

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



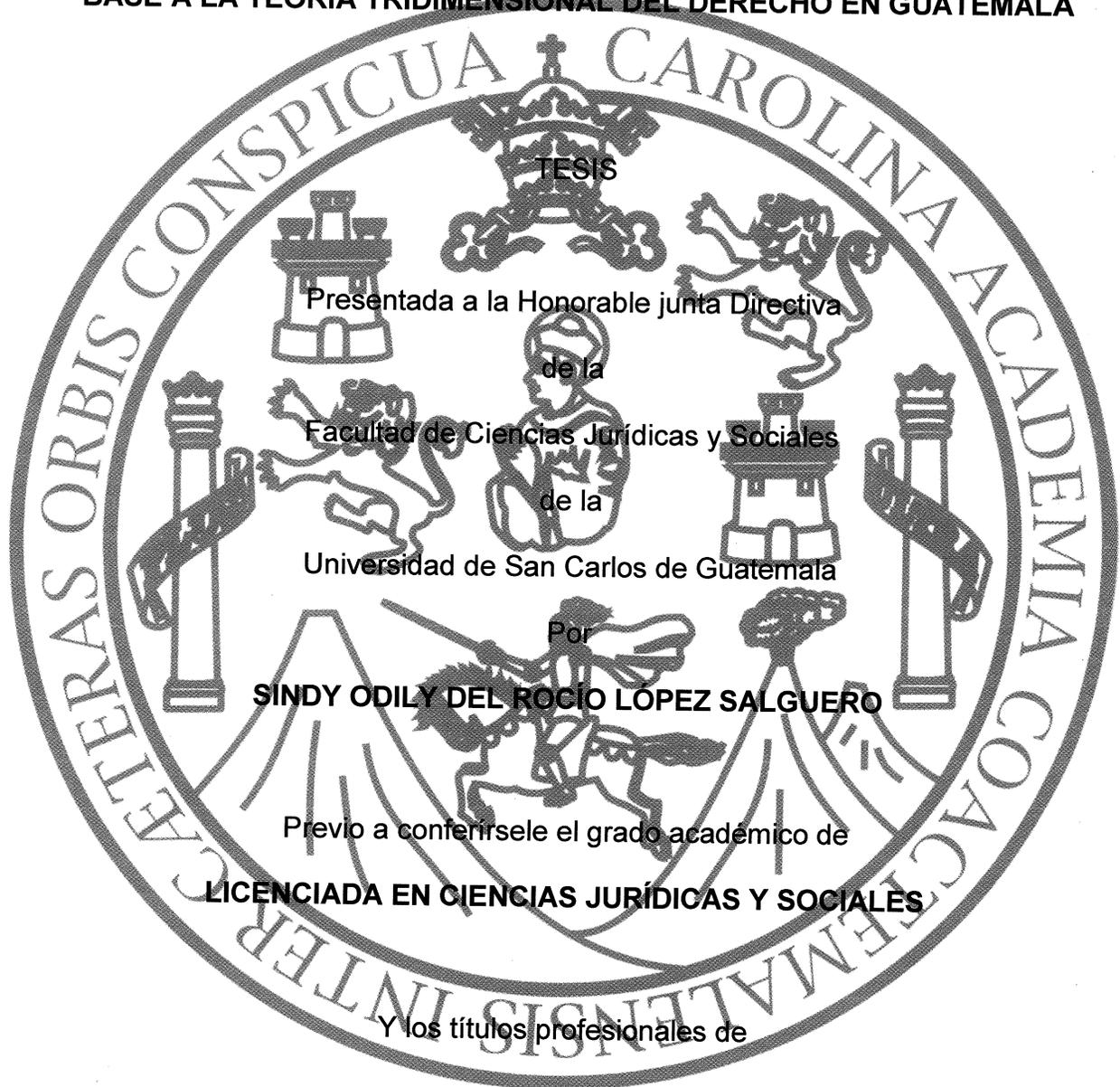
**DERECHO DE ANTEJUICIO COMO OBSTÁCULO A LA PERSECUCIÓN PENAL, EN
BASE A LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO EN GUATEMALA**

SINDY ODILY DEL ROCÍO LÓPEZ SALGUERO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2018

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

**DERECHO DE ANTEJUICIO COMO OBSTÁCULO A LA PERSECUCIÓN PENAL, EN
BASE A LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO EN GUATEMALA**



TESIS

Presentada a la Honorable junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SINDY ODILY DEL ROCÍO LOPEZ SALGUERO

Previo a conferirsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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. Jhonathan 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:	Lic. José Luis de León Melgar
Vocal:	Lic. Armin Cristobal Crisostomo López
Secretario:	Lic. Héctor Rolando Guevara González

Segunda Fase

Presidente:	Licda. Martina Mock Son Rivas
Vocal:	Lic. Ramiro Stuardo López Ramírez
Secretario:	Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández

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



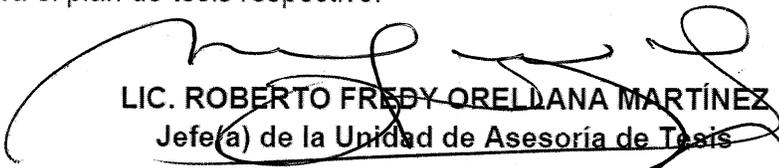
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 24 de febrero de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, GABRIEL ANTONIO FERNANDEZ ROJAS
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
SINDY ODILY DEL ROCÍO LÓPEZ SALGUERO, con carné 201211935,
 intitulado DERECHO DE ANTEJUICIO COMO OBSTÁCULO A LA PERSECUCIÓN PENAL, EN BASE A LA TEORÍA
TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO EN GUATEMALA.

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.

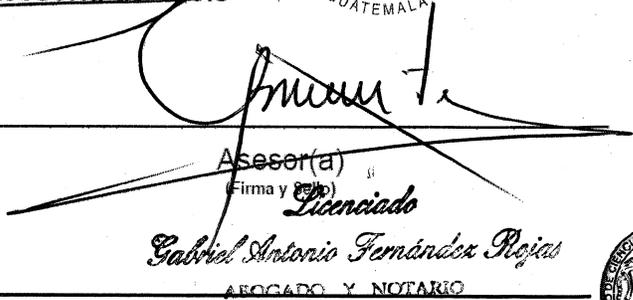
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros 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.

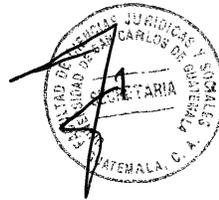

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 23 / 03 / 2017 f) _____


 Asesor(a)
 (Firma y sello)
Licenciado
Gabriel Antonio Fernández Rojas
 ABOGADO Y NOTARIO





LICENCIADO GABRIEL ANTONIO FERNÁNDEZ ROJAS
ABOGADO Y NOTARIO
12 CALLE 1-41, ZONA 1, GUATEMALA
TELEFONO: 3080-8869 / 4150-5208

Guatemala, 13 de junio de 2017.

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Licenciado Orellana:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la resolución de ese decanato, procedí a revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller **SINDY ODILY DEL ROCÍO LÓPEZ SALGUERO**, con número de carné 201211935, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado: **“DERECHO DE ANTEJUICIO COMO OBSTÁCULO A LA PERSECUCIÓN PENAL, EN BASE A LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO EN GUATEMALA”**. Derivado del asesoramiento, se arriba a las siguientes conclusiones:

- I. **CONTENIDO CIENTÍFICO Y TÉCNICO DE LA TESIS:** La asesorada efectuó una investigación seria y consistente, sobre un tema importante y relevante que constituye una problemática social, legal y actual, apegado a la realidad.
- II. **METODOLOGÍA Y TÉCNICAS UTILIZADAS:** La asesorada alcanzó de manera satisfactoria los resultados previstos en su plan de investigación, lo cual se demuestra con un trabajo investigativo de contenido claro y científico, derivado de la utilización de métodos analíticos, sintéticos y deductivos; sustentados en técnicas bibliográficas, y documentales.
- III. **REDACCIÓN:** En la redacción se efectuaron algunas correcciones mínimas, a efecto de enlazar de mejor manera uno y otro tema, de depurar la semántica del contenido, así mismo la asesorada hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- IV. **CONTRIBUCIÓN CIENTÍFICA:** La tesis investigó el tema, respecto al Derecho de antejuicio como obstáculo a la persecución penal, en base a la teoría tridimensional del Derecho en Guatemala.



LICENCIADO GABRIEL ANTONIO FERNÁNDEZ ROJAS
ABOGADO Y NOTARIO
12 CALLE 1-41, ZONA 1, GUATEMALA
TELÉFONO: 3080-8869 / 4150-5208

- V. **CONCLUSIÓN DISCURSIVA:** El resultado de la tesis es la consideración que es necesario reformar del Decreto 85-2002, con el objeto de que el Derecho de antejucio sea como tal una inmunidad de los funcionarios públicos y no objeto de impunidad.
- VI. **BIBLIOGRAFÍA:** La bibliografía utilizada fue adecuada, pues tiene relación directa con el tema y la misma es contemplada y producida por autores que gozan de amplio conocimiento en la materia.
- VII. La bachiller aceptó y llevo a cabo todas las sugerencias y correcciones necesarias que le hice para una mejor comprensión del tema.
- VIII. Declaro que no soy pariente de la bachiller dentro de los grados de ley.

Con base a lo anterior, luego de un análisis profesional e imparcial del trabajo de investigación considero que el trabajo de tesis elaborado por la sustentante cumple todos los presupuestos establecidos en el reglamento de mérito, principalmente en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que se continúe con el tratamiento respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestra de mi consideración y estima.

Lic. Gabriel Antonio Fernández Rojas

Asesor

Colegiado No.8299

Licenciado

Gabriel Antonio Fernández Rojas

ABOGADO Y NOTARIO



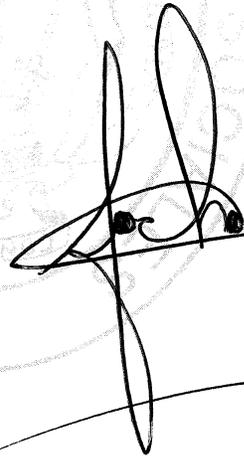
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



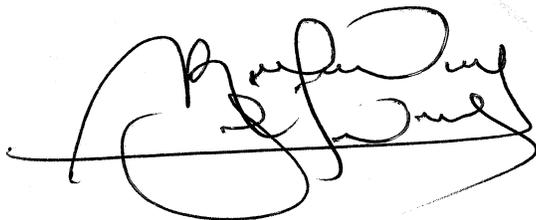
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de febrero de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SINDY ODILY DEL ROCÍO LÓPEZ SALGUERO, titulado DERECHO DE ANTEJUICIO COMO OBSTÁCULO A LA PERSECUCIÓN PENAL, EN BASE A LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO EN GUATEMALA. 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.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIO
GUATEMALA, C. A.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
DECANO
GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

A DIOS: Es la mayor inspiración de mi vida y fuente de sabiduría para poder lograr los objetivos trazados.

A MI MADRE: Odilia Salguero Tobar, por darme la vida, por sus oraciones, sus consejos, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, su apoyo moral en las circunstancias más duras de mi vida y por ser un gran ejemplo de lucha, perseverancia y amor. Hoy en día gracias a ella, puedo ver alcanzada mi meta.

A MI HERMANO: Darwin Omar López Salguero por su apoyo incondicional, porque siempre ha estado a mi lado brindándome la fuerza necesaria para continuar.

A MIS ABUELOS: Porque son la base de todo mi esfuerzo y sacrificio, en especial a Isabel Salguero Recinos (Q.E.P.D.), porque siempre estuvo a mi lado apoyándome, fue un gran amigo, buen consejero, me brindó su apoyo incondicional en las situaciones más difíciles de mi vida y por ser mi mayor ejemplo de vida.



A MIS TÍOS Y TÍAS: Por los consejos y cariño.

A MIS PRIMOS: Por su apoyo y cariño.

A MIS AMIGOS: Por compartir en estos años de Universidad y estar a mi lado cuando más los necesite, mi más grato agradecimiento.

A: La Tricentenaria Universidad de San Carlos, por haberme dado la oportunidad de ser parte de ella, gracias infinitas a mi Alma Mater.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme dado un espacio en sus aulas y brindarme de sus conocimientos para llegar a ser una gran profesional.



PRESENTACIÓN

La presente investigación se desarrolla dentro del ámbito del derecho constitucional, consiste en un análisis jurídico y doctrinario referente al derecho de antejuicio, el cual se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala a favor de determinados dignatarios y funcionarios públicos, con el cual se ven protegidos para no ser detenidos ni procesados, sin que exista previa autorización de un órgano competente, teniendo como sujeto de la investigación al funcionario público.

Esta investigación fue realizada dentro del período del 08 de diciembre de 2016 al 31 de mayo de 2017, en el territorio de la República de Guatemala, principalmente en el municipio de Guatemala, ya que es el lugar en el cual se encuentra la sede de los órganos competentes para conocer del procedimiento de antejuicio.

El objeto de la presente investigación se basa en analizar la incorrecta utilización de la garantía constitucional mencionada en dicho normativo legal, debido a la amplitud de los servidores públicos beneficiados y a la falta de regulaciones específicas en el procedimiento, el derecho de antejuicio se ha convertido en un obstáculo para la averiguación de la verdad de hechos delictivos.



HIPÓTESIS

Actualmente el derecho de antejuicio se ha constituido en un obstáculo para la investigación y posible sanción de delitos graves, especialmente en materia de corrupción, tráfico de influencias o de derechos en los cuales se presume que ha existido participación de miembros del crimen organizado o del narcotráfico, o bien grupos de presión que tienen la capacidad de determinar la voluntad de funcionarios públicos para lograr impunidad, entre los cuales se pueden encontrar los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad.

