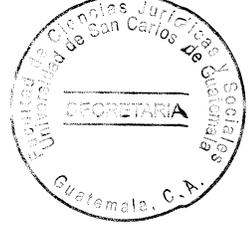


“Cuando el tribunal declare que ha lugar al pago de daños y perjuicios, sea en sentencia o en resolución posterior, fijará su importe en cantidad líquida o establecerá, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deberá hacerse la liquidación o dejará la fijación de su importe a juicio de expertos, que se tramitará por el procedimiento de los incidentes. Además de los casos establecidos en esta ley, el tribunal, después de la sentencia, a petición de parte, condenará al pago de daños y perjuicios cuando hubiere demora o resistencia a ejecutar lo resuelto en la sentencia”. En este Artículo se convalida la figura de una reparación pecuniaria.

Para Hans Kelsen, “El Estado es una comunidad creada por un ordenamiento jurídico nacional, y en tanto la comunidad no se encuentra separada de su propio orden jurídico; es por esta razón que el Estado como persona colectiva no es algo diverso al orden que lo constituye”;⁷¹ Finalmente Kelsen considera el Estado como sujeto de derecho, en términos de persona colectiva, diferenciándolo de otras personas de esta misma naturaleza porque personifica la unidad de la comunidad y orden jurídico nacional

⁷¹ Kelsen, Hans. **Teoría general del derecho y del estado**, Pág. 23.





CAPÍTULO III

3. Relatividad jurídica con leyes ordinarias conexas con el Decreto 512

El Estado como tutelador del bien común, cabe destacar que en la figura del proceso de amparo radican los derechos colectivos amparados por el Estado en el proceso de *Habeas Corpus* y *Habeas Data*, procesos constitucionales que vinculan la actuación a los derechos colectivos y/o difusos; Es procedente rescatar en este punto la sustancial ampliación de la legitimación activa a fin de accionar por vía de acción de amparo, en procura de la defensa de los denominados derechos de la tercera generación, y ahora pronto cuarta generación por lo que no cabe duda que son las instituciones de gobierno que regulan los denominados derechos de incidencia colectiva.

Finalmente, se trata de evitar la generación de daños irreversible de carácter colectivo o social, es decir defender la vida humana en si o los recursos naturales; Por lo que tales derechos no pueden verse en un contexto diverso de la democracia en un máximo posible de niveles de participación, es aquí donde la propia democracia se desvirtúa sin una base de respeto a los derechos humanos; si bien democracia parte de la libertad y se complementa con la figura de solidaridad, se deberá corroborar esos actores que pretender prescindir de ella. Aquí donde la incidencia colectiva a través de instituciones jurídicas reconocidas por el Estado pretenden hacer valer las facultades para las cuales fueron creadas originariamente, desde un punto de vista de paralelo a los otros actores de la sociedad. La organización del Estado es con un solo fin según la "Constitución Política de la República de Guatemala "Artículo Uno: El Estado



guatemalteco entendiéndose este como la organización jurídica de la sociedad guatemalteca se organiza para proteger a la persona y a la familia, siendo su fin supremo la realización del bien común la limitación a los derechos constitucionales.” Rolz Bennet, citado por el Dr. Villegas Lara recalcan que el bien común debe ser la finalidad suprema de los individuos, y sobre todo, de quienes tienen a su cargo la dirección del Estado”

Según Gustavo Rad Bruch, al explicar el bien común hay tres componentes que permiten explicarlo: La personalidad individual, la personalidad colectiva y la obra cultural. “según la jerarquía de estos tres valores de la personalidad: El individualista que aprecia el valor de la personalidad individual, el Supra individualista, que reconoce el valor de la persona colectiva y el Transpersonalista que proclama como supremos bienes los valores de la cultura”. Según el tratadista antes citado, tan importante es el individuo como la sociedad, esto se complementa en el Art. 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde **el interés social prevalece sobre el particular**, y es eminente dada al sistema de las relaciones jurídicas complejas mantener la generalidad antes que la individualidad.

Es obligación del Estado y de las autoridades, mantener a los habitantes de la nación en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza. Y según, el Artículo 140, el Estado se organiza para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Siendo soberano por el ejercicio de la misma que el pueblo delega su soberanía en los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; Artículo 141 también es importante hacer ver que es el Presidente de la República quién administra



al Estado en el control del Organismo Ejecutivo y que representa la unidad nacional debiendo velar por los intereses de toda la población y de la república.

3. 1 La Ley de lo Contencioso Administrativo

En materia administrativa los recursos administrativos, no se pueden rechazar, se le tiene que dar el trámite correspondiente aunque en el memorial falte algún requisito establecido en la ley (Art. 11 Ley de lo Contencioso Administrativo); Admitido el recurso para su trámite, se les corre audiencias por el plazo improrrogables de cinco días, para que se sirvan emitir en pronunciamiento correspondiente a) A todas las personas que hayan manifestado interés en el asunto y que haya señalado lugar para ser notificado. b) Al órgano asesor legal o técnico que corresponda c) A la **Procuraduría General de la Nación**, (a todos en el orden citado) por el plazo de cinco días (Artículo 12 Decreto 119-96 literal c).

El incumplimiento de dicho plazo, en los funcionarios del órgano administrativo asesor y para la Procuraduría General de la Nación causa responsabilidad. El Dto.119-96 le otorga a la autoridad que conozca el recurso, la facultad de ordenar las diligencias que estime convenientes para mejor resolver, lo estima conveniente, las cuales deben ser dictadas antes de emitir la resolución, fijando un plazo de diez días, para ese efecto. Finalizado el trámite, la autoridad que conozca el recurso tiene un plazo de 15 días para dictar la resolución final, no limitándose ésta a lo que haya sido expresamente impugnado o cause agravio al recurrente, sino que debe examinar en su totalidad la juridicidad de la resolución cuestionada pudiendo revocarla, modificarla, o confirmarla.



En algunos de estos procedimientos se contempla la enmienda de oficio o a petición de parte y la resolución que la resuelva no es impugnable, pero la Ley de lo Contencioso Administrativo no regula dicha figura, la que habrá de aplicarse supletoriamente conforme lo preceptuado en la Ley del Organismo Judicial.

El Procedimiento en los recursos administrativos, el procedimiento impugnatorio administrativo establece que después de haber sido notificada la resolución que le desfavorece al administrado, este tiene un plazo improrrogable de cinco días hábiles para plantear el recurso administrativo correspondiente, mediante memorial ante la autoridad que dictó la resolución.

3.1.1 Ley de Contrataciones del Estado, Decreto No. 57-92

En los recursos planteados por contratación pública, el Artículo 101, preceptúa que el plazo de interposición del recurso administrativo es de diez días hábiles siguientes a la notificación de la resolución.

