



CENADOJ
CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS
Y DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

*REVISTA
JURÍDICA
DEL
ORGANISMO
JUDICIAL*

2019 - 2020



GUATEMALA, C.A.

CENADOJ
CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS
Y DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

***REVISTA
JURÍDICA
DEL
ORGANISMO
JUDICIAL
2019-2020***

Fallos relevantes dictados por las Salas de la Corte de Apelaciones y Tribunales Colegiados de igual categoría del uno de julio 2019 al treinta de junio 2020.

Guatemala. Organismo Judicial. Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial CENADOJ

Revista Jurídica del Organismo Judicial 2019-2020 : fallos relevantes dictados por las Salas de la Corte de Apelaciones y Tribunales Colegiados de igual categoría, del uno de julio 2019 al treinta de junio 2020. Guatemala : Organismo Judicial, 2023.

ii, 224 páginas ; 28 cm.
D.L. OJ 225-2023

1. JURISPRUDENCIA - SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE - 2019-2020 - GUATEMALA 2. SALA QUINTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE - 2019 - QUETZALTENANGO 3. SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - 2019 - GUATEMALA 4. DERECHO PENAL - 2023 - GUATEMALA 5. DERECHOS HUMANOS - 2023- GUATEMALA 6. DERECHO LABORAL - 2023 - GUATEMALA I. Título.

Signatura Topográfica Local:

OJ PS
GT Rev.JOJ
No.15, Año 15
Nva.Ep. Agosto 2023



CENADOJ
CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS
Y DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

**REVISTA
JURÍDICA
DEL
ORGANISMO
JUDICIAL
2019 - 2020**

Una publicación a cargo del
Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial
(CENADOJ)

Año 15 (Nueva Época), No. 15 Agosto 2023

Dirección para correspondencia y canje:
Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial
Bulevar Los Próceres 18-29, zona 10 Torre I. Centro de Justicia Laboral, 8vo. nivel
Guatemala, GUATEMALA, C.A.

Sitio Web: www.oj.gob.gt/cenadoj Correo Electrónico: cenadoj@oj.gob.gt

Derechos reservados:
© Organismo Judicial de Guatemala

Publicado en Guatemala, 2023

CONTENIDO

JURISPRUDENCIA

SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

102-2019 02/07/2019 Ministerio Público y Miguel Ángel Juárez Zumeta.....	1
28-2019 08/07/2019 Ministerio Público.....	5
14-2019 29/07/2019 Eulises Elisandro Arévalo Chanico y/o Eulices Elizandro Arévalo Chanico.....	9
113-2019 29/07/2019 Víctor Hugo Matz González y Wendy Marisol Matz González.....	12
2-2019 19/08/2019 Ministerio Público.....	20
30-2019 09/09/2019 Luis Alfredo Villalta Antuche.....	24
318-2019 04/02/2020 Arardo Alessandro Sandoval González.....	29
163-2019 11/02/2020 Olga Marisol Cano Méndez.....	34
340-2019 16/03/2020 Joseline Yadira Portillo Chitay.....	39

SALA QUINTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

612-2018 08/08/2019 Ministerio Público.....	43
603-2018 22/08/2019 Leonardo Muñoz Reyes.....	46

SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

83-2014 07/10/2019 Jerson Buenaventura Elías Vrs. Superintendencia de Administración Tributaria.....	50
--	----

214-2015 07/10/2019 Aviateca, Sociedad Anónima Vrs. Superintendencia de Administración Tributaria	83
153-2014 09/10/2019 Atlantis Ingeniería & Construcciones, Sociedad Anónima Vrs. Superintendencia de Administración Tributaria	108
216-2015 10/10/2019 Productos Avon de Guatemala, Sociedad Anónima Vrs. Superintendencia de Administración Tributaria	124
194-2014 10/10/2019 CSI Leasing Guatemala, Sociedad Anónima Vrs. Superintendencia de Administración Tributaria	135
125-2014 10/10/2019 Almacenes Siman, Sociedad Anónima Vrs. Superintendencia de Administración Tributaria	144

ARTÍCULOS SOBRE TEMAS JURÍDICOS

Procedimiento Para Delitos Menos Graves Luis Alberto Fernández Ramírez	155
Derecho Negativo, una Introducción Luis Alberto Fernández Ramírez.....	172
¿Cómo Valoran los Mecanismos y Órganos de Derechos Humanos el Respeto y la Protección a la Libertad de Expresión en Guatemala? Gissel Stephanie Beatriz López Melgar	186
La Normativización Procedimental de los Procesos Sometidos a Conocimiento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Sala Constitucional Alma María Chávez Raymundo	192
La Teoría de la Imputación Objetiva en el Sistema Funcional del Derecho Penal Marta Claudette Domínguez Guerrero	198
Evolución Histórica del Derecho de Trabajo Aracely Amaya Fabián.....	213

JURISPRUDENCIA

SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

02/07/2019 - PENAL
102-2019

SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, dos de julio de dos mil diecinueve.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, para resolver el recurso(s) de Apelación Especial: a) por MOTIVO DE FONDO, promovido por el Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado Erick Fernando Galván Ramazzini; b) por MOTIVO DE FONDO, promovido por el procesado Miguel Ángel Juárez Zumeta, auxiliado por el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor Público, en contra de la sentencia de fecha veintinueve de enero de dos mil diecinueve, dentro del proceso arriba identificado, dictada por la abogada Francisca Yolanda Girón Méndez, Jueza Unipersonal del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, del municipio de Amatitlán, departamento de Guatemala, dentro del juicio oral y público seguido en contra de: **Miguel Ángel Juárez Zumeta**, por el delito de Robo de Equipo Terminal Móvil.

I. IDENTIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

PROCESADO: Miguel Ángel Juárez Zumeta, quien manifestó ser de veinticinco años de edad, casado, agente de seguridad, guatemalteco, originario y residente en la primera avenida, Cerro Corado del municipio de Amatitlán, departamento de Guatemala, actúa bajo la dirección y procuración del licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor público, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en la décima calle, seis guion treinta y siete, zona uno Edificio Bearn, ciudad de Guatemala y también al casillero electrónico IDPPAM; Ministerio Público: Quien actuó por medio de su agente fiscal asignado Erick Fernando Galván Ramazzini, señalando con lugar para

recibir notificaciones en la octava calle, tres guion setenta y tres, zona uno, segundo nivel, ciudad de Guatemala y comunicaciones al correo electrónico impugnaciones@mp.gob.gt y a los números de teléfono veintidós millones doscientos cinco mil ciento ochenta y nueve (22205189) al noventa y uno (91); **QUERELLANTE ADHESIVO:** No Hay; y **TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO:** No Hay.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

“...Con base a lo anteriormente considerado... La Juzgadora al resolver DECLARA: I) Que el acusado MIGUEL ANGEL JUÁREZ ZUMETA, es autor responsable del delito consumado de ROBO DE EQUIPO TERMINAL MÓVIL, cometido en contra del patrimonio del Evelin Noemí Gerónimo Baeza. II) Que por la comisión de dicho ilícito penal, se le impone la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, sumada con la efectivamente padecida desde el momento de su aprehensión...”

III: DE LOS PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE SE IMPUGNAN: Los apelantes impugnan los numerales romanos “I) y II)” de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

IV. DEL HECHO ATRIBUIDO: Al procesado, se le atribuyó el hecho, contenido en el memorial presentado en su oportunidad por el Ministerio Público, en el cual solicita la apertura a juicio penal y formula acusación en su contra.

V. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: El Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado Erick Fernando Galván Ramazzini, plantea(n) Recurso De Apelación Especial por MOTIVO DE FONDO, invocando como único submotivo la inobservancia del artículo 65 en relación con el numeral 18 del artículo 27, ambos del Código Penal; y el procesado Miguel Ángel Juárez Zumeta, auxiliado por el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor Público, plantea(n) Recurso De Apelación Especial por MOTIVO DE FONDO, invocando como único submotivo la errónea aplicación del artículo 10 del Código Penal, relacionado con el artículo 21 de la Ley de Equipos Terminales Móviles.

VI. DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: El Recurso De Apelación Especial fue declarado admisible formalmente en resolución de fecha diecinueve de marzo de dos mil diecinueve.

VII. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA: La audiencia del debate fue fijada para el día diecinueve de junio de dos mil diecinueve, a las once horas con treinta minutos. El procesado Miguel Ángel Juárez Zumeta, juntamente con el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor público y el Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado, reemplazaron su participación por escrito a la audiencia antes referida. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día dos de julio de dos mil diecinueve, a las catorce horas con cuarenta y cinco minutos.

CONSIDERANDO: -I-

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza que la defensa de la persona y de sus derechos que le son inherentes son inviolables, de tal manera que las garantías Judiciales, enmarcadas dentro de lo que se conoce como debido proceso legal, se toma la existencia de un órgano Judicial independiente, así como un conjunto de normas y principios que garanticen un proceso equitativo y en el que el imputado disponga de los medios adecuados para su defensa, entre los que se encuentra el derecho a recurrir el fallo, con la finalidad de que el tribunal superior proceda a revisar la sentencia que le causa agravio. El ámbito de conocimiento del Tribunal de Segunda Instancia quedará delimitado por la impugnación efectiva de las partes.

En consecuencia, el alcance del recurso quedará determinado por las pretensiones impugnatorias de las partes, ejercitadas en el trámite de interposición y fundamentación del recurso, impugnando aquellos pronunciamientos que les causan gravamen.

De esa cuenta, el artículo 421 del Código Procesal Penal, establece que el tribunal de apelación especial conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente contenidos en el recurso. Asimismo el artículo 419 numeral Segundo del mismo texto legal preceptúa que el Recurso de Apelación Especial sólo podrá hacerse valer cuando la sentencia contenga cualquiera de los siguientes vicios: 1) De fondo: inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley y 2) De forma: inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto de procedimiento.