En base a lo anterior, planteando como posible solución, el hecho de que se considere efectuar la reforma al Decreto 85-2002 Ley en Materia de Antejuicio es viable al momento de que se presente al Congreso de la República un proyecto de reforma a la dicha Ley, por parte de las personas u órganos que poseen iniciativa para reformar dicha norma legal.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se comprobó que efectivamente el derecho de antejuicio ha sido incorrectamente aplicado y se ha usado como mecanismo de impunidad y corrupción, que suspende o paraliza de hecho la búsqueda de información, hasta el grado de suspender las investigaciones que se podrían realizar. Así mismo en la práctica se ha demostrado que durante la tramitación de antejuicios, los dignatarios o funcionarios públicos continúan en el ejercicio de sus cargos, lo que les facilita el utilizar influencias para retardar diligencias, destruir medios de investigación o alteración de medios de convicción, lo cual debe ser subsanado.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La administración pública.....	1
1.1 La administración y las funciones del Estado	3
1.1.1 La función legislativa	4
1.1.2 La función jurisdiccional	5
1.1.3 La función ejecutiva	6
1.2 La administración y los poderes del Estado.....	8
1.3. Antecedentes históricos del nacimiento del Estado	9
1.4 Definiciones de la administración pública	13
1.5 La administración pública del Estado de Guatemala	15
1.5.1 Actividad formal y material	16
1.5.2 Actividad interna	17
1.5.3 Actividad externa	17
1.5.4 Actividad reglada	17
1.5.5 Actividad discrecional	18
1.6 Funcionario público	18
1.7 Conceptos especiales de funcionarios públicos	19
1.8 Responsabilidades de los funcionarios públicos	22
1.8.1 Responsabilidad administrativa	22



	Pág.
1.8.2 Responsabilidad política	23
1.8.3 Responsabilidad civil	23
1.8.4 Responsabilidad penal	24
1.9 Régimen de los funcionarios públicos	26
1.10 Prohibiciones de los funcionarios públicos	27

CAPÍTULO II

2. Los obstáculos al ejercicio de la acción penal	31
2.1 El antejuicio	31
2.2 Excepciones del antejuicio	34
2.3 Clases de excepciones	34
2.3.1 La incompetencia	34
2.3.2 La falta de acción	38
2.4 Extinción de la persecución penal	39
2.5 Extinción de la persecución civil en la vía penal	41
2.6 El derecho de antejuicio	42
2.6.1 Objeto del antejuicio	43
2.6.2 Efectos del antejuicio	44
2.6.3 Características del antejuicio	45
2.7 Funcionarios que gozan del derecho de antejuicio fundamentados en la Constitución Política de la República de Guatemala.....	46
2.8 El derecho de igualdad ante la ley	48
2.8.1 Excepción al principio de igualdad ante la ley en materia penal	51



	Pág.
2.8.2 Justificación del derecho de igualdad	51
2.8.3 Inmunidad y no impunidad	52
2.8.4 Juridicidad del derecho de antejuicio	54
2.8.5 Como excepción constitucional	54
2.8.6 Cuestionable otorgamiento por medio de leyes constitucionales	55
2.8.7 El principio de igualdad no extensivo por medio de leyes ordinarias .	56

CAPÍTULO III

3. Competencia para conocer el procedimiento de antejuicio	57
3.1 Competencia del Congreso de la República de Guatemala	57
3.2 Competencia de la Corte Suprema de Justicia	58
3.3 Competencia de las Salas de Corte de Apelaciones	60
3.4 Competencia en leyes constitucionales y ordinarias	62
3.5 Criterios que deben tenerse en cuenta al tramitar un antejuicio.....	65
3.6 Procedimiento de tramitación del antejuicio	66
3.6.1 Procedimiento previsto en la Constitución Política de la República de Guatemala	66
3.6.2 Procedimiento previsto en la Ley en Materia de Antejuicio	67
3.6.3 Procedimiento específico del antejuicio ante el Congreso de la República de Guatemala	68



CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Teoría tridimensional del derecho	73
4.1 Manifestaciones de la teoría tridimensional del derecho	74
4.1.1 Tridimensionalismo genérico o abstracto	75
4.1.2 Tridimensionalismo en Alemania	76
4.1.3 Tridimensionalismo según el profesor Reale	76
4.2 Dimensiones de la teoría tridimensional del derecho	78
4.2.1 Dimensión fáctica	79
4.2.2 Dimensión normativa	87
4.2.3 Dimensión axiológica	93
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	97
ANEXOS	99
BIBLIOGRAFÍA	105



INTRODUCCIÓN

El derecho de antejuicio, es un privilegio o garantía que tienen algunos funcionarios públicos, por razón del cargo que desempeñan por las funciones que ejercen pueden ser objeto de represalias por parte de ciudadanos inconformes con su labor; estas represalias pueden en algún momento materializarse en denuncias penales, demandas civiles o administrativas en contra de los mismos. Es por ello que el legislador previendo que, durante el desempeño de su cargo, el funcionario público pueda verse afectado por esta situación, crea esta figura para su protección y el libre desempeño del cargo y funciones.

Es de lamentar que en Guatemala se haya y se esté haciendo uso incorrecto de este derecho provocando la impunidad de hechos delictivos cometidos por los mismos funcionarios dotados de esta inmunidad ya que al amparo de un antejuicio se protege o encubre al funcionario público que ha delinquido, provocando desconfianza en la institución, a tal extremo que hay opiniones que proponen suprimirla.

Es base a lo anterior el objeto general del presente trabajo de tesis fue establecer, en el aspecto jurídico el mal uso que se le ha dado y que se le está dando al derecho de antejuicio como institución, el cual fue alcanzado ya que se realizaron entrevistas, se investigó doctrina, opiniones y recomendaciones de instituciones influyente en el tema en nuestro país, llegando a la conclusión de que en muchos casos el derecho de antejuicio resulta ser un obstáculo a la persecución penal.

Al hacer la hipótesis se estableció que actualmente el derecho de antejuicio se ha constituido en un obstáculo para la investigación y posible sanción de delitos graves, especialmente en materia de corrupción, es por ello que se comprobó que



efectivamente el derecho de antejucio ha sido incorrectamente aplicado y se ha usado como mecanismo de impunidad y corrupción, que suspende o paraliza de hecho la búsqueda de información, hasta el grado de suspender las investigaciones que se podrían realizar.

En el desarrollo de la investigación se utilizó el método analítico, el cual permitió que se pudiera descomponer cada uno de los elementos de la administración pública y del concepto de funcionario público en relación a que ellos son los que gozan de dicha garantía constitucional con el objeto de poder estudiarlos aisladamente, de igual manera se utilizó el método inductivo, el que permitió el estudio de los elementos particulares, para llegar a una conclusión del porqué se considera un obstáculo a la persecución penal y poder dar una solución al problema.

El contenido de la presente investigación consta de cuatro capítulos, en los cuales, el capítulo I, contiene las generalidades de la administración pública y los funcionarios públicos; en el capítulo II, se desarrolla lo relativo los obstáculos al ejercicio de la acción penal; capítulo III, se despliega la competencia de los distintos órganos y el procedimiento del trámite de antejucio; y, en el capítulo IV, se hace alusión a la teoría tridimensional del derecho en Guatemala, cerrando la investigación con la conclusión discursiva y bibliografía consultada. Así mismo la presente investigación cuenta con un apartado de anexos donde se analiza el trabajo de campo realizado.

Cómo aporte al desarrollo del país, basándome en el método analítico aplicado a través de las técnicas básicas de observación e investigación, se determinó que es necesario efectuar modificaciones a las normas legales relativas al antejucio, actualmente contenidas en el Decreto No. 85-2002, Ley en Materia de Antejucio.



CAPÍTULO I

1. La administración pública

Antes de definir el significado de la administración pública, sus diferentes manifestaciones a través de diversos autores y en general todo lo que integra la administración pública como tal, es importante hablar y conocer un poco de la administración, puesto que de allí se deriva el vocablo administración pública.

Sentido etimológico y vulgar del vocablo administración

Cuándo se ha abordado con la tarea de definir la idea de administrar, la doctrina ha recurrido con frecuencia a investigar la etimología del vocablo, la cual se define de la siguiente manera: "se recuerda que el vocablo proviene del latín, donde se forma con las palabras ad y ministrare, que significa servir o según otros por contracción de ad manustradere, que implica alusión a la idea de manejo o gestión."¹

Se desprende de lo anterior que la administración alude a gestión de asuntos o intereses; pero una gestión subordinada. Esta última nota debe ser recordada cuando, más tarde,

¹ Garrido Falla, Fernando, Alberto Palomar Olmeda y Hermino Losada González. **Tratado de derecho administrativo**. Pág. 33.



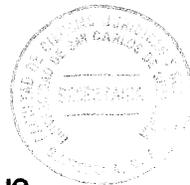
perfilamos el concepto de administración pública, debiéndose advertir, desde ahora, que no repugna a los poderes de que puede estar investido quien administra.

Puede resultar también conveniente, a los efectos que nos ocupan, la alusión al sentido vulgar que en nuestro idioma tiene el vocablo, administrar "equivale a gobernar, regir o cuidar y administrar bienes ajenos."² Claro es que también la administración de los bienes propios, pero la acepción antes transcrita encierra una idea perfectamente aplicable a la administración pública, donde el administrador gestiona siempre bienes e interés ajenos; los de la comunidad política a la que él se limita a servir.

Con toda la utilidad que debemos reconocer a las ideas anteriores, es lo cierto que la cuestión que a nosotros nos ocupa es la de determinación de lo que sea la administración pública, por lo que hemos de plantear el problema en su terreno propio, es decir, tomando el Estado como objeto de nuestra investigación. Adelantemos desde ahora para evitar equívocos que el vocablo administración tiene en castellano una doble significación que puede inducir a confusión los autores Garrido Falla Fernando, Palomar Olmeda y Losada González lo definen así "en sentido objetivo, se refiere a la acción de administrar administración, con minúscula; en sentido subjetivo, hace referencia al sujeto de esa acción, administración, con mayúscula."³

² **Ibid.** Pág. 34.

³ **Ibid.**



Así mismo curiosamente se observará que, en buena parte la discusión teórica que iniciamos a continuación consiste en algo tan simple como esto: determinar si el concepto subjetivo y el objetivo coinciden exactamente entre sí. Es decir, si toda la administración en el plano, claro está, de la actividad estatal emana de la administración y, viceversa, si todo lo que hace la administración es y sólo eso administración.

1.1 La administración y las funciones del Estado

Metodológicamente vamos a utilizar, a tales efectos, una doble vía a) el examen de las funciones del Estado; b) el estudio de los poderes del Estado. Para el logro de sus fines, las comunidades humanas se organizan políticamente. Según los autores Garrido Falla Fernando, Palomar Olmeda y Losada González “el tipo de organización política que hoy día conocemos como regla en los pueblos civilizados se denomina Estado.”⁴

Derivado de lo anterior, para tal efecto la acción del Estado se manifiesta en formas diversas, que pueden reconducirse a las siguientes: “establecimiento por vía general de las normas a que deben ajustarse las conductas de los miembros de la comunidad política, decisión concreta de los conflictos intersubjetivos de intereses que se planteen entre los individuos o entre éstos y la comunidad y ejecución concreta de las medidas pertinentes para satisfacer las necesidades que plantea la vida en común.”⁵

⁴ Ibid. Pág. 35.

⁵ Ibid.

Las manifestaciones anteriores son, tradicionalmente, las llamadas funciones del Estado y cabe decir que cualquier acción estatal es, desde el punto de vista de su sustancia o contenido, reconducible a una u otra de estas tres formas esenciales de actuación. Tales formas se conocen, respectivamente, con los nombres de legislación, jurisdicción y ejecución.

“Supuesto el carácter material de la anterior distinción, resulta necesario encontrar el criterio que sirva para deslindar con certeza los actos estatales pertenecientes a una u otra función. La doctrina no se ha mostrado, ni mucho menos, unánime al emprender esta tarea. Pero sería erróneo pretender deducir de aquí que la distinción es imposible o simplemente, que los resultados obtenidos hasta ahora sean deleznable. Por el contrario, es posible lograr una caracterización satisfactoria de las tres funciones del Estado.”⁶ Ello se verá a continuación.

1.1.1 La función legislativa

“Ésta es la función legislativa, y a tales normas se da el nombre de leyes, señalándose como sus caracteres fundamentales, la generalidad y la obligatoriedad. En ese sentido se trata pues, de una función a través de la cual el Estado establece normas jurídicas donde las situaciones a resolver se contemplan abstractamente, impersonalmente y no

⁶ **Ibid.** Pág. 35.



para que sirva de solución a un caso concreto planteado.”⁷ De lo anterior podemos decir que esta es una función del Estado que consiste en establecer por vía general y obligatoria las normas a que ha de ajustarse la conducta de los miembros de la comunidad, así como la organización misma de esa comunidad.

1.1.2 La función jurisdiccional

Su principal característica estriba en la aplicación de la ley al caso concreto. Si la ley, como antes vimos, contempla un supuesto abstracto, la jurisdicción se enfrenta con los casos concretos cuya solución se le pide. “Por eso su esquema lógico se ha comparado con un silogismo en el que la premisa mayor es la ley, la premisa menor es el caso concreto a decidir, y la conclusión es la decisión jurisdiccional o sentencia la tarea del juez consiste, por tanto, en comparar la hipótesis general de la ley con el caso concreto que examina y emitir un juicio.”⁸

En cierto sentido, la idea de ejecución de la ley no es absolutamente ajena a la función ejecutiva a que nos referimos seguidamente. Con todo, debe instituirse en que la finalidad del acto jurisdiccional es declarar el derecho en cada caso concreto con determinación de la ley.

⁷ **Ibid.** Pág. 36.

⁸ **Ibid.**



1.1.3 La función ejecutiva

La legislación, decía Ferraris, no ejecuta, en estricto sentido la autoridad del Estado; manifiesta su voluntad, pero no su acción. Por eso se hace necesaria la ejecución de las leyes o, lo que es lo mismo, su puesta en acción. Para muchos, la única clasificación y ejecución. En consecuencia podemos definirla de la siguiente manera: “es un concepto propio que se manifiesta en la voluntad de la autoridad del Estado, engloba un amplio conjunto de habilidades cognitivas dirigidas al logro de una meta y orientadas al futuro.”⁹

¿Existe una función administrativa?

Se trata ahora de saber qué lugar ocupa la administración entendida como actividad estatal, entre las funciones que acaban de ser diseñadas. Dado el carácter irreductible que hemos predicado de las tres funciones dichas en el sentido de que a ellas, y sólo a ellas, debe reconducirse cualquier acto estatal, debemos desechar desde ahora la posibilidad de una función administrativa como cuarta función del Estado, al lado de las tres anteriores. Esto supuesto, el problema parece quedar notablemente simplificado y reducido a determinar cuál de las tres funciones estatales es la que, con terminología distinta, se conoce con el nombre de función administrativa o administración.

⁹ **Ibid.** Pág. 37.



Así mismo hay un importante sector de la doctrina para el que no ofrece la menor duda que los términos función ejecutiva y función administrativa son equivalente entre sí, lo que hace que todo se reduzca a una mera cuestión terminológica. Más un examen riguroso de las cosas nos lleva a la conclusión de "que una parte de la actividad estatal que con cierto acuerdo se considera por la doctrina como administrativa, no responde a los caracteres estrictos que postula la ejecución."¹⁰

Es por ello que cuando se dan normas reglamentarias para organizar servicios públicos o cuando se resuelve por las autoridades administrativas acerca de la reclamación presentada por un funcionario alegando su menor derecho a ocupar una vacante que ha sido adjudicada a otro, nadie piensa que esta actividad repugne de tal manera a lo administrativo que el hecho de que sean órganos administrativos los que la realicen, solo pueda explicarse como un desbordamiento injustificado de las competencias propias de la administración.

Y, sin embargo, aquí no estamos en presencia de actos de pura ejecución en un sentido material, ni siquiera en un sentido jurídico. El dictar las antedichas normas reglamentarias responde sustancialmente a los caracteres que hemos fijado como propios de la función legislativa, y el resolver la reclamación del funcionario con arreglo a derecho es también, sustancialmente, función jurisdiccional. Sí, no obstante, admitidos que esto es

¹⁰ **ibid.** Pág. 38.



administración, es porque el concepto que de ésta tenemos no se ajusta, desde el punto de vista material, a la actividad del Estado que caracterizamos como función ejecutiva.

Desde mi punto de vista la conclusión que se desprende de lo anterior es clara: el concepto de administración pública ni como una actividad objetivamente diferenciada, ni como sujeto de esa actividad, no se puede obtener adoptando el punto de vista de las funciones del Estado. Para concluir haremos referencia a la definición que aportan los siguientes autores Garrido Falla Fernando, Palomar Olmeda y Losada González: “administración es aquello que queda de la actividad estatal una vez que se ha prescindido de los que constituye típicamente aquellas otras dos funciones.”¹¹

Continuando con la conclusión es ésta una manera de razonar cuya incorrección lógica no se ha puesto debidamente de manifiesto. Resulta, por tanto que el concepto de administración pública ha de obtenerse a través de distintos caminos, derivado de la importancia con que se presenta en un estado de derecho.

1.2 La administración y los poderes del Estado

Si bien es cierto que el poder del Estado es único, la referencia a los poderes del Estado tiene un valor entendido en la literatura ius publicista, en la que se denominan como tal

¹¹ **Ibid.** Pág. 40.



esa los órganos constituidos para ejercer las funciones estatales. En este sentido debe entenderse la expresión cuando sea empleada aquí.

Para tal efecto aunque la doctrina de la división de poderes, al menos en su actual vigencia, tiene un autor conocido y una fecha precisa de nacimiento, no debe dudarse que el fenómeno histórico de la división de poderes es la consecuencia de un largo proceso cuyas raíces se adentran en el tiempo.

1.3 Antecedentes históricos del nacimiento del Estado

Según la historia se dice que el Estado que nace en Europa después del renacimiento se caracteriza durante sus tres primeros siglos de existencia por una tendencia creciente a aumentar el poder de la monarquía. Bajo este signo político se ha podido decir que la Administración era despótica y arbitraria, que no tenía límites. El monarca comenzó desde el siglo XVI a administrar por sí mismo, surgiendo la idea de una administración unitaria para todo el Estado, dependiente de la voluntad real, que en función, tomó el nombre de policía y cuyo fin era el bienestar general del pueblo.

