

CONSTITUCIÓN Y CORRUPCIÓN. AUTORES QUE PERFILAN LA NATURALEZA

Alejandro MALDONADO*

SUMARIO: I. *Introducción al tema*. II. *Derecho al poder*. III. *Derecho del poder*. IV. *Derecho ante el poder*. V. *El control del poder*. VI. *Legislación de desarrollo de transparencia y control*. VII. *Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Invocando juristas de calidad, nadie mejor que a Lenio Luiz Streck, que expresa con justa vehemencia la angustia por la perversión del sistema político hundido en las trampas de la codicia, tanto para acumular cuantiosos bienes mal habidos como para afianzar más poder encima del poder que ya se tiene. Se refiere él a la desigualdad social, pero sus palabras también apuntarían a la descomposición: “los juristas [...] no pueden continuar comportándose como aquel sujeto que está al borde del Vesubio a punto de entrar en erupción. Las lavas (de la crisis social) cubrirán a todos, y en lugar de construir barreras para evitar que cubran sus casas y la ciudad, se quedan impávidos, tratando de enderezar un cuadro de Van Gogh en la pared”.¹ O bien, puesto en las bellas palabras del cuentista mexicano Eraclio Zepeda —y nada mejor que la poesía para hablarnos de las cosas del mundo— “cuando las aguas de la crecida derriban las casas y el río desborda arrasándolo todo, quiere decir que hace muchos días comenzó a llover en la sierra, aunque no nos diéramos cuenta”.

* Diputado constituyente, ministro de Educación, ministro de Relaciones Exteriores, embajador de la ONU (Nueva York y Ginebra) en México, presidente y magistrado en Corte de Constitucionalidad, en cuatro periodos, vicepresidente de la República de Guatemala (14 de mayo de 2015) y presidente de la República de Guatemala del 3 de septiembre de 2015 al 14 de septiembre de 2016.

Streck, Lenio Luiz, “Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional”, *La protección constitucional del ciudadano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

La corrupción en el poder es un mal que tiene demasiada antigüedad, tal resulta de un genial diálogo de telenovela entre Marco Antonio y Herodes (citado al final de este ensayo) aun cuando se hacen esfuerzos para refrenar ese vínculo perverso.

La sociedad califica, generalmente con buen tino, el grado que la corrupción alcanza en cada sistema o gobierno y exige medidas duras para su combate. Los frenos y contrapesos constitucionales y de las leyes ordinarias han avanzado, aunque desafortunadamente rezagadas a la astucia para mantenerla.

El ámbito nacional ha trascendido y así se han concertado acuerdos internacionales (por caso, la Convención Interamericana contra la Corrupción) que abordan abiertamente la materia y han previsto medidas colectivas para afrontarla.

Últimamente, la acción popular ha sido notable por su coraje saliendo a las plazas en protesta por los signos de la corrupción pública y esto ha significado una respuesta más convincente de los órganos de control, especialmente los judiciales. Desde luego, la severidad o el rigor no pueden alterarse con el exhibicionismo ni menos con la glorificación de los operadores, pues cumplir no es más que un deber y obligación que la misma rectitud impone a la justicia.

Los contralores sociales externos funcionan con desconocida eficacia, en particular por la velocidad y ubicuidad de las redes sociales, que, en cierta medida, son estas las que dibujan la agenda de los medios periodísticos tradicionales.

En este capítulo de Guatemala, con el cual modestamente contribuyo, se hará una mención muy general al entramado legislativo que desarrolla los preceptos constitucionales y convencionales de la probidad y su necesaria transparencia. En particular, aludiré a la “Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala” (CICIG), originada por acuerdo entre el Gobierno de Guatemala y la Organización de las Naciones Unidas.

La invitación del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ) de la UNAM nos convoca a abordar el caso desde la perspectiva de la Constitución que es el centro del panorama jurídico-político de un Estado en su desempeño interno y sus enlaces con el mundo.

Diego Valadés —como suele hacerlo— puede sintetizar en pocas palabras el contenido de voluminosas ramas del mundo jurídico. En el tema que abordamos, en dos líneas nos ofrece el capitulado necesario para ubicar los estadios en que la sinuosa descomposición puede reptar dentro del entramado fundamental del Estado y las maneras que prevé y activa para controlar aquel flagelo. Este esquema suyo lo abarca todo: “La Constitución regula

cuatro formas de relación con el poder: el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y el control del poder”.

II. DERECHO AL PODER

La Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) contiene regulaciones de acceso al poder público, comunes a los sistemas políticos republicanos, algunas de orden general, y otras de tipo específico según la naturaleza del cargo. La normativa suprema es desarrollada por legislación derivada, tanto de jerarquía constitucional solamente modificable por un procedimiento agravado como por la ordinaria o común. Se suma la minuciosa e interminable tarea de las regulaciones reglamentarias.

Una de las primeras cautelas a tomar consiste en evitar que en el acceso al poder público se eludan las calidades y las formalidades habilitantes. En la forma de elección o designación de ciertos funcionarios se establecen los requisitos personales (incluye las prohibiciones) y las formalidades y solemnidades.

En términos usuales, tres vías se abren para el acceso al poder y al servicio público: *a)* por elección popular; *b)* por nombramiento, y *c)* por contrato. El supuesto obvio de la regulación apunta hacia la eficiencia para la satisfacción y beneficio del soberano, incluida íntimamente la probidad del ejercicio. Los cargos pueden ser de dirección o liderazgo, de colaboración administrativa, de asesoría técnica e, inclusive, de fiscalización. Como en todas partes, algunos ostentan mandato de inspiración política y otros son coadyuvantes de la fuerte carga del ejercicio administrativo en todas las áreas imaginables. En materia de gobierno y de servicio, se hace patente el predicado filosófico de que nada de lo humano es ajeno; sin embargo, la amplitud del panorama que puede apreciarse desde el ángulo del poder está condicionado a otro principio republicano: el gobernado puede hacer lo que no le esté legalmente prohibido y el gobernante solo lo que le esté permitido.

La cláusula de apertura al servicio público está delineada en la Constitución, tanto en lo que concierne al derecho a acceso como en los parámetros de orden supremo de su ejercicio:

Artículo 136. Deberes y derechos políticos:

- b) Elegir y ser electo
- d) Optar a cargos públicos
- e) Participar en actividades políticas

Ubicados en estas dos primeras formas de ingreso a la función pública (la vía electoral y la del nombramiento) existen importantes leyes de desarrollo que pormenorizan los respectivos sistemas.

1. *Acceso al poder por vía electoral*

La opción electoral contiene, en primera línea, los requisitos personales de los aspirantes que la ley suprema prescribe como condiciones habilitantes a los correspondientes cargos. De esta manera, los diputados al Congreso de la República, los diputados al Parlamento Centroamericano, el presidente y vicepresidente de la República, y los alcaldes y concejales de las municipalidades solo acceden por la vía de elección popular directa. Existe la previsión excepcional de acceso a la presidencia y vicepresidencia de la República, que no acude al sufragio popular cuando se produce la vacante del titular (fallecimiento, renuncia, auto de prisión) durante el ejercicio de su mandato.

En el supuesto de la vía de elección popular directa, la Constitución ordena su regulación mediante una ley de jerarquía suprema, emitida por la propia asamblea constituyente, en este caso la Ley Electoral y de Partidos Políticos. El órgano de control es el Tribunal Supremo Electoral, cuyos magistrados titulares y suplentes son nombrados por el Congreso de la República escogiéndolos de un listado propuesto por una comisión de postulación.

Conforme esta ley de rango constitucional ha existido un virtual monopolio de los partidos políticos como únicos entes de derecho público facultados para proponer la inscripción de candidatos a presidente y vicepresidente de la República, diputados al Congreso de la República y diputados al Parlamento Centroamericano.