3.1.2 Del Decreto 1613 de las Nacionalidades

Evacuación de las audiencias de las nacionalidades, que contienen solicitudes de otorgamiento de nacionalidad guatemalteca, con fundamento en lo establecido en la Ley de Nacionalidad "Artículo 14. Recibida una solicitud y si estuviere en orden, se mandará ratificar, si fuere el caso. Cumplida esta formalidad se examinará la documentación acompañada, si ésta se considerare suficiente y se hubieren



practicado las diligencias pertinentes, se dará audiencia al Ministerio Público por el término de ocho días. En caso contrario, previamente se dispondrá que se practiquen las diligencias que faltaren o que la documentación sea completada o rectificadas. Evacuada la audiencia por el Ministerio Público, se resolverá lo que en derecho proceda”. Art.21 Toda audiencia al Ministerio Público se dará con traslado del respectivo expediente. Las Solicitudes de nacionalidad para personas que nacieron en el extranjero y son hijos de padres guatemaltecos (Art.144 CPRG); De los nacionales por nacimiento de las Repúblicas que constituyeron la Federación Centroamericana que manifiestan su deseo de ser guatemaltecos (Art.145 CPRG); De los nacionales por nacimiento de las Repúblicas que constituyeron la Federación Centroamericana que manifiestan su deseo de ser guatemaltecos (Art.145 CPRG); naturalización concesiva (Art.146 CPRG); solicitudes de nacionalidad por el convenio de la mujer casada, y recuperación de nacionalidad. Analizar en lo que respecto a Ministerio Público según Dto.25-44 entender Procuraduría General de la Nación.

3.1.3 Del Decreto 141-85

Artículo 1 inciso b) Evacuación de audiencias, dentro de los trámites, por medio de los cuales el Estado adquiere, la posesión de inmuebles carentes de inscripción registral.

3.1.4 Acuerdo Presidencial Abril 7/1938.

Pronunciamento motivado de diligencias promovidas por vecinos, con el objeto de elevar de categoría a las poblaciones.



3.1.5 Ley Orgánica del Ministerio Público Dto.40-84 Art.35. Fiscalía Asuntos Constitucionales Amparos y Exhibición Personal.

“Esta Fiscalía intervendrá en los procesos de inconstitucionalidad, amparo y exhibición personal. Promoverá todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución Política de la Republica y demás leyes en esta materia. Para la ejecución del trabajo técnico jurídico, la fiscalía se encuentra dividida en las siguientes áreas: Área Penal /fiscal de sección, dos agentes fiscales un auxiliar fiscal I y un oficial), Área no penal (cinco agentes fiscales, un auxiliar fiscal II, dos auxiliares fiscales I, y tres oficiales) conoce los amparos en materia civil, laboral, administrativa, de cuentas y económico-coactivo, así como las inconstitucionalidades en las materias señaladas”.⁷² El Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad sobre disposiciones reglamentarias y complementarias, No.1-89 Art. 15 Legitimización: Son partes en un proceso de amparo el solicitante, la autoridad impugnada, los terceros interesados, el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos cuando haya intervenido.

Nos parece muy acertado como la CC expide este acuerdo donde establece legitimación a la autoridad no aclarando si es activa o pasiva, pero lo importante es el reconocimiento que en acuerdo se establece. (**Observaciones:** Modificado por los Acuerdos de la Corte de Constitucionalidad 2-97, 18-2001 y 34-20079); Esta tacita y expresamente reconocida la legitimidad que ostenta el MP para intervenir en materia de amparos, lo cual nos parece que es una dualidad jurídica manifiesta circunstancial,

⁷² Porras Argueta de Porres, María consuelo, Tesis “Análisis jurídico de la intervención del Ministerio Público en los procesos de justicia constitucional., a través de la fiscalía de asuntos constitucionales, amparo y exhibición personal”, Pág. 49



la que debe reformarse. El vacío de la ley orgánica de la Procuraduría General de la Nación se ha comenzado a sentir, presentándose el proyecto de Ley Orgánica de la PGN por Representantes de la institución, quienes presentaron a la Comisión de Puntos Legislativos y Asuntos Constitucionales la iniciativa de Ley; el día 21 de febrero de 2017. La iniciativa 5156 contempla entre otros asuntos, crear oficialmente la figura de Procurador Adjunto, así como la modificación del organigrama de la institución, se conoció también la iniciativa 5154, presentada por el diputado Orlando Blanco sobre el mismo tema, y se creó una mesa técnica para evaluar las dos iniciativas de ley.

3.1.6 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia-LEY PINA Dto.27-2003

La Procuraduría General de la Nación representa legalmente al Estado de Guatemala, brinda asesoría al Estado, defensa y representación legal de la niñez Guatemalteca. "Artículo 108. Atribuciones de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público. La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, tendrá las siguientes atribuciones: a) Representar legalmente a aquellos niños, niñas y adolescentes que carecieren de ella". Esto en base a la tutela constitucional.

3.2 Procuraduría General de la Nación, reparación según datos de la memoria de labores 2015

Producto de las actuaciones realizadas en representación y defensa de los intereses del Estado de Guatemala, en procesos judiciales de extinción de dominio de bienes



adquiridos de forma ilícita o que fueron utilizados para cometer actos ilícitos, se obtuvo 48 sentencias favorables, en las que se ordenó el traslado de dominio a favor del Estado de Guatemala de diversos bienes, siendo los más relevantes los: Bienes Y Dinero extinguidos periodo 2015: cinco millones 564,695.09 dólares de los Estados Unidos de América; Tres millones 321,528.61 quetzales; 18 bienes inmuebles; 46 vehículos; Cuatro armas de fuego; y 14 caballos; total 82 bienes.

En Memoria de labores 2015 consta que por la especialidad en la materia, la Abogacía del Área Constitucional Ana Lucrecia Pineda, Jefa de la Abogacía Constitucional promoviera y evacuara las acciones de amparo e inconstitucionalidades, a petición de las dependencias del área sustantiva de la Institución así como de las dependencias del Estado por la legitimación activa que le asiste a la Procuraduría General de la Nación. Respecto a esta memoria de PGN, se evidencio el vacío legal que tiene la ley de amparo al respecto en defensa de esos intereses difusos, y que de forma tácita se ha asentado su legitimidad no obstante su ausencia expresa al respecto.

3.3 Casos relevantes demandas contra el Estado

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) condenó al Estado de Guatemala a pagar por el arbitraje internacional planteado en el caso de Ferrovías. **Ferrovías** – En 1997, el gobierno del presidente Álvaro Arzú otorgó, con un contrato de usufructo oneroso, el manejo del sistema del tren a la empresa Ferrovías por 50 años a partir de 1998. La denuncia de arbitraje se originó luego de que, en el 2006, el presidente Óscar Berger decretó lesivo el contrato referente al



equipo ferroviario y el cual calificó de patrimonio nacional. La empresa argumentó que el Estado de Guatemala violó el capítulo 10, referente a inversiones, dentro del marco del TLC con EE. UU. el cual establece la prohibición a los Estados para expropiar inversiones extranjeras sin pagar una compensación.