Así mismo junto a las competencias que exigía la policía estaba la competencia propia de los Tribunales de Justicia. Éstos no podían invadir el terreno de la policía, ni siquiera verificar la legalidad de su actuación; pero también es cierto que la aplicación de la justicia



entre los particulares era de su exclusiva atribución. Así, pues, aún en los tiempos del Estado absoluto, va a aparecer una primera separación entre los asuntos de gobierno y los asuntos de justicia.

Se dice también que la revolución francesa consagra como principio constitucional “la doctrina de la división de poderes expuesta por Montesquieu en 1748 en su famoso *L’esprit des Lois*. Con la preocupación de asegurar la libertad de los ciudadanos se acepta la idea de que cada función estatal debe constituirse como competencia única y exclusiva de unos órganos expresamente ideados para ejercerla.”¹²

“Es así como la legislación seguiría desde entonces el camino que ya antes recorriera la justicia. Se arranca del acervo de los asuntos de gobierno para pasar a constituir orgánicamente, un poder independiente. Aparecen así en la organización del Estado los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.”¹³

Ahora bien, en el proceso que acaba de ser descrito no debe olvidarse un dato sumamente significativo: así como los poderes legislativo y judicial se forman con las competencias que se han ido arrancando de manos del antiguo monarca absoluto, en cambio, el poder ejecutivo es justamente lo que queda en manos de aquel monarca una vez realizadas las antedichas sustracciones.

¹² **Ibid.** Pág. 41.

¹³ **Ibid.**



De lo anterior se deduce el carácter residuario del poder ejecutivo, que debe ser muy tenido en cuenta para comprender debidamente el tipo de funciones que le corresponden. Sobre todo si se piensa que son las mismas necesidades de la comunidad política las que han determinado que no desaparezcan de sus manos la totalidad de las funciones cuyo traslado a los poderes legislativo y judicial parecen ser una exigencia postulada por el principio teórico de la división de poderes.

Queda así el principio de la división de poderes, en su versión práctica, reducido a una simple tendencia, jamás lograda plenamente, que aspira a confinar cada función estatal como competencia propia del poder de su respectivo nombre. Manifiesta los autores Garrido Falla Fernando, Palomar Olmeda y Losada González “que de esa forma se explica, sin mayores dificultades, el hecho insólito para tantos que han partido de bases erróneas de que el llamado poder ejecutivo no se limite a una actividad de pura ejecución, sino que produzca con gran frecuencia actos que, desde el punto de vista material, podrían calificarse de función legislativa o jurisdiccional del Estado.”¹⁴

Hechas las anteriores aclaraciones, el concepto objetivo de la administración pública puede obtenerse con suma facilidad. En efecto, “administración pública, en sentido objetivo, o actividad administrativa, es necesariamente una zona de la actividad desplegada por el poder ejecutivo. Como esta actividad conforme antes se dijo se

¹⁴ *Ibid.* Pág. 42.



exterioriza sustancialmente en actos de ejecución, pero también en actos de legislación y de jurisdicción, aparece la actividad desplegada por el poder ejecutivo.”¹⁵

Así mismo esta actividad como anteriormente se dijo se exterioriza sustancialmente en actos de ejecución, pero también en actos de legislación y de jurisdicción, aparece la actividad administrativa como no homogénea, de donde se justifica que la única forma de reconducirla a unidad venga dada por la consideración del poder estatal de que emana.

Este es, pues, el único punto de vista desde el que se puede intentar una definición positiva y resulta curioso que sea la que con gran acierto y precisión técnica ha aceptado el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, al caracterizar la administración como acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado.

Pues al examinar la definición anterior y prescindiendo de que sería preferible hablar de poder ejecutivo y no de gobierno por la indudable equivocidad de este último término se observa que esta acción puede consistir en aplicar y cumplir leyes, pero también en dictar disposiciones y en resolver reclamaciones.

¹⁵ Ibid.



Si queda así definida la actividad administrativa, resulta también posible obtener el concepto de administración pública en sentido subjetivo. Ésta no es sino el sujeto de aquella actividad; por consiguiente y lógicos con lo que antes se ha dicho, la administración pública es un complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo. Si coinciden o no exactamente en su extensión estos dos términos: poder ejecutivo y administración pública, es cosa que se resolverá en su momento oportuno.

Con lo anterior, y recordando una vez más el valor nuclear y originario que tiene el poder ejecutivo manifiestan los autores Garrido Falla Fernando, Palomar Olmeda y Losada González que “queda explicada la heterogeneidad de las funciones que realiza, y consiguientemente, la propia peculiaridad de la actividad administrativa. Queda empero, por explicar el correlativo fenómeno que también puede observarse al analizar la actividad de los otros dos poderes, legislativo y jurisdiccional, esto es el hecho de que, a veces aparezca como sujetos de referencia de actividad aparentemente análoga a la administrativa.”¹⁶

1.4. Definiciones de la administración pública

El autor Jorge Mario Castillo González señala que la administración pública es.: “ciencia y arte. Ciencia, sustentada en principios que provienen de la investigación y arte,

¹⁶ **Ibid.** Pág. 44.



sustentado en habilidades que provienen de las personas.”¹⁷ La definición anterior nos da a entender que el funcionario teórico puede dominar la administración y la ciencia por haber estudiado teoría y aun así administrar con deficiencias por carecer del arte necesario. El funcionario práctico habilidoso administra con eficiencia sin conocer la teoría científica. La unión de la teoría y la habilidad acrecenta la posibilidad de administrar con eficiencia.

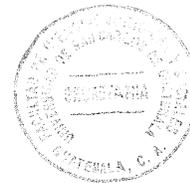
Así mismo es importante hacer alusión a la siguiente definición de la administración pública: “La actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías.”¹⁸ De esta definición se deduce que la entidad que administra constituye función típica del poder ejecutivo, nacional o provincial, y de los municipios. Sus actividades son las que regula el derecho administrativo.

Por su parte del autor Hugo Calderón señala que la administración pública es: “El conjunto de órganos administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin, a través de los servicios públicos siendo este el medio de que dispone la administración pública para lograr el bienestar general. Se entiende con esta definición que la misma está regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el derecho administrativo.”¹⁹

¹⁷ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Pág. 2.

¹⁸ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 47.

¹⁹ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Pág. 7.



1.5 La administración pública del Estado de Guatemala

Según el autor Jorge Mario Castillo es “la actividad sometida a la ley. Idea que se origina desde 1925 lo cual se refiere al principio de legalidad administrativa. En un Estado como Guatemala, la actividad para su estudio académico, hay que referirla a los tres organismos del Estado: Organismo Legislativo, actividad legislativa; Organismo Ejecutivo; actividad administrativa o ejecutiva; y Organismo Judicial o Jurisdiccional: actividad judicial o jurisdiccional.”²⁰

Tomando como base la definición anterior considero que la actividad del Organismo Ejecutivo se conoce comúnmente con el nombre de administración pública, dado que dicho organismo es la sede del gobierno del Estado de Guatemala y el encargado de su administración. Actualmente, el nombre de administración pública se aplica a todas las organizaciones que integran el Estado, a partir de los organismos, abarcando las organizaciones autónomas y descentralizadas.

En términos generales, “la administración pública existe en todas las organizaciones públicas, como actividad pública, política y administrativa. “pública” por no ser actividad privada o particular, “política” por referirse a las actividades del gobierno que aseguran la buena marcha del Estado y convivencia entre los ciudadanos, y “administrativa” por

²⁰ Castillo González. *Op Cit.* Pág. 15.



ejecutar la administración con base a las funciones administrativas procurando el bien común o interés público.”²¹

Para concretar todo lo referente a la administración pública del Estado de Guatemala, es primordial tratar el estudio de la actividad formal y material ya que su estudio nos ayudará comprender el funcionamiento referente a la administración de nuestro Estado, siendo éstas las siguientes:

1.5.1 Actividad formal y material:

“Actividad formal ejecutan los tres organismos del Estado de Guatemala, con distinto nombre actividad legislativa, actividad administrativa y actividad jurisdiccional o judicial. Cada actividad formal se basa en procedimientos, requisitos y formalidades que se localizan en la constitución, decretos, reglamentos y acuerdos. Actividad material ejecutan los tres organismos del Estado y todas las organizaciones públicas, dado que esa actividad equivale al trabajo diario, material, de todas las oficinas públicas.”²²

Continuado con el estudio, es de relevancia realizar un análisis de la división de la actividad material, en relación a la administración pública del Estado de Guatemala.

²¹ **Ibid.** Pág. 15.

²² **Ibid.**



1.5.2 Actividad interna

“Consiste en hacer o ejecutar trabajo, sin que el trabajo se proyecte al exterior o al medio ambiente externo del organismo o de la organización pública.”²³. Es decir que esta actividad se ejecuta en lo interno de cada organismo del estado o en lo interno de toda organización pública sin salirse de la misma.

1.5.3 Actividad externa

“Se destina al cumplimiento de los fines generales y específicos de las organizaciones públicas.”²⁴. Y en consecuencia es la actividad que se proyecta hacia afuera de la organización, para afectar o reconocer derechos, libertades o intereses de personas y de otras organizaciones.

1.5.4 Actividad reglada

Esta actividad en lo particular se basa en la existencia de la norma jurídica. Sin norma jurídica, no hay actividad reglada. Es importante conocer el significado de norma jurídica para ello tomaremos la que cita el autor Jorge Castillo... “Denominase así la significación

²³ **Ibid.** Pág. 15.

²⁴ **Ibid.**



lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y un lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos.”²⁵

1.5.5 Actividad discrecional

Esta actividad se basa en la existencia de la norma jurídica, en la cual no se establecieron en forma indebida, las competencias, atribuciones, funciones, facultades o límites, de manera que la norma da lugar a la actividad discrecional. Considero que esta actividad debe estudiarse a fondo, pues ella en sí misma, no es del todo negativa ni puede eliminarse de la administración pública.

1.6 Funcionario público

Tradicionalmente se denomina funcionario público "a la persona que tiene a su cargo un puesto superior en la administración del Estado, por elección o nombramiento.”²⁶ Esta

²⁵ Castillo González. *Op Cit.* Pág. 16.

²⁶ *Ibid.* Pág. 16 y 17.



definición indica que quienes coordinan las actividades o los que las ejecutan bajo supervisión se les denomina burócratas, empleados o trabajadores públicos. A todos se les ha llamado servidores públicos, de allí que todo el conjunto de personas que trabajan para el Estado, en puestos de administración, se le denomina servicio civil.

Así mismo en el Diccionario enciclopédico de derecho usual, encontramos una definición sobre lo que es funcionario o empleado público que es: “Quien desempeña funciones públicas (y.) II El órgano o persona que pone en ejercicio el poder público.”²⁷ La extensión de este concepto hace referencia a cuantos intervienen en un servicio público ofrece dificultades cuando su concesión está encomendada a simples particulares; ya que resulta muy violento considerar funcionario público a un auxiliar secundario encargado de la limpieza de vehículos dedicados, a las órdenes de particulares, a explotar una línea de transporte entre dos pueblos de mayor o menor importancia.

1.7 Conceptos especiales de funcionarios públicos

El autor Santamaría de Paredes considera como funcionarios públicos “a los órganos encargados de actuar los poderes públicos. Mientras que el autor Orlando estima que el funcionario hace del servicio que presta una profesión, y que dedica a ella, de modo permanente, su actividad física e intelectual, como medio de obtener la subsistencia.”²⁸

²⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 225.

²⁸ **Ibid.** Pág. 341.



En cuanto a su relación con el Estado, algunos ven naturaleza contractual determinada por el voluntario ingreso del funcionario, lo cual permitiría regir la situación de las partes por la genérica del derecho laboral. Pero desde mi punto de vista considero que la mayoría se inclina a destacar el carácter unilateral o privilegiado que el derecho público concede al Estado.

Por otro lado el autor Krotoschin afirma que "las relaciones jurídicas entre Estado y sus funcionarios no nacen de un acto jurídico del derecho civil o del derecho del trabajo, sino de un acto de imperio o de mando que consiste en el nombramiento."²⁹ Esta definición hace alusión a que se halla regido por el derecho administrativo, procediendo el Estado como poder público y no como persona jurídica.

Otra definición nos la da Rafael Martínez Morales, en su libro Derecho burocrático, definiendo funcionario público de la siguiente manera: "Dícese de toda persona que presta un servicio remunerado al estado, bajo la dirección y dependencia de un superior jerárquico o conforme a las facultades que la legislación le asigna."³⁰ Partiendo de esta definición por su parte en la práctica mexicana, él termino se aplica únicamente a los servidores públicos que efectúan tareas de dirección o toman decisiones que comprometen la voluntad estatal.

²⁹ Martínez Morales Rafael. **Derecho burocrático**. Pág. 341.

³⁰ **Ibid.** Pág. 342.



De conformidad con el acuerdo gubernativo No. 18-98 funcionario público es: la persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente, y se le remunera con un salario. Y no considera funcionarios públicos, aquellos que sean retribuidos con honorarios por prestar servicios técnicos o profesionales conforme la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 1 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil.

El Código Penal, en la parte sobre las disposiciones generales, en el Artículo 10, inciso 211, define al funcionario público como quien, por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento, ejerce cargo o mando, jurisdicción o representación, de carácter oficial.

Por otro lado para los efectos de la aplicación de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios Públicos y Empleados Públicos se consideran funcionarios públicos: Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el estado, sus organismos, los municipios, sus empresas, y entidades descentralizadas y autónomas.



1.8 Responsabilidades de los funcionarios públicos

Todo funcionario público en el ejercicio de sus funciones, queda sometido a diferentes clases de responsabilidades en que pueden incurrir por su actuar y la realización de actos ilícitos. Estas responsabilidades pueden ser: responsabilidades administrativas, políticas, civiles, penales y administrativas. En tanto es primordial describir cada una de las responsabilidades a la que están sujetos los funcionarios públicos.

1.8.1 Responsabilidad administrativa

Tiene su origen en las resoluciones que dicta la administración pública, conocidas con el nombre de actos administrativos. Al respecto podemos mencionar la siguiente definición: “al derecho a la legalidad en cuanto a los derechos de que disfrutaban los particulares o administrados; es decir, consideramos que los administrados tiene el poder de exigir a la administración que se sujete a su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto, y que, en consecuencia, los actos que realice se verifiquen por los órganos competentes.”³¹

³¹ Cabanellas de Torres. **Op. Cit.** Pág. 221 y 222.



1.8.2 Responsabilidad política

Para el autor Gerardo Prado, citando al tratadista Sánchez Agesta define la responsabilidad política como: “la competencia atribuida a otros órganos de discutir el acierto de los fines propuestos a la procedencia u oportunidad de los actos realizados por el gobierno para alcanzar sus fines”.³² En la práctica significa la obligación de rendir cuenta de su actuación ante otro órgano y cesar por la libre decisión el órgano al que corresponde exigir esa responsabilidad política.

Un comentario muy acertado respecto a la responsabilidad política es el que cito a continuación: “Este es sin lugar a dudas el concepto clave que está detrás de todo esto. Quien ha actuado en política, está expuesto a la correspondiente responsabilidad que, llegado el caso, puede ser también civil y penal. Y que se ha reconocido desde muy antiguo, de muy diversas maneras.”³³

1.8.3 Responsabilidad civil

Generalmente aceptada como aquella que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados. Existe una definición muy acertada que describo

³² **Ibid.** Pág. 222

³³ García Belaunde, Domingo. **¿Antejuicio, acusación constitucional o juicio político?** Pág.2.



a continuación, la responsabilidad civil es: “La que corresponde exigir a todos los funcionarios del orden gubernativo, desde ministro hasta agente de la autoridad, que en el ejercicio de su cargo infrinjan, con actos u omisiones, algún precepto cuya observancia les haya sido reclamada por escrito; que implica la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados al reclamante por las infracciones legales señaladas.”³⁴

1.8.4 Responsabilidad penal

Los autores Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas, denominan a la responsabilidad penal de la siguiente manera: “responsabilidad criminal, que consiste en un acto u omisión sancionado por la ley penal y realizado por persona imputable, culpable o carente de excusa voluntaria.”³⁵

Como fundamento legal de lo planteado en la investigación, se toma importancia aludir algunos artículos como referencias constitucionales y legales, por lo tanto se citan las siguientes leyes: Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 155 el cual establece: “Responsabilidad por infracción a la ley. Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren...”

³⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 851.

³⁵ Cabanellas de Torres, **Op. Cit.** Pág. 282.



La responsabilidad civil de los funcionarios públicos y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. Lo anterior implica la aplicación de normas de deducción de ambos tipos de responsabilidad, tanto la civil como la penal y, en los casos donde se produzcan darían lugar a una demanda o a una querrela respectivamente.

La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena. Sin embargo, es importante señalar que para algunos funcionarios públicos la ley contempla el derecho de antejuicio, como es el caso de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, cuyo procedimiento para sustanciarlo está previsto en la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República que, focalmente establece lo siguiente:

“Artículo 8. Responsabilidad administrativa: La responsabilidad administrativa cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta el funcionario público, así mismo cuando se incurre en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados o prestan sus servicios; además, cuando no se cumplan, con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se



cause perjuicio a los interés públicos que tuvieren encomendados y no ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o bien se incurra en falta o delito.”

“Artículo 9. Responsabilidad civil. Genera responsabilidad civil la acción u omisión que con intención o por negligencia, imprudencia, o abuso de poder, se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público independiente de la responsabilidad penal que se genere”.

“Artículo 10. Responsabilidad penal. Genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el artículo 4 de esta ley y, que, de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas.”

Por su parte la responsabilidad política está regulada en los artículos 166 y 167 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en lo referente a las interpelaciones a Ministros de Estado y sus respectivos efectos de la interpelación.

1.9. Régimen de los funcionarios públicos

La Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos en su Artículo 15 establece: Cargos públicos. “Los ciudadanos guatemaltecos que no tengan impedimento legal y que reúnan las calidades necesarias, tienen derecho a optar a cargos



y empleos públicos de conformidad con la ley. Para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas de méritos de capacidad, idoneidad y honradez.”

Ninguna persona podrá desempeñar más de un cargo o empleo público remunerado, excepto quienes presten servicios en centros docentes, o instituciones asistenciales y siempre que haya compatibilidad en los horarios.

1.10 Prohibiciones de los funcionarios públicos

Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos en lo concerniente a las prohibiciones de los funcionarios públicos regula lo siguiente en el Artículo 18: Además de las prohibiciones expresas contenidas en la Constitución Política de la República y leyes especiales, a los funcionarios y empleados públicos les queda prohibido:

- a) Aprovechar el cargo o empleo para conseguir o procurar servicios especiales, nombramientos o beneficios personales, a favor de sus familiares o terceros mediante o no remuneración. Con esto se puede dar la figura de tráfico de influencias, en virtud que por el puesto que ocupan algunos funcionarios públicos se valen de su posición para obtener favores o beneficios como dice la norma para su propio beneficio o el de sus amigos o familiares en las diferentes instituciones de la administración pública.



- b) Utilizar el poder que le confiere el ejercicio del cargo o empleo en las entidades del Estado, autónomas o descentralizadas para tomar, participar, o influir en la toma de decisiones en beneficio personal o de terceros. Actualmente estos casos son muy comunes, no toman en consideración procedimiento legamente establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para ejecutar, promover y aprobar proyectos o leyes.

- c) Solicitar o aceptar directamente o por interposición persona, dádivas, regalos, pago, honorarios, o cualquier otro tipo de emolumentos adicionales a los que normalmente percibe por el desempeño de sus labores. Con esto nos referimos a aquellos que aceptan dádivas en general por realizar favores a determinadas personas, incluso cuando hacen lo que les compete como atribuciones.

- d) Utilizar bienes propiedad del Estado o de la institución en la que labora, tales como vehículos, material de oficina, papelería, viáticos y otros, fuera del uso oficial, para beneficio personal o de terceros. Actualmente en nuestro país algunos funcionarios públicos tienen ciertos servicios legalmente establecidos para su uso personal, pero resulta que se le da un mal uso a los mismos en virtud que no solo son para ellos sino que en ocasiones para el servicio, uso, disposición de sus familiares o terceros.



- e) Usar el título oficial del cargo o empleo, los distintos, la influencia, o el prestigio de la institución para asuntos de carácter personal o de terceros. Con esto se hacen de valer de su cargo para evadir ciertas responsabilidades como ciudadanos guatemaltecos.

- f) Utilizar los recursos públicos para elaborar, distribuir o enviar regalos, recuerdos, tarjetas navideñas o de cualquier otra ocasión. Esta es una práctica que se da en la actualidad con algunos funcionarios públicos.

- g) Utilizar el tiempo de trabajo para realizar o prestar asesorías, consultorías, estudios y otro tipo de actividades a favor de terceros, que le generen beneficio personal.

- h) Disponer de los servicios del personal subalterno para afines personales o en beneficio de terceros.

- i) Realizar trabajo o actividades remuneradas o no en horarios que no son de su trabajo, que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades, o cuyo ejercicio pueda poner en riesgo la imparcialidad de sus decisiones por razón del cargo o empleo.





CAPÍTULO II

2. Los obstáculos al ejercicio de la acción penal

El manual del fiscal del Ministerio Público establece que los obstáculos a la persecución penal y civil “son impedimentos que, sin referirse a la existencia del delito o a la responsabilidad del imputado, tienen como efecto postergar el ejercicio de la acción penal en el proceso de que se trata o impedirlo definitivamente.”³⁶

Como obstáculos a la persecución penal el Código Procesal Penal enumera la cuestión prejudicial, el antejuicio y las excepciones. Dentro de estas se distinguen las excepciones de incompetencia, la de falta de acción y la de extinción de la persecución penal o pretensión civil. Para efectos de la presente investigación nos referiremos únicamente al antejuicio, definiéndolo a continuación.

2.1 El antejuicio

El manual del fiscal del Ministerio Público establece que “el antejuicio es una autorización necesaria para perseguir penalmente a las personas que gozan de dicho derecho. El

³⁶ Ministerio Público de la República de Guatemala. **Manual del fiscal**. Pág. 113.



derecho de antejucio es otorgado por la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes de la República a ciertas personas, en función del cargo que ocupan o por aspirar electoralmente a los mismos.”³⁷

El manual descrito anteriormente manifiesta que el antejucio es “una garantía para que las personas que ejercen ciertos cargos públicos de especial relevancia, puedan desempeñar adecuadamente su trabajo, sin ser molestadas o desprestigiadas por denuncias o querellas sin fundamento. En el caso de los candidatos a cargo de elección popular se busca asegurar la libre elección y evitar el uso del proceso penal como arma electoral.”³⁸

De lo anterior se puede determinar que en cada caso, la ley o la Constitución determinan cual es el órgano competente para resolver antejucio y decidir sobre la procedencia de la persecución penal. Las personas que gozan de este derecho no pueden ser detenidas salvo supuestos de flagrancia. En esos casos deben ser puestas ante la autoridad judicial quien, si procede, solicitará el antejucio correspondiente. El derecho al antejucio cesa en el momento en el que la persona deje de ocupar el cargo o ser candidato.

El Artículo 293 del Código Procesal Penal señala que cuando aparezcan indicios que una persona con derecho a antejucio pueda ser imputada por la comisión de algún hecho delictivo, el juez contralor o el tribunal solicitarán el antejucio, de oficio o a petición del

³⁷ **Ibid.** Pág. 114.

³⁸ **Ibid.**



Ministerio Público, el órgano competente para su resolución. Dicha solicitud incluirá un informe de las razones que justifican el pedido así como las actuaciones originales en que se base.

Continuando con lo que establece el artículo anteriormente citado contra el titular de este derecho, no se podrán realizar actos que impliquen persecución penal, salvo los indispensables para fundar la solicitud y los que estén en peligro de perderse. Por ejemplo, realizar una autopsia o reconocer unos documentos. Finalizados estos actos, se archivará conforme lo que establece el Artículo 310 del Código Procesal Penal.

En el caso de que el órgano competente autorice la persecución penal, el proceso continuará. Si no se da la autorización, el proceso permanecerá archivado hasta el momento en el cual la persona deje de gozar de éste derecho. El archivo del proceso para el imputado con derecho de antejuicio, no interrumpe la persecución en contra de los computados sin ese privilegio. Cuando la persona imputada sea un diplomático extranjero o persona con similares prerrogativas y la autorización para proceder dependa de la conformidad de otro gobierno u organismo, se seguirá también lo dispuesto en el Artículo 293 del Código Procesal Penal.



2.2 Excepciones del antejuicio

El Código Procesal Penal, en su Artículo 294, especifica cuales son las excepciones que se pueden oponer a lo largo del procedimiento. “Las excepciones las pueden plantear las partes a lo largo del procedimiento, aunque podrán ser asumidas de oficio por el juez o tribunal, siempre que la cuestión no requiera de instancia del legitimado a promoverla. Las excepciones se tramitarán en forma de incidentes y no suspenderán la investigación durante el procedimiento preparatorio. Las excepciones no interpuestas durante el procedimiento preparatorio se podrían plantear durante el intermedio.”³⁹

2.3 Clases de excepciones

Dentro de las excepciones más importantes del derecho de antejuicio podemos mencionar las siguientes: la incompetencia y la falta de acción.

2.3.1 La incompetencia

La competencia es la determinación precisa del tribunal que viene obligado, con exclusión de cualquier otro, a ejercer la potestad jurisdiccional en un asunto concreto. Es importante que podamos describir cada criterio de competencia, a continuación se detallan:

³⁹ **Ibid.** Pág. 115.



Competencia material

“Dentro de la competencia material se distingue: a. Competencia objetiva: La competencia objetiva es la distribución que hace el legislador en función del objeto del proceso, entre los distintos tipos de órganos jurisdiccionales integrados en el orden penal para el enjuiciamiento en primera o única instancia. Dentro de este ámbito, se distingue: En el fuero común, los juzgados de primera instancia y los tribunales de sentencia son los encargados de conocer todos los delitos y los jueces de paz las faltas. Artículos. 44, 47 y 48 del Código Procesal Penal.”⁴⁰

Asimismo, es importante saber que la ley había previsto la creación de juzgados y tribunales para conocer los delitos de narcoactividad y medio ambiente. Sin embargo, estas materias han sido otorgadas a todos los juzgados y tribunales “comunes”, con los que ya no se plantean problemas de competencia en éste ámbito.

Los delitos y faltas esencialmente militares se regulan por el Código Militar y son competencia de los juzgados militares. Artículo 546. Sin embargo, tras la reforma del artículo 546, los delitos y faltas comunes cometidos por militares y los delitos militares conexos son conocidos por los juzgados y tribunales de fuero común.

Competencia funcional

⁴⁰ **Ibid.** Pág. 115.



La competencia funcional es “la que determina que órgano jurisdiccional debe conocer cada fase del proceso.”⁴¹ Con esta definición se comprende que el Juez de Primera Instancia será competente durante el procedimiento preparatorio e intermedio, el Tribunal de Sentencia durante la fase de juicio oral, la Sala de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia para los distintos recursos y el juez de ejecución de la pena.

Competencia territorial

La competencia territorial “determina cuál de los distintos órganos jurisdiccionales del mismo rango que hay en el país conoce el proceso.”⁴² Para entender a fondo esta definición citaremos el siguiente ejemplo en derecho penal, el fuero que determina la competencia es el del lugar de comisión del delito. La Corte Suprema de Justicia es la encargada de distribuir la competencia territorial.

Competencia por conexión

En algunos casos, distintos delitos de acción pública deben ser conocidos en una misma causa. Los criterios de conexión son desarrollados en el Artículo 55 del Código Procesal Penal. Si la competencia material o territorial determina que los delitos conexos deban ser conocidos por distintos juzgados, se aplicarán las normas señaladas en el Artículo 54 para determinar cuál de ellos será el competente.

⁴¹ **Ibid.**

⁴² **Ibid.**



En este caso el fiscal, al igual que cualquiera de las partes, puede promover una cuestión de competencia por inhibitoria o por declinatoria tal y como lo preceptúa el Artículo 56 del Código Procesal Penal, cuando entiende que el juez o tribunal que conoce el asunto, no es el competente. Por inhibitoria: La cuestión por inhibitoria se planteará ante el juez o tribunal que se considera competente. Por declinatoria: La cuestión por declinatoria se tramitará ante el juez o tribunal que está conociendo el procedimiento y al cual se considera incompetente.

El uso de una de las vías impide el abandono para recurrir a otra vía así como el empleo de ambas vías sucesiva o simultáneamente. “La cuestión de competencia material se podrá interponer y podrán declararse en cualquier momento del proceso, aún de oficio. Las actuaciones practicadas con inobservancia de las reglas de competencia material no tendrán validez, excepto las que sean imposibles de repetir, salvo cuando una juez competente superior hubiere actuado en una causa atribuida a un inferior. La cuestión de competencia territorial no podrá plantearse una vez iniciado el debate.”⁴³

La declinatoria o la inhibitoria se tramitarán por la vía de incidentes, esto está establecido de los Artículos 135 al 140 de la Ley del Organismo Judicial, por lo que el planteo de la cuestión no suspende el procedimiento preparatorio ni el intermedio, pero sí el debate y las decisiones finales. La cuestión de competencia debe ser resuelta antes que cualquier otra. Se planteará por escrito y se indicarán los medios de prueba que fundan la

⁴³ Ibid.



pretensión. En el escrito se hará constar que no se ha usado el otro medio de promoción de la cuestión esto está regulado en el Artículo 56 del Código Procesal Penal.

En conclusión si se declara la incompetencia el juez remitirá las actuaciones al que considere pertinente, poniendo a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de la realización de los actos urgentes que no admitan dilación.

2.3.2 La falta de acción

La acción penal corresponde al Ministerio Público en los delitos de persecución pública. Se podrá interponer una excepción por falta de acción cuando: El Ministerio Público esté persiguiendo un delito de acción pública dependiente de instancia particular y el agraviado no hubiere presentado al menos denuncia del hecho.

Es importante conocer en que consiste la cosa juzgada, siendo la explicación así. Cuando por los mismos hechos y contra esa una misma persona ya existe una resolución judicial previa ya sea sentencia, sobreseimiento o aceptación del criterio de oportunidad, que impide que se ejercite la acción. Si se declara la falta de acción, se archivarán los autos conforme el Artículo 310 del Código Procesal Penal. Si cambiasen las circunstancias que motivaron el archivo y el Ministerio Público tuviese acción, se reabrirá el proceso.



2.4. Extinción de la persecución penal

El Artículo 32 del Código Procesal Penal establece en que supuestos se extingue la persecución penal, es decir, en que supuestos el Estado ya no puede perseguir a través del proceso penal. Este artículo sustituye y deroga el Artículo 101 del Código Penal, ya que hablar de extinción de la persecución penal o extinción de la responsabilidad penal es hablar de una misma realidad desde dos perspectivas distinta. Desde el estado que no puede perseguir o desde el ciudadano que no debe responder. Por ello, cuando el Código Penal se refiera a la extinción de la responsabilidad penal debe entenderse como extinción de la persecución.

Sin embargo, la extinción de la persecución penal no debe confundirse con la extinción de la pena. En éste caso el proceso ya se dio y la pena se impuso, aunque esta ya no se puede aplicar por concurrir una de las causas señaladas en el Artículo 102 del Código Penal.

Es importante saber cuáles son los motivos de extinción de la persecución penal, señalados en el Artículo 32 del Código Procesal Penal, por tal efecto se detallan a continuación:

- a) Por muerte del imputado.