Con relación a formas no electivas de nombramiento, también se han promulgado leyes y reglamentaciones que tratan de acomodar los enunciados característicos de cada tipo de cargo con las cualidades de los individuos idóneos según la naturaleza del servicio requerido.

En Guatemala, el acceso por vía electoral, como se ha explicado, es obligado a propuesta de uno o varios partidos políticos coaligados, para los cargos de presidente y vicepresidente de la República, y de diputados al Congreso de la República y diputados al Parlamento Centroamericano. No es posible el lanzamiento de candidaturas independientes, aun cuando eso no significa afiliación obligada del candidato al ente partidario. Deviene, entonces, de gran importancia los términos de la correspondiente ley constitucional de regulación de la organización partidaria y de las fórmulas de nominación y proclamación de las candidaturas.

La Ley Electoral y de Partidos Políticos, emitida por la propia Asamblea Nacional Constituyente, ha tenido varias reformas en el sentido de dotar a la autoridad electoral de mayor capacidad de control y de abrir un tanto más la participación de las bases filiales que conforman los correspondientes partidos políticos.

La historia del monopolio de partidos políticos como nominadores exclusivos de candidaturas a los organismos legislativo y ejecutivo ha enfrentado sus vicisitudes, la mayoría de ellas simulando una democratización más aparente que efectiva. Desde la Constitución de 1965 que, para una población mucho menor, exigía que los partidos acrediten como mínimo 50 mil afiliados hasta la regulación actual (1986) que, aun cuando la población se haya duplicado, requiere una afiliación proporcionalmente mucho menor. Algún análisis de esa reversión cuantitativa explica que, cuando por la exigencia de un sustento más fuerte de inscritos, solo funcionaron cuatro partidos políticos (ideológicamente diferenciados), al abrirse la posibilidad de más organizaciones (que alcanzaron un poco más de 70 pigmeas) el poder económico fue siempre decisivo para impulsar las candidaturas de su mayor conveniencia. Se supone que el multipartidismo fue factor de desgaste de los partidos tradicionales que conformaban las principales corrientes ideológicas de entonces. También tuvieron más capacidad de despliegue los partidos que lograron el favor de los medios de comunicación, generalmente concertados con los liderazgos de sus afinidades empresariales.

Estas cuestiones trataron de encontrar algún control con regulaciones acerca del financiamiento de los partidos políticos, los toques de los gastos de campaña y el acceso a la publicidad en los medios.

La Corte de Constitucionalidad —dotada de poder de opinión vinculante para cualquier reforma a las leyes de jerarquía constitucional— desde sus primeros tiempos dictaminó sobre proyectos de reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos. La cuestión era la de depurar dos aspectos de coherencia y de legitimidad que reprimieron tentativas de burla a las cautelas constitucionales. Uno, que facilitara la publicidad de los partidos en la contienda. Otro, que estableciera controles al financiamiento y gastos de las misma, incluyendo la dimensión de la propaganda electoral.

Ubicados en las previsiones constitucionales de acceso a cargos de poder, se establecieron condiciones presuntamente depuradoras de circunstancias que pueden preverse como riesgos para incurrir en actos de corrupción. Con dicho propósito en la Constitución se determinan motivos o impedimentos para el ejercicio de acceso al Congreso de la República, así se dispuso en el artículo 164:

Prohibiciones y compatibilidades.

[...]

b) Los contratistas de obras o empresas públicas que se costeen con fondos del Estado o del municipio, sus fiadores y los que de resultados de tales obras o empresas, tengan pendiente reclamaciones de interés propio.

c) Los parientes del Presidente de la República y los del Vicepresidente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

d) Los que habiendo sido condenados en juicio de cuentas por sentencia firme, no hubiesen solventado sus responsabilidades.

e) Quienes representen intereses de compañías o personas individuales que exploten servicios públicos.

Si al tiempo de su elección o posteriormente, el electo resultare incluido en cualquiera de las prohibiciones contenidas en este artículo se declarará vacante su puesto.

Es curioso, y es asunto que al momento no ha suscitado discusión alguna, que estos requisitos habilitantes para optar al Congreso de la República no hayan sido establecidos para quienes asuman la presidencia o la vicepresidencia de la República. Tampoco quedaron establecidos para los aspirantes a cargos municipales de elección popular, pero sí figuran en el Código Municipal respectivo.

La vía electiva popular de acceso al poder también reguló la duración y el costo de las campañas políticas. Lo primero, fijando tiempos para el inicio o arranque de la contienda. Lo relativo al costo, fijando techos de gasto y la transparencia del financiamiento. Hubo quienes opinaron que la determinación de un período de apertura pública de la oferta político-electoral, es decir, de los actos de proclamación de las candidaturas y su promoción publicitaria y de contacto con el electorado, no era precisamente la mejor posibilidad de oferta de los optantes, atados por una palanca similar a las de las carreras en el hipódromo. Aunque territorialmente el país no es muy grande y su población es un poco mayor a 16 millones, es necesario para los aspirantes (y también para los electores) que desplieguen su habilidad política todo el tiempo que necesiten. De lo contrario, le dejan muchas ventajas a los funcionarios públicos que se dan a conocer por sus actividades de Estado. Además, los medios de comunicación pueden, si lo quieren y no es extraño, mantener en escenario a los preferidos de sus financistas publicitarios.

Respecto al financiamiento controlado y sano, las multas son severas y fuertes en cuanto a reprimir los gastos que extralimitan un techo de costo de la contienda. Respecto del origen de las aportaciones, ha derivado hacia enjuiciamiento de orden penal por haberse descubierto aportes de origen anónimo o sospechoso de lavado de dinero.

La regulación de transparencia y solvencia contenidos en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, que cautelan el proceso electoral, en particular las disposiciones que tratan de impedir el financiamiento oscuro, no es la única muralla que se coloca, porque también existen normas que precalifican al sujeto aspirante a cargos (disposiciones comunes al ingreso electoral o por nombramiento). De esa manera, en la etapa de acceso al poder, el sistema establece precauciones para impedirlo a sujetos cuyas actividades u oficios se presuman incompatibles con el manejo de los asuntos de gobierno.

Continuando con el sistema eleccionario popular como vía del ingreso a cargos de dirección del gobierno central y de los municipios, aquel quedó regulado por una ley de jerarquía constitucional, vigente desde el 14 de enero de 1986. Relativamente temprano se planteó en el Congreso de la República la necesidad de introducir reformas a dicha normativa, especialmente en materia de financiamiento y publicidad de las promociones partidistas de candidaturas. Al respecto, resulta interesante la cita de algunos fragmentos del dictamen vinculante de la Corte de Constitucionalidad (31 de julio de 1990, exp. 90-90) y que guardan relación con el problema de la corrupción aneja al mal ejercicio del poder público.

Dos aspectos dominaron esa iniciativa de reformas a la ley electoral surgida en el seno del Congreso de la República. La primera, el financiamiento público a los partidos políticos; la segunda, el costo de la publicidad política con fines electorales.

Del dictamen de la mencionada Corte, relativamente extenso, se transcriben algunos párrafos indicativos de la posición del tribunal de control de constitucionalidad:

[...] no podría haber contravención constitucional en una regulación que cabalmente pretende introducir correctivos en los procedimientos electorales, en los que la interferencia de factores económicos propiciados por fuertes grupos de presión, que eventualmente podrían favorecer a partidos comprometidos por la inversión financiera.