-II-

El Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado Erick Fernando Galván Ramazzini,

interpone recurso de Apelación Especial por Motivo de Fondo, invocando como único submotivo la inobservancia del artículo 65, relacionado con el numeral 18 del artículo 27, ambos del Código Penal, argumentando de la siguiente manera: "... Al analizar los apartados sentenciales respectivos y las normas jurídicas denunciadas como infringidas, se establece que el A quo incumplió con atender los parámetros legítimos que establece el artículo 65 del Código Penal para la determinación de la pena; como el análisis sobre las circunstancias agravantes y atenuantes; especialmente la agravante de "menosprecio al ofendido" como consecuencia que la víctima es de sexo femenino... extravió su argumentación hacia circunstancias que no constituyen presupuestos para la determinación de la pena, ya que el hecho que el procesado sea joven y delincuente primario, no constituyen circunstancias atenuantes reguladas en el artículo 26 del Código Penal; incluso, el segundo extremo señalado, tiene consideración para la aplicación de un sustitutivo penal, no para la determinación de la pena... En ese sentido, los argumentos del A quo no justifican la pena mínima impuesta, ni prevalecen o invalidan jurídicamente la existencia y aplicación de circunstancia agravante concurrente en la comisión del delito para la graduación de la pena. De conformidad con el artículo 27 numeral 18 del Código Penal... está integrado por el sexo de la víctima y en consecuencia constituye un parámetro legítimo y obligado para graduar la pena mínima, el cual fue inobservado por el tribunal sentenciador, siendo que esa circunstancia no es inherente al delito atribuido... atendiendo a la importancia y naturaleza de la misma, considera que la pena mínima para el delito de robo de equipo de terminal móvil debe ser aumentada en un año...", señala doctrina como sentencia de fecha veinte (20) de febrero de dos mil doce (2012), dictada dentro del expediente un mil ochocientos treinta y cuatro guion dos mil once (1834-2011), sentencia de fecha ocho (08) de junio de dos mil diecisiete (2017), dentro del expediente número único cero un mil cuatro guion dos mil dieciséis guion cero un mil seiscientos cuarenta y cuatro (01004-2016-01644), ambos recursos de Casación, y sentencia de fecha dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), dentro del expediente número dos mil quinientos cincuenta y seis guion dos mil dieciséis (2556-2016), de la Corte de Constitucionalidad, por lo que solicita se Acoja el presente recurso de apelación especial, dictando sentencia condenatoria de siete años de prisión incommutables por el delito de Robo de Equipo Terminal Móvil.

El procesado Miguel Angel Juarez Zumeta, auxiliado por el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor público, interpone recurso de Apelación Especial por Motivo de Fondo, invocando como único submotivo la errónea aplicación del artículo 10 del Código Penal, relacionado con el artículo 21, de la Ley de Equipos Terminales Móviles, argumentando de la siguiente manera: "...se sostiene la tesis que la sentencia tiene por acreditado el hecho descrito con anterioridad, aplicando erróneamente el artículo 10 del código(sic) penal(sic). Esto en relación a que se contó con la declaración testimonial de los agentes de policía(sic) nacional(sic) civil(sic) ZIMRI NAAMAN MENDEZ VASQUEZ Y LUIS PELIPE PIOX CHITON, pero también con la declaración de la EVELIN NOEMI GERONIMO BAEZA, quienes entran en severas contradicciones, que sin entrar a valor(sic) prueba, la sala deberá(sic) establecer, toda vez que para configurar una acción idónea por parte del procesado, se debe observar que la agraviada EVELIN NOEMI GERONIMO(sic) BAEZA, primero manifiesta... ellos le encontraron el teléfono celular en la manos... luego manifiesta... cuando el procesado se da a la fuga, los señores de la radio patrulla lo siguieron, como a dos cuerdas lo detuvieron; ella se encontraba a dos metros de donde estaba la bicicleta; llevaba su teléfono en su bolsa, desde donde ella estaba no se veía la detención, a ella la llamaron para que fuera a identificar si era él el que le había robado su teléfono celular; no llegó ninguna unidad de asistencia médica a ver a la persona atropellada... hay elementos que no fundan una conducta idónea por parte del procesado, puesto que primero se sostiene que el celular lo tiene el procesado en la mano, y luego indica que lo llevaba en la bolsa, y después... indica que cuando lo ve el procesado tenía grilletas, y el celular en las manos. Pero el agente de policía(sic) nacional(sic) civil(sic) ZIMRI NAAMAN MENDEZ VASQUEZ sostiene "por lo que él le efectuó el registro superficial, localizándole el teléfono color blanco en la mano derecha en la cual lo tenía empuñado... cuando la agraviada indico que lo llevaba en la bolsa... El Tribunal de Sentencia Penal... hace relación a los hechos probados, dejando de lado, que para que se establezca una acción idónea y de reproche, debe haber material probatorio idóneo, no contradictorio, por lo que se sostiene que hay razones suficientes para destruir el nexo causal, lo que da lugar a que con la indebida aplicación, en la sentencia... influye decisivamente el fallo recurrido... no hay acción de reproche que deba encuadrarse en los verbos rectores del tipo penal del artículo 21 de la Ley de equipos(sic) terminales(sic) móviles(sic)...", por lo que solicita se Acoja el presente recurso de apelación

especial, anulando la sentencia recurrida y dictando una sentencia absolutoria.

-III-

Este tribunal de alzada al proceder al estudio del medio recursivo interpuesto por el Ministerio Público por medio de su Agente Fiscal Erick Fernando Galván Ramazzini quien interpone recurso de Apelación Especial por Motivo de Fondo alegando como único submotivo la inobservancia del artículo 65, relacionado con el numeral 18 del artículo 27, ambos del Código Penal.

Se considera primeramente que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, ha determinado que el referente básico para resolver un recurso de apelación especial por motivo de fondo, son los hechos que se han tenido por acreditados por el tribunal de sentencia. De tal suerte que, la función de este Órgano Jurisdiccional se encuentra circunscrita a determinar si se realizó una debida adecuación de hechos a la figura típica aplicada, por lo cual, al analizarse el apartado de la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditado, de los cuales se establece: "...III) DETERMINACION PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO QUE LA JUEZA ESTIMA ACREDITADO... Que usted MIGUEL ÁNGEL JUÁREZ ZUMETA, el día dieciocho de octubre del dos mil diecisiete, aproximadamente las catorce horas, conduciéndose a bordo de una bicicleta, tomó sin la debida autorización y con violencia simultanea; al arrebatar de las manos de su propietaria EVELIN NOEMI GERONIMO BAEZA, un teléfono celular marca SAMSUNG, color negro, blanco y gris, con número de IMEI trescientos cincuenta y tres mil setecientos sesenta y tres diagonal cero ocho diagonal cero setenta y nueve mil seiscientos seis diagonal nueve, cuando ésta se encontraba en la cuarta avenida, frente al numeral dos guión sesenta y uno, de Barrio la(sic) Cruz, Municipio de Amatitlán, Departamento de Guatemala, emprendiendo posteriormente su huida hasta que elementos de la Policía Nacional Civil, tras una persecución, lo detuvieron momentos después, sobre a cuarta calle y quinta avenida, frente al numeral cinco guión sesenta y cinco del Barrio San Juan, Municipio de Amantillan, Guatemala, encontrándole el agente de la PNC ZIMRI NAAMAN MENDEZ VASQUEZ, en una de sus manos, el teléfono celular descrito...".

Esta Sala en relación a lo argumentado por el recurrente, en cuanto a que el "A quo" incumplió

con atender los parámetros legítimos que establece el artículo 65 del Código Penal para la determinación de la pena; así como el análisis sobre las circunstancias agravantes y atenuantes; especialmente la agravante de “menosprecio al ofendido” como consecuencia que la víctima es de sexo femenino. Al respecto es oportuno indicarle al recurrente que la pena impuesta al hoy sindicado se hizo en base a lo que regula el artículo 65 del Código Penal y en el presente caso es evidente que la sanción que la jueza sentenciadora consideró imponer, la misma la hizo dentro de un máximo y un mínimo según lo regulado en la norma precitada.

Pues si bien es cierto el hecho que nos ocupa ocurre en el desmedro del patrimonio de una mujer, también lo es que el tipo penal de Robo de Equipo Terminal Móvil ya contempla su propia agravación de la pena, debido a que la pena mínima para éste tipo penal es de seis años de prisión incommutables. Y si ello se agrega que la persona del sindicado al momento de huir de la escena del crimen con el teléfono celular en su poder en vía contraria en una bicicleta, éste es atropellado por un automóvil que venía en su vía por lo que el castigo también se extendió de esa manera.

Resultando inapropiado en que el ente acusador pretenda que se eleve a siete años la pena para el hoy incoado, cuando la agravante invocada no fue solicitada dentro del memorial del acto conclusivo, ni probada en el desarrollo debate oral y público, por lo que se estaría desnaturalizando con ello la proporcionalidad de las sanciones por lo que se considera que el fallo venido en apelación se encuentra ajustado a derecho pues con la prueba testimonial, documental y material quedó acreditada la participación y responsabilidad del procesado en el delito de ROBO DE EQUIPO TERMINAL MOVIL en grado de autor y en grado de consumación, puesto que su detención fue flagrante y ya había desplazado el bien objeto del delito ya mencionado.

Concluyendo en consecuencia que el acusado es responsable del ilícito penal a él endilgado no quedando duda con ello acerca de que el sindicado participó en el hecho del cual se formuló Acusación, como fue la sustracción de equipo terminal móvil sin la autorización debida y con violencia a la agraviada; por lo que la pena impuesta al señor MIGUEL ANGEL JUAREZ ZUMETA no debe aumentarse en base a los argumentos expuestos por lo que no hay que acoger el presente submotivo.

Por lo anteriormente descrito debe declararse SIN LUGAR el Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO interpuesto por el Ministerio Público y en consecuencia debe CONFIRMARSE la sentencia de Primera Instancia.