- b) **Por amnistía.** La amnistía ha de ser aprobada por el Congreso de la República, de acuerdo con el inciso g del Artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

- c) **Por prescripción.** Los plazos de prescripción de la persecución penal vienen fijados en el Artículo 107 del Código Penal. El Artículo 108 del Código Penal señala el momento en el cual empieza a contarse el tiempo para la prescripción. El tiempo de prescripción se interrumpe desde que se inicia proceso contra el imputado, Artículo 109 de Código Penal, corriendo de nuevo desde el momento que este se paralice. Sin embargo, si la paralización del proceso se debió a la fuga del imputado, la prescripción se suspenderá según lo establece el Artículo 33 del Código Procesal Penal.

- d) **Por el pago del máximo previsto para la pena de multa,** si el imputado admitiere al mismo tiempo su culpabilidad, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena. Este es un mecanismo para extinguir la acción penal y por lo tanto, terminar con el proceso y no generar antecedentes penales. Sin embargo tras la reforma de 1997, estos delitos son competencia de los Juzgados de Paz.

- e) **Por el vencimiento del plazo de prueba.** La persecución penal se extingue en aquellos casos en los que se suspendió el procedimiento y transcurrido el plazo de prueba, no se revocó la suspensión.



- f) Por la revocación de la instancia particular en los delitos privados que dependan de ella. En aquellos delitos que dependan de denuncia para iniciar la persecución penal esta quedará extinguida cuando la víctima retire la denuncia.

- g) Por la renuncia o abandono de querrela, en delitos privados. En aquellos delitos procesados a través del procedimiento especial para delitos de acción privada de conformidad con el Artículo 474 y siguientes del Código Procesal Penal, el abandono de la querrela extingue la acción penal.

- h) Por la muerte del agraviado en delitos de acción privada. No obstante, si la acción ya iniciada por el ofendido puede ser continuada por sus herederos o sucesores.

- i) Conforme a lo dispuesto en el Artículo 25 bis, por haber pasado un año desde que quedó firme la concesión de un criterio de oportunidad o por reiniciarse la acción sin que se den las condiciones señaladas en el citado precepto.

2.5. Extinción de la persecución civil en la vía penal

- a) Por los mismos motivos que se extingue la acción civil en la vía civil de conformidad con los Artículos 581 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil.



b) Por el planteo de la acción por la vía civil. Artículo 126 del Código Procesal Penal.

Si se declarase con lugar la excepción por extinción de la persecución penal se dictará sobreseimiento, conforme el Artículo 328 numeral 1 del Código Procesal Penal. Si la pretensión civil fue la que se extinguió, se rechazará la demanda y seguirá normalmente el procedimiento penal.

2.6 El derecho de antejuicio

El concepto de antejuicio es un problema muy complejo, en virtud de una serie de implicaciones jurídicas y políticas que conlleva. Según Francisco Fonseca Penado en su obra el derecho de antejuicio, “el antejuicio es el privilegio que la ley concede a algunos funcionarios para no ser enjuiciados criminalmente sin que antes un autoridad, denuncia declare que ha lugar a formación de causa.”⁴⁴

Continúa manifestando el autor Francisco Penado que el proceso establecido por la ley como garantía pre-procesal, “está constituido por la importancia de la función que desempeñan algunos funcionarios públicos.” Es decir que el objeto es que una autoridad competente distinta de la ordinaria que conoce de la acción penal, resuelva si procede la

⁴⁴ Fonseca Penado, Francisco. **El derecho de antejuicio**. Pág. 5.



formación de causa o no contra, tales funcionarios, sin decidir sobre el fondo de la denuncia o de la acusación.”⁴⁵

Se ve plasmado, en las definiciones anteriores, dos corrientes del mismo concepto así una restringida que adjudica el antejuicio, únicamente a funcionarios públicos, y la otra en sentido amplio, con base en la realidad política nacional. Lo que es común en ambas corrientes, es el hecho de que el antejuicio es un trámite previo, tal como se desprende de la construcción de su vocablo que se conforma del prefijo ante, que tramitación y resolución de una controversia.

2.6.1 Objeto del antejuicio

El objeto del derecho de antejuicio lo encontramos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en el Artículo 1 del Decreto 85-2002 del Congreso de la República, el cual regula lo siguiente: "La presente ley tiene por objeto crear los procedimientos para el trámite de las diligencias de antejuicio que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, se promuevan en contra de los dignatarios y funcionarios a quienes la Constitución Política de la República y las leyes conceden ese derecho; su ámbito de aplicación, su tramitación y efectos."

⁴⁵ Ibid.



Por su parte el autor Francisco Fonseca Penedo en su libro denominado El Derecho de Antejucio hace alusión al objeto del derecho de antejucio definiéndolo de la siguiente manera “Es formular una declaración de procedencia o no en un proceso penal de una cuestión litigiosa. Antes de entrar a considerar los elementos confortantes del antejucio, es preciso estudiar someramente la doble función o dicho de mejor manera, la doble característica procesal del antejucio, que puede hacerse valer tanto como acción y como excepción.”⁴⁶

Continúa manifestando que parte de la doctrina le da naturaleza de juicio previo al antejucio, para otros sectores de la misma, son diligencias, pero todas ellas concluyen que son necesarias, para poder incoar una causa en contra de los funcionarios que gocen el derecho de antejucio. “Es un derecho de rango constitucional y se ha concedido a funcionarios del Estado, para preservarles su estabilidad y protegerlos de juicios falsos o calumniosos, que pudieran influir en su ánimo al conocer y resolver problemas de la nación, de trascendencia.”⁴⁷

2.6.2 Efectos del antejucio

“La finalidad perseguida por el antejucio y su efecto inmediato, es permitir que se enjuicie al funcionario por el delito que motivó la acción. Desde el momento mismo en que se

⁴⁶ **Ibid.**

⁴⁷ **Ibid.**



declara con lugar el antejuicio, el funcionario queda suspenso en el ejercicio de su cargo y el juez que sea competente para conocer del juicio, tan pronto como reciba los antecedentes, debe proceder a instruir las primeras diligencias ordenando de inmediato la detención del procesado para indagarlo con las formalidades propias de esta diligencia, para dictar el auto de prisión si lo estimare procedente y continuar el sumario.”⁴⁸

2.6.3 Características del antejuicio

El Artículo 3 de la Ley en Materia de Antejuicio establece que: “El derecho de antejuicio es un derecho inherente al cargo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. En ese sentido el autor Mario Fuentes Destarac se refiere a: “que es inherente al cargo, porque, como ya se ha mencionado en esta investigación, protege la función y no a la persona del funcionario o empleado, aunque de hecho constituye una prerrogativa no reconocida a la generalidad de las personas; y por ende, se califica como una excepción al principio de igualdad ante la ley.”⁴⁹

Continua manifestando el autor Mario Fuentes Destarac que el antejuicio es: “inalienable porque no puede ser susceptible de menoscabo o inobservancia, es imprescriptible, porque no se extingue por el transcurso del tiempo; y es irrenunciable porque es inherente al cargo y no al servidor.”⁵⁰

⁴⁸ **Ibid.** Pág. 10.

⁴⁹ **Ibid.** Pág. 25.

⁵⁰ **Ibid.**



2.7 Funcionarios que gozan del derecho de antejudio, fundamentados en la Constitución Política de la República de Guatemala

Se afirma que gozan del derecho de antejudio, aquellas personas a quienes la Constitución de la Republica o las leyes ordinarias lo conceden de manera expresa. En ese sentido teniendo en cuenta el órgano competente para recibir, tramitar y resolver la solicitud de antejudio, pueden considerarse distintos grupos, así:

- a) Prerrogativas a los diputados. Artículo 161 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

- b) Secretarios de la Presidencia. Artículo 202 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

- c) Magistrados y Jueces. Artículo 206 de la Constitución Política de la República de Guatemala. .

- d) Gobernadores departamentales. Artículo 227 de la Constitución Política dela República de Guatemala. .



- e) **Contralor General de Cuentas. Artículo 233 de la Constitución Política de la República de Guatemala. .**

- f) **Fiscal General de la Nación. Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- g) **Procurador General de la Nación. Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala. .**

- h) **Alcaldes Municipales. Artículo 258 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- i) **Magistrados de la Corte de Constitucionalidad. Artículo 270 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- j) **Procurador de los Derechos Humanos. Artículo 273 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

Es importante analizar, a qué dignatarios y funcionarios públicos, la Constitución Política de la República de Guatemala les otorga inmunidad personal, la razón de la importancia



de esto, se debe a que no todos los dignatarios o funcionarios públicos poseen un fundamento constitucional en el cual se les otorgue el derecho de antejucio.

2.8. El derecho de igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley determina que esta debe ser igualmente aplicada a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, pero existiendo diversas circunstancias, la ley debe realizar la igualdad: Trato igual a los iguales y desigual para los desiguales.

Como aporte primordial la Corte de Constitucionalidad en la gaceta jurisprudencial No. 40 ha establecido que: El Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su primer párrafo que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derecho. El concepto de igualdad así regulado estriba en el hecho de que las personas deben gozar de los mismos derechos y las mismas limitaciones determinadas por la ley.

Así, la igualdad ante la ley consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, sean estas positivas o negativas, es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley; pero ello no implica que no pueda hacerse una diferenciación que atienda factores implícitos en el mejor ejercicio de un determinado derecho.



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

El jurista Luis Legaz y Lacambra señala que: "...cuando lo típico predomina sobre la individualidad no hay otro medio posible, no más seguro, de ser justo, e incluso equitativo, que poner en práctica el criterio igualitario prefijado en el esquema legal.."

Ahora bien, si aún dentro de una serie típica de casos, la individualidad supera a lo genérico, entonces la misma justicia exige la práctica de la equidad, es decir, el no aplicar el esquema lógico, genérico y abstracto de la norma, sino una medida adecuada a esos elementos individuales. Se dice que "faltar a la ley sería faltar a la equidad, y faltar a la equidad sería faltar a la justicia, pues se trataría igualmente lo desigual, y lo desigual ha de tratarse desigualmente."⁵¹

Por su parte el autor Guillermo Cabanellas aporta la siguiente definición de igualdad a saber: "la propia generalidad de la ley pues, si no, constituye excepción o privilegio lleva a equiparar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre

⁵¹ Legaz y Lacambra, Luis. **Filosofía del derecho**. Pág. 343.



que concurra identidad de circunstancias; porque en caso contrario, los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato...”⁵²

Por supuesto, cuando se habla de igualdad ante la ley se quiere expresar la idea de igualdad jurídica, que significa igualdad no solo ante las normas emanadas del Congreso de la República, sino ante toda disposición coercitiva emitida por cualquier otro órgano del Estado: Decreto, acuerdo, reglamento, sentencia o resolución fundada en ley.

En nuestro ordenamiento jurídico existen varios preceptos que respectan al principio de igualdad ante la ley, a saber:

El Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su parte conducente, dispone que: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.”, el Artículo 130 establece... “Se prohíben los monopolios y privilegios.”, el Artículo 153 señala... “El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República.

El Artículo 153 de la Constitución Política de la República preceptúa que: “El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República.”

⁵² Cabanellas de Torres. **Op. Cit.** Pág. 155



El Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, aprobada por medio del Decreto No. 6-78 del Congreso de la República y ratificada por el Gobierno de la República el 27 de abril de 1978, dispone que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley."

2.8.1 Excepción al principio de igualdad ante la ley en materia penal

"El Derecho de antejuicio es una excepción al principio de igualdad ante la ley procesal penal, toda vez que constituye una prerrogativa, no reconocida a la generalidad de las personas, por virtud de la cual algunos servidores públicos no pueden ser juzgados penalmente ante los respectivos tribunales ordinarios o comunes sin que antes una autoridad, distinta del tribunal o juzgado competente para conocer de la respectiva imputación penal, declare que ha lugar a formación de causa criminal en contra del servidor."⁵³

2.8.2 Justificación del derecho de igualdad

La justificación del derecho de antejuicio que más se conoce es aquella que supone que es una inmunidad de la cual goza el servidor público para que no pueda ser encausado criminalmente con base en imputaciones falsas o venganzas políticas o personales. Y esta justificación es la que ha dado lugar a que el derecho de antejuicio se considere

⁵³ Fuentes Destarac, Mario. **El derecho de antejuicio**. Pág. 4.



como un resguardo de impunidad, por el cual se protege o encubre al servidor que ha delinquido, y que ha hecho que se desconfíe de la institución, al extremo de que hay quienes propugnan por su supresión.

El reconocido autor guatemalteco Francisco Fonseca Penedo expresa que: “no se trata de que el funcionario, por el solo hecho de serlo, deba ser juzgado por lo menos inicialmente, por funcionario de mayor categoría, y menos aún, que por esa razón goce de una inmunidad especial que le permita cometer impunemente ciertos delitos, pues esa discriminación sería inaceptable.”⁵⁴

2.8.3 Inmunidad y no impunidad

Si se asume que el derecho de antejuicio protege la función y no al funcionario, si se puede hablar de inmunidad, porque lo que se busca es impedir que la función sufra un menoscabo o una erosión derivada del encausamiento criminal de quien temporalmente la ejercita o desempeña.

Bajo este supuesto, no cabría la impunidad, porque el antejuicio no prejuzga sobre el fondo de la imputación ni sienta autoridad de cosa juzgada. Consecuentemente, la acusación podría replantearse después de que el funcionario hubiere cesado en sus funciones públicas, mientras la responsabilidad no hubiere prescrito.

⁵⁴ Fonseca Penedo. **Op. Cit.** Pág. 5.



En relación a la prescripción, el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala dispone que: La responsabilidad criminal de los funcionarios y empleados públicos se extingue por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley, para la prescripción de la pena.

En ese mismo orden de consideraciones, el Artículo 107 del Código Penal establece, que: La responsabilidad penal prescribe: 1º. A los 25 años, cuando correspondiere pena de muerte; 2º. Por el transcurso de un periodo igual al máximo de duración de la pena señalada, aumentada en una tercera parte, no pudiendo exceder dicho termino de 20 años, ni ser inferior a 3; 3º. A los 5 años, en los delitos penados con multa; 4º. A los 6 meses, si se tratare de faltas.

De las definiciones anteriores, se concluye en que la inmunidad es un privilegio el cual se les otorga por el cargo que ostentan los funcionarios públicos que gozan de ella. Algo importante a destacar es que dicha de la inmunidad no es absoluta, ya que únicamente dura mientras el funcionario se mantiene el cargo, teniendo como característica la temporalidad, por lo tanto, no significa un modo de impunidad en la legislación guatemalteca, ya que si bien, esta figura jurídica es considerada por la legislación penal como un obstáculo a la persecución, únicamente se da este obstáculo mientras dure el cargo.

Por lo tanto, si el antejuicio es declarado sin lugar, al momento que el dignatario o funcionario finaliza el cargo, cualquier persona tiene la facultad de presentar una



denuncia, para que el Ministerio Público inicie la investigación en contra del funcionario que se presume ha cometido un hecho delictivo.

2.8.4 Juridicidad del derecho de antejuicio

Esta es una función a la cual le corresponde la tarea de realizar actos que crean circunstancias particulares, que son concretas e individuales y que buscan solventar alguna controversia, a través de esta función los y las congresistas declaran la existencia de un deber o de un derecho dado.

2.8.5 Como excepción constitucional

El principio de igualdad ante la ley está consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que, salvo que la misma Constitución Política de la República de Guatemala limita la aplicación del mismo, dicho principio es de observancia general. Inequívocamente, una limitación constitucional a la aplicación de la igualdad ante la ley es la concesión del derecho de antejuicio, por razones anteriormente expuestas.

Empero, la Constitución Política de la República de Guatemala, si bien concede el derecho de antejuicio para proteger determinados cargos públicos, en forma directa o indirecta, no contempla la posibilidad de que mediante leyes o tratados se puedan

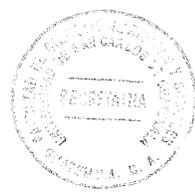


decretar otras excepciones a la aplicación del principio de igualdad ante la ley; o sea que no admite que se decreten otras excepciones por medio de la legislación ordinaria.