[...] debe advertirse que tales correctivos solamente cubren una parte del problema, en tanto no se corrijan (y esto es cuestión de la evolución jurídica de ese nuevo Derecho electoral que se va perfilando) otras formas ventajistas de competir electoralmente, como es la de adelantar las campañas con tanta anticipación que solamente quienes disponen de mayores recursos pueden tener presencia continuada, la de utilizar significativa e intencionalmente los bienes públicos para promociones personales que conducen luego a candidaturas, y el riesgo del excesivo poder que puede transferirse a las empresas de comunicación social que pueden influir en la proporción de la imagen pública de los candidatos y de los partidos a través de una supuesta información apa-

rentemente no contabilizada, con lo que pueden favorecer a unos e ignorar a otros de manera arbitraria.

Los problemas planteados han sido resueltos en otros sistemas [...] a través de dos elementos básicos: el financiamiento de los partidos políticos durante la etapa electoral y la regulación de la utilización de los medios de comunicación. En cuanto al aspecto financiero, en dos formas principales: una restrictiva, prohibiendo la utilización unilateral de los recursos del Estado o tratando de impedir la afluencia de ayudas extranjeras; y otra positiva, reconociendo la llamada deuda política o disponiendo el financiamiento de los partidos políticos. En el aspecto de la publicidad, facilitando el acceso de los partidos a los medios de comunicación oficial. (Incluyó cita de los sistemas adoptados por varios países de Latinoamérica).

Con el tiempo fueron aprobadas reformas a la Ley Constitucional Electoral y de Partidos Políticos, que sustancialmente abordaron, en cuanto su relación con las corruptelas, el punto del financiamiento privado, al cual se intentó ponerle límites no solo en cuantía, sino en transparencia de las personas o empresas aportantes. El proceso depurador que despertó en el país, luego de las manifestaciones públicas que ocuparon por semanas la gran plaza central con asistencia de sectores cívicos de todas las escalas sociales, motivó al Tribunal Supremo Electoral a fiscalizaciones más fuertes y a imponer sanciones severas, que llegaron inclusive a la cancelación de la inscripción de partidos políticos de la mayor notabilidad por su anterior capacidad de movilización y de conquista de cargos de elección popular.

Dramático resultó que el propio presidente de la República, Jimmy Morales Cabrera, fuera objeto de la pretendida investigación por parte del Ministerio Público y de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala por un caso de supuesto financiamiento ilícito a su partido político durante el proceso electoral para alcanzar el cargo. Lo complejo del asunto resultaba haber sido el secretario general del partido político que lo postuló, de donde, como único personero, le imputaban —por presunción legal— la responsabilidad de las operaciones financieras de la entidad.

Gozando el gobernante del privilegio de un antejuicio, solicitaron al Congreso de la República el levantamiento del mismo, con el objeto de poder investigar al alto dignatario respecto de los indicios encontrados por el Tribunal Supremo Electoral. El asunto fue conocido por el órgano legislativo (11 de septiembre de 2017) en el entorno de una fuerte presión, como suele suceder ahora, de los comentaristas de prensa y, más intensa aún, de las redes sociales. El resultado fue de 104 votos denegando el levantamiento de la inmunidad y 25 votos otorgándola. Una resolución definitiva requería

105 votos, de forma que, por suerte, por uno solo el caso podría replantearse de nuevo en el organismo legislativo.

2. *Casos del acceso al poder por vía electoral*

Congreso de la República

Artículo 157. Potestad legislativa e integración del Congreso.

La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto [...]

Presidencia y vicepresidencia de la República

Artículo 184. Elección del Presidente y Vicepresidente de la República. El Presidente y el Vicepresidente de la República serán electos por el pueblo para un período improrrogable de cuatro años, mediante sufragio universal y secreto.

Corporaciones municipales

Artículo 254. Gobierno municipal. El gobierno municipal será ejercido por un Concejo el cual se integra por el alcalde, los síndicos y concejales, electos directamente por sufragio universal y secreto para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

3. *Acceso al poder por vía administrativa*

La Constitución Política fijó algunas condiciones por casos que presumía incompatibles para el desempeño de los puestos. Así, para ciertos nombramientos, estableció frenos de incompatibilidad:

Artículo 197. Prohibiciones para ser ministro de Estado

a) Los parientes del Presidente o del Vicepresidente de la República, así como los de otro ministro de Estado, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

b) Los que habiendo sido condenados en juicio de cuentas no hubieren solventado sus responsabilidades.

c) Los contratistas de obras o empresas que se costeen con fondos del Estado, de sus entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas o del municipio, sus fiadores y quienes tengan reclamaciones pendientes de dichos negocios.

d) Quienes representen o defiendan intereses de personas individuales o jurídicas que exploten servicios públicos;

En ningún caso pueden los ministros actuar como apoderados de personas individuales o jurídicas, ni gestionar en forma alguna negocios particulares.

Por lo general, para el nombramiento a cargos de alto nivel se atiene a las regulaciones que establece la Ley del Organismo Ejecutivo y otras leyes reguladoras de cada unidad administrativa. En lo relativo al personal de apoyo se fijan parámetros en la legislación de servicio civil. Asimismo, últimamente se han ido introduciendo requisitos de calidad en cuanto a acreditar títulos profesionales y de experiencias que justifiquen el ingreso al sistema burocrático por medio de contratos temporales, los cuales, cuando se han reiterado por algún tiempo, han sido reconocidos por la Corte de Constitucionalidad como plazas permanentes y no simplemente eventuales.

Si alguna novedad puede señalarse de la condición del servicio público en el país, se encuentra en que la Constitución de 1985 contiene una sección de normativa de los trabajadores del Estado, a quienes se les reconocen los derechos de asociación, sindicación y huelga. El resultado ha sido que las organizaciones sindicales de los servidores públicos han adquirido más poder que el sindicalismo privado y, como suele suceder en esa condición, se han producido señalamientos de corrupción en alguna dirigencia gremial, aun cuando, a pesar de los años, no se ha probado nada.

Por principio general se estableció como vía de acceso al servicio público la establecida en la Ley de Servicio Civil (art. 108 de la Constitución) o de las leyes específicas de entidades descentralizadas o autónomas del Estado.

Artículo 207. Requisitos para ser magistrado o juez.

[...] Los magistrados y jueces deben ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad [...]

Artículo 209. Nombramiento de jueces y personal auxiliar.

[...] Se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascensos se harán mediante oposición.

En lo correspondiente a los jueces menores y de primera instancia, quedó regulado que su nombramiento sería por el sistema de la carrera judicial, condición generalizada en los sistemas republicano-democráticos. La cuestión consistía en la operatividad de la ley reguladora que, progresivamente, ha ido alcanzando sus metas. Importa destacar que el incentivo salarial para el reclutamiento y formación de los jueces, ha sido conveniente en cuanto a obtener su permanencia y calidad profesional.

4. Acceso al poder por vía de comisiones de postulación

La primera vez que en Guatemala se designaron altos funcionarios por el sistema de comisiones de postulación sucedió durante el gobierno militar de *facto* instalado en marzo de 1982. Se trató entonces de nombrar el ejecutivo de los magistrados del Tribunal Supremo Electoral, propuestos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. El nombramiento de personajes ilustres, con amplio registro de civismo y carácter independiente, aseguró fiabilidad al sistema, que después fue incorporado en la redacción de la Constitución, ahora vigente, para la integración de otros cuerpos colegiados y nombramiento del fiscal general de la República y del contralor general de cuentas. La experiencia ha variado, por parte de algunos sectores, hacia la desconfianza de la eficacia del sistema.

A los constituyentes les pareció un adecuado mecanismo garante de la independencia de las funciones el indicado procedimiento de las comisiones de postulación, que también fue establecido para el nombramiento del contralor general de cuentas (art. 233) y fiscal general de la República (art. 251). De igual manera, así serían nombrados los magistrados del Tribunal Supremo Electoral, conforme a la ley de jerarquía constitucional que lo regula.