La demanda original presentada por RDC el 13/03/2007; RDC y Ferrovías plantean juicio de arbitraje y demanda a Guatemala por US\$65 millones; Se calificó de importante e histórico el fallo, “porque es el primer caso dentro del marco del TLC y sienta un precedente al ser una victoria para el estado de Derecho”. “Estamos satisfechos con la resolución- según RDC.

14/06/2007 – Demandan: La queja se presenta en la instancia del Ciadi. En mayo del 2008, el gobierno de Colom mostró interés en conciliar. El 8/7/2011 – Renuncian La firma Arnold & Porter a representar al Estado en su defensa y piden prórroga para reiniciar el proceso. Y el 16/12/2011 – Audiencias Los abogados de RDC determinan que las audiencias terminaron y se acusó al Estado de expropiación y trato injusto.

Argumentos El ministro de Economía dijo que con el fallo solo se reconoce el pago de la inversión instalada y el valor del bien —equipo ferroviario— y que eso significa que el resto de demandas “quedaron invalidadas, tales como el falso argumento de una ‘expropiación indirecta’ de parte del Estado de Guatemala”. El funcionario agregó que según el contenido de la resolución, luego del pago exigido Ferrovías perderá sus derechos, conforme a los Contratos de Usufructo, y los bienes pasarán de nuevo a control del Estado. Antecedentes Además del caso Ferrovías, en el marco del TLC



con EE. UU., Guatemala enfrenta tres procesos en el Ciadi. Juan Pablo Carrasco, abogado de Ferrovías, y Sergio de la Torre, Ministro de Economía, afirmaron⁷³ que la sentencia fue notificada, se argumentó que el Estado violó cuatro normas contenidas en el capítulo de Inversiones del TLC, y en esta se incluyó la expropiación indirecta de inversiones. Carrasco explicó que el tribunal arbitral lo resumió en una sola norma la cual establece que el trato a los inversionistas debe ser justo y equitativo.

La demanda se basó en la decisión del gobierno de Óscar Berger de declarar en el 2006 lesivo el contrato porque el equipo ferroviario era mantenido en malas condiciones. El Estado agregó que la compañía había incumplido con los tramos exigidos en el contrato. “Se consideró que Guatemala le había dado un trato arbitrario y —el tribunal— usó el término groseramente inequitativo e injusto al inversionista”, dijo el abogado. La Procuraduría General de la Nación (PGN) presentó una denuncia penal en el Ministerio Público (MP) en contra del contrato de arrendamiento entre la Compañía Desarrolladora Ferroviaria (Ferrovías) y la Compañía Bananera Guatemalteca Independiente (Cobigua), subsidiaria de Chiquita Brands International. Cobigua firmó en el 2000 un contrato de arrendamiento que se vence hasta 2048. A pesar de que tenía un contrato de usufructo oneroso que venció en 2015. Fernando Antonio Leal Estévez, interventor de Fegua durante el Gobierno de Vinicio Cerezo, suscribió en Febrero 23 de 1990 un contrato de usufructo oneroso con el representante de Cobigua, Manuel Mena Striker. Otorgó a la bananera 35 mil metros cuadrados para que, en un plazo de 18 meses, reconstruyera y administrara el muelle, pues la empresa de ferrocarriles carecía de recursos para hacerlo. El contrato se firmó por un plazo de

⁷³ Bolaños, Rosa María, Prensa Libre. *Economía*. (consultado 16/4/2017).



25 años. Cobigua invirtió alrededor de Q400 millones y logró agilizar el despacho de mercadería. Sin embargo, en Marzo de 1996, Fegua suspende operaciones y, un año después, el gobierno de Arzú, adjudicó un contrato de usufructo oneroso a Ferrovías para que remozara y operara el sistema ferroviario del país. La empresa también fue autorizada para prestar servicios complementarios, “no necesariamente ferroviarios dentro del derecho de vía e inmuebles” de Fegua.

El 29 de Noviembre del año 2000, cuando aún hacían falta 15 años para que venciera el contrato otorgado por Fegua a Cobigua, Ferrovías otorgó a la bananera un nuevo contrato. Este le concedía a Chiquita la administración del muelle por un plazo de 33 años contados a partir de 2015. En otras palabras, hasta el 22 de Febrero de 2048 Cobigua pagaría a Ferrovías el 2 por ciento de los ingresos brutos mensuales durante el período comprendido de Enero de 2001 a Febrero 2015, y el 4 por ciento de Marzo hasta el vencimiento del contrato. Al respecto, se manifiesta que este segundo contrato es irregular y podría considerarse un caso de usurpación agravada y estafa. **“Lo firmaron cuando no había terminado vencido el primero.** Dispusieron de bienes públicos que nunca fueron inscritos en el contrato de usufructo y quedaron sin la tutela. No lo podían ceder, lo tenían que entregar a Fegua”, advierten. El usufructo –otorgado en 1997 mediante el **contrato 402**– no incluía locomotoras y plataformas. Así que fue necesario celebrar un **nuevo contrato, el 143, que luego fue ampliado por el 158.** Y fueron precisamente **estos dos últimos los que el entonces presidente Óscar Berger declaró lesivos en 2006.** En 2013, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ratificó su fallo: **Guatemala debía pagar una indemnización de US\$14.6 millones a la compañía norteamericana.** Y



así fue, a cambio, la estatal Ferrocarriles de Guatemala (Fegua), es el socio mayoritario de Ferrovías, con el control del 82.2 por ciento de las acciones. **Guatemala se convirtió en propietaria del 82.18 de las acciones de Ferrovías.** Pero los libros contables de la empresa estaban en rojo. **“El contrato 402 sigue vigente.** Ferrovías sigue siendo usufructuaria de los bienes de Fegua y hay un Decreto que lo respalda”, y en poder del Estado en 2014 luego del arbitraje internacional.

La duda de tales contratos y puestos en evidencia en el proceso, se aceleró el deterioro de las locomotoras y de la línea férrea. La sucesión de interventores coadyuvo al mismo; Samayoa relevado por Jorge Mario González Lacs y este, por Rafael Rottmann. Ambas empresas suscribieron contratos que hoy son considerados lesivos por la administración de Jimmy Morales, por la Contraloría General de Cuentas (CGC) y la Procuraduría General de la Nación (PGN). El primero de ellos es el 120 y fue firmado el 29 de Noviembre de 2000. Ferrovías otorgó a Cobigua la terminal de Puerto Barrios en arrendamiento por un período de 33 años, contados a partir del 23 de Febrero 2015; En esa fecha vencía el usufructo que Fegua le había concedido en 1990 para que operara y administrara esas mismas instalaciones ferroviarias y portuarias. “Celebraron el contrato diez años antes de que venciera el otro”, advierte El Comisionado Godoy. El documento –suscrito por el ex gerente José Miguel Fernández, y el ex presidente de Cobigua, Mario Mena Striker– obligó a la bananera a pagar a Ferrovías el 2 por ciento de sus ingresos brutos mensuales de Enero 2001 a Febrero 2015 y el 4 por ciento, de Marzo 2015 a Febrero de 2048. “En concepto de asesoría”,

La otra gran diferencia con el contrato suscrito entre Fegua y Cobigua era el consejo



administrativo ya no tendrían participación delegados de la Presidencia de la República y del Ministerio de Finanzas Públicas. Y eso enfrentó a la subsidiaria de Chiquita Brands con los otros usuarios de Puerto Barrios, incluidos sus competidoras Dole y Del Monte. “ Las desavenencias trascendieron y la PGN revisó el contrato 120. De ahí que, el **26 de Noviembre de 2015, la Procuradora María Eugenia Villagrán recomendó declararlo lesivo**“. “No se puede delegar la prestación de un servicio público mediante un contrato de arrendamiento, es necesario utilizar la figura de concesión”, advertía. Rottman, afirmo que la recomendación fue enviada directamente a Maldonado Aguirre y que nunca la conoció. De ahí que, el 27 de Enero de este año, haya firmado el acuerdo de entendimiento con Ramsés Lobo, representante de Cobigua.