Ahora bien ésta Sala de la Corte de Apelaciones al proceder a realizar el análisis del Recurso de Apelación Especial por Motivo de Fondo interpuesto por el procesado MIGUEL ANGEL JUAREZ ZUMETA en relación al único submotivo consistente en la errónea aplicación del artículo 10 del Código Penal con relación al artículo 21 de la Ley de Equipos Terminales Móviles considera que el apelante con los argumentos que ataca la sentencia objeto de apelación no desvanece el fondo del fallo recurrido. Pues con la prueba testimonial, documental y material que se aportó al juicio oral y público fue suficiente para que la juzgadora “A quo” tuviera por acreditada la participación y responsabilidad penal del incoado en el delito de ROBO DE EQUIPO TERMINAL MOVIL.

Es de resaltar que dentro de los testigos que declararon en el debate se contó con el testimonio de la propia agraviada, declaración que se concatena con las prestadas por los Agentes de la Policía Nacional Civil que participaron en la aprehensión del hoy incoado. Con ello se considera que se desvanece la falta de Relación de Causalidad a la que alude el apelante ya que con los elementos probatorios que desfilaran en el juicio oral y público, quedó acreditada esa relación contundentemente.

“...Vale la pena indicar que el contenido de dicho artículo [10 Código Penal] constituye una institución jurídica de orden sustantivo que permite imputar un resultado al autor de una conducta que lo ha causado, es decir que a través de la relación de causalidad se determina si el resultado dañoso previsto en el tipo penal ha sido consecuencia de la acción realizada. Claro está que la relación de casualidad es dable de ser establecida en los delitos de resultado, que son aquellos que no se consuman con la sola actuación del autor, sino que requiere, además la producción de un resultado posterior que escapa del dominio de aquel que lo ejecuta...” Casación número ciento dos guion dos mil ocho (102-2008), Sentencia del catorce de septiembre de dos mil nueve (14/09/2009).

Es así como el acusado cometió una conducta delictiva idónea según la naturaleza y las circunstancia concretas del caso que nos ocupa causando un resultado dañoso como fue afectar el patrimonio de la víctima al haberla despojado de su teléfono celular y que por la intervención oportuna

de los agentes policiales y del accidente sufrido por el propio procesado es que fue aprehendido en forma flagrante.

Por lo que éste Tribunal de Alzada estima puntualmente indicar que no existe la errónea aplicación del artículo 10 de Código Penal con relación con el artículo 21 de la Ley de Equipo Terminal Móvil no asistiéndole en consecuencia la razón al recurrente por lo que no hay que acoger el presente submotivo.

Por lo anteriormente descrito debe declararse SIN LUGAR el Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO interpuesto por el procesado y en consecuencia debe CONFIRMARSE la sentencia de Primera Instancia.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 1, 2, 4, 5, 8, 12, 13, 14, 17, 44, 46, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1 al 14, 20, 36, 41, 44, 53, 59, 60, 63, 65, 66, 68, 71, 72, 268 del Código Penal; 21 de la Ley de Equipos Terminales Móviles; 1 al 11 Bis, 14, 19, 43, 49, 51, 160 al 166, 181, 186, 193, 225, 226, 227, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 363, 364, 385, 388, 389, 392, 394, 398, 399, 415 al 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 86 al 91, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial. **POR TANTO:** Esta Sala, con base en lo considerado y leyes citadas, por **UNANIMIDAD RESUELVE:** **I) NO ACOGE los recurso(s) de Apelación Especial:** **a) por MOTIVO DE FONDO, promovido por el Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado Erick Fernando Galván Ramazzini;** **b) por MOTIVO DE FONDO, promovido por el procesado Miguel Ángel Juárez Zumeta, auxiliado por el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor Público, por las razones antes indicadas.** **II) Confirma la sentencia de fecha veintinueve de enero de dos mil diecinueve, dictada por la abogada Francisca Yolanda Girón Méndez, Jueza Unipersonal del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, del municipio de Amatitlán, departamento de Guatemala, consecuentemente no sufre modificación alguna, en la parte resolutive de la sentencia recurrida.** **III) La lectura del presente fallo, servirá de legal notificación a las partes, debiendo entregar copia del mismo a quien lo requiera.** **IV) Con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al tribunal de origen.** **V) Notifíquese.**

Néctor Guilebaldo De León Ramírez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Primero; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Segundo; Lilian Lissette Hidalgo López, Secretaria.

**08/07/2019 - PENAL
28-2019**

Número Único del Expediente 02035-2017-00852. Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala.

APELACIÓN ESPECIAL 028-2019 Oficial 3°.

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, ocho de julio de dos mil diecinueve.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar SENTENCIA de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, interpuesto por el Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal Olga Azucena Martínez Domínguez, por motivo de fondo, contra la sentencia de fecha dieciocho de septiembre de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral seguido en su contra, por el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, y se le condena por el Delito de Facilitación de Medios.

IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES:

Acusado: Gustavo Adolfo Gómez Revolorio, de treinta y cuatro años de edad, soltero, enderezador y pintor, guatemalteco, nació el diez de enero de mil novecientos ochenta y cinco, en el municipio y departamento de Guatemala, con residencia en la tercera avenida, veintiséis - cincuenta y uno de la Colina Villa Lobos Uno, hijo de Orbelina Revolorio Cazún y Julio Alberto Gómez Salguero, se encuentra unido de hecho con la señora Olga del Carmen Plato Herrarte, con quien procrea dos hijos (... y ...) de apellidos Gómez Plato, cinco personas dependen económicamente de él, según certificación de documento personal de identificación, extendida por el Registro Nacional de las Personas, se

identifica con el código único de identificación número un mil setecientos setenta y tres setenta y tres mil ciento sesenta y cuatro cero ciento uno (1773 73164 0101). La defensa técnica está a cargo del **Abogado**: Filemón Villatoro Monzón, del Instituto de la Defensa Pública Penal. El **Ministerio Público** actúa a través de la Agente Fiscal: Olga Azucena Martínez Domínguez. No se apersonó Querellante Adhesivo, Actor Civil, ni existe Tercero civilmente demandado.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala, DECLARÓ: "... **I)** Que absuelve al acusado GUSTAVO ADOLFO GOMEZ REVOLORIO, del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito. **II)** Que el acusado GUSTAVO ADOLFO GOMEZ REVOLORIO es autor responsable del delito de FACILITACIÓN DE MEDIOS, regulado en el artículo 41 de la Ley Contra la Narcoactividad, como consecuencia por tal hecho antijurídico, se le condena al procesado a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, y al pago de la MULTA de DIEZ MIL QUETZALES (Q.10,000.00); **III)** La pena anteriormente impuesta deberá cumplirla en el centro de Reclusión que para el efecto determine el Juez de Ejecución Penal respectivo; **IV)** Encontrándose el acusado GUSTAVO ADOLFO GOMEZ REVOLORIO, privado de libertad en el centro de Detención Preventiva para Hombres de la Zona Dieciocho, lo deja en la misma situación jurídica, hasta que el fallo cause firmeza; **V)** Se le suspende en el ejercicio de sus derechos políticos durante el tiempo que dure la condena;..."

III. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL: El recurso de apelación especial fue interpuesto por el Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal Olga Martínez Domínguez, por motivo fondo, contra la sentencia de fecha dieciocho de septiembre de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala.

IV. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA: La audiencia del debate fue fijada para el día veintiséis de junio de dos mil diecinueve, a las diez horas con treinta minutos. Las partes procesales reemplazaron su participación por escrito, en la audiencia señalada.

Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día ocho de julio de dos mil diecinueve, a las catorce horas con quince minutos.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación Especial, se encuentra en nuestro ordenamiento legal vinculado al valor "seguridad jurídica", como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivos de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio de la parte acusada, cuando esta recurra, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal Olga Azucena Martínez Domínguez, interpone recurso de apelación especial por motivo fondo, el cual se resume de la siguiente la manera:

MOTIVO FONDO: Esta gestión se fundamenta en lo preceptuado por los artículos 398, 415, 416 y 419 numeral 1, del Código Procesal Penal. El presente recurso va dirigido en contra de los apartados de la sentencia impugnada que se denominan "DE LA DETERMINACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADO; CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO Y PARTE RESOLUTIVA, con relación a los numerales romanos I) y II)".

UNICO SUBMOTIVO DE FONDO: Inobservancia del artículo 38 de la Ley Contra la Narcoactividad,

concatenado con el artículo 10 del Código Penal. Manifiesta la apelante, que al analizar la sentencia que se apela, el ente investigador estableció la existencia del vicio in iudicando que se denuncia, consistente en la inobservancia de lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley Contra la Narcoactividad, toda vez que con los elementos probatorios que el tribunal sentenciador apreció con valor positivo y los hechos que estimó acreditados, se desprende de manera indubitable la consumación del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, cometido por el acusado Gustavo Adolfo Gómez Revolorio, en agravio de la sociedad, debido a que el tribunal tuvo por probada la plataforma fáctica de la acusación; sin embargo, de manera inexplicable y contradictoria decidió cambiar la figura delictiva por el delito de Facilitación de Medios y le impone la pena de seis años de prisión incommutables y el pago de multa de diez mil quetzales al procesado por ese delito; por lo tanto, es evidente el contraste no sólo entre los segmentos de los hechos acreditados con la parte resolutive, porque además de tener por demostrado el hecho que el ente acusador le endilgó al procesado, el tribunal sentenciador concluye equivocadamente que no quedó acreditado si el acusado comercializaba o traficaba la droga, ya que los agentes de Policía Nacional Civil, no refirieron nada, al respecto de allanamiento, inspección, registro y secuestro en el inmueble relacionado, la investigación era que ese inmueble era utilizado para guardar vehículos robados, nunca mencionaron droga; y que además no quedó acreditado algún daño material o moral que le fuera causado a la sociedad, y que con los medios de prueba testimonial y documental queda acreditado la existencia del delito de Facilitación de Medios, regulado en el artículo 41 de la Ley Contra la Narcoactividad. Argumentación a todas luces contradictoria, toda vez que al diligenciarse la prueba se probó plenamente la tesis acusatoria, por lo que de la simple lectura al fallo que se cuestiona, resulta obvia la acción típica, antijurídica, culpable y sancionable en el presente caso cometida por el acusado y que es subsumible en la descripción subjetiva regulada en el artículo 38 de la Ley Contra la Narcoactividad, denominada como delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, por lo cual el procesado al vivir en el interior del inmueble en donde fue localizada la droga consistente en veintidós punto sesenta y dos kilogramos de marihuana, habiéndose evidenciado que en dicho lugar se vendía y almacenaba droga, encuadra su conducta en el ilícito penal de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito. Existiendo nexo causal entre la conducta asumida por el acusado y la