Adquirió, entonces, rango constitucional el sistema de las comisiones de postulación para cargos muy importantes como garantes de la imparcialidad de los altos funcionarios a quienes correspondía la administración de justicia, la imparcialidad de los procesos electorales, la fiscalización de cuentas y la acusación en materia penal. Con el tiempo hubo expresiones de desagrado, suponiendo que poderes fácticos podrían influenciar las designaciones vía acercamientos de intereses ajenos y el patrocinio de los costos de campañas de elección en los respectivos colegios profesionales. Tratando de atenuar factores de desgaste de la neutralidad de las comisiones de postulación, se emitieron leyes, como el Decreto 16-2005, que estableció algunas cortapisas para evitar el nepotismo de los comisionados y el Decreto 19-2009 regulando sus principios de transparencia, excelencia profesional, objetividad y publicidad del proceso de selección.

En la sesión 61a de 10 de abril de 1985, solo un diputado de la Asamblea Constituyente dudó del sistema propuesto, diciendo entre otros argumentos:

En el proyecto de la Comisión Redactora de la Constituyente, se plantea, por primera vez, un sistema de elección basado en un comité de postulación formado por decanos de las Facultades de Derecho de las universidades del país, el presidente del Colegio de Abogados y un miembro designado por la Corte Suprema de Justicia.- Conforme con la realidad del país, una propuesta de

esa naturaleza se despartidiza pero no se despolitiza, asume un cierto carácter corporativista y no garantiza un sistema de amplia consulta. [...] Delegar en un comité de tan reducida proporción la propuesta de los individuos de todo un organismo del Estado resulta sumamente riesgoso dada la escasísima porción de la soberanía popular que pudiese representar.

La actual recomposición del sistema, producido por la reacción multitudinaria en la plaza pública y la agilidad y libre acceso a los medios de comunicación, podría ser enervante de la manipulación del sistema de postulación. Siempre con la reserva de que lo emotivo y fácil de la denuncia no invierta los términos de la preponderancia y solo alcanzará a producir un cambio de factores de poder mediático comprometido hacia otro lado del cuadrante.

5. *Corte Suprema de Justicia y Corte de Apelaciones*

Artículo 215. Elección de la Corte Suprema de Justicia.

[...] serán electos por el Congreso de la República para un período de cinco años, de una nómina de veintiséis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representante de los Rectores de las universidades del país, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada Universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados de la Corte de Apelaciones y demás tribunales a que se refiere el artículo 217 de esta Constitución [...] La elección de candidatos requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión.

En forma similar, con un cambio lógico, se estableció para la designación de los magistrados de la Corte de Apelaciones (art. 218).

6. *Contralor General de Cuentas*

Artículo 233. [...] El Congreso de la República hará la elección (del Contralor General de Cuentas) de una nómina de seis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representantes de los rectores de las universidades del país, quien la preside, los decanos de las facultades que incluyan la carrera de Contaduría Pública y Auditoría de cada universidad del país y un número equivalente de representantes electos por la asamblea general del

Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Auditores y Administradores en Empresas. Para la elección de candidatos se requerirá el voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de dicha comisión.

7. *Fiscal General de la República*

Artículo 251. Ministerio Público [...] El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República [...] será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho colegio.

8. *Otros sistemas de acceso al poder*

A. *Corte de Constitucionalidad*

La Constitución Política de 1985 configuró una Corte de Constitucionalidad de carácter permanente. Anteriormente, con la Constitución de 1965 se había creado el control de constitucionalidad integrando al tribunal de manera eventual, formado con magistrados del sistema de justicia ordinaria. La nueva configuración recogió la esencial naturaleza de contralor jurídico-político que constituye la agenda de esa clase de jurisdicción. De esta manera, la Constitución Política, en su artículo 269, dispuso:

La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. [...] Los magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados en la siguiente forma:

- a) Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia
- b) Un magistrado por el pleno del Congreso de la República
- c) Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros
- d) Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y
- e) Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados [...]

Su estructura ha sido discutida por algunos comentaristas que, probablemente, no han puesto la mayor atención a la naturaleza de casos que la

Corte debe conocer y resolver, los cuales, como lo afirmara Francisco Tomás y Valiente, con su irrefutable lógica, son materia política:

Hay que decir, sin miedo a las palabras, que los problemas que se formulan ante el Tribunal Constitucional están planteados en términos jurídicos, pero ocultan —o ni siquiera ocultan: contienen— problemas de enjundia política. [...] Quien no entienda esto como paradoja, como reto jurídico, no entiende nada de la realidad de los tribunales constitucionales. Por eso, cuando se me pregunta muchas veces si el Tribunal está politizado, suelo contestar siempre lo mismo: según lo que usted entienda por tal. Si por politización del Tribunal Constitucional se entiende vinculación, dependencia, o influencia en el mismo por parte de los partidos políticos o de otros órganos del Estado, evidentemente no, rotundamente no, rabiosamente no; pero, naturalmente, si lo que entendemos es que el Tribunal trata, se ocupa de problemas cuya almendra, cuyo contenido último, cuyo núcleo es un problema de modelo, es un problema de límites del Estado, es un problema de índole política, evidentemente sí.²

Difícil y trascendente la función de los tribunales de lo constitucional, que en la actualidad operan en todo el mundo, y en los que no es posible unificar en un esquema común la forma de su integración. Cada Nación tiene la suya, según su estructura fundante. Edmundo Vásquez Martínez (†), de singular solvencia moral y jurídica, comentó respecto del sistema guatemalteco:

No hay que complicar innecesariamente lo que está bien definido y regulado en la Constitución [...] Cada órgano designante debe cumplir dentro esos marcos y no debe ocultarse el carácter político-jurídico de la Corte de Constitucionalidad, máxime que tiene a su cargo el control de los “actos políticos”, es decir, de aquellos que tienen como fin la organización y subsistencia del Estado como tal.³

La Corte ha funcionado desde la instalación del régimen constitucional (1986) con seis magistraturas sucesivas. Durante ese tiempo ha tenido sus luces y sus sombras, resolviendo cuestiones de alto calado político y de fuerte tensión social. Sus decisiones han sido cumplidas y, en mucho, ha sido restauradora del orden constitucional cuando este ha sido amenazado. No se conocen denuncias por actos de corrupción atribuibles a sus decisiones, aunque algunas (muy pocas) hayan sido cuestionadas por su perfil político, situación que es común a los tribunales constitucionales.

² Tomás y Valiente, Francisco, *Obras completas*, Madrid, CEPC, 1997, t. V, p. 4251.

³ *Diario La Hora*, 2 de octubre de 2000.

B. *Procurador de los Derechos Humanos*

La citada Constitución guatemalteca de 1985 instituyó, también por primera vez en América, la figura de un procurador de los derechos humanos (el *Ombusman*), con un sistema de elección indirecto que debía sustentarse en una planilla de tres aspirantes, tal como lo dispone en el artículo 273:

Comisión de Derechos Humanos y Procurador de la Comisión. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente periodo. Esta comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un Procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo.

Se entendería que esta forma precalificada para decidir la elección del procurador tiende a una manera indirecta de nombramiento, que disminuye la vinculación partidarista anteponiéndole un filtro que permite que en la Comisión respectiva, lo mismo tienen un voto cada partido minoritario (que son varios) que los mayoritarios (que son menos). Es de suponer que el procurador de los derechos humanos que, entre sus atribuciones tiene la de fiscalizar las operaciones de la Ley de Acceso a la Información Pública, puede ser un buen vigilante de la transparencia y solvencia del gobierno.