Finaliza usufructo. El Ejecutivo decidió no renovar el usufructo oneroso que se había otorgado a Cobigua en 1990, el cual venció el año pasado, pero la empresa, en prevención de que no habría prórroga, desde el 29 de noviembre del 2000 firmó con Ferrovías un contrato de arrendamiento que incluye un terreno y la terminal portuaria, que entró en vigor 15 años después. Es así como los señores Fernández y Mena (Representantes) señalados de apropiación y retención indebida y caso especial de estafa, mientras que Rottman, de abuso de autoridad, concusión e incumplimiento de deberes. Los argumentos de la Contraloría son que el puerto es un bien público y que no podía entregarse de esa forma. Rottman, como interventor de Fegua, el 27 de Enero del 2016 se comprometió con Ramsés Lobo, representante legal de Chiquita Guatemala, S.A., a rescindir y/o anular cualquier acuerdo o contrato otorgado por la compañía COBIGUA.



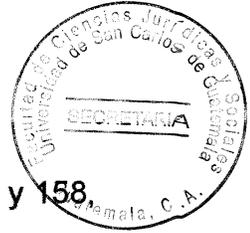
3.4 El Ministerio de Economía solicitó un informe pericial de la Licda. Maritza Ruiz de Vielman, quien en sus conclusiones es clara en los siguientes aspectos de la relación contractual del Estado con dicha entidad privada.

Como entidad estatal descentralizada autónoma e intervenida, la dirección de FEGUA corresponde a su Interventor. A él corresponden las facultades de gestión ordinaria de la empresa, dentro del marco de la delegación efectuada a través de la Ley Orgánica de FEGUA, mientras que las restantes, que son extraordinarias o que no fueron delegadas a FEGUA o su Interventor, incluyendo aquellas expresamente previstas en la Ley de FEGUA, corresponden al Presidente, que es el superior jerárquico del Interventor.

Por lo tanto, cualquier actuación que no se encuentre dentro de las facultades del Interventor requiere de la autorización del Ejecutivo. La firma de los Contratos 143 y 158 por parte del Interventor sin autorización del ejecutivo constituye una actuación *ultra vires*. (*Ultra vires* significa "más allá de los poderes". Si una ley requiere autoridad legal y que se haga con tal autoridad, que se caracteriza por la ley como *vires intra* ("dentro de las facultades"). Si se prescinde de esa autoridad, es *ultra vires*. Actos que son *vires intra* pueden equivalentemente ser llamados "válida" y los que son *ultra vires* "no válido")...⁷⁴ aclaración propia del término.

FEGUA tiene facultades para contratar bienes y servicios dentro del marco delimitado por la Ley. Los actos en virtud de los cuales otorga un derecho de uso especial sobre

⁷⁴ <https://en.wikipedia.org>. (Consultado Abril 2017)



sus bienes, incluido un contrato de usufructo oneroso como los 42 Contratos 143 y 158, participan de la naturaleza de las licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y derechos similares.

FEGUA podía celebrar el Contrato 143 para conferir un derecho de uso especial sobre los bienes nacionales consistentes en el equipo ferroviario. Para ello, tenía que cumplir con los requisitos establecidos en la ley, incluida la Ley Orgánica de FEGUA y la Ley de Contrataciones del Estado. Tal usufructo participa de la naturaleza de una licencia, autorización, permiso, concesión, o instrumento similar.

El proceso de lesividad está reglado en Guatemala, y está fundamentado en la salvaguarda de los principios de legalidad, seguridad y certeza jurídica. La declaratoria de lesividad es un mero presupuesto procesal sin efectos materiales para el administrado. El proceso tendente a dar efecto a la declaratoria cumple con todas las garantías del debido proceso.

Los Contratos 143 y 158 contenían serios defectos legales que justificaban la declaratoria de lesividad. Los Contratos 143 y 158 no fueron otorgados con arreglo a la ley de Guatemala, y no crean derechos protegidos con arreglo a la misma.

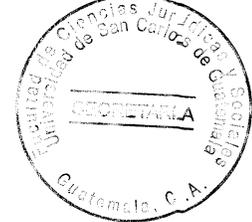
El Presidente de la República, tras haber recibido la solicitud de declaración de lesividad y cinco dictámenes jurídicos emitidos por entidades independientes que confirmaban los defectos jurídicos de esos contratos y recomendaban que el Presidente los declarar lesivos, no podía ignorar esta situación sin incurrir en



responsabilidad. Las únicas opciones del Presidente eran proceder con la declaratoria o bien negociar un acuerdo de transacción en los términos establecidos por la ley de Guatemala. 102. Después de tomar la decisión, en abril de 2006, de declarar lesivos los Contratos 143 y 158, el Presidente no podía revertir esa decisión sin incurrir en responsabilidad personal a no ser que se hubiera llegado a una transacción con Ferrovía que garantizara el mejor interés de la República, situación que no se produjo. Nuestras conclusiones al caso que aún está en segregación lega son: **Si se dio abuso de autoridad, se realizaron actos fuera de competencia administrativa, y la figura de colusión está clara en estos contratos negociados.**

3.5 Caso Ministerio de Salud

La Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de salud pública solicitaron la nulidad de los Artículos 39 (despidos), 43 bonos e incentivos), 45 (bonos especiales), 51 y 43 numeral 3 (viáticos) del pacto colectivo suscrito por el Ministerio y el Sindicato de trabajadores. Según datos el Estado eroga Q2 mil 133 millones al año de bonos y suponen una dificultad financiera para el Ministerio (por ende el Bien común interés general) Según la PGN y el Ministerio estos pactos colectivos inviables económicamente y debilitan las instituciones republicanas, poniendo en riesgo la salud guatemalteca, siendo los fondos más para burocracia que para la salud de los guatemaltecos. La evidencia legal al descubierto es la irresponsabilidad con que actúan funcionarios y empleados al comprometer recursos propios de la salud de los guatemaltecos, evidenciando la incompetencia y falta de legitimidad de estos pactos.