consecuencia jurídica, consistente en actuar en contra de la seguridad y salud de la sociedad, por lo que es evidente la existencia del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, responsabilidad y participación del acusado en el mismo. De lo antes manifestado, la apelante señala como agravio causado, que existió relación de causalidad en la conducta del acusado para encuadrar su acción en el delito consumado de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, circunstancias que ignoró el tribunal, ya que de haberlas tomado en cuenta hubiera aplicado correctamente los preceptos legales contenidos en la norma puntualizada y consecuentemente habría arribado a conclusiones de certeza jurídica, para encontrar responsable al acusado de la ejecución de tal delito, Sin embargo, al incurrir en el vicio de fondo de no aplicar el artículo 38 de la Ley Contra la Narcoactividad, provoca agravio al Ministerio Público, porque se le impide cumplir con la finalidad que constitucionalmente tiene asignada, la cual es investigar y obtener la sanción de conductas ilícitas que lesionan bienes jurídicos tutelados por nuestra legislación y viola el ejercicio de la acción penal que le corresponde. Por lo que solicita, que el presente recurso de apelación especial, se acoja por el motivo de fondo, ante la inobservancia del artículo 38 de la Ley Contra la Narcoactividad, y al tenor de los artículos 430 y 431 del Código Procesal Penal, se dicte sentencia declarando que la conducta del procesado Gustavo Adolfo Gómez Revolorio, encuadra en el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, regulado en el artículo 38 de la ley antes citada, tipo penal por el que se formuló la acusación en su contra y se le condene a doce años de prisión incommutables y multa de cincuenta mil quetzales.

CONSIDERANDO III:

Atendiendo que El Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal Olga Azucena Martínez Domínguez, interpone recurso de apelación especial por motivo de fondo en por Inobservancia del artículo 38 de la Ley Contra la Narcoactividad, concatenado con el artículo 10 del Código Penal.

Al respecto, esta Sala hace saber al acusado que, cuando se impugna una sentencia por motivo de fondo, el único referente fáctico lo constituyen los Hechos Acreditados, en ese sentido se pronuncia Cámara Penal, en sentencia número doscientos sesenta y ocho guión dos mil once (268-2011) emitida con fecha dos de agosto del año dos mil once (02/08/2011) al expresar: "...Cuando se resuelve una impugnación en que se invoca un motivo de

fondo, el único referente factico para decidir son los hechos acreditados por el tribunal sentenciante. La labor del juzgador consiste en realizar el análisis legal para establecer si la adecuación típica realizada es jurídicamente correcta..." de ahí que este Tribunal de Alzada, al examinar los hechos acreditados establece que el acusado Gustavo Adolfo Gómez Revolorio fue detenido de manera flagrante por encontrarse dentro del inmueble objeto de una orden de allanamiento, inspección y registro, allanamiento realizado con fecha once de junio del año dos mil diecisiete, donde se encontró cuatro costales conteniendo hierba seca que según anticipo de prueba resultó ser droga denominada mariguana; este Tribunal de Alzada al examinar el documento sentencial, encuentra que el Tribunal de Sentencia con los medios de prueba testimonial y documental que le fueron presentados y valorados positivamente que permitan encuadrar la conducta del procesado como autor directo y responsable del Delito de Comercio Trafico y Almacenamiento Ilícito, sin embargo los agentes refirieron que el allanamiento fue motivado por existir la noticia de que en el inmueble en que fuera detenido guardaban vehículos robados razones por las que el Juez A quo sentenció por el delito de Facilitación de Medios.

Sin embargo este Órgano Jurisdiccional de Alzada establece que la participación y responsabilidad del procesado se encuentra debidamente acreditada con los medios de prueba aportados a juicio oral y público consecuentemente se evidencia la relación causal entre los hechos referidos y las descripción típica contenida en el artículo 38 de de la Ley Contra la Narcoactividad, pues los verbos adquirir y almacenar hojas, plantas no forman parte de la descripción del delito contenido en el artículo 41 de la Ley Contra la Narcoactividad, que preceptúa: "Facilitación de medios. El que poseyere, fabricare, transportare o distribuyere equipo, materiales o sustancias, a sabiendas de que van a ser utilizadas en cualquiera de las actividades a que se refiere los artículos anteriores..." aquí aparecen los verbos: poseer, fabricar, transportar y distribuir, con ello que el Tribunal de Sentencia aplicó erróneamente la norma en todos los aspectos; por lo tanto en cuanto al agravio argumentado por el ente investigador esta Sala determina que le asiste la razón, toda vez que las acciones acreditadas de "adquirir y almacenar" no pueden subsumirse dentro del tipo penal del artículo 41 de la Ley Contra la Narcoactividad. De tal cuenta que existe relación de causalidad entre la acción ejecutada y el resultado de conformidad con la naturaleza del delito de Comercio Trafico y Almacenamiento Ilícito, por el cual debe sancionarse.

Por lo analizado, los argumentos del apelante tienen sustento jurídico y en razón de ello, permiten acoger el presente recurso por motivo de fondo, debiéndose modificar la parte resolutive de la sentencia impugnada, quedando de la manera siguiente: Que el procesado GUSTAVO ADOLFO GOMEZ REVOLORIO, es autor responsable del delito de COMERCIO, TRÁFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO, consecuentemente por tal hecho antijurídico se le impone al procesado la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, y una MULTA DE CINCUENTA MIL QUETZALES, cantidad que deberá hacer efectiva en la Tesorería del Organismo Judicial, al tercer día de estar firme el fallo respectivo. SE ABSUELVE a GUSTAVO ADOLFO GOMEZ REVOLORIO, del delito de FACILITACIÓN DE MEDIOS, debiendo esta Sala resolver según las consideraciones y análisis expuestos.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1, 10, 14, del Código Penal; 2, 38, 40 de la Ley Contra la Narcoactividad; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Bis, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 225, 226, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 346, 389, 392, 398, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA: I. ACOGE** el Recurso de Apelación Especial, interpuesto por el Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal Olga Azucena Martínez Domínguez, por motivo de fondo, contra la sentencia de fecha dieciocho de septiembre de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala. II. En consecuencia, se modifican los numerales I) y II) de la parte resolutive de la sentencia impugnada, los cuales quedan de la siguiente manera: "... I) Que el procesado GUSTAVO ADOLFO GOMEZ REVOLORIO, es autor responsable del delito de COMERCIO, TRÁFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO, consecuentemente por tal hecho antijurídico se le impone al procesado la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, y una MULTA DE CINCUENTA MIL QUETZALES, la cual deberá

hacer efectiva el procesado en la Tesorería del Organismo Judicial, al tercer día de estar firme la presente sentencia, de no hacerlo así, esta multa se convertirá en un día de prisión, por cada cien quetzales dejados de pagar. II) SE ABSUELVE a GUSTAVO ADOLFO GOMEZ REVOLORIO, del delito de FACILITACIÓN DE MEDIOS...” III. Los numerales restantes de la parte resolutive, de la sentencia apelada quedan incólumes. IV) Notifíquese y con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al Tribunal de origen.

Néctor Guilebaldo De León Ramírez/Magistrado Presidente, Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Primero; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Segunda. Lilian Lissette Hidalgo López, Secretaria.

**29/07/2019 - PENAL
14-2019 -**

Número Único del Expediente: 01077-2017-00212 (Abogada Vilma Militza Paredes Contreras de Barneond, del Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Guatemala).

Apelación Especial 14-2019 Oficial 2º.

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, por motivo de forma, interpuesto por el procesado Eulises Elisandro Arevalo Chanico y/o Eulices Elizandro Arevalo Chanico, con el auxilio del Abogado Defensor Público, Ahmed Aguilar Escobar, actualmente su defensa técnica la ejerce el Abogado Defensor Público Reyes Ovidio Girón Vásquez, contra la sentencia de fecha diecinueve de noviembre de dos mil dieciocho, dictada por la Juez Unipersonal, Abogada Vilma Militza Paredes Contreras de Barneond, del Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral seguido en su contra por los delitos de Extorsión y Portación Ilegal de Armas Hechizas o de Fabricación Artesanal.

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES: (Según constancias procesales).