2.8.6 Cuestionable otorgamiento por medio de leyes constitucionales

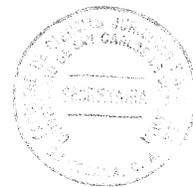
La Constitución Política de la República de Guatemala califica como constitucionales las leyes decretadas por la Asamblea Nacional Constituyente, es decir por el poder constituyente del Estado. Dichas leyes tienen la característica de que requieren para su reforma el voto favorable de, por lo menos, las dos terceras partes de los diputados al Congreso de la República, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

De ahí, salvo el hecho que fueron emitidas por la Asamblea Nacional Constituyente y que algunas sean consideradas de orden público, ordenamiento jurídico de los órganos del Estado, es decir, el derecho público. Por virtud del cual prevalecen sobre el orden privado cada vez que una ley tenga aquel carácter quedara restringido un derecho individual, no tienen especial jerarquía legal en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir que, en materia de derechos humanos, están sujetas a la regulación prevista en los respectivos tratados.



2.8.7 El principio de igualdad no extensivo por medio de leyes ordinarias

El principio de igualdad ante la ley está también plasmado en el Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por medio del Decreto número 6-78 del Congreso de la República y ratificada por el Gobierno de la República el 27 de abril de 1978; y a la luz de lo preceptuado en el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que determina que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, por lo que no es factible, que, mediante una ley ordinaria, se concedan derechos de antejuicio, en forma directa o indirecta.



CAPÍTULO III

3. Competencia para conocer el procedimiento de antejuicio

El Artículo 12 de la Ley en Materia de Antejuicio establece lo siguiente: Competencia: “Tienen competencia para conocer el antejuicio; el Congreso de la República; la Corte Suprema de Justicia; y las Salas de la Corte de Apelaciones, de conformidad con el procedimiento que la presente ley señala”.

3.1 Competencia del Congreso de la República de Guatemala

De conformidad con lo que establece el Artículo 13 de la Ley en Materia de Antejuicio: Al Congreso de la República; le corresponde conocer y resolver el antejuicio promovido en contra de los dignatarios y funcionarios siguientes:

- a) Presidente y Vicepresidente de la República;

- b) Presidente del Organismo Judicial y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia;



- c) **Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y del Presidente y Magistrados de la Corte de Constitucionalidad.**

- d) **Ministros de Estado y Secretarios de la Presidencia de la República; Viceministros de Estado y Subsecretarios de la Presidencia de la República, únicamente cuando estén encargados del Despacho;**

- e) **Procurador de los Derechos Humanos,**

- f) **Procurador General de la Nación,**

- g) **Fiscal General de la República.**

3.2 Competencia de la Corte Suprema de Justicia

De conformidad con el Artículo 14 de la Ley en Materia de Antejucio, a la Corte Suprema de Justicia le corresponde conocer y resolver el antejucio en contra de los dignatarios y funcionarios públicos siguientes:

- a) **Diputados al Congreso de la República;**



- b) Derogado.

- c) **Secretario General, Inspector General del Tribunal Supremo Electoral y Director General del Registro de Ciudadanos;**

- d) Derogado.

- e) Derogado.

- f) **Magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones;**

- g) **Jueces;**

- h) Derogado.

- i) **Candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República;**

- j) Derogado.



k) El Contralor General de Cuentas

Derogado inciso b) según expedientes acumulados números 12-2004 y 213-2004 de la CC. Derogados incisos d), e), h) j) por el expediente número 670-2003 de la Corte de Constitucionalidad.

3.3 Competencia de las Salas de la Corte de Apelaciones

En relación a la competencia de las Salas de la Corte de Apelaciones para conocer y resolver el antejuicio el Artículo 15 de la Ley en Materia de Antejuicio al respecto establece lo siguiente: “A las Salas de la Corte de Apelaciones les corresponde conocer y resolver el antejuicio en contra de los funcionarios siguientes:”...

a) Candidatos a Alcaldes Municipales;

b) Alcaldes Municipales electos;

c) Alcaldes Municipales;

d) Candidatos a Diputados;



- e) **Diputados electos;**

- f) **Gobernadores departamentales titulares y suplentes cuando estén encargados del Despacho;**

- g) **Director General y Director General Adjunto y Subdirectores Generales de la Policía Nacional Civil;**

- h) **Agentes Fiscales del Ministerio Público.**

Derogados el inciso g) y h) por el Expediente Número 670-2003 de la Corte de Constitucionalidad.

Las salas de la Corte de Apelaciones conocerán el antejuicio cuyo conocimiento no esté atribuido por esta ley o por la Constitución Política de la República a otro órgano.



3.4 Competencia en leyes constitucionales y ordinarias

Las leyes ordinarias también otorgan inmunidades no contenidas en la Constitución. A continuación se presentan las normas aprobadas por el Congreso de la República que conceden derecho de antejucio: Ley electoral y de partidos políticos.

Artículos 143. Secretario General del Tribunal Supremo Electoral.

Artículo 146. Inspector General del Tribunal Supremo Electoral.

Artículo 158. Director General del Registro de Ciudadanos.

Artículo 166. Jefe del Departamento de Organizaciones Políticas del Tribunal Supremo Electoral.

Artículo 175. Miembros de las Juntas Electorales Departamentales y Municipales.

Artículo 184. Miembros de las Juntas Receptoras de Votos.

Artículo 217. Candidatos presidenciales y vicepresidenciales, para diputados o alcaldes.



Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del Congreso de la República:

Artículo 79. Tesorero general de la Nación, viceministros de Estado cuando no estén encargados de la cartera.

Es de observar que esta norma no tiene por finalidad otorgar inmunidad sino establecer la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer diligencias de antejuicio contra los mencionados. El Artículo 88 de la misma ley establece que es competencia de las Salas de la Corte de Apelaciones “conocer de los antejuicios cuyo conocimiento no esté atribuido por esta ley o por la Constitución Política de la República a otro órgano.” Es decir, reconoce la inmunidad a funcionarios que no sean los contemplados en la Constitución. Vale la pena aclarar que estos artículos de la Ley del Organismo Judicial están vigentes porque no han sido expulsados del ordenamiento jurídico ni por reforma legal ni por declaratoria de inconstitucionalidad general.

Ley del Organismo Ejecutivo:

Artículos 9 y 10 Secretario General y Secretario Privado de la Presidencia.

Artículo 11. Secretario de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia.



Artículo 12. Secretario de Comunicación Social de la Presidencia.

Artículo 13. Secretario de Análisis Estratégico de la Presidencia.

Artículo 14. Secretario de Planificación y Programación de la Presidencia.

Artículo 14 Bis. Secretario de Asuntos Administrativos y de Seguridad de la Presidencia de la República.

Ley de la Policía Nacional Civil

Artículo 25. Director General, Director General Adjunto y Subdirectores Generales de la Policía Nacional Civil.

Acuerdo sede del parlamento centroamericano

Artículo 4. Concede derechos, inmunidades y exenciones a los diputados del Parlamento Centroamericano.



3.5 Criterios que deben tenerse en cuenta al tramitar un antejuicio

Las diligencias de antejuicio no tienen otro propósito más que determinar si un funcionario señalado de cometer delito debe responder ante los tribunales. No se pretende determinar ningún grado de culpabilidad por lo que resulta improcedente tramitarlas como si se tratara de un proceso penal. Constituyen no otra cosa que un procedimiento preparatorio y no prejuzga sobre la culpabilidad. De esa cuenta los diputados a quienes corresponda conocer de esas diligencias deben ser cuidados.

De esa cuenta, la comisión pesquisadora no debe hacer otra cosa que verificar la denuncia o la querrela, verificar que el funcionario goza de inmunidad, recabar información que pueda informar al pleno para que se forme criterio sobre si debe declarar que ha lugar o no, y abstenerse de realizar diligencias tales como “abrir a prueba” o iniciar un contradictorio entre acusación y defensa. Tampoco debe interrogar al funcionario investigado ni tratar de obtener confesión alguna. Cualquier procedimiento anómalo puede dar al traste la institución y convertirla en algo inútil. Su función principal es determinar si una denuncia o querrela ha sido presentada con fines distintos a la justicia, es decir, con motivaciones de obstaculizar la función pública.



3.6 Procedimiento de tramitación del antejuicio

El procedimiento del antejuicio está regulado en nuestro ordenamiento jurídico en varias leyes, dependiendo del funcionario contra quien se haya presentado denuncia o querrela por la comisión de un delito, y en consecuencia el órgano jurisdiccional que deba de conocer del antejuicio. La Constitución Política de la República señala quienes son las personas que en los organismos del estado deben tener a cargo el procedimiento del antejuicio.

La Ley del Organismo Legislativo regula el procedimiento de antejuicio contra los funcionarios que la Constitución Política de la República establece y los diputados en caso de la comisión de delito flagrante, por uno de estos funcionarios. En la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Ley de Materia de Antejuicio, se establecen procedimientos que deben seguirse, previo a resolver los antejuicios a saber:

3.6.1 Procedimiento previsto en la Constitución Política de la República de Guatemala

El Artículo 165, literal h, de la Constitución Política de la República establece que: “Son atribuciones del Congreso de la República, 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 Republica, Sub-Secretarios que los sustituyan, Procurador de los Derechos Humanos, Fiscal General y Procurador General de la Nación.

En ese sentido toda resolución sobre esta materia ha de tomarse con el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso. Es decir que el Congreso de la Republica para declarar que ha lugar o no formación de causa penal contra algún servidor público que goce de derecho de antejucio debe contarse con el voto favorable de, por lo menos, las dos terceras partes de los diputados al Congreso, cuando este fuere competente para resolver.

3.6.2 Procedimiento previsto en la Ley en Materia de Antejucio

El Artículo 4 de la Ley en Materia de Antejucio dispone: “El antejucio se origina por denuncia ante el juez de paz o querrela presentada ante juez de primera instancia penal. La denuncia o querrela podrá ser presentada por cualquier persona a la que le conste la comisión de un acto o hecho constitutivo de delito por parte de un dignatario o funcionario público, y no simplemente por razones espurias, políticas o ilegítimas.”

En la opinión del autor Mario Fuentes Destarac la frase “y no simplemente por razones espurias, políticas o ilegítimas” está de más porque se sobreentiende que un



procedimiento de antejuicio debe originarse de la presunta comisión de un hecho punible.”⁵⁵

3.6.3 Procedimiento específico del antejuicio ante el Congreso de la República de Guatemala

Este procedimiento está regulado en la Ley en Materia de Antejuicio, el cual se detalla a continuación:

- a) **Iniciación:** Se puede iniciar por una denuncia o querrela presentada en contra de un dignatario o funcionario que goce del derecho de antejuicio.

- b) **Recepción:** Recibidos los autos para su conocimiento, la junta directiva lo deberá hacer saber al pleno del Congreso que en próxima sesión ordinaria que se deberá celebrarse en un plazo no mayor de 8 días, después de su recepción, iniciará el trámite del asunto.

- c) **Integración de comisión pesquisidora:** En esa misma sesión el pleno del Congreso integrara una Comisión Pesquisidora, conformada por cinco miembros por sorteo que se realizara entre todos los diputados, salvo el Presidente del Congreso.

⁵⁵ **Ibid.** Pág. 12.



El Artículo 10 de la Ley en materia de Antejudio regula las atribuciones de la comisión pesquisidora y del juez pesquisidor, las cuáles son importantes a saber en la presente investigación, siendo las siguientes:

- 1) Analizar los documentos;
- 2) Solicitar la ratificación de la denuncia o querella.
- 3) Escuchar al funcionario público o dignatario contra quien se hubiere presentado la denuncia o querella.
- 4) Practicar cuantas diligencias se estime pertinentes para el esclarecimiento del hecho.
- d) Remitir su informe circunstanciado al órgano que la comisionó.

Así mismo el Artículo 11 de la Ley en Materia de Antejudio regula las prohibiciones de la comisión pesquisidora y del juez pesquisidor, siendo las siguientes:

- 1) Arrogarse facultades que competen a los jueces y Ministerio Público;



- 2) **Tipificar un hecho como delito;**

- 3) **Determinar la culpabilidad o la inocencia delo dignatario o funcionario público.**

- 4) **Decisión de la comisión Pesquisidora: Se adoptaran por mayoría de votos.**

- e) **Procedencia:** La comisión pesquisidora examinará el expediente y demás documentos que hubieren, oirá a los promotores del antejuicio, así como al funcionario contra quien este enderezado el asunto y practicara las diligencias que soliciten las partes recabando toda información y documentación que cualquiera de los miembros de la comisión considere pertinente, con el propósito de establecer la veracidad de los hechos denunciados y si estos pueden o no suponer la existencia de un hecho que por su naturaleza deba ser conocido por un juez del ramo penal.

- f) **Emisión de informe circunstanciado:** Al finalizar su investigación y consideraciones la comisión emitirá un informe circunstanciado, del que dará cuenta al pleno en sesión ordinaria del Congreso.



- g) **Discusión del informe circunstanciado:** El pleno del Congreso conocerá del expediente instruido y del informe circunstanciado de la comisión Pesquisidora en sesión ordinaria procediéndose para su discusión.
- h) **Votación:** Agotada en el pleno la discusión del informe de la comisión pesquisidora se procederá a votar. Para declarar con lugar o sin lugar un antejudio es necesario el voto en uno u otro sentido de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso.
- i) **Declaratoria:** El pleno del Congreso conocerá el expediente instruido y la resolución emitida por la comisión pesquisidora, si el voto de las dos terceras partes del total de diputados es afirmativo se declara con lugar el antejudio, si el voto es negativo es declarado sin lugar el antejudio.





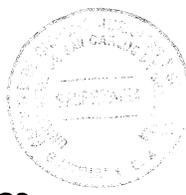
CAPÍTULO IV

4. Teoría tridimensional del derecho

La tesis tridimensional del derecho, es sostenida por diversos juristas y autores entre los que destacan Miguel Reale y Carlos Fernández Sessarego. Concibe al fenómeno jurídico desde el punto de vista de tres dimensiones, las cuales son: fáctica, normativa y axiológica.

El creador de esta teoría es el profesor Miguel Reale y se caracteriza porque existen tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica que son el hecho social, valor y norma. La correlación de estas se da cuando se conjugan el hecho social con el valor de lo que resulta la norma. Por lo tanto la ciencia del derecho es una ciencia normativa jurídica.

La elaboración de las normas está condicionada por múltiples hechos y valores y sobre algunos de ellos se opta por razones de oportunidad y prudencia para generar soluciones reguladoras. Por lo que la experiencia jurídica se da en base a distintos modelos de organización y de la conducta humana.



En consecuencia, la norma jurídica debe ser interpretada en base a los hechos sociales y valores que condicionen su aparición el objetivo en todo caso es el mismo romper con las practicas locales seguidas para integrar normas, hechos y ejecutar una ruptura que, al fin de a la normatividad una independencia sistemática. La cualidad que defina al sistema jurídico sería la de la formalidad que en su dimensión sustantiva supone que las leyes adoptan la forma de reglas explicitas e impersonales. Las personas es el fundamento y fin del derecho.

4.1 Manifestaciones de la teoría tridimensional del derecho

La teoría tridimensional del derecho se presenta, en primer lugar, como conclusión necesaria en torno a dos investigaciones previas: La primera investigación la presenta como conclusión al estudio fenomenológico sobre la realidad jurídica, en el que se descubrió su esencial naturaleza tridimensional. Y la segunda investigación como necesidad puesta de manifiesto tras la reflexión crítico-axiológica sobre las diferentes interpretaciones del derecho.