3.6 Principios de contratación estatal

- a) **Principio de economía**, en los trámites contractuales se efectúen con austeridad de medios, tiempo y gastos, de manera que se impida la dilación en la ejecución del servicio o perjudique a los intereses del estado o de su contratista.
- b) **Principio de responsabilidad de los servidores públicos**, vigilando la correcta ejecución de los contratos y velando por la protección de los derechos de la entidad, del erario público y del contratista. Para ello se prevé la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los servidores públicos que intervengan en la actividad contractual y en sus procesos de manera indebida. Decreto 89-2002.
- c) **La conmutativa en los contratos estatales**, el contrato oneroso es conmutativo según el derecho civil respecto a dar o hacer una cosa y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida se llama aleatoria. Respecto a ello la equivalencia de los precios determinamos el justo precio que las mismas tengan en el mercado. En base a ello nadie puede soportar cargas que jurídicamente no le corresponden. Y el que resulte afectado en la ejecución tendrá derecho objetivamente a que se le indemnice se le reaparezcan los daños causados, con el único fin de restablecer la igualdad a la que tienen derecho. Por su parte el contratista tiene derecho a que le remunere según lo pactado. En el contrato estatal no pueden existir dudas para ambas partes, las reglas del juego deben ser claras, respecto a los términos y pliegos de condiciones.



d) **De la autonomía de la voluntad del interés público y la negociación estatal.** La

autonomía de la voluntad reguladora de las relaciones sociales, dichas relaciones debe ser según acuerdo de voluntades, del que emanen las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. La libertad contractual en este tipo de contratos no es absoluta, sino limitada por el propio interés público en cuanto que el contrato contendrá cláusulas excepciones a las del derecho común. Su límite es respecto a la escogencia del contratista, no hay libertad al respecto límites con respecto a la forma en que el Estado compromete su voluntad, es decir referentes a la competencia.

Se concluye, que el postulado de la autonomía de la voluntad no puede regular campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público en razón al interés colectivo que los fundamentan, los límites exigen la normatividad contenida; las modalidades y condiciones a celebrarse entre las partes deben ser apegadas a la Constitución, la ley, al orden público, y a los principios y finalidades de la ley y la buena administración. Esta autonomía debe estar basada en la ley, la moral y las buenas costumbres, que no son renunciables en el derecho administrativo, sobre todo aquellos aspectos imperativos en ley, como la transparencia, económica, y responsabilidad.

Los propósitos mayores, el interés general que es de fuerza mayor, el interés público no es renunciable, que la obra pública no se ejecute o que el servicio público no se interrumpa. En el hecho de príncipe, equilibrio económico y financiero el contratista afectado tiene derecho a ser restablecido en su interés económico. La posición económica que se sustenta dentro de la relación contractual por parte del contratista



estatal pudiera renunciar a la relación que tiene derecho en caso de presentarse este supuesto.

e) **Del principio del equilibrio económico y financiero en el contrato estatal** “Es una proporción equitativa entre los valores de los objetos o los hechos debidos.... (.) Que, tratándose de contratos administrativos, por ejemplo se trata de un reajuste del precio con mismas a garantizar el equilibrio financiero del contrato y que pretende mantener el contratista el provecho económico que esperaba”. Al respecto Según la expresión de León Bum comisario den gobierno de Colombia “es solamente la relación aproximada, el equivalente honrado “ un cálculo, al momento de concluir el contrato y que lo hay determinado a contratar, es solo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo o p porque había sido tomarlo en considerad ion como un elemento determinate del contrato. Por lo que esta distribución de riegos entre las partes del contrato estatal como en cualquier otro contrato conmutativo deben atender prioritariamente, a los principios legales que informan a la contratación pública.

Este equilibrio se afectado cuando se da un incumpliendo en las obligaciones del contrato, u otras imputables a la administración provenientes del ejercicio de su función tal; así también a factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, lo cual estatismo ante la teoría de la imprecisión. **El Estado obligado a propender por el bien común de sus asociados**, recurre a los particulares para que ellos le provean los bienes y servicios necesarios para alcanzar su fin. El contratista movido por el ánimo de lucro, le sirve al Estado en la consecución de sus fines... El contrato estatal,



es el instrumento a través del cual el Estado logra los resultados, que por disposición constitucional está obligado. El tiempo modo y lugar costos que el contratista tuvo en consideración para formular su oferta al Estado es la ecuación económica del contrato mientras se mantengan las condiciones estipuladas; por lo que el equilibrio económico para el contratista es dada las circunstancias de protección legal que el contratista asumen en contrapeso a las facultades exorbitantes que tiene la administración estatal, por el interés económico y legítimo del contratista estará protegido. Ante estos hechos la jurisprudencia costarricense (...)se pronunció a efecto de nivelar o reajustar los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado el reajuste de precios que pueden organizarse en **las teorías jurídicas de la imprevisión, rebús sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato.** ”.⁷⁵

f) **Teoría el hecho de príncipe** para que el Estado responsabilice por perjuicio a un contratista, su actuación y omisión, debe ser en si misma considerada antijurídica; Aquí se rompe el equilibrio financiero dado a la actuación antijurídica estatal, por lo que la indemnización dado la perjuicios sufridos es evidente; No cabe duda que el interés público debe preceder al interés privado, bien común, como un concepto abstracto, mal pudiera servir como justificación para que el Estado causare perjuicios o dejare de indemnizarlos si los ha causado. Responder patrimonialmente por los daños causados y la prevalencia del interés general es obligación del Estado, contrario sensu se estarían negando los valores en los que

⁷⁵<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho>, (Consultado 8/5/2017).

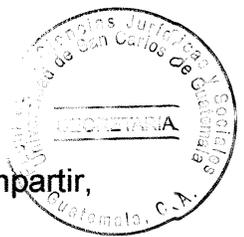


se funda nuestra sociedad. Ante esto la corte de Colombia en jurisprudencia se pronunció...corresponden a la administración en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador- El Estado obligado a propender el contratista en un punto de no perdida, y aún más en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Siento esos factores ajenos, al contrato es lógico que la administración asuma esos riesgos. Por lo que se da un desequilibrio financiero en el contrato La renuncia a estos principios desvirtúa la conmutativa del contrato que lo caracteriza y la finalidad de la contratación estatal, el bien común.

Cuando hablamos de conmutativo, “nos referimos a aquello que tiene la particularidad de conmutar, verbo de origen latino, integrado por “con” cuyo significado es unión, y “mutare” que es cambiar. Es por ello que con conmutativo aludimos a lo que resulta-intercambiable; es decir, que al realizar una contratación que niega tales principios contractuales, se deja por un lado el principio de voluntad de las partes”.⁷⁶

g) **La Acción *Qui tam*** en derecho comparado es otorgar una recompensa a quien demanda en beneficio del Estado. Según Elena A. Liberatori, es una abreviatura del latín *qui tam pro domino rege quiam pro sic ipso in hoc oarte sequitur*, quien en beneficio del Rey lo hace también en beneficio propio. Acción que tiene arraigo en el derecho anglosajón y permite a los ciudadanos llevar adelante una causa judicial en nombre del Estado contra aquellos actos fraudulentos o dañosos de los cuales sean responsables contratistas públicos y otras personas físicas o

⁷⁶ <http://deconceptos.com/general/conmutativo>. (Consultado Abril 017).



jurídicas que reciban o usen fondos públicos permitiéndole al accionante compartir, en recompensa, el dinero recuperado. Este estímulo económico fomenta el interés popular y la participación ciudadana en la cosa pública y una concreta la forma de llevar a la justicia cuestiones que, a veces por desinterés o intrascendencia, se han pasar sin reclamo. La ley 472/98 de Colombia Art.65 hace referencia al pago de indemnización colectica que contenga una suma ponderaciones individuales, el cual se entrega a un fondo para la defensa de los derechos e interés colectivos, siendo este administrado por el defensor del pueblo.