C. *Junta Monetaria*

La Junta Monetaria, de la que depende el Banco de Guatemala, se conforma de ocho miembros, de los cuales cuatro son designados por el presidente de la República y, los otros, por diferentes entidades. Los que nombra el jefe del Ejecutivo son: el presidente de la Junta que lo es también del Banco y los ministros de finanzas públicas, economía, y agricultura, ganadería y alimentación. Los restantes, uno por el Congreso de la República, uno por las asociaciones gremiales de comercio, industria y agricultura, uno por elección de los presidentes de los consejos de administración o juntas directivas de los bancos privados nacionales, y uno electo por el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos.

Esta forma de integración cuida que no haya hegemonía del gobierno en las decisiones y nombramientos del sistema y tampoco que la pudiera haber

por el sector privado. De ahí que, hasta el momento, no se haya hecho denuncia alguna de actos de corrupción política o económica en la institución.

La Constitución Política fue reformada en 1993, siendo notable que introdujeran en la regulación de la Junta Monetaria la prohibición de “autorizar que el Banco de Guatemala otorgue financiamiento directo o indirecto, garantía o aval al Estado, a sus entidades descentralizadas o autónomas ni a las entidades privadas no bancarias”. Asimismo, prohibió que el Banco de Guatemala pudiera adquirir los valores que emitieran o que las entidades indicadas negociaran el mercado primario. Quedó normada una excepción: el financiamiento que pueda concederse en los casos de catástrofes o desastres públicos “siempre y cuando el mismo sea aprobado por las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso, a solicitud del Presidente de la República”. Esta novedad fue objeto de fuertes cuestionamientos, señalándose como una práctica la delegación en favor del sector económico privado. Los defensores de la enmienda estimaron que la medida se tomaba para evitar las devaluaciones de la moneda que una política descuidada de endeudamiento podía acarrear al país.

III. DERECHO DEL PODER

El poder público se abre a los ciudadanos aptos según las calidades y procedimientos determinados en la Constitución y las leyes que la desarrollan.

Cumplidos los requisitos formales de acceso, vienen luego las condiciones para el ejercicio de la función pública. En la doctrina jurídica y política, tiene vigencia la sólida y creativa síntesis formulada por Ignacio Burgoa en su magistral (ahora clásico) *Derecho Constitucional Mexicano*, respecto de los principios de legalidad y de responsabilidad que acotan las facultades de la dirección y administración del Estado.

Suele decirse que los órganos del poder solo pueden hacer aquello que les está constitucional y legalmente permitido. De ahí que tampoco puedan ocuparse de lo que tienen prohibido. Funciona, en términos sencillos, el principio de legalidad.

Como es propio de los sistemas constitucionales, el texto supremo determina el ámbito de funciones y competencias de los respectivos órganos del poder, atribuciones que se explicitan en el grandísimo repertorio de leyes constitucionales y ordinarias y se pormenorizan en la labor reglamentaria y administrativa correspondiente.

Teniendo la corrupción acepciones diversas, en materia de política pública apunta al ejercicio perverso del poder para obtener riqueza material

proveniente de los bienes del pueblo y para afianzarse en los cargos, directa o indirectamente, para el medro ilegal e inmoral. Este riesgo, cuya persistencia y extensión dañaría profundamente a la sociedad y la eficacia del Estado, es causal de la emisión de normas reguladoras que garanticen la solvencia de los servidores, sancionen a los infractores o impidan el reingreso de los incompetentes. Esto forma una agenda compleja, extensa y dificultosa.

En este apartado del derecho del poder (esto es, superada la etapa condicionante de su acceso al mando) la norma prima constitucional y luego la prolija de desarrollo legal, determina el ámbito y alcances de competencia de cada uno de los sujetos investidos de autoridad, por la que se sabe qué y cómo debe hacer uso de su mandato. Es aquí, en posesión del cargo, como también se han emitido leyes y reglamentaciones contraloras del correcto uso de la responsabilidad confiada.

Se entiende, desde luego, que en su gran mayoría los servidores públicos cumplen sus tareas con honradez y honestidad, y que, con leyes o sin leyes contraloras, actúan con apego a la ética a la que están comprometidos. No obstante, a nivel de la Constitución se han establecido instituciones cuya finalidad es la de prevenir y, en su caso, las infracciones a las reglas de conducta dispuestas por el sistema constitucional.

Sorteada, digamos, la forma de control del acceso al poder, la Constitución (y las leyes que desarrollan sus mandatos) contienen regulaciones igualmente vigilantes de la actividad de los servidores públicos, tanto los de elección popular como los que hayan ingresado por nombramiento o contrato.

En términos generales, comunes a todo servidor público, se condicionan o enuncian factores garantes de su imparcialidad y de su lealtad al país, así:

Artículo 154. Función pública [...]

(párr. 2) Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

(párr. 3) La función pública no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.

Las normas de máxima jerarquía citadas, como es usual en los regímenes constitucionales, reconocen el derecho de las personas de acceder al poder y, al mismo tiempo, el de los ciudadanos de obtener de ellas la máxima calidad ética de su ejercicio.

Una de las garantías del Estado de derecho y de la representación democrática se ubica en el clásico principio de la separación de poderes, en que uno no tiene dependencia de otro, aun cuando se han establecido ciertos enlaces de funcionamiento armónico y coordinado. Por otra parte, determinados controles cruzados que limitan excesos que, por hegemonía,

podrían derivar hacia el desvío. Aquí procede recordar el clásico y muy repetido apotegma de que el poder corrompe y, cuando es absoluto, corrompe absolutamente. La ley fundamental lo establece así:

Artículo 141. Soberanía.

La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida.

1. *Organismo legislativo*

El sistema guatemalteco de funcionamiento del organismo legislativo contiene algunos matices del parlamentarismo, tales como su posibilidad de interpelación de los ministros de Estado y su defenestración en las circunstancias previstas en la Constitución. Como contrapartida, contempla la capacidad presidencial de veto a leyes. Corresponde el sistema a la forma de moderación del poder vía su interacción y moderación mutua, que la teoría moderna impulsó a partir de clásicos como Montesquieu. Aparece, además, la potestad judicial como otro de los elementos clave de los pesos y contrapesos que, en sí, serían suficientes para frenar los signos de descomposición ética del servicio público. (Los teóricos no pudieron imaginar que los órganos del poder establecieran el enlace de la política de partido, como eje transversal que los vincularía).

Ciertas normas de la Constitución se transcriben como referencia del órgano legislador y algunas de sus capacidades para su ejercicio.

El artículo 157 de la Constitución Política antes citado atribuye la potestad legislativa al Congreso de la República. Esta podría indicarse como su principal función, la cual apareja los controles tanto políticos como jurídicos. El veto, esencialmente de orden político en cuanto lo puede decidir el presidente de la República basado en su propia valoración de inconveniencia para los intereses públicos, y la declaratoria de inconstitucionalidad, que la respectiva Corte puede declarar en sentencia instada por cualquier ciudadano con solo el auxilio profesional de tres abogados. Resulta así que el Poder Legislativo está controlado por órganos ajenos al mismo parlamentario.

Para el desempeño de sus competencias político-legislativas, los diputados disponen de la calidad y garantías que la Constitución y su ley reguladora le reconocen. Entre estas, la posibilidad de acceder temporalmente a otros cargos en la Administración. Asimismo, el blindaje normal del ejercicio característico de los representantes electos, como lo establecen los artículos que siguen:

Artículo 160. Autorización a diputados para desempeñar otro cargo. Los diputados pueden desempeñar el cargo de ministro o funcionario de Estado o de cualquier otra entidad descentralizada o autónoma. En estos casos deberá concedérseles permiso por el tiempo que duren en sus funciones ejecutivas [...]