Acusado: **Eulises Elisandro Arevalo Chanico y/o Eulices Elizandro Arevalo Chanico**, manifestó llamarse ULISES ELISANDRO AREVALO CHANICO, de veinticuatro años de edad, unido, agricultor, salvadoreño, nació el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro en el departamento de Guasapan de El Salvador, antes de su aprehensión residía en Calle Real del municipio de Palencia, del departamento de Guatemala (no sabe dirección exacta), su conviviente es de nombre Suleyma Elizabeth Castro Chachagua de nacionalidad salvadoreña, tiene un hijo de nombre Jonathan Elisandro Arevalo Castro. Hijo de Felicita Chanico y de Abelino Arévalo, su conviviente y su hijo dependen económicamente de él. A su Documento de Identificación extendido por la República de El Salvador le corresponde el número cuatro millones novecientos noventa y cuatro mil novecientos veintidós. El Ministerio Público actúa a través de la Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones, Abogada Olga Azucena Martínez Domínguez. Su defensa está a cargo del Abogado Defensor Público Reyes Ovidio Girón Vásquez. No hay querellante adhesivo, ni tercero civilmente demandado.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

La Juez Unipersonal, Abogada Vilma Militza Paredes Contreras de Barneond, del Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Guatemala, DECLARÓ: **“a.) Que EULISES ELISANDRO AREVALO CHANICO**, es autor responsable penalmente del delito consumado de **EXTORSIÓN**, por tal ilícito se le impone la pena de **SEIS AÑOS** de prisión inmutable. **b.) Que EUNICES ELIZANDRO AREVALO CHANICO**, es responsable penalmente como autor del delito de **PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS HECHIZAS O DE FABRICACIÓN ARTESANAL**, por tal delito se le impone la pena de **DIEZ AÑOS** de prisión inmutables. **c.) Delitos en concurso real**, que hacen un total de **DIECISEIS AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES**, penas que deberá de ser cumplida una a continuación de otra, en el centro de cumplimiento de condena principiando por la más grave, con abono del tiempo de prisión efectivamente padecida. **d.) Como penas accesorias:** d.a.) Se suspenden sus derechos políticos durante el tiempo que dure la pena impuesta. d.b.) Se ordena la expulsión del condenado del territorio nacional al haber cumplido la pena impuesta. **e.) No se condena al pago de responsabilidades civiles**, por no haberse

ejercitado éstas. f.) Se le exime a la condenada al pago de las costas procesales derivados de la tramitación del proceso, por haber sido defendido por abogado del Instituto de la Defensa Pública Penal, de lo cual se infiere que no cuentan con recursos económicos...”

III. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL: El recurso de apelación especial por motivo de forma, fue interpuesto por el procesado Eulises Elisandro Arevalo Chanico y/o Eulices Elizandro Arevalo Chanico, con el auxilio del Abogado Defensor Público Ahmed Aguilar Escobar, actualmente su defensa técnica la ejerce el Abogado Defensor Público Reyes Ovidio Girón Vásquez.

IV. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA: La audiencia del debate fue fijada para el día diecisiete de julio de dos mil diecinueve, a las doce horas. Las partes procesales reemplazaron su participación, por escrito, en la audiencia señalada. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día veintinueve de julio de dos mil diecinueve, a las quince horas.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación Especial, se encuentra en nuestro ordenamiento legal vinculado al valor “seguridad jurídica”, como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivos de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio de la parte acusada cuando esta recurre, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El procesado Eulises Elisandro Arevalo Chanico y/o Eulices Elizandro Arevalo Chanico, con el auxilio del Abogado Defensor Público Ahmed Aguilar Escobar, interpone recurso de apelación especial, por motivo de forma, el cual se resume de la siguiente manera: **Motivo de Forma: Único submotivo: Inobservancia del artículo 36.1.b y c de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares.** Refiere el procesado que es de nacionalidad salvadoreña y que en el presente caso, no se cumplió con la garantía de tener un proceso legal como lo regula la ley mencionada. Indica que al momento de capturarlo ni los policías captadores, fiscal, juez de paz, juez de primera instancia, ni tribunal de sentencia, le hicieron saber los derechos que el inciso b) del artículo 36.1 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares le reconoce como extranjero, y por lo tanto aduce que debieron informarle sin dilación acerca de sus derechos; por lo que a su criterio, se infringió el artículo citado con antelación.

Asimismo, respecto a lo regulado en el inciso c) de dicho convenio, no pudo el Consulado de su país -El Salvador-, organizar su defensa ante los tribunales guatemaltecos, porque tampoco se le informó, no solo de su captura sino que también de su procesamiento penal en Guatemala, pues manifiesta que desde que fue arrestado y puesto en prisión preventiva, tenía derecho a que le brindaran asesoría para esa defensa técnica adecuada, lo cual no ocurrió, repercutiendo en que en el proceso no se respetara el derecho de defensa, pues a pesar de que tuvo abogado defensor, como interesado directamente en el trámite, ignoraba por completo las leyes de este país, pues indica que no se las hicieron saber las autoridades encargadas del trámite del proceso, violentándose sus derechos, dándose el caso que ni siquiera tenía conocimiento que existía un artículo específico en la Convención relacionada, que lo amparara. Indica que en ningún momento se le hicieron saber los derechos que tenía como extranjero, violentándose sus derechos y garantías otorgadas por la Convención citada y las leyes ordinarias guatemaltecas. Por lo anterior, pretende que se acoja el recurso interpuesto, se anule la sentencia impugnada y se ordene el reenvío.

CONSIDERANDO III:

Esta Sala de Apelaciones procede a examinar el documento sentencial, constatando que cuando se establecen los datos de identificación personal del sindicado Eulises Elisandro Arevalo Chanico y/o Eulices Elizandro Arevalo Chanico, se afirma

que el procesado es de nacionalidad Salvadoreña, reiterando dicha nacionalidad al describir el número de su Documento Único de Identificación -DUI- extendido en la República de El Salvador, no obstante a dicha enunciación en el proceso y plasmada en la sentencia, se establece que el juzgador continúa con el desarrollo del debate, sin advertir el derecho que le asiste al ciudadano ya relacionado, de conformidad a lo establecido en el artículo 36 literal b) de la Convención de Viena, sobre relaciones consulares, que contempla que: "...si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor, deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado, cuando en su circunscripción, un nacional del Estado, que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo, transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado...". Si bien es cierto, que la norma citada, es de carácter facultativa para el sindicado extranjero, también lo es que, en atención a la interpretación realizada por Cámara Penal en casación de fecha trece de agosto del dos mil quince, refiere a que el Estado de Guatemala en un caso similar, tenía la obligación de advertirle al acusado la existencia de la Convención, tampoco se informó a la oficina del Consulado de Ecuador, para coordinar su defensa, procedimiento sin el cual, no debió someterse a proceso penal porque ello implica vulneración de Derechos Humanos pre-constituidos de la citada Convención, a la que Guatemala se adhirió y debe cumplir, extremo que no es imputable al procesado, sino es una obligación estatal. Es por ello, que esta Sala de Apelaciones en plena observancia a la interpretación que realiza el Tribunal Extraordinario de Casación en la sentencia y fecha precitada, encuentra que el juzgador en el fallo emitido con fecha diecinueve de noviembre del año dos mil dieciocho, no advirtió lo establecido en la Convención, como consecuencia al omitirse el derecho que le asiste al sindicado Eulises Elisandro Arevalo Chanico y/o Eulices Elizandro Arevalo Chanico de nacionalidad Salvadoreña, es constitutivo de un vicio en el procedimiento vulnerando lo establecido en el artículo 283 del Código Procesal Penal. Por lo antes considerado, quienes juzgamos en esta instancia al verificar si el juzgador observó lo regulado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, concluimos que en el proceso del sindicado ésta Convención no fue observada como derecho que le asiste en calidad de ciudadano extranjero, por

lo expuesto y considerado, se vuelve procedente acoger el recurso instado y en consecuencia se ordena el reenvío de las presentes actuaciones, para que otro órgano jurisdiccional conozca del presente proceso sin las vulneraciones denunciadas .

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 14, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 36.1 b) y c) de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares; 1, 10, 261 del Código Penal; 124 de la Ley de Armas y Municiones; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Bis, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 225, 226, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 346, 385, 389, 392, 398, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 431, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA: I) ACOGE** el recurso de apelación especial, por motivo de forma, interpuesto por el procesado Eulises Elisandro Arevalo Chanico y/o Eulices Elizandro Arevalo Chanico, con el auxilio del Abogado Defensor Público Ahmed Aguilar Escobar, (actualmente su defensa técnica está a cargo del Abogado Defensor Público Reyes Ovidio Girón Vásquez), contra la sentencia de fecha diecinueve de noviembre de dos mil dieciocho, dictada por la Juez Unipersonal, Abogada Vilma Militza Paredes Contreras de Barneond, del Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Guatemala; **II) Como consecuencia del numeral anterior, ANULA LA SENTENCIA APELADA Y ORDENA EL REENVÍO** al Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Guatemala, para que de conformidad con su orden interno de asignación de casos, designe al Juez Unipersonal que debe conocer del juicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 2 del Acuerdo 18-2012 y artículo 1 literal c) del Acuerdo 40-2015, ambos de la Corte Suprema de Justicia. **III) Notifíquese y con certificación de lo resuelto devuélvase los antecedentes al Tribunal de origen.**

Néctor Guilebaldo De León Ramírez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Primero; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Segunda; Lilian Lissette Hidalgo López. Secretaria.

29/07/2019 - PENAL
113-2019

NÚMERO ÚNICO DE EXPEDIENTE: 02035-2017-00518. (Colegiado) Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala.

APELACION ESPECIAL 113-2019 Of.3º.