Se analiza la definición de Peter Ballesten sobre el conflicto: "Situación social en la cual un mínimo de dos pugnan al mismo tiempo por obtener el mismo conjunto de recursos escasos (poder político)",

La importancia de legitimación activa es evidente dado los daños y perjuicios ocasionados al estado por entes de derecho privado que se han hecho de grandes ganancias de capitales a su favor, desgastando las finanzas públicas, así como los recursos renovables y no renovables; es así como las diferentes organizaciones civiles han dado interés del tema, congruentes con las propuestas de la comisión internacional contra la impunidad (CICIG), solo queda esperar la buena voluntad de crear propuestas certeras a los intereses del bien común.



CAPÍTULO IV

4. La Procuraduría General de la Nación como representante legal del Estado de Guatemala para defender los derechos que le han sido encomendados constitucionalmente

La negligencia, ignorancia, impericia y hasta imprudencia y muchas veces mal voluntad y conformismo de quienes coadyuvan a la aplicación de la seguridad jurídica, mantiene el sistema en un pujante fracaso, causando daños y perjuicios sociales, morales, económicos, psicológicos, etc.; es decir toda una violación o vulneración a los derechos de primera, segunda y hasta tercera generación; La seguridad institucional y jurídica limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos, que facultades y que deberes, cuando estos han perdido su visión en un país en donde la idiosincrasia es más fuerte que la propia aplicación objetiva de la ley. Se habla de un estado de derecho real, no desviar o violar los principios constitutivos de cada institución, su independencia, objeto y legitimización activa para la defensa del mismo.

Siendo urgente por ello, reformar Artículos que contradigan y tergiversen su objeto principal de creación de cada institución, es decir la esencia u origen de la misma. Como es lógico la seguridad jurídica solo se logra dentro de un estado de derecho, pero cuando aún no se sabe convivir como una nación, no se puede administrar el estado y por consecuencia no hay derecho. La discusión de reforma del Artículo 25 a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad Decreto 1-86 Asamblea Nacional Constituyente, se analiza en base a adicionar al mismo la figura de la



Procuraduría General de la Nación de Guatemala en la legitimación activa en materia de amparo, esto dado a todo lo que anteriormente se ha sustentado y que actualmente se ve la necesidad de reforma.

La propuesta de reforma de la Comisión Internacional contra la Impunidad (CICIG)-, en Guatemala presentada el 14 de Octubre de 2015 en análisis junto con la propuesta de reforma constitucional, que es ese lazo umbilical que no se puede romper, se ve con muy buena expectativa jurídica.

Para la Comisión la situación actual de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala es clave en un estado de derecho pero adolece de una normativa orgánica que debe tener un ente de esta naturaleza. La última reforma constitucional, implicó la creación de una Ley Orgánica del Ministerio Público, pero no de una Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala. Con base a estas consideraciones, la CICIG recomienda agregar la función de defensa de los intereses del Estado y establecer requisitos e incompatibilidades para los aspirantes a Procurador General de la Nación de Guatemala.

En el análisis jurídico presentado por la CICIG establece: Agregar la función de la defensa de los intereses del Estado en base a la legitimación activa en materia de amparo siendo urgente dado a la situación presente para el Estado de Guatemala, para ello se pretende agregar la figura de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala en la legitimación activa en acción de amparo lo cual es positivo para los avances de la defensa del Estado de derecho.



Artículo 25 Legitimación activa del Ministerio Público y del Procurador de los Derechos Humanos. El Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos, tienen legitimación activa para interponer amparo a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendados.

Se propone reformar el Artículo 25, de la siguiente manera: **Artículo 25 Legitimación activa del Ministerio Público, de la Institución del Procurador de los Derechos Humanos y de la Procuraduría General de la Nación.** La Institución del Procurador de los Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación, tienen legitimación activa para accionar en defensa de los intereses que les han sido encomendados.

Al respecto de esta propuesta considero que la falta de la figura de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, tutelando intereses difusos, no queda claro en esta reforma presentada por la CICIG; tal es el caso de la reforma a la Ley de Amparo mexicano que no ha quedado claro quién debe hacer esta tutela; para el efecto se aclara lo que establece **Intereses, Difusos dentro de la Constitución Española.**

Para entenderlo mejor se cita el **Art.11 bis. 2 de la Ley Constitucional Española - LEC** la cual establece una forma especial de legitimación en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres: “Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las



asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal”.⁷⁷

Este Artículo en la **Ley Constitucional Española** LEC-, son indeterminadas las partes en materia de igualdad corresponde a órganos públicos la legítima defensa de intereses difusos es decir de todos

La reforma propuesta sustenta la presente tesis respecto a la legitimidad activa en materia de amparo de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, debido a que la figura imparcial y objetiva del Ministerio Público no debería disponer más como verificador, lo cual actualmente está tergiversado porque está constituido tanto en primera como segunda audiencia; como se denota la propuesta de la CICIG es inclusive derogar tal figura también en segunda audiencia Artículo 37, y con respecto a la vista pública en su Artículo 38 del mismo Decreto 106 de la Asamblea Nacional Constituyente; la figura del Ministerio Público, a criterio se da según la legitimidad del amparo y de las partes.

La propuesta fundamenta en lo que Bidart Campos establece con evidente claridad sostuvo que “...toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación”. La legitimación, “Con ser un problema procesal, tiene una honda raíz en el derecho constitucional. En

⁷⁷ <https://ocw.uca.es/mod/resource/view.php?id=1094>, Álvarez del Cuervo, Antonio, **Apuntes de Derecho Procesal Laboral Tema 3. Las partes procesales.**(Consultado Febrero 2017).