Artículo 161. Prerrogativas de los diputados.

Los diputados son representantes del pueblo y dignatarios de la Nación; como garantía para el ejercicio de sus funciones gozarán, desde el día que se les declare electos, de las siguientes prerrogativas:

a) Inmunidad personal para no ser detenidos ni juzgados [...]

b) Irresponsabilidad por sus opiniones, por su iniciativa y por la manera de tratar los negocios públicos, en el desempeño de su cargo

Todas las dependencias del Estado tienen la obligación de guardar a los diputados las consideraciones derivadas de su alta investidura. Estas prerrogativas no autorizan arbitrariedad, exceso de iniciativa personal [...] Sólo el Congreso será competente para juzgar si ha habido arbitrariedad o exceso y para imponer las sanciones disciplinarias pertinentes.

En el sistema constitucional guatemalteco fue tradición que los diputados conocieran y resolvieran las denuncias por supuestos o reales delitos atribuidos a alguno de sus integrantes. Esto cambió con las reformas a la Constitución, por las cuales se trasladó la competencia a la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, corresponde al Congreso conocer del llamado “antejuicio” instando contra altos funcionarios de otros organismos y entes del Estado.

Artículo 165. Atribuciones del Congreso.
[...]

h) Declarar si ha lugar o no a formación de causa contra el Presidente y el Vicepresidente de la República, Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad, Ministros, Viceministros de Estado cuando estén encargados del despacho, Secretarios de la Presidencia de la República, Subsecretarios que los sustituyan, Procurador de los Derechos Humanos, Fiscal General y Procurador General de la Nación.

Las disposiciones en la Constitución Política relativas a las atribuciones del Congreso de la República son las propias de un organismo de esa naturaleza, contenidas especialmente en los artículos 165, 170 y 171, que existen en todo sistema semiparlamentario.

En el análisis de las tareas que encajan en el capítulo del *Derecho del Poder*, es decir, lo que puede o debe hacerse desde las cumbres del gobierno, la interpelación parlamentaria como mecanismo de control, y consecuente herramienta contra la corrupción, será vista en el capítulo 4 “Control del poder”

Artículo 170. Atribuciones específicas del Congreso.

b) Nombrar y remover a su personal administrativo.

Esta simple disposición constitucional, totalmente propia de un organismo del Estado, es susceptible de mal uso cuando no existan regulaciones puntuales de servicio civil, tales como calificación de puestos, salarios atinentes y sistemas de ingreso, ascenso, prestaciones y disciplina.

Artículo 171. Otras atribuciones del Congreso

b) Aprobar, modificar o improbar [...] el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado.

c) Decretar impuestos ordinarios y extraordinarios conforme a las necesidades del Estado y determinar las bases de su recaudación.

El quehacer del Estado tiene una de sus mayores expresiones en la regulación de las políticas de ingreso y de gasto, pues por ellas se pueden alcanzar metas valiosas de desarrollo o, por el contrario, en la vía equivocada, puede derivar en un Estado ruinoso e ineficiente, incapaz de alcanzar niveles mínimos de equidad duradera para la generalidad de sus habitantes.

2. *Organismo ejecutivo*

En el caso guatemalteco, para empezar por la primera magistratura, la que simboliza la unidad del Estado y su representatividad interna e internacional, la regulación constitucional parece sencilla en cuanto a exigencias de orden cualitativo. El máximo texto dispone:

Artículo 182. Presidencia de la República e integración del Organismo Ejecutivo.

[...] El Presidente de la República es el Jefe del Estado de Guatemala y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del pueblo.

[...] actuará siempre con los Ministros, en Consejo o separadamente con uno o más de ellos, es el Comandante General del Ejército, representa la unidad nacional y deberá velar por los intereses de toda la población de la República. [...] juntamente con el Vicepresidente, los ministros, los viceministros y demás funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tienen vedado favorecer a partido político alguno.

Artículo 185. Requisitos para optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República.

Podrán optar a cargo de Presidente o Vicepresidente de la República, los guatemaltecos de origen que sean ciudadanos en ejercicio y mayores de cuarenta años.

Respecto de los ministros de Estado, la Constitución prevé una serie de reparos para su acceso, los cuales guardan relación con precauciones respecto de sus funciones:

Artículo 194. Funciones del ministro.

[...]

i) Velar por el estricto cumplimiento de las leyes, la probidad administrativa y la correcta inversión de los fondos públicos en los negocios confiados a su cargo.

Como suele ocurrir, las prescripciones constitucionales deben desarrollarse en la legislación ordinaria. En el sistema presidencialista de Guatemala, las funciones del jefe de Estado son o deben ser vigiladas por los contralores de ingreso y gasto (específicamente la Contraloría General de Cuentas de la Nación), cuyo titular es nombrado por un sistema de comisión de postulación, con el cual se pretendía disminuir la influencia partidarista y la designación directa presidencial.

Las prohibiciones para acceder al gabinete de gobierno son explicables como cautela prevista por los vínculos de parentesco, negocios, insolvencias que hacen presumir intereses personales más allá de los del servicio. Desde luego, no todo encaja como lo prevé la ley fundamental, puesto que el vínculo familiar no implica necesariamente concierto para el mal uso del poder. Sin embargo, el nepotismo ha sido visto como corrupción, siendo que, en efecto (y este es un dato puramente anecdótico), los familiares cercanos de los hombres con mando, republicano o monárquico, son prejuiciados por los rumores sociales que, si antes eran destructivos, ahora en la época de las redes sociales son fatales.

3. *Organismo judicial*

Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial.

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentares contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará en el ejercicio de cualquier cargo público.

Artículo 207. Requisitos para ser magistrado o juez.

[...] Los magistrados y jueces deben ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad [...]

Artículo 209. Nombramiento de jueces y personal auxiliar.

[...] Se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascensos se harán mediante oposición.

4. *Régimen de control y de fiscalización*

Artículo 232. Contraloría General de Cuentas. [...] es una institución técnica descentralizada con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y, en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas.

También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos.

Artículo 233. [...] El Congreso de la República hará la elección (del Contralor General de Cuentas) de una nómina de seis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representante de los rectores de las universidades del país, quien la preside, los decanos de las facultades que incluyan la carrera de Contaduría Pública y Auditoría de cada universidad del país y un número equivalente de representantes electos por la asamblea general del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Auditores y Administradores en Empresas. Para la elección de candidatos se requerirá el voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de dicha comisión.

5. *Procuraduría General de la Nación*

Artículo 252. Procuraduría General de la Nación [...] tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales [...] ejerce la representación del Estado [...]

IV. DERECHO ANTE EL PODER

En este apartado, podría ubicarse el derecho como condición del poder que es, a su vez, su generador positivo. Poder y derecho, simbiosis de la realidad, así como lo ubica Alexis Carrel: “[...] lo material y lo espiritual van ligados en lo humano, de modo tan indisoluble y cierto, como en la estatua el mármol y forma”.

El derecho ante el poder o el poder ante el derecho tienen su expresión semántica en la fórmula: Estado de derecho.

Incurrimos muchas veces en el esfuerzo escolástico de las definiciones (lo que me recuerda a un autor que hacía notar que ningún físico se entretuvo en buscar una definición exacta de la electricidad en lugar de comprobar sus efectos) aun cuando la relación del poder y del derecho resulte evidente y sensible a la realidad del tiempo y del lugar.

Dándole vueltas a las teorías y las definiciones, el Estado de derecho va tomando los perfiles que cada soberanía; en sus circunstancias, irá articulando conforme su cultura política y la forma de expresión ciudadana. Algunos componentes, como el imperio de la ley, la distribución de las competencias de poder, la legalidad de actuación de los administradores y el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana, definen un Estado de derecho.