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE. Guatemala, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar **SENTENCIA** de segundo grado que resuelve los Recursos de Apelación Especial por motivos de fondo, interpuestos por los procesados Víctor Hugo Matz González, con el auxilio y el ejercicio de la defensa técnica del Abogado Defensor Público Henry Vinicio Chiú De León; y Wendy Marisol Matz González, con el auxilio y el ejercicio de la defensa técnica del Abogado Defensor Público Obdulio Saúl González Gómez, contra la sentencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala, dentro del proceso seguido en contra de los apelantes. - **I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:** Según constancias procesales:

Acusado: a) **Víctor Hugo Matz González**, de veintisiete años de edad, soltero, panadero y albañil, guatemalteco, nació el uno de abril de mil novecientos noventa y dos, con residencia en Lote uno sector veintiuno, Colonia Santa Izabel dos, zona tres de Villa Nueva, departamento de Guatemala, no tiene conviviente, ni hijos, sus padres y ocho hermanos dependen económicamente de él. SU ABOGADO DEFENSOR PÚBLICO: Henry Vinicio Chiú De León. a) **Wendy Marisol Matz González**, de veintitrés años de edad, soltera, operaria de maquila, guatemalteca, nació el veinte de junio de mil novecientos noventa y tres, de esta ciudad, reside en Lote uno sector veintiuno, Colonia Santa Izabel II, zona tres del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala, no tiene conviviente, tiene tres hijos que responden a los nombres de Samuel Enrique Matz González, de seis años de edad; Carol Matz González de dos años de edad; y

Angelina Daylin Matz González de un año de edad. SU ABOGADO DEFENSOR PÚBLICO: Obdulio Saúl González Gómez. Ministerio Público: A través del Agente Fiscal Edgar Estuardo Hernández Solís. No hay Querellante Adhesivo, no hay Actor Civil, ni Tercero Civilmente Demandado.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala, DECLARÓ: " ...I) Que los acusados **VICTOR HUGO MATZ GONZÁLEZ** y **WENDY MARISOL MATZ GONZÁLEZ**, son autores responsables del delito de **ASESINATO**, regulado en el artículos 132 del Código Penal, cometido en contra de la de la vida de Jacinto Velásquez Pú, por tal hecho antijurídico se les condena, a cada uno, a la pena de **TREINTA AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES**, abonados a la efectivamente padecida; II) Que los acusados **VICTOR HUGO MATZ GONZÁLEZ** y **WENDY MARISOL MATZ GONZÁLEZ**, son autores responsables del delito de **ASESINATO EN TENTATIVA**, de conformidad con los artículos 14 y 132 del Código Penal, cometido en contra de la integridad de Juan José Rodas Miranda, por tal hecho antijurídico se les condena, a cada uno, a la pena de **VEINTE AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES**, pena ya rebajada en una tercera parte; III) Se les suspende a los acusados sus derechos políticos mientras dure la condena; IV) Encontrándose los acusados guardando prisión en el Centro de Detención Preventiva Para Hombres de la Zona Dieciocho y Centro de detención Preventiva para Hombres de la Zona Dieciocho y Centro de Detención Preventiva para Mujeres, Santa Teresa, los deja en la misma situación jurídica hasta que el presente fallo cause firmeza, una vez firme éste, el juzgador de Ejecución Penal deberá disponer el Centro Penitenciario donde los acusados deberán cumplir su condena; V)..."

III. DE LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN ESPECIAL:

Fueron interpuestos por motivos de fondo, por los procesados Víctor Hugo Matz González, con el auxilio y el ejercicio de la defensa técnica del Abogado Defensor Público Henry Vinicio Chiú De León; y Wendy Marisol Matz González, con el auxilio y el ejercicio de la defensa técnica del Abogado Defensor Público Obdulio Saúl González Gómez.

IV. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA: La audiencia del debate fue fijada para el día diecisiete de julio de dos mil diecinueve, a las diez horas con

treinta minutos, en la que los sujetos procesales reemplazaron su participación por escrito. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día veintinueve de julio de dos mil diecinueve, a las catorce horas con quince minutos.

CONSIDERANDO I:

El recurso de apelación, aparece dentro de nuestro ordenamiento legal, ligado al valor “seguridad jurídica”, como medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto y para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior consiste en la facultad de desencadenar un mecanismo de control del fallo manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o que permite el control sobre la aplicación del Derecho y sobre las condiciones de legitimidad del fallo, por un funcionario distinto del que lo dictó y que tiene como condiciones objetivas y subjetivas referidas a los límites impuestos por los principios dispositivo, de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio de la parte acusada cuando esta recurra, que lo limitan a cuestiones jurídicas materiales o sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral.

CONSIDERANDO II:

Loa apelantes manifiesta su inconformidad con la sentencia recurrida, invocando como motivos de fondo, los siguientes agravios que se resume a continuación:

Recurso de Apelación Especial interpuesto por VÍCTOR HUGO MATZ GONZÁLEZ, por:

MOTIVO DE FONDO: El vicio de la sentencia recurrida, consiste en la interpretación indebida y errónea aplicación de la Ley. El recurso de apelación especial que se hace valer va dirigido en contra de los apartados de la sentencia denominados “IV) DE LOS RAZONAMIENTOS QUE INDUCEN A CONDENAR O ABSOLVER, VI) PARTE RESOLUTIVA los numerales I, II, III, IV, V”.

UNICO SUBMOTIVO DE FONDO: Interpretación Indebida y errónea aplicación de los artículos 10, 132, en relación con el artículo 123, todos del Código Penal. Manifiesta el apelante. El tribunal sentenciador cometió una errónea aplicación de la ley penal, porque lo condena por el delito de Asesinato

y Asesinato en Grado de Tentativa regulados en los artículos 132 y 14 del Código Penal, en vista que la conducta o actos realizados por el encuadran en el tipo penal de Homicidio en Grado de Tentativa, toda vez que no se probó en el debate la premeditación conocida, la alevosía y por lo tanto aplicó la norma penal sustantiva erróneamente porque lo correcto era aplicar los artículos 123 y 14 del Código Penal, que regulan el tipo penal que debió aplicarse. Por lo que no le asiste la razón al tribunal de sentencia, en cuanto a sus fundamentos para justificar la sentencia condenatoria del procesado Víctor Hugo Matz González, por los delitos de Asesinato y Asesinato en Grado de Tentativa, ya que en el debate no se probó que el acusado cometiera el hecho con Alevosía y Premeditación, por lo que su conducta encuadra en los delitos de Homicidio y Homicidio en Grado de Tentativa, regulados en los artículos 14 y 123 del Código Penal, porque en el desarrollo del debate no se probó la existencia del arma de fuego cromada con la cual le dan muerte al señor Jacinto Velásquez Pú y le provocan heridas al señor Juan José Rodas Miranda, además no existe planificación porque dentro de las fases del iter criminis (interna y externa) el procesado supuestamente se encuentra con las dos personas de casualidad, pero no planificó encontrarse con esas personas y llama la atención que el señor Jacinto Velásquez Pú, portaba arma blanca (cuchillo) y aparte iba drogado con cocaína marihuana y etanol tal y como lo indicó la Licenciada Rossana Beatriz Cordón López en el dictamen pericial Toxi - diecisiete - doscientos veintidós INACIF - diecisiete mil - cuatrocientos cincuenta y cinco de fecha dieciocho de abril de dos mil diecisiete, Perita Química Farmacéutica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, quien tuvo a su cargo el análisis de dos muestras de sangre del occiso Jacinto Velásquez Pú y una muestra de orina, a efecto de determinar si existían drogas de abuso o sustancias volátiles y luego del análisis respectivo determinó en la sangre del occiso etanol en una concentración de uno punto cinco g/L que esta produce un estado de confusión, trastornos de memoria y de comprensión que el etanol es una sustancia propia de las bebidas alcohólicas. También determinó la presencia de cocaína y sus metabolitos, que la cocaína es un estimulante del sistema nervioso central que provoca euforia, anorexia, taquicardia, aumento de la presión arterial, asimismo determinó la presencia de metabolitos de tetrahydrocannabinol, que es contribuyente de la marihuana que puede producir alteración de las funciones cognitivas en el individuo y sus efectos en la persona que las consume dependerá del tiempo que lleva en su uso, su estado de salud,

peso, alimentación, lo cual provoca un grado de afectación mayor o menor. El agravio que le provoca la condena del tribunal sentenciador por los delitos de Asesinato y Asesinato en Grado de Tentativa vulnera el ejercicio de la acción penal, el interés de la justicia y la tutela judicial efectiva, porque lo condena a treinta años de prisión incommutables, por el delito de Asesinato, y veinte años de prisión incommutables por el delito de Asesinato en Grado de Tentativa, por una de las víctimas sobrevivientes haciendo un total de cincuenta años de prisión, sin embargo al no haberse probado la alevosía y la premeditación, se aplicó erróneamente la Ley Penal, porque debió ser sentenciado por los delitos de Homicidio y Homicidio en Grado de Tentativa, porque no realizó los actos propios del delito de Asesinato y Asesinato en Grado de Tentativa, sino los de Homicidio y Homicidio en Grado de Tentativa. Por lo antes manifestado, solicita que se acoja su recurso de apelación especial por el motivo de fondo expuesto, y que del análisis de la sentencia recurrida y la plataforma fáctica con los presupuestos de los artículos 14, 37 y 123 del Código Penal, en relación con el artículo 132 del mismo Código citado, a efecto de establecer el error jurídico señalado y la inexistencia de los delitos de Asesinato y Asesinato en Grado de Tentativa, consecuentemente se anule la sentencia impugnada y se pronuncie la que corresponde y se declare que el procesado es autor por los delitos de Homicidio y Homicidio en Grado de Tentativa.

Recurso de Apelación Especial interpuesto por WENDY MARISOL MATZGONZÁLEZ, por:

MOTIVO DE FONDO: Con fundamento en los artículos 415 y 416 del Código Procesal Penal, impugna de forma parcial la sentencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diecinueve, específicamente los numerales I y II de la parte resolutive.