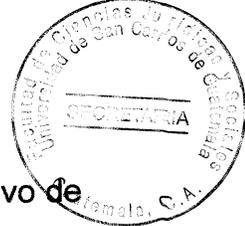


efecto, las leyes no pueden disponer discrecionalmente quien está legitimado y quien no lo está. En la misma línea el autor enseña que "...Por más, entonces, que a la legitimación se la conciba como un concepto procesal, como un presupuesto procesal, como un requisito procesal, hay que sostener que...hay un telón de fondo, constitucional y un subsuelo constitucional en el que lo procesal necesita nutrirse. Sin ese cordón umbilical entre lo procesal y lo constitucional se corta, seguramente se incurre en inconstitucionalidad".⁷⁸

Es interesante por ello el convenio para la Alianza Nacional para la Transparencia promovido por la Procuraduría General de la Nación de Guatemala –PGN, con el fin de facilitar y apoyar la cooperación interinstitucional en la prevención y lucha contra la corrupción en el manejo de los fondos públicos, el cual se firmó entre la Procuraduría General de la Nación (PGN), Contraloría General de Cuentas de la Nación (CGC), Ministerio Público (MP), Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH) y Acción Ciudadana, Superintendencia de Bancos, Ministerio de Gobernación.

El proyecto de la Política Nacional de Transparencia y Prevención de la Corrupción 2016-2022, se basa en cinco ejes: la promoción y fortalecimiento de la participación ciudadana y auditoría social; acceso a la información pública y máxima publicidad; rendición de cuentas entre instituciones y ante la sociedad; presupuesto, adquisiciones públicas transparentes, comprensible a la ciudadanía y congruentes con su planificación; así como la probidad en la administración pública.

⁷⁸ <http://www.carc.org.ar/articulos/legitimacion-procesal-de-los-defensores-del-pueblo> (Consultado Febrero 02/2017).



El convenio interinstitucional firmado en octubre de 2015, y ampliado con el objetivo de impulsar reformas para controlar el manejo de fondos públicos y prevenir la corrupción. La Alianza por la Transparencia sustituyó a la Comisión Presidencial de Transparencia y Gobierno Electrónico (COPRET) para favorecer su autonomía; el fin principal, es mejorar los niveles de coordinación y coadyuvar en la prevención, investigación y persecución penal de la corrupción, de acuerdo con el Artículo 30 de la Carta Magna, lo cual considero que los resultados de estos de convenios saldrán a futuro iniciáticas de ley en pro de prevenir daños y perjuicios a la nación guatemalteca.

4.1 Propuesta de reforma del Artículo 25 del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y adición de legitimación activa de la figura de la Procuraduría General de la Nación en materia de amparo.



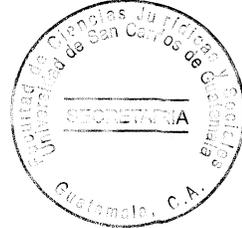
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con los principios en que se basa la organización democrática del Estado deben existir medios jurídicos que garanticen el irrestricto respeto a los derechos inherentes al ser humano, a la libertad de su ejercicio y a las normas fundamentales que rigen la vida de la República de Guatemala, a fin de asegurar el régimen de derecho.

CONSIDERANDO:

Que el espíritu profundamente humanista y garantista contenido en la Constitución Política de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y que la seguridad institucional y jurídica limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos, cuando estos han perdido su visión en un país y en la propia aplicación objetiva de la ley. El Estado de derecho mantiene los principios constitutivos de cada institución, su independencia, objeto y legitimación activa para la defensa del mismo; Siendo urgente por ello, reformar Artículos que contradigan y tergiversen su objeto principal de creación de cada institución, es decir la esencia u origen de la misma.



CONSIDERANDO:

Que sin disminuir los derechos y garantías inherentes a la persona establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, se hace necesaria una reforma de la ley respectiva, a efecto de mejorar aspectos importantes del proceso de amparo, asimilándolo más a un proceso extraordinario, breve y eficaz, que cumpla una exclusiva función, que desarrolle las garantías y defensas fundamentales de la personas.

POR TANTO:

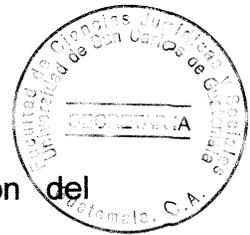
En ejercicio de las atribuciones que confieren los artículos 171 literal a), 174 y 175, ambos de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA

Las siguientes REFORMAS:

A LA LEY DE AMPARO, EXHIBICION PERSONAL Y DE CONSITUCIONALIDAD, DECRETO 1-86 DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Artículo 1 Se reforma el Artículo 25, del Dto.1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual queda así:



Artículo 25 Legitimación activa del Ministerio Público, de la Institución del Procurador de los Derechos Humanos y de la Procuraduría General de la Nación.

La Institución del Procurador de los Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación, tienen legitimación activa para accionar en defensa de los intereses que les han sido encomendados.

Artículo 2 Se adiciona el Artículo 25 bis, del Dto.1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual queda así:

Artículo 25 bis. Legitimación activa para la defensa de derechos o intereses colectivos e intereses difusos. Son derechos o intereses colectivos, aquellos que trascienden a una persona individual o jurídica de manera particular y atañen a un grupo o colectividad de personas, claramente determinadas o posibles de determinar. Tienen legitimación activa para accionar en defensa de los derechos colectivos la comunidad de personas que integran dicha colectividad, pudiendo hacerse representar por alguna persona nombrada para tal efecto. También tienen legitimación activa para accionar, en lo que les compete al ámbito de su interés, las personas a nivel individual, quienes por pertenecer a dicha colectividad sufren un daño o amenaza en sus derechos en forma personal y directa. **Son derechos o intereses difusos**, aquellos que trascienden a una persona individual o jurídica de manera particular y que atañen a un grupo o colectividad de personas indeterminadas. **Tienen legitimación activa para accionar en defensa de los derechos o intereses difusos a)** La institución del

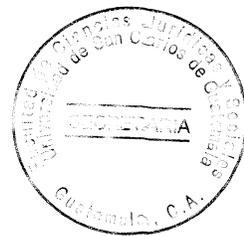


Procurador de los Derechos Humanos; b) Los diputados al Congreso de la República, en los asuntos relacionados con su función fiscalizadora; c) Las autoridades indígenas reconocidas conforme los usos y costumbres de las comunidades que representan, en asuntos relacionados a derechos de los pueblos indígenas; d) Las organizaciones civiles legalmente constituidas, cuyo objeto y fines estén directamente relacionados con la promoción, protección o defensa de tales derechos o intereses. e) Los ciudadanos a nivel individual, que hayan participado en los procesos de auditoría social, en los concursos públicos de elección o nombramiento de funcionarios del Estado, siendo necesario comprobar fehacientemente su intervención o participación en dicho proceso.

Artículo 8. Transitorio Los procedimientos que se hubieren iniciado antes de la fecha de vigencia de la presente ley, se tramitaran de conformada con la ley vigentes en la fecha en que se hubiere iniciado.

Artículo 9. Vigencia El presente Decreto entrara en vigencia seis meses después de su publicación en el diario oficial.

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN, EMITIDO EN EL PALACIO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS XX DIAS DEL MES XX DEL AÑO XX.