En general, todas las concepciones tridimensionales, lleven o no esta denominación, se caracterizan, afirma el excelentísimo jurista brasileño Reale, "por la aceptación de los tres niveles o dimensiones supra indicados; usualmente indicados con las palabras hecho, valor y norma; así como por la intención de superar las concepciones unilaterales del



derecho en busca de una comprensión integral de la misma, aunque no siempre lo consigan, como veremos.”⁵⁶

Pero si bien todas parten de este principio común, no todas han comprendido del mismo modo la relación entre estos elementos, dando lugar a diferentes concepciones e interpretaciones, que pueden agruparse en torno a estas dos denominaciones:

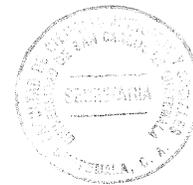
“La primera denominación se refiere al tridimensionalismo genérico o abstracto, que comprende aún la relación en términos abstractos o antinómicos. Y la segunda denominación es el tridimensionalismo específico, que representa un grado posterior de desarrollo, caracterizado por la superación del análisis abstracto y antinómico. Seguidamente nos ocuparemos de su estudio, matices y diferencias, ubicando el lugar en el que se sitúa la teoría de Miguel Reale.”⁵⁷

4.1.1 Tridimensionalismo genérico o abstracto

Está integrado por aquellas concepciones tridimensionalistas que, aunque diferencian claramente entre los tres elementos indicados, comprenden su relación aún en términos abstractos o antinómicos, según sean los casos.

⁵⁶ **Ibid.** Pág. 23.

⁵⁷ Reale, Miguel. **Teoría tridimensional del derecho.** Pág. 24.



4.1.2 Tridimensionalismo en Alemania

Inicia el jurista Reale este recorrido por las diferentes posiciones del tridimensionalismo genérico, con la corriente jurídica ligada a la escuela sudoccidental Alemana, no sólo con el propósito de seguir un orden cronológico, dice, sino por su importancia fundamental en la historia de las Ideas contemporáneas centrándose en el Trialismo de Lask y de Radbruch.

4.1.3 Tridimensionalismo según el profesor Reale

Tal como acabamos de analizar líneas anteriores de este capítulo, la teoría tridimensional del derecho surge, “en primer lugar como exigencia del método fenomenológico aceptado por Reale. De lo que se desprende, por una parte, su fidelidad a los presupuestos metodológicos aceptados como punto de partida, y por otra se cumple la primera verdad puesta de manifiesto por la ontognoseología jurídica, a saber: La correlación esencial entre el concepto del Derecho y su objeto.”⁵⁸

Por lo que, como afirma Reale en diferentes ocasiones, su teoría no es fruto sólo de la “especulación gnoseológico-racional”, sino que ésta, como descripción teórica del

⁵⁸ **Ibid.** Pág.25.



Derecho, es de naturaleza tridimensional porque la realidad jurídica que intenta explicar, así se ha presentado en su análisis fenomenológico.

Fue la comprensión del problema jurídico en estos términos, lo que le condujo hasta la formulación de su mundialmente conocida “teoría tridimensional del derecho”, Su desarrollo, dentro de contexto general de su pensamiento, ocupa, creemos, un lugar preeminente, por diversas razones.

En primer lugar, porque de aquí arrancan sus primeros escritos de juventud, en respuesta a las inquietudes sobre la fundamentación del Derecho; en segundo lugar, porque si bien fue una preocupación que tuvo desde el inicio de sus investigaciones, ésta ha ido adquiriendo diferentes matices, al paso que ha ido evolucionando su propio pensamiento; y en tercer lugar, aunque en íntima relación con lo dicho, porque siendo ésta una problemática que surgió en el ámbito jurídico, terminó por traspasar sus límites en busca de una respuesta de carácter filosófico general.

En apoyo de mi interpretación, a parte de sus propias palabras, resulta especialmente significativa la contextualización que el autor Hernández Gil hace de su pensamiento. Significativa, porque siendo su trabajo un amplio estudio de las diferentes “formas de saber jurídico” y dedicando a la obra de Reale el breve espacio que un estudio de estas características conlleva, sin embargo su análisis me parece agudo y penetrante, siendo que no lo he encontrado tan claramente formulado en otros estudios más relacionados con los trabajos de Reale.



En resumen, en todo proceso normativo intervienen tres elementos:

- a) Un complejo axiológico, integrado por los fines y valoraciones que se quieren preservar, reconocidos como motivos fundamentales de la conducta y la convivencia social.

- b) Un complejo fáctico, que nunca es un acontecimiento aislado, sino un conjunto de circunstancias, como complejo de fuerzas de distinta naturaleza que rodean al hombre solicitando su atención, y provocando su análisis y consideración.

- c) Un complejo de proposiciones normativas posibles, representadas por una serie de “fines y valoraciones que se muestran al legislador como motivos ideológicos” que condicionarán su decisión final, en la que una de las opciones posibles se convertirá en un norma jurídica.

4.2 Dimensiones de la teoría tridimensional del derecho

El creador de esta teoría es el profesor Miguel Reale y se caracteriza porque existen tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica que son: fáctica o sociológica, normativa y axiológica. La correlación de estas se da cuando se conjugan el hecho social con el valor de lo que resulta la norma. Por lo tanto la ciencia del derecho es una ciencia normativa jurídica. A continuación describiremos cada una.



4.2.1 Dimensión fáctica

Llamada también sociológica, la “manifestada como un hecho social, esta dimensión observa al derecho como un acontecer que se presenta de manera cotidiana en la vida de las personas, a este fenómeno se le conoce como “La Omnipresencia del Derecho”. De igual forma, al ser un fenómeno social, el Derecho forzosamente se encuentra interrelacionado con los demás fenómenos que podemos encontrar dentro de la vida comunitaria, como lo son los fenómenos económicos y políticos.”⁵⁹

Análisis desde el punto de vista de la dimensión fáctica

En virtud que la teoría indica que en esta dimensión se analiza, como ha sido aceptado, como funciona la norma y al ser puesto en vigencia, en verdad regulará una necesidad de la sociedad, los habitantes lo ven bien, para obtener datos acerca de esto, sería imposible preguntarle a cada habitante de la República de la Guatemala su opinión en relación a esta dimensión, por lo que esta ponencia resuelve que es necesario aportar las siguientes entrevistas:

Entrevista realizada a la Jueza de Primera Instancia Penal Silvia Patricia Morales Requena

⁵⁹ https://es.wikipedia.org/wiki/Tesis_tridimensional_del_Derecho (05 de mayo de 2,017).



¿Cree usted que los funcionarios públicos encuentran impunidad, en la figura del antejuicio? Respondió que no, porque cada funcionario público tiene legalmente establecidas las funciones y atribuciones propias de su cargo, de esa cuenta, el antejuicio es realmente una protección para cumplirlas a cabalidad, sin poder ser atacado o presionado mediante denuncias penales.

¿Cree usted que el antejuicio es una figura necesaria en la legislación guatemalteca? Indicó que si, en virtud de que constituye una protección de los cargos públicos, a efecto que quien los atenta puede emitir presiones o injerencias en el cumplimiento de las funciones.

¿Cree que el antejuicio, se ha desnaturalizado? Respondió que no porque considera que si bien, algunas personas han tomado el antejuicio como una ventaja, pero no todos lo han hecho.

¿Apoyaría una iniciativa de ley que suprima el antejuicio a los alcaldes y gobernadores? Indicó que no, puesto que considera que el antejuicio fue establecido, como respuesta a las necesidades de desempeñar con tranquilidad y transparencia algunos cargos de la administración pública, entre ellos los Alcaldes y Gobernadores, que también en cumplimiento de las funciones podrían llegar a ser presionados al ejercerlas.



¿Qué funcionarios públicos cree que no deberían de gozar de antejucio? La señora Juez considera que todos los funcionarios públicos que determina la Constitución deben gozar del antejucio.

Entrevista realizada a la Directora General Adjunta de la Dirección General de Migración de la República de Guatemala, Licenciada Rosalba Edelvina Navarro Velásquez

¿Cree usted que los funcionarios públicos encuentran impunidad, en la figura del antejucio? Indicó que sí, porque ellos se respaldan en su actuar debido al sistema de corrupción que estamos viviendo y que está empobreciendo al país.

¿Cree usted que el antejucio es una figura necesaria en la legislación guatemalteca? Respondió que sí, pero no es aplicable para todos, debe evaluarse su honorabilidad, desempeño en su real actuar y que hacer de su cargo.

¿Cree que el antejucio, se ha desnaturalizado? Su respuesta fue si, debido a que la corrupción que existe en Guatemala, se debe a esa figura, por medio del goce de esa garantía los públicos cometen actos de corrupción.

¿Apoyaría una iniciativa de ley que suprima el antejucio a los alcaldes y gobernadores? Respondió que sí, porque es necesario determinar si los Alcaldes y Gobernadores deben gozar de la figura de antejucio en relación al cargo que desempeñan.



¿Qué funcionarios públicos cree que no deberían de gozar de antejuicio? La señora Directora General Adjunta respondió que los Diputados al Congreso de la República de Guatemala y los Alcaldes.

Entrevista realizada al asesor jurídico el Licenciado Augusto Rolando De León Nowell

¿Cree usted que los funcionarios públicos encuentran impunidad, en la figura del antejuicio? Indicó que sí, porque utilizan la prerrogativa como instrumento que impide el inicio de una investigación, asegurando con ello el retardo en la aplicación de Justicia.

¿Cree usted que el antejuicio es una figura necesaria en la legislación guatemalteca? Respondió que no, porque Guatemala es un país en vías de desarrollo, su sistema de Justicia resulta ser muchas veces inoperante, sumado a esto el ente encargado de la investigación y persecución penal se ve limitado a no ejercer esa función, derivado a que encuentra un obstáculo en el antejuicio. El Legislador ha creado figuras para su beneficio y no para el beneficio del pueblo.

¿Cree que el antejuicio, se ha desnaturalizado? Al respecto indicó que sí, porque el objeto de dicha prerrogativa es el de evitar que los funcionarios públicos o dignatarios sean sometidos a procedimiento penal por denuncias o querellas fundadas en razones espurias, políticas o ilegítimas. Ahora éste se utiliza como herramienta para garantizar la impunidad.



¿Apoyaría una iniciativa de ley que suprima el antejuicio a los alcaldes y gobernadores?

Respondió que sí, en primer lugar porque al tenor de lo establecido en el artículo 4 Constitucional, en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. En segundo lugar porque vemos la cantidad exagerada de ex alcaldes y ex gobernadores que actualmente enfrenan procesos penales derivado de la comisión de delitos en el ejercicio del cargo.

¿Qué funcionarios públicos cree que no deberían de gozar de antejuicio? El Licenciado De León indico a su criterio particular ningún funcionario público o dignatario debe gozar de la prerrogativa del antejuicio.

Podemos mencionar un antecedente en el cual una norma no fue aceptada por los habitantes de la República de Guatemala, el sistema anglosajón de Mariano Gálvez en cuanto al proceso penal el cual consistía en modelos de jurados, la población no se adaptó a ella, en virtud de que la mayoría de la población se ceñía por las costumbres de cada pueblo.

Así también es necesario ver lo que podemos hacer ver a las personas, para determinar el funcionamiento de la norma como tal, en cuanto a las necesidades de la Sociedad en general.



En consecuencia es importante traer a colación el caso de la exmagistrada de la Corte Suprema de Justicia Blanca Stalling. A quién el pasado 19 de enero del año 2017, se le inició proceso para retirar la inmunidad la cual fue solicitada por la fiscalía especial contra la Impunidad (Feci) del Ministerio Público (MP), luego de que el juez Carlos Giovanni Ruano Pineda denunció presiones de Stalling para que beneficiara a su hijo Otto Molina Stalling en el juicio de corrupción IGSS-Pisa.

Los magistrados resolvieron el trámite en una sesión extraordinaria pero Stalling se resistía a renunciar al cargo y reprochó que desde que opera la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (Cicig), se han visto casos "fantásticos, dignos de una novela". La magistrada sostuvo que "nunca pediría a ningún juez que haga algo ilegal" y espera que se haga justicia en cada caso particular."⁶⁰

También es importante traer a colación una entrevista realizada el pasado 22 de noviembre de 2016, por el Diario la Hora a la señora Fiscal General de la República de Guatemala la Licenciada Telma Aldana, en relación al antejuicio quién al respecto dijo lo siguiente:

⁶⁰ <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/csj-da-tramite-antejuicio-contra-blanca-stalling> (05 de junio de 2017).



...“Que ha manifestado desde años atrás que el Antejucio no debería estar regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco porque le da calidad privilegiada a algunos ciudadanos y debemos de tener presente que inmunidad no equivale a impunidad y que debemos de facilitar las investigaciones para poder tener un sistema transparente, y cree que cualquier persona que quiera ocupar un cargo de elección popular debe ser una persona que su actuación esté basada en la honradez y la transparencia y sin duda se va a evitar antejucios, ella mantiene el optimismo cree que los Diputados harán un buen análisis y si van a incorporar cambios a la propuesta ojalá sea para enriquecer y sea para mejorar y que esto nos permita empezar a fortalecer las instituciones del sistema de Justicia que es lo que Guatemala necesita...”⁶¹

Así mismo el 26 de abril del año 2016, los Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial presentaron una propuesta para la discusión de reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en Materia de Justicia conformándose como secretaría técnica el Ministerio Público (MP), el Procurador del Derechos Humanos (PDH) y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (Cicig), dentro de dichas reformas se pretenden adicionar el Artículo 154 bis, en la Constitución Política de la República de Guatemala el cual queda así:

...Artículo 154 Bis. Antejucio. El antejucio es la garantía que gozan los dignatarios y funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, para no ser detenidos ni sometidos a

⁶¹ <https://www.youtube.com/watch?v=RGrWNvhZzvM> (05 de junio de 2017).



procedimiento penal, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa, salvo en caso de flagrancia...

Esta garantía tiene como objetivo preservar la función pública y que las potestades de que están investidos los dignatarios y funcionarios públicos no se vean interrumpidas injustificadamente con menoscabo de la continuidad y eficiencia de tales funciones; y viabiliza la persecución penal en los casos en que existe mérito para ello.

Gozan de antejuicio los siguientes funcionarios:

- a) Presidente y Vicepresidente de la República.
- b) Diputados al Congreso de la República.
- c) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.
- d) Magistrados del Tribunal Supremo Electoral.
- e) Magistrados de la Corte de Constitucionalidad
- f) Ministros de Estado.



- g) Viceministros cuando estén encargados del despacho.
- h) Secretario General y Secretario Privado, de la Presidencia de la República
- i) Procurador de los Derechos Humanos.
- j) Fiscal General y Jefe del Ministerio Público.

Es importante mencionar que en esta propuesta se suprime el antejuicio a los Alcaldes y a los Gobernadores. Sin embargo en el proceso legislativo correspondiente no fue aprobado, por lo que se demuestra que las intenciones de lo que proponen la reforma no prosperó y no aceptada por los representantes del pueblo, que son los Diputados del Congreso de la República.

4.2.2 Dimensión normativa

En esta dimensión, se reconoce al fenómeno jurídico en su presencia estrictamente jurídica. Así, “el derecho se caracteriza entonces por establecer las conductas sociales que los individuos deben asumir dentro de la vida en comunidad. Como consecuencia de



esto, esta dimensión se ve reflejada en las normas jurídicas que prescriben una conducta social debida. A esto se le conoce como norma jurídica.”⁶²

Derivado de la definición anterior en este punto es muy importante señalar que, dentro de la sociedad podemos encontrar diferentes tipos de conductas debidas y de normatividades, como lo son las normas morales y religiosas. Sin embargo, las normas jurídicas (o las normas de derecho) se van a distinguir de las dos anteriores debido a que cuentan con una nota muy particular que es la coacción. Esta coacción implica la facultad de hacer cumplir una norma jurídica incluso en contra de la voluntad de los individuos a través del uso de la fuerza legitimada e institucionalizada del poder político y soberano.

Análisis desde el punto de vista de la dimensión normativa

El Decreto 85-2002 Ley en Materia de Antejucio fue creada por el Congreso de la República es una norma ordinaria en virtud de que la ley suprema y reguladora es la Constitución Política de la República de Guatemala pero a pesar de que es una norma ordinaria nace del derecho constitucional.