PRIMER SUBMOTIVO DE FONDO: Errónea Aplicación del artículo 132 numerales 1, 4, 5 y 6 del Código Penal, concatenado con el artículo 10 del citado Código. Manifiesta la apelante, que el presupuesto penal de este tipo penal, es el de matar a una persona, y en este caso al señor Jacinto Velásquez Pú, a quien la señora Wendy Marisol Matz González, le debió haber quitado la vida, con alevosía, premeditación, ensañamiento, con impulso de perversidad brutal, que son las acciones que se adaptan al caso concreto, acciones que al dictar sentencia no quedaron debidamente acreditadas por parte del Ministerio Público,

ni suficiente fundamentadas por el tribunal sentenciador. En relación a la alevosía, el tribunal le dio valor probatorio al dictamen pericial, suscrito por la Licenciada Química Farmacéutica Rossana Beatriz Córdón López, quien fue la perito que emitió el dictamen ético de la víctima y del ahora agraviado, circunstancia que según el tribunal, puso en incapacidad a las víctimas para defenderse o poder evitar el hecho, sin embargo es de relevancia establecer que también le dio valor probatorio a la declaración del agente de la Policía Nacional Civil Edgar Abigail Hernández Tevalan, quien declara que personas curiosas le manifestaron “que las víctimas bebían licor con un hombre y una mujer que discutieron y que una de las víctimas saco un arma blanca y el otro una arma de fuego...” circunstancia que fue evidente, toda vez que en su declaración el declarante manifiesta que en la escena del crimen se encontró un cuchillo con mango blanco, hallazgo que también fue retroalimentado con la declaración del investigador de la Policía Nacional Civil Gustavo Adolfo Tuyuc Otzoy, quien declara que en la escena del crimen localizó un cuchillo con mango blanco, cuchillo que no fue puesto a la vista en ningún momento del proceso, toda vez que con este cuchillo las víctimas provocaron a los agresores y estos supuestamente les dispararon, por lo que se concluye que la víctima que saco en principio el cuchillo a los ahora agresores, estaba consciente de tal provocación y pudo no solo evitar tal hecho, sino también causarles en principio daño físico a los supuestos agresores, por lo que este hecho no se dio con alevosía, como resuelve el tribunal. En el apartado de la sentencia inciso “A” el tribunal argumenta que solo por haber actuado con supuesta alevosía, la conducta de la procesada encuadra en el delito de Asesinato, pero no se diligenció en este debate oral y público, ningún medio de prueba en relación a que su persona haya planificado con otras personas darle muerte al señor Jacinto Velásquez Pú, y causarle heridas al señor Juan José Rodas Miranda Cruz y tampoco se diligenció ningún medio de prueba que demostrara sin lugar a duda razonable que su persona haya actuado con ensañamiento e impulso de perversidad sobre las víctimas. Con ello considera que su conducta no encuadraba con los verbos y presupuestos penales del delito de Asesinato regulando en el artículo 132 del Código Penal, toda vez que no fueron acreditados en el debate oral y público; y por lo tanto no se dio la Relación de Causalidad regulada en el artículo 10 del Código Penal, lo que demuestra que se aplicó de forma errónea la ley sustantiva Penal, específicamente los artículos 132 numerales 1 y 4; y 10 que regula la relación de causalidad.

SEGUNDO SUBMOTIVO DE FONDO: Inobservancia del artículo 123 del Código Penal, concatenado con el artículo 10 del citado Código. Por lo que el ente investigador debe establecer sin lugar a duda razonable, el modo en que sucedió la muerte del señor Jacinto Velásquez Pú y las lesiones causadas al señor Juan José Rodas Miranda; de los medios de prueba a los que los juzgadores del tribunal sentenciante, les dieron valor probatorio, existe contradicción en la declaración del señor José Rodas Miranda, con las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional Civil Elder Ortiz Ralda y Edgar Abigail Hernández Tevala. Por la severa contradicción en relación al modo en que sucedió este hecho; entre la declaración de una de las víctimas y de los agentes captores de la Policía Nacional Civil, retroalimentadas con la prueba documental los informes: diligencia catorce – dos mil diecisiete, de fecha siete de enero de dos mil diecisiete, procedente de la Subestación de ciudad Peronia, suscrita por Julio René Chitequez Xinic, y el informe ECC cero quince – doscientos veintinueve – dos mil diecisiete – doscientos sesenta y tres de fecha dieciocho de enero de dos mil diecisiete, procedente de la Unidad de Recolección de Evidencias, Dirección de Investigación Criminalística; se establece que la conducta de la procesada sin aceptar los hechos podría encuadrar con el delito de Homicidio establecido en el artículo 123 del Código Penal, toda vez que esta acción pudo haberse realizado, Homicidio establecido en el artículo 123 del Código es decir que surgió espontáneamente, sin actuar con alevosía, planificación ni mucho menos con ensañamiento, como le ha sentenciado este tribunal. Por lo que el tribunal al condenarla por los delitos de Asesinato y Asesinato en Grado de Tentativa, inobservó el artículo 123 del código Penal, ya que no tomó en consideración lo declarado por los dos agentes captores de la Policía Nacional Civil, ni lo establecido en la prueba documental señalada anteriormente, circunstancias y contradicciones que generan duda razonable en relación a como sucedió este hecho, duda que según el artículo 14 del Código Procesal Penal le favorece. Como consta en el apartado de las declaraciones testimoniales del Ministerio Público específicamente los numerales cinco y seis, se le da valor probatorio a las declaraciones de tres agentes de la Policía Nacional Civil Carlos Cho Tul, Cesar Enrique Canas Armira y Milhen Olegario Lopez Orozco, a quienes les consta un hecho totalmente distinto en tiempo, modo y forma, el cual fue realizado el quince de enero del año dos mil diecisiete, en donde le dispararon con un arma de fuego a una señora en la tienda el amigo, que se ubicaba en la colonia el Mirador de Ciudad

Peronia, pero este tribunal resuelve que aunque este no es el hecho que se juzga, si es importante la información de este caso para esclarecer el hecho que se juzga, violentando flagrantemente los principios procesales de objetividad, congruencia y sobre todo el derecho de defensa de la ahora sentenciada, asimismo violentando el artículo 388 del Código Procesal Penal, pero en el presente caso no le favorecía a contrario sensu, sirvió de argumento por parte del tribuna para dictarle sentencia correspondiente. El agravio que se le causa es relevante, toda vez que fue condenada a cincuenta años de prisión incommutables, a raíz de treinta años de prisión incommutables por el delito de Asesinato, en agravio del señor Jacinto Vásquez Pú, y veinte años de prisión incommutables por el Asesinato en Grado de Tentativa, en agravio del señor Juan José Rodas Miranda, sentencia que fue dictada aplicándose errónea e infundadamente los artículos 132 numerales 1, 4, 5 y 6 del Código Penal; y no se observa el artículo 123 del mismo cuerpo legal, toda vez que los verbos rectores y presupuestos penales del delito de Asesinato, no fueron acreditados con suficientes medios de prueba durante el juicio oral y público y como consecuencia de tal deficiencia no se daba la relación de causalidad establecida en el artículo 10 del Código Penal. Asimismo no se observa el artículo 123 del Código Penal, porque se le dictó una sentencia condenatoria de treinta años de prisión incommutables por el delito de Asesinato y veinte años de prisión incommutables por el delito de Asesinato en grado de Tentativa, aduciendo que su participación en este hecho delictivo es la de autor del mismo, causándole a futuro una injusta y larga restricción a su libertad, que como consecuencia lógica destruye la solidez de su entorno social, perjudicando grandemente a su núcleo familiar ya que al cumplir esta condena en un centro de prisión, estaría dejando en el total abandono a las personas que dependen económicamente de ella; además si no se hubiera aplicado erróneamente el artículo 132 del Código Penal, se hubiera observado lo establecido en el artículo 123 del Código Penal, se estaría aplicando una pena mínima, con la oportunidad de cumplir su condena en menos tiempo y rehabilitarse a la sociedad. Por lo antes manifestado, solicita que su recurso se acoja por los motivos de fondo sustentados, consecuentemente se anule parcialmente la sentencia recurrida, modificando los numerales romanos I) y II) de la parte resolutive de la sentencia apelada y en aras de la protección de los principios de justicia, presunción de inocencia, objetiva, favor rei, el principio de legalidad que le asiste en forma inequívoca debe arribarse a un fallo de carácter condenatorio por el delito de Homicidio

y Homicidio en Grado de Tentativa, condenándola a una sanción mínima.

CONSIDERANDO III

PRIMER RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL INTERPUESTO POR VÍCTOR HUGO MATZ GONZÁLEZ:

UNICO MOTIVO DE FONDO: señala como vicio de la sentencia la interpretación indebida y errónea aplicación de la Ley, el recurso va dirigido en contra de los apartados de la sentencia denominados **"IV) DE LOS RAZONAMIENTOS QUE INDUCEN A CONDENAR O ABSOLVER, VI) PARTE RESOLUTIVA** los numerales I, II, III, IV, V".

UNICO SUBMOTIVO DE FONDO: Interpretación Indebida y errónea aplicación de los artículos 10, 132, en relación con el artículo 123, todos del Código Penal. El apelante considera que la conducta o actos realizados por el encuadran en el tipo penal de Homicidio en Grado de Tentativa, toda vez que no se probó en el debate la premeditación conocida, la alevosía y por lo tanto aplicó la norma penal sustantiva erróneamente porque lo correcto era aplicar los artículos 123 y 14 del Código Penal.

Este Tribunal de Alzada considera necesario mencionar que con los medios de prueba desarrollados en el juicio oral y público, ha quedado acreditada la plataforma fáctica acusatoria con la probatoria y precisamente como el Tribunal Sentenciador expresó en su fallo, se comprobó la participación y responsabilidad del procesado Victor Hugo Matz Gonzalez en el delito de Asesinato y Asesinato en el grado de Tentativa. Pretender que en el caso concreto se modifique la calificación jurídica imponiendo la pena mínima por el delito de Homicidio no es pertinente, atendiendo a que el ilícito penal cometido es de tal impacto social toda vez que atentó contra bienes jurídicos tutelados tales como la vida e integridad física de dos personas que dio como resultado el fallecimiento de una de ellas quedando en el grado de tentativa en relación al hoy agraviado, quien quedó paralizado. -----

Reclama el recurrente que no se probó en el debate la premeditación conocida, la alevosía, por lo que no le asiste la razón jurídica al tribunal de sentencia, en cuanto a sus fundamentos para justificar la sentencia condenatoria que en el desarrollo del debate no se probó la existencia del arma de fuego.