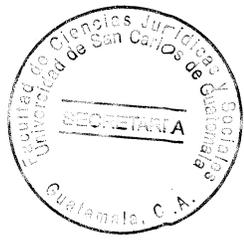


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Guatemala debe consolidar el Estado de Derecho, principalmente el papel de la nación a través del representante legal la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, en la incidencia colectiva en juicios en que el Estado de Guatemala ha de tener una reparación digna en los actos y contratos y en todos aquellos negocios jurídicos en que forma parte y tenga interés; esa legitimación, por ende, debe contar con las facultades jurídicas para ampararse a bien de ejercer la acción reparadora y digna para la debida protección de los intereses del pueblo de Guatemala y que no es factible actualmente debido al vacío legal desfavorable al Estado de Guatemala en materia de amparo; siendo imprescindible la implementación activa de los derechos colectivos y/o difusos para ser un freno al abuso de la libertad y una solución alterna a la fuerte deslegitimación activa del sistema jurídico estatal en materia de amparo.

La legitimación activa en materia de amparo, de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, como institución del Estado para defender los derechos que le han sido encomendados dentro del Art. 252 de la Carta Magna y su interés para participar en las controversias no está dado, de modo directo en sus atribuciones jurídicas ordinarias, sopesando el vacío legal de esta figura jurídica en el Artículo 25 del Dto.1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente.

Por lo expuesto, se hace necesario, reformar y adicionar el Artículo 25 del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, referente a la legitimación activa en materia de amparo de la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, y se legitime activamente al Estado, siendo la Procuraduría General de la Nación de Guatemala - PGN, el ente competente, para cumplir la función asignada constitucionalmente.





BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA NAVA, Elisur, **Derecho constitucional**, Oxford University Press, impreso en México 2001.

BOLAÑOS, Rosa María, Prensa Libre. **Economía**. (Consultado: 16/4/2017).

CASTILLO GONZÁLES, Jorge Mario, **Derecho administrativo**, 12ª. Edición (s.e), 2001.

CHINCHILLA ZARCEÑO, Miriam Judith, **Análisis jurídico de la intervención del ministerio público en los proceso de justicia constitucional a través de la fiscalía de asuntos constitucionales amparos y exhibición personal**, Universidad de san Carlos de Guatemala, tesis, Guatemala 2004.

DE PAZ RUANO, Edwin Rolando, Lic. **Seminario legalidad de la actuación administrativa, buen Gobierno y fortalecimiento del Estado de derecho**. 2015.

LUIS MANILI. Pablo, **Derecho procesal constitucional**, Editorial universidad, (1ª.edición), Buenos Aires, 2005.

FLORES JUÁREZ, Juan Francisco, **Constitución y justicia constitucional, apuntamientos**, publicación de la corte de constitucionalidad, 1ª. Edición, Guatemala 2005.

GUZMÁN HERNÁNDEZ, Martín Ramón, **El amparo fallido**, publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala,

https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_pro_homine. (Consultado el 27/2/20017).

<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx>, (Consultado: 27/2/20017).

https://es.wikipedia.org/wiki/Erga_omnes (Consultado: Abril11 2017).

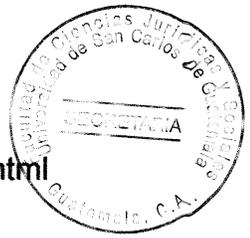
<http://www.bufetelopezthomas.com/principio-pro-homine/> (Consultado:Febrero 2017).

<https://cc.gob.gt/historia-de-la-cc>. (Consultado: 27/2/2017)

<http://www.pensamientopenal.com>. (Consultado: 27/2/2017).

<https://archivos.juridicas.unam.mx>. **El amparo y la defensa de los derechos colectivos**. (Consultado: 27/2/2017).

https://es.wikipedia.org/wiki/Recurso_de_amparo.(Consultado: Marzo 2017).



<http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/12/el-estado-y-la-legitimacion-activa-en.html>
2010-11-12. (Consultado: Febrero 2017)

https://es.wikipedia.org/wiki/Defensor_del_Pueblo_España). (Consultado: 27/4/2017).

<http://www.scielo.org.mx/sc>, (Consultado: 27/2/2017).

<http://www.scielo.cl/scielo.php> (Consultado: 27/2/2017).

<http://www.redalyc.org>. (Consultado: 27/2/2017).

<http://derecho911.blogspot.com/2013/03/tema-11-de-las-personas-colectivas.html>,
Ojeda Menestre, Ramón, "**La legitimación Activa para el juicio de amparo en materia ambiental**" (Consultado: 27/2/2017).

<http://deconceptos.com/general/conmutativo>. (Consultado: Abril 017).

<https://revistas.juridicas.unam.mx/> (Consultado: 27/2/2017).

<https://ocw.uca.es/mod/resource/view.php?id=1094>, Álvarez del Cuvillo, Antonio,
Apuntes de Derecho Procesal Laboral Tema 3. Las partes procesales.(Consultado: Febrero 2017).

<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx>, (Consultado: 27/2/20017).

<https://archivos.juridicas.unam>, **MA.Amparo Casar**, Pag.404.(Consultado: 27/2/2017).

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros>, Pag.94-95 (Consultado: Marzo 2016).

<http://diccionario.pradpi.org> amparo - **Diccionario de Derechos Humanos**
<http://www.bufetemolina.com.mx/wp-content/uploads/2013/02/Interes-Legitimo-en-el-juicio--dto.89-92-amparo-ac>. (Consultado: 27/2/2017)

<http://www.redalyc.org/pdf/820/82040103.pdf>, **El amparo iberoamericano.**
(Consultado: 27/2/2017)

<http://www.scielo.org.mx> **El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos.** (Consultado: 27/2/2017)

http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=188159, **Constitución del principado de Andorra.** (Consultado: Abril 2017).

<https://en.wikipedia.org>. (Consultado: Abril 2017).

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho>, (Consultado: 8/5/2017).



KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Textos Universitarios.
México. 1969.

LOBOS RÍOS, Erwin, Dr. Sentencias justas jurisprudencia, (s.l.i.) Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, 2015.

Manual del juicio de amparo, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, México
Editorial Themis (26ª. Edición), 2007.

MONGE PINELO, Darleene Apolonia, Tesis, Análisis jurídico sobre la necesidad de reformar la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad,
Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1999.

OSSORIO, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales, Argentina
Editorial Heliasta, (s.f.)

PEREIRA OROZCO, Alberto, Derecho procesal constitucional, Guatemala
(coordinador) Colección generación perdida, 2011.

Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 10, N° 29, Bolivia, 2011

PORRAS ARGUETA DE PORRES, María Consuelo, Tesis, Análisis jurídico de la intervención del Ministerio Público en los procesos de justicia constitucional, a través de la fiscalía de asuntos constitucionales, amparo y exhibición personal, Guatemala, 2002

RODRÍGUEZ-CERNA ROSADA, Carlos Rafael, El amparo guatemalteco y las verdaderas reformas que claman su justicia constitucional, Guatemala
Ed.oro, 2005.

VILLEGAS LARA, René Arturo Temas de introducción al estudio del derecho y de teoría general del derecho, tercera edición, Guatemala (s.e.) 2002.

Legislación:

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

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-ley 107

Código Tributario, Dto.6-91

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Dto. 1-86.