Si debe entenderse que la autoridad del Estado no puede intervenir en la vida social y familiar del individuo, sin contar previamente con una norma jurídica constitucional que se lo autorice, sabemos que vivimos en un Estado de derecho. Si la persona humana es depositaria de un fuero interior que corresponde a su naturaleza, honrada y honesta, y conserva la elemental decisión de pensar y actuar como le plazca sin ofender ni lesionar a otro, es porque existe un Estado de derecho que protege su existencia individual y asociada como ella quiera.

En teoría, no es necesario que cada acto de vida (pensar y actuar) de los individuos que componen la población deba ser autorizado de manera específica, pues solamente estará limitado por aquello que le haya sido prohibido racionalmente. Por otra parte, el poder, esto es la clase gobernante, solo puede actuar para lo que expresamente haya sido autorizado. Esta es la fórmula común y corriente, aunque puede ser engañosa en cuanto la ley positiva pudiese estar contaminada de reglas opresivas y arbitrarias. Para esta posibilidad, el sistema constitucional ha previsto no solo su supremacía sobre las leyes ordinarias y, además, instituido un órgano independiente de control. Y no se queda ahí, también reconoce la supremacía de la convencionalidad internacional de los derechos humanos, siendo parte de las declaraciones universales y de órganos encargados de su tutela.

En resumen, el poder puede estar controlado por el derecho generado por ese mismo poder: el Estado constitucional de derecho.

V. EL CONTROL DEL PODER

El derecho no solo es un sistema de protección de la personalidad humana para que haga su voluntad sin ofensa ajena. También es el marco de actuación

del poder público para que respete y garantice lo que se le haya reconocido expresamente. Aquí es donde funcionan las acotaciones que la ley suprema y las leyes ordinarias le demarquen. De este ejercicio correcto del Gobierno se ocupa la Constitución Política. Ella rodea al poder de multitud de controles, tanto directos como delegados a la legislación que la desarrolla, incluyendo la convencionalidad internacional. De manera muy sumaria aludiremos a normas de jerarquía suprema, luego a la legislativa delegada, y por último a una específica convencional, el acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Gobierno de Guatemala para el establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

Hemos anotado algunas disposiciones constitucionales preventivas que, por las actividades, los nexos o los vínculos de parentesco de una persona, se presumen como de alto riesgo de incurrir en actos de corrupción en ejercicio de cargos públicos. Ahora algunas represoras del hecho.

La norma que ordena la legalidad de los centros de detención, arresto o prisión, se protege al disponer que “La autoridad y sus agentes, que violen lo dispuesto [...] serán personalmente responsables” (art. 10). De igual forma, respecto del régimen penitenciario se reconoce: “la infracción de cualquiera de las normas establecidas [...] da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados” (art. 19). Con respecto a esta condición y lo relativo a menores de edad transgresores y su tratamiento especial, el artículo 21 preceptúa: “Los funcionarios, empleados públicos u otras personas que den o ejecuten órdenes contra [...] además de las sanciones que les imponga la ley, serán destituidos inmediatamente de su cargo e inhabilitados para el desempeño de cualquier cargo o empleo público”. Los casos anteriores citados por la frecuencia de la corrupción pública en el sistema penitenciario. Enseguida, algunos preceptos del rango supremo:

Artículo 154. Función pública, sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

Los funcionarios y empleados están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

Las consecuencias del ejercicio del servicio público, cuando cause perjuicio a particulares (sin indicar si por dolo o negligencia), implican solidaridad del Estado en su reparación:

Artículo 155. 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 [...]

La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiese consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años.

La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado en la ley para la prescripción de la pena.

Artículo 156. No obligatoriedad de órdenes ilegales

Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.

1. *Régimen político-electoral*

Artículo 223. [...] Una vez hecha la convocatoria a elecciones, queda prohibido al Presidente de la República, a los funcionarios del Organismo Ejecutivo, a los alcaldes y a los funcionarios municipales hacer propaganda respecto de las obras y actividades realizadas.

2. *Régimen financiero*

Artículo 237. Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado [...] No podrán incluirse [...] gastos confidenciales o gasto alguno que no deba ser comprobado o que no esté sujeto a fiscalización. Esta disposición es aplicable a los presupuestos de cualquier organismo, institución, empresa o entidad descentralizada o autónoma.

La sociedad califica, generalmente con buen tino, el grado que alcance en cada sistema o gobierno. Los frenos y contrapesos constitucionales y de las leyes ordinarias han avanzado, tratando de contrarrestarlo. En Guatemala, uno de esos refuerzos que penetraron redes de corrupción fue la operación de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) mientras que, con su contraparte, el Ministerio Público, estuvo dotada de la necesaria invulnerabilidad para llegar a investigar y denunciar estructuras delictuosas dentro de los órganos de poder. La viabilidad del acuerdo del país con el secretario general de la ONU fue viable por dictamen de la Corte de Constitucionalidad del 8 de mayo de 2007 (Opinión Consultiva 791-2007).

VI. LEGISLACIÓN DE DESARROLLO DE TRANSPARENCIA Y CONTROL

“Hay tantas leyes, que nadie está seguro de no ser colgado”.

Napoleón

Los preceptos de la Constitución (y en el caso guatemalteco, de las leyes con rango constitucional) son desarrollados por leyes ordinarias, como el común de los sistemas jurídico-políticos. De manera que, en materia de normas de prevención y control contra el mal uso del poder público, desviado hacia la corrupción como medro personal directo o indirecto, el Estado ha emitido multitud de leyes y reglamentos para su prevención y castigo. El recuento de esas disposiciones anticorrupción resulta tan numeroso como las argucias que se instituyen o inventan para burlarlas. El mal es antiguo pero su progresividad ha resultado alarmante.

La primera de esas regulaciones fue la Ley de Probidad (Decreto Legislativo 1707 de 2 de mayo de 1931), derogada por la sustitución de otra ley del mismo título (Decreto presidencial 204 de 14 de enero de 1955). Actualmente, rige la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos (Decreto Legislativo 89-2002 de 1 de febrero de 2002). Con esta ley coexiste una gran cantidad de leyes, reglamentos y disposiciones que regulan la función pública, tanto de sus operadores directos como de las personas que se acercan a ella por una relación contractual con valor económico. Es tan numerosa, compleja y dispersa esa normatividad, que no resulta exagerado el aforismo napoleónico citado:

- Ley de Acceso a la Información.
- Ley de Extinción de Dominio.
- Ley Orgánica del Presupuesto.
- Ley de Aprobación del Presupuesto del Estado (Candados).

VII. COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA

Con relación a la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) se anota como antecedente la suscripción por el gobierno guatemalteco y la ONU de un acuerdo de 7 de enero de 2004 estableciendo

una Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad en Guatemala (CICIACS).

El presidente de la República, previo a remitir el citado acuerdo al Congreso de la República para su conocimiento y ratificación o no ratificación, estimó necesario solicitar opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad, formulando 20 preguntas. El Tribunal hizo un pronunciamiento el 5 de agosto de 2004, absolviendo el cuestionario de las 20 preguntas planteadas. En una votación de los cinco titulares, la Corte emitió la opinión encontrando varios puntos del acuerdo que estimaron incompatibles con la Constitución Política de la República (Opinión Consultiva 1250-2004).

Tomando en cuenta las objeciones de la Corte de Constitucionalidad, el Gobierno de Guatemala negoció otro acuerdo con la ONU, suscrito el 12 de diciembre de 2006, estableciendo la CICIG.

En esta ocasión, fue el Congreso de la República el órgano que acudió a la Corte de Constitucionalidad solicitando Opinión Consultiva por la que formuló tres preguntas:

¿Es constitucional el contenido del Acuerdo?