Es importante hacer una reflexión sobre la normas antinomias, como base tomaremos los tres tipos de conflictos normativos, que establece Hans Kelsen.

⁶² https://es.wikipedia.org/wiki/Tesis_tridimensional_del_Derecho (05 de mayo de 2,017).



Uno de estos conflictos normativos serían los bilaterales-unilaterales, serían bilaterales cuando la aplicación de una norma supusiera la violación de otra, transformándose en unilaterales en el caso de que la aplicación de una de las dos normas supusiera la violación de otra, pero no a la inversa, es decir, que el cumplimiento de la segunda no implicaría la violación de la primera.

Las antinomias, según el autor también pueden ser totales-parciales: en este caso, sería total cuando el cumplimiento de una de las normas supusiera la completa violación de la segunda, mientras que si solamente implicara una violación parcial de esta última nos encontraríamos ante un conflicto parcial entre ambas.

Otra tercera clasificación consiste en la diferencia entre los conflictos normativos necesarios y posibles. El primero de estos se daría cuando la aplicación de una de las normas implicara la violación de la otra que forma parte del conflicto. Constituyéndose un conflicto posible cuando el cumplimiento de dicha norma supone sólo de manera posible la violación de la otra.

De la clasificación anterior podemos establecer que en la presente investigación lo relativo al antejuicio en conflictos normativos llamadas comúnmente antinomias podemos establecer y aplicar la normativa unilateral, en virtud de que la familia de un funcionario público no goza de este derecho.



Es importante mencionar la estructura del Decreto 85-2002 del Congreso de la República Ley en Materia de Antejucio siendo la siguiente: Tiene dos considerandos, cinco capítulos y 23 Artículos incluyendo dentro los mismos las disposiciones finales, transitorias, y derogatorias.

Es consecuencia los considerandos si se relaciona con el contenido de la norma, en virtud de explícitamente establecen que el derecho de antejucio ha sido concedido a determinadas personas que están al servicio del Estado para preservar la estabilidad del desempeño del cargo y garantizar el ejercicio de la función público, así mismo dentro de los mismos se establecen la importancia de establecer un procedimiento uniforme para el trámite de antejucio, determinar el ámbito de su aplicación, procedimiento y efectos legales.

Fue promulgado con fecha el uno de febrero del año dos mil tres, fue publicado en el Diario Oficial tal Decreto previo a la vigencia pasó el proceso legislativo como ser, cumpliendo con todas las etapas del mismo. Contiene normas sustantivas las cuales están contempladas del Artículo 3 al 15 de dicho cuerpo legal y las normas adjetivas que contiene están contenidas del Artículo 16 al 20.

La Ley en Materia de Antejucio contiene definiciones que determinan el espíritu de la misma, en la presente investigación es importante transcribir la contenida al tenor del Artículo tres de dicha norma, la cual dice literalmente así:



...Derecho de antejuicio es la garantía que la Constitución Política de la República o leyes específicas otorgan a los dignatarios y funcionarios públicos de no ser detenidos ni sometidos a procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley. El antejuicio es un derecho inherente al cargo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable...

El derecho de antejuicio termina cuando el dignatario o funcionario público cesa en el ejercicio del cargo, y no podrá invocarlo en su favor aun cuando se promueva por acciones sucedidas durante el desempeño de sus funciones, esta definición es útil para la interpretación.

Dentro de la presente investigación es importante mencionar los artículos que hay de referencia en la Constitución Política de la República de Guatemala en relación a los funcionarios públicos que gozan del antejuicio, siendo los siguientes:

- a) Diputados al Congreso de la República. Artículo 161 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- b) Secretarios de la presidencia. Artículo 202 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



- c) **Magistrados y Jueces. Artículo 206 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- d) **Gobernadores departamentales. Artículo 227 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- e) **Contralor General de Cuentas. Artículo 233 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- f) **Fiscal general de la Nación. Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- g) **Procurador general de la nación. Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- h) **Alcaldes municipales. Artículo 258 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- i) **Magistrados de la Corte de Constitucionalidad. Artículo 270 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**

- j) **Procurador de los Derechos Humanos. Artículo 273 de la Constitución Política de la República de Guatemala.**



4.2.3 Dimensión axiológica

“Esta dimensión es la que concibe al derecho como valor, portador y garantizador de otros valores superiores. Detrás de la existencia de las normas jurídicas, y como razón de su obligatoriedad, se encuentran los valores que necesariamente son perseguidos por todo derecho.”⁶³

La dimensión axiológica según el autor Miguel Reale

La axiología de Reale reconoce la necesidad de un fundamento de los valores que vaya más allá del hombre mismo, sin embargo, es también esencialmente historicista, puesto que reafirma la dimensión histórica que tienen los valores, siendo éstos manifestados por un ser naturalmente temporal. Este historicismo axiológico, como el mismo Reale lo denomina, se fundamenta obviamente en su ontognoseología.

Esta valorización de la dimensión histórica de los valores se explica a partir de la afirmación metafísica y gnoseológica de la existencia de un a priori material, tal como hemos visto en sus análisis de los aportes de Kant y de Husserl. En efecto, la filosofía de Reale se propone completar la visión de los objetos y de la realidad del mundo con la consideración de este aspecto olvidado por el idealismo.

⁶³ **Ibid.**



Este historicismo, además, está estrechamente vinculado con la cultura, aspecto único para Reale. La historia tiene una relación esencial con la cultura, ya que como producto de la obra del hombre, se materializa en diferentes momentos históricos y modelos culturales. Sin embargo, también los valores que proyecta el hombre se desarrollan en este proceso evolutivo temporal. El profesor Reale manifiesta que “los valores, en efecto, no son seres existentes en sí, como realidades ideales que están fuera del hombre, sino que están en relación necesaria con el hombre que descubre las cosas que son valiosas en su existencia.”⁶⁴

Análisis desde el punto de vista de la dimensión axiológica

Se refiere a que la norma que está a punto de nacer, tiene que promulgarse en concordancia a los valores jurídicos, que promulga el Estado de Guatemala, estos los podemos encontrar en el considerando de la Constitución de la República de Guatemala, el cuál literalmente dice:

...INVOCANDO EL NOMBRE DE DIOS Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la

⁶⁴ Reale. Op. Cit. Pág.32



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; inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho...

Los valores axiológicos de la Constitución Política de la República de Guatemala fundamentales son la: legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, en consecuencia podemos analizar que el Decreto 85-2002 del Congreso de la República Ley en Materia de Antejucio no contradice estas normas.

Asimismo es necesario establecer un procedimiento uniforme para el trámite de antejucio; así como determinar el ámbito de su aplicación, procedimiento y efectos legales, ya que la normativa vigente se encuentra dispersa en leyes de diversa naturaleza; por lo que debe hacerse una ley que contenga las disposiciones adecuadas para viabilizar el trámite de dicho proceso.

También es conveniente desentrañar el espíritu de la figura del antejucio, y que mejor que analizar el diario de sesiones de los señores constituyentes de la República de Guatemala, que contiene las memorias y discusiones, que se realizaron al formar cada Artículo de la Constitución de la República, para lo cual cito lo siguiente. "EL R. MALDONADO AGUIRRE. — Solamente quiero hacer el señalamiento respecto al inciso



8°. En donde están mencionados precisamente los magistrados y la Corte de Constitucionalidad. Es, simplemente, para que el señor Representante Molina Mencos, presente alguna enmienda por supresión, para estar congruente con el argumento anterior que dio. Muchas gracias”⁶⁵

Nos podemos dar cuenta que el constituyente citado, no hace referencia al sentido axiológico, nada más da su aprobación, por lo que queda de tarea a la doctrina analizarlo para la debida aplicación.

⁶⁵ **Diario de sesiones.** sección 58. Pág. 95



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho de antejuicio es un privilegio exclusivo y excluyente destinado a la defensa y consolidación de la función pública, es creado por el Estado para proteger al funcionario público de no ser sometido a proceso penal sin que haya previa declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa, de conformidad con las disposiciones establecidas en la Ley en Materia de Antejuicio.

El antejuicio incorrectamente aplicado, se ha usado como mecanismo de impunidad y corrupción, que suspende o paraliza de hecho la búsqueda de información, hasta el grado de suspender las investigaciones que se podrían realizar. La práctica ha demostrado que durante la tramitación de antejuicios, los dignatarios o funcionarios públicos continúan en el ejercicio de sus cargos, lo que les facilita el utilizar influencias para retardar diligencias, destruir medios de investigación o alteración de medios de convicción, por lo cual es primordial que debe ser subsanado.

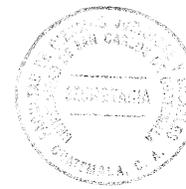
Los organismos del Estado que ostentan el poder público, como la población guatemalteca, deben tomar en consideración que, por la mala utilización del derecho de antejuicio el Decreto 85-2002 del Congreso de la República Ley en Materia de Antejuicio es necesario realizar reformas a la misma, en las cuales se incluyan figuras jurídicas que determinen el buen uso del antejuicio; teniendo en cuenta que, dichas reformas, deben ser posibles y oportunas por el hecho de referirse a grandes intereses de la sociedad.





ANEXOS





ANEXO I

Presentación y análisis del trabajo de campo

Dentro de la presente investigación en los capítulos anteriores se ha podido desarrollar doctrinaria y legalmente el proceso de antejuicio y así como un breve estudio acerca de lo que es el principio de igualdad ante la ley, siendo el derecho de antejuicio un proceso sui generis, lo importante es determinar si el mismo está siendo utilizado por los funcionarios públicos para evadir las responsabilidades penales, se ha mencionado anteriormente el derecho de antejuicio aplica solamente al cargo y no a la persona, por lo que no debe ser utilizado para cometer hechos delictivos al amparo de esta figura.

No obstante lo expuesto, debido a la amplitud de servidores públicos beneficiarios y la falta de regulación específica y concreta sobre el procedimiento el antejuicio ha sido utilizado reiteradamente como una herramienta que obstaculiza la averiguación de la verdad en hechos delictivos y en definitiva, como un mecanismo más que promueve la impunidad, por lo que es necesario reformar el Decreto 85-2002 del Congreso de la República Ley en Materia de Antejuicio, por tal motivo se llevó a cabo una investigación de campo, en la cual se entrevistó a dirigentes de instituciones de la administración pública, abogados y notarios en ejercicio y asesores jurídicos.



El propósito fue conocer la opinión de personas en el ejercicio de la función pública en la República de Guatemala, con respecto de la figura del antejuicio, su aplicación, desnaturalización y en general la necesaria existencia de dicha figura en la legislación guatemalteca.

Presentación de las respuestas a los cuestionamientos realizados a asesores jurídicos, autoridades de instituciones de la administración pública y abogados en ejercicio.

En relación a la pregunta realizada referente a si los funcionarios públicos encuentran impunidad, en la figura del antejuicio ocho de los entrevistados respondieron que si existe impunidad porque utilizan la prerrogativa como un instrumento que impide el inicio de una investigación, realizan hechos ilícitos resguardándose en el antejuicio y porque existe un gran tiempo para que se busquen sus argumentos perversos y para ocultar algún tipo de pruebas, dos respondieron que no.

Asimismo al cuestionarlos en relación a si el antejuicio es una figura necesaria en la legislación guatemalteca nueve respondieron que si por el cargo desempeñado por el funcionario público y para garantizar la protección de su vida, uno contesto que no en virtud de que Guatemala es un país en vías de desarrollo, su sistema de justicia resulta ser muchas veces inoperante y porque se encuentra un obstáculo en el antejuicio.



También se pudo establecer que la mayoría de los entrevistados determinaron que el antejuicio es una figura necesaria en la legislación guatemalteca pero con alcances y efectos diferentes. Es necesario que la inmunidad solo sea para efectos de la no-captura inmediata pero sí para ser investigados inmediatamente.

Se les cuestionó a los entrevistados en cuanto a si el antejuicio se ha desnaturalizado, la mayoría coincidió en que si porque el objeto de dicha prerrogativa es el de evitar que los funcionarios públicos o dignatarios sean sometidos a procedimiento penal por denuncias o querellas fundadas en razones espurias, políticas o ilegítimas.

Los entrevistados en su mayoría también coincidieron en que actualmente se ha abusado de esta figura, toda vez que existen compadrazgos entre los funcionarios investigados y el ente encargado del trámite de antejuicio.

Referente a si apoyaría una iniciativa de ley que suprima el antejuicio a los alcaldes y gobernadores, dos de los entrevistados respondieron que si porque en la actualidad hay una cantidad exagerada de exalcaldes y exgobernadores que enfrentan procesos penales derivado de la comisión de delitos en el ejercicio del cargo y ocho de los entrevistados respondieron que no, en virtud de que debe existir igualdad para todos, pero deben existir límites.



Los entrevistados al cuestionarlos en relación a que funcionarios públicos no deberían gozar de antejucio, ocho de los entrevistados coincidieron que si es necesario que exista esta protección ya que está regulada legalmente, de igual manera consideran que es necesario que todos deben gozar de antejucio pero sin abusar del mismo, dos de los entrevistados respondió que ningún funcionario público o dignatario debería de gozar de esta prerrogativa del antejucio para evitar que los funcionarios y empleados públicos sean tentados o sean propensos a actos de corrupción.



BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Primera reimpresión de la 1a. ed. Buenos Aires, Argentina, Ed Heliasta, 1979.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Décima ed. Buenos Aires, Argentina, Ed Heliasta, 2006.

CALDERÓN MORALES, Hugo Horacio. **Derecho administrativo I**. 6a. ed; Ed Llerena; Guatemala, 2005.

CASTILLO GONZALEZ, Jorge Mario, **Derecho administrativo**. ed 24º, Guatemala 2014.

FONSECA PENEDO, Francisco. **El derecho de antejuicio**. (s.e.); Ed. Tipografía Nacional; Guatemala, 1979.

FUENTES DESTARAC, Mario. **El derecho de antejuicio**. (s.e.); (s.e.); Guatemala 2003.

GARCIA BELAUNDE, Domingo. **¿Antejuicio, acusación constitucional o juicio político?** 3'. ed.; Ed. Llerena; Guatemala, 1999.

GARRIDO FALLA, Fernando, Alberto Palomar Olmeda y Hermino Losada González, **Tratado de derecho administrativo**. 14'.ed. Vol. 1.

https://es.wikipedia.org/wiki/Tesis_tridimensional_del_Derecho (Consultado: 05 de mayo de 2017).

<http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/csj-da-tramite-antejuicio-contrablanca-stalling> (Consultado: 05 de junio de 2017).

<https://www.youtube.com/watch?v=RGrWNvhZzvM> (Consultado: 05 de junio de 2017).



LEGAZ y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del derecho**. 4'. ed.; Ed. Heliasta S.R.L.; Argentina, 1995.

MARTINEZ MORALES, Rafael. **Derecho burocrático**.(s.e.), México, 2006.

Ministerio Público de la República de Guatemala. **Manual del fiscal**, Guatemala. Publicación del Ministerio Publico, 2' 2001.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 37 ed. Buenos Aires, Argentina, Ed Heliasta, 2011.

PRADO, Gerardo. **Teoría del estado**. 11'. ed, Guatemala: 2003.

PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional**. 3'. ed, Guatemala: 2003.

REALE, Miguel, **Teoría tridimensional del derecho**.Madrid, España, 1997.

Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89, Congreso de República, 1989.

Convención Americana sobre Derechos Humanos., Decreto 6-78, Pacto de San José de costa Rica 1978.

Diario de sesiones.Sección 58. Guatemala 1985 Tomo III. Pág. 95.

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1971.



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

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

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto 114-97, Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley del Servicio Civil. Decreto Número 17-48, Congreso de la República de Guatemala, 1948.

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

Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto 89-2002, Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto Número 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Ley de la Policía Nacional Civil, Decreto 11-97, Congreso de la República de Guatemala, 1997.