2) ¿Mantiene su independencia y autonomía el Ministerio Público en relación a las disposiciones de la Constitución Política de la República y a su ley orgánica?

3) ¿Es necesaria la mayoría de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República para la aprobación del Acuerdo de establecimiento de la CICIG?

La Corte, con el voto unánime de sus cinco magistrados titulares, emitió su opinión el 8 de mayo de 2007, contestando afirmativamente las dos primeras preguntas y precisando que para la aprobación por el Congreso de la República era suficiente la mayoría absoluta de sus diputados y no la votación agravada de los dos tercios como mínimo.

Con relación a la primera pregunta la Corte estudió los parámetros de la Constitución que reconocen su supremacía y, partiendo de esta premisa, revisó el Acuerdo firmado por el Ejecutivo con la Secretaría General de la ONU.

VIII. CONCLUSIONES

Cualquier Constitución tendrá vigencia y eficacia, aun en períodos críticos y convulsos, en la medida que goce de adhesión social. Es más profundo el sentimiento constitucional para hacer que se respete y cumpla la ley que su propia perfección técnica; esta no es más que un problema de jueces inteligentes. Pero la convicción es cuestión de cultura y de civismo.

Son muchos los factores que asedian y acometen la Constitución para quebrantarla o corromperla. Ponen en peligro la constitucionalidad las incoherencias y falsedades de sus propios custodios. La dismantelan la trivialidad en su manejo tanto como el ventajismo o la candidez en su invocación. La ofenden quienes la presumen sectaria y servil a sus intereses y la debilitan los impacientes que le atribuyen las carencias e inequidades sociales.

Lo usual es presumir que es el poder público al que hay que vigilar para constreñir a *estar en y con la Constitución*. Esto es palmario y no debe descuidarse su control estricto por la tendencia desorbitante del poder.

Goran Therborn, profesor de ciencias políticas de la Universidad de Estocolmo, advierte sobre el peligro de colapso del Estado como producto de la sobrecarga de prestaciones que los habitantes esperan de los gobiernos, particularmente comprometidos por el sistema de competencia partidista y de los grupos de presión. Paralización que vendría a ser precipitada por la insuficiencia del aparato estatal tanto en su capacidad real de intervención y de disposición de recursos como por las inevitables imperfecciones de dirección. Así, la discrepancia entre lo reclamado y lo viable tendería a hacer que los sistemas ingobernables se hagan cada vez más ingobernables. El peligro se encuentra en el fundamentalismo que pudiera surgir planteando rupturas que, en el fondo, empeoran el problema. El constitucionalismo tiene la cualidad de no encubrir la crisis y de abrir el cauce para discutirla. En cambio, los radicalismos, aunque tuvieren efectos analgésicos, siempre, por pasajeros y superficiales, conducirían a la destrucción de la base misma de la solidaridad social.

Debe tenerse cuidado al señalar las cosas. Bien lo aclara Jiménez de Parga sabiendo distinguir la corrupción *en la democracia* de, como algunos quisieran, la corrupción *de la democracia*. El problema de esa infracción de la ética social se encuentra en que además de la sanción jurídica que pueda alcanzarla debe haber también un castigo social, pues, como dice el autor citado, aquella puede que llegue tarde y este, el desprecio, es matizado cuando una sociedad gratifica el “éxito” económico sin importar los medios para alcanzarlo.

Conspira contra la esencia moral del constitucionalismo la posibilidad de politizar la justicia o la de pretender ejecutarla por juicios de papel. Si bien la sentencia depende de lo que su étimo implica: *sentir*, no hay que olvidar que el proceso es técnico, igual e imparcial. En materia política, que es la almendra, como le dice Tomás y Valiente, de la justicia constitucional, los fallos deberán ser nítidamente jurídicos. Afecta seriamente la majestad de la justicia aquel que de la magistratura quiere hacer tribuna y de la toga, bandera. Por otro lado, enfrentan la juridicidad quienes, profanos y al margen de la ley, se erigen en árbitros oficiosos obligando a pusilánimes como Pilatos a fallar sin razón y sin conciencia.

En la serie *Roma*, producida por HBO y dirigida por Jonathan Stamp, se registran diálogos entre estadistas de distinta ética personal. En el primero, Marco Antonio, asistido por el liberto Posca, pacta con Herodes:

- Herodes: *Me dijeron que los caballeros romanos no piden sobornos. Uno debe ofrecer los sobornos como regalos. ¿Es así?*
- Marco Antonio: *Sí, así es. Me temo que somos los peores hipócritas.*
- Herodes: *Te ofrezco un regalo entonces, ayúdame a tomar el trono de Judea, hacer de mis enemigos los tuyos, y te ofreceré un regalo importante.*
- Posca: *¿Cuán importante sería el regalo?*
- Herodes: *¿Cuán importante necesita serlo?*
- Posca: *9100 kilos de oro.*
- Herodes: *Hecho.*
- Marco Antonio: *Deberíamos haber pedido más. Debes garantizar, por supuesto, mantener a raya a los judíos.*
- Herodes: *Harán lo que les digo o sufrirán las consecuencias.*
- Marco Antonio: *Congratulaciones; Herodes, tienes el apoyo total de Roma.*
- Herodes: *Una pregunta. Nuestros amigos Octavio y Lépido ¿también hablas por ellos?*
- Marco Antonio: *Sí. Hablamos una sola voz.*
- Herodes: *¿Así que luego no vendrán pidiendo regalos para ellos?*
- Marco Antonio: *No, tu regalo es para todos nosotros.*
- Herodes: *Bien. Qué hermoso tener tal confianza entre amigos (Herodes se retira)*
- Marco Antonio: *(A Posca) A esto le llamo una buena mañana de trabajo.*

En episodio posterior, se reúnen Marco Antonio, Lépido y Octavio (hijo adoptivo de Julio César) con el objeto de acordar la distribución del poder imperial entre ellos tres, asignándose su correspondiente espacio político-territorial. Octavio ya sabía del acuerdo de Antonio con Herodes, por delación del frustrado Posca que pretendió una parte del soborno. Se supone que Octavio reivindica honestamente el principio que todos los ingresos entren al fisco, bajo la supervisión de un sacerdote.

Ejemplo de la prolijidad legisladora en su intento de frenar la delincuencia (incluida la corrupción) se encuentra en las constantes modificaciones al Código Penal o emitiendo leyes específicas, citando las más recientes: Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo (58-2005); Aprobación del Convenio sobre la Cooperación para la Supresión del Tráfico Ilícito Marítimo y Aéreo de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en el Área del Caribe (64-2005); Ley de la Dirección de la Inteligencia Civil (71-2005); Aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (91-2005); Ley contra la Delincuencia Organizada (21-2006);

Ley del Régimen Penitenciario (33-2006); Ley de Registro de Terminales Telefónicas Móviles Robadas o Hurtadas (09-2007); Decreto que aprueba el Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) (35-2007); Reformas a la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal (22-2008); Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición (28-2008); Reforma al Código Penal que tipifica el delito de Pánico Financiero (64-2008); Ley contra la Explotación Sexual y Trata de Personas (09-2009); Ley de Armas y Municiones (15-2009); Ley de Fortalecimiento a la Persecución Penal; Ley contra la Delincuencia Organizada (17-2009); Ley de Competencia Penal en Proceso de Mayor Riesgo (21-2009); Ley de Extinción de Dominio (55-2010); Ley para Combatir la Producción y Comercialización de Medicamentos Falsificados (28-2011); Ley para Fortalecimiento del Sistema Tributario; Combate a la Defraudación y el Contrabando (04-2012), y siguen.