Del análisis correspondiente el Ad quem constata que del elenco probatorio el Tribunal Sentenciador determino concretamente el Animus Necandi, en el sindicado así como las circunstancias de lugar, tiempo, fecha hora modo y forma en que sucedieron los hechos aunado a ello fueron reconocidos por la víctima Juan Jose Rodas Miranda, concurriendo alevosía, nocturnidad, despoblado, premeditación, auxilio de gente armada por cuanto que en el apartado del hecho acreditado en el fallo recurrido pagina cuatro "Quedo acreditado por medio de la prueba diligenciada en el debate, la participación de los hermanos Wendy Marisol Matz Gonzalez y Víctor Hugo Matz González, quienes forman parte de una clica denominada Los Lobos, y una tercera persona que participó en el hecho del que el agraviado ignoró su nombre pero reconoció por fotografía en la muerte del señor Jacinto Velásquez Pú, así como de las heridas que sufrió en su humanidad el señor Juan José Rodas Miranda, todas vez que estuvieron presentes en el lugar de los hechos el día y hora indicados es decir la séptima calle a un costado del numeral dos guion cuarenta y seis, del asentamiento El Mirador, Ciudad Peronia zona ocho del Municipio de Villa Nueva departamento de Guatemala, el siete de enero de dos mil diecisiete, a las cero horas con treinta minutos y fueron reconocidos por la víctima Juan José Rodas Miranda, quien declaró que el occiso y él venían de comprar cerveza cuando se les acercaron dos hombres y una mujer ... que la mujer llevaba un arma de fuego y se la dio a uno de los hombres y éste les disparó y luego huyeron del lugar; Estableciendo los Magistrados de los hechos acreditados la participación de tres personas, pero que uno de ellos no está siendo procesado en el presente proceso.

De la prueba pericial, testimonial material y audiovisual, los Jueces de Sentencia determinaron que en la conducta endilgada al sentenciado hubo premeditación, en virtud que los participantes se distribuyeron las funciones de los hechos, es decir una planificación previa, se cometió utilizando arma de fuego, en cuanto a la nocturnidad y el despoblado los hechos ocurrieron a las cero horas con treinta minutos ..." asimismo en la página veintitrés del fallo recurrido se lee que "concorre el elemento de Alevosía, ya que ninguna de las dos víctimas tuvo la oportunidad de defenderse por las condiciones en que se encontraban es decir en estado étlico" entiéndase ello por parte del tribunal que el hecho fue alevoso, con ventaja, sin que las víctimas pudieran prever lo que les sucedería, sin que pudieran repeler el ataque, no se pudieron defender de ninguna manera, ni se pudieron proteger o poner a salvo lo que causo la

muerte a uno y las heridas de arma de fuego al otro, lo cual fue corroborado por el estado de las víctimas según el dictamen pericial que determino que se encontraban en estado etílico, aunado a ello se determino que Velásquez Pu, además de ingerir licor abuso del consumo de cocaína y marihuana, circunstancias que garantizaban el resultado del delito ello demuestra que las víctimas estaban totalmente descuidados y desarmados, siendo así quedo acreditada la actitud alevosa. También cabe advertir que, de los hechos acreditados, se establece que los procesados actuaron con Premeditación, tal como lo apreció el Tribunal Sentenciador por los actos externos realizados, los sentenciados tuvieron el tiempo necesario para pensar y ejecutar el delito se comprobó que los victimarios planificaron, llegaron buscaron la oportunidad propicia tuvieron tiempo para desistir de su Animus Necandi, no obstante ejecutaron el hecho criminal en el momento en que las víctimas regresaban de comprar cerveza, consumaron la conducta ilícita y se dieron a la fuga. De la lectura de fallo recurrido se evidencia que los juzgadores también se fundamentaron en la declaración en anticipo de prueba en cámara Geseel, del agraviado Rodas Miranda quien narró los hechos ocurridos en el que resulto gravemente herido y en peligro su vida, quedando imposibilitado para caminar. Aduce el recurrente que el arma de fuego no consta como prueba material, es importante tener presente que existe un encamisado de proyectil de arma de fuego, extraído al cadáver de Jacinto Velasquez Pú, así como demás casquillos, aunado a ello es vital recordar fueron tres personas las que cometieron el hecho que los Jueces de Sentencia consideraron importante la declaración rendida por el Agente de Policía Nacional Civil Carlos Cho Tul, quien declaro: “que las personas responsables estaban refugiadas en una casa... que los sacaron y los querían linchar pero luego se los entregaron y les dieron una bolsa con municiones y a una persona de nombre Ricardo le incautaron un arma de fuego calibre nueve milímetros y entre las personas que sacaron de la vivienda se encontraba Wendy Marisol Matz González.

En relación a lo expuesto por el apelante en cuanto a que no se probó en el debate la Premeditación conocida, la alevosía se le condene por el delito de Homicidio y Homicidio en el grado de Tentativa, téngase presente que “La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Artículo 3. El Derecho a la Vida. Todos tenemos el derecho a la vida y a vivir en libertad y con seguridad.” Estas personas se conducían por la vía pública Derecho que está normado desde la misma Constitución

Política de la República de Guatemala, estableciendo que el Estado tiene como fin supremo garantizar y proteger la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de las personas.

Los Magistrados de este tribunal de alzada consideramos que no le asiste la razón al apelante en vista de que el tipo penal de Asesinato regulado en el derecho sustantivo penal incluye agravantes tales como la ALEVOSIA, PREMEDITACIÓN, pero asimismo también están inmersas en la propia plataforma fáctica que tuvo por acreditado el A quo, cuyos hechos fueron imputados oportunamente al sentenciado. Agravantes que quedaron evidenciadas perfectamente con todos los medios de prueba diligenciados en audiencias de debate oral y público.

Así tenemos que en el caso concreto se probaron los presupuestos de Alevosía y Premeditación conocida. En base a tales consideraciones, este tribunal de alzada concluye en confirmar la sentencia apelada, pues no existe errónea aplicación de la ley, por lo tanto es inviable lo solicitado por el apelante y como se expuso anteriormente concurrieron las agravantes contenidas en los tipos penales indicados, por el cual fue condenado por lo que no debe acogerse el presente submotivo.

SEGUNDO RECURSO INTERPUESTO POR LA PROCESADA WENDY ARISOL MATZ GONZÁLEZ:

PRIMER SUBMOTIVO DE FONDO, Por errónea Aplicación del artículo 132 numerales 1, 4, 5 y 6 del Código Penal, concatenado con el artículo 10 del citado Código, debido a que considera que no se diligenció en el debate oral y público, ningún medio de prueba en relación a que su persona haya planificado con otras personas darle muerte al señor Jacinto Velásquez Pú, y causarle heridas al señor Juan José Rodas Miranda Cruz, y por lo que su conducta no encuadra con los verbos y presupuestos penales del delito de Asesinato regulando en el artículo 132 del Código Penal.

Inicialmente es necesario mencionar que con los medios de prueba desarrollados en el juicio oral y público, ha quedado acreditada la plataforma fáctica acusatoria con la probatoria y precisamente como el Tribunal Sentenciador expresó en su fallo, se comprobó la participación y responsabilidad de la procesada en el delito de Asesinato y Asesinato en el grado de Tentativa. Pretender que en el caso concreto se modifique la calificación jurídica imponiendo la pena mínima por el delito de

homicidio no es lo pertinente, si tomamos en cuenta que el ilícito penal cometido es de tal impacto social toda vez que atentó contra bienes jurídicos tutelados tales como la vida e integridad física de dos personas que dio como resultado el fallecimiento de una de ellas quedando en el grado de tentativa en relación al hoy agraviado.

Reclama la recurrente que en las acciones que se le imputan si no se dio la Relación de Causalidad regulada en el artículo 10 del Código Penal por lo que considera que se aplicó erróneamente la ley sustantiva Penal, específicamente los artículos 132 numerales 1 y 4; y 10 que regula la relación de causalidad.

Del análisis correspondiente el Ad quem constata que del elenco probatorio el Tribunal Sentenciador determino concretamente el Animus Necandi, en la sindicada así como las circunstancias de lugar, tiempo, fecha hora modo y forma en que sucedieron los hechos aunado a ello fueron reconocidos por la víctima Juan José Rodas Miranda, concurriendo así alevosía, nocturnidad, despoblado, premeditación, auxilio de gente armada por cuanto que en el apartado del hecho acreditado en el fallo recurrido pagina cuatro “Quedo acreditado por medio de la prueba diligenciada en el debate, la participación de Wendy Marisol Matz Gonzalez y Víctor Hugo Matz González en la muerte del señor Jacinto Velásquez Pú, así como de las heridas que sufrió en su humanidad el señor Juan José Rodas Miranda, todas ves que estuvieron presentes en el lugar de los hechos el día y hora indicados es decir la séptima calle a un costado del numeral dos guion cuarenta y seis, del asentamiento El Mirador, Ciudad Peronia zona ocho del Municipio de Villa Nueva departamento de Guatemala, el siete de enero de dos mil diecisiete, a las cero horas con treinta minutos y fueron reconocidos por la víctima Juan Jose Rodas Miranda, quien declaro que el occiso y él venían de comprar cerveza cuando se les acercaron dos personas un hombre y una mujer ... que la mujer llevaba un arma de fuego y se la dio a al hombre y éste les disparo y luego huyeron del lugar. Estableciendo los Magistrados que de los hechos acreditados se prueba que hubo premeditación, en virtud que se distribuyeron las funciones de los participantes en el hecho hubo una planificación previa, se cometió utilizando arma de fuego, en cuanto a la nocturnidad y el despoblado los hechos ocurrieron a las cero horas con treinta minutos...” asimismo en la página veintitrés del fallo recurrido se lee que “concorre el elemento de Alevosía, ya que ninguna de las dos víctimas tuvo la oportunidad

de defenderse por las condiciones en que se encontraban es decir en estado etílico” entendiéndose ello por parte del tribunal que el hecho fue alevoso, con ventaja, sin que las víctimas pudieran prever lo que les sucedería, sin que pudieran repeler el ataque, no se pudieron defender de ninguna manera, ni se pudieron proteger oponer a salvo lo que causo la muerte a uno y las heridas de arma de fuego al otro, lo cual fue corroborado por el estado de las victimas según el dictamen pericial que determino que se encontraban en estado etílico, aunado a ello se determino que Velásquez Pu además de ingerir licor abuso del consumo de cocaína y marihuana, circunstancias que garantizaban el resultado del delito estableciéndose que las víctimas estaban totalmente descuidados y desarmados, siendo así quedo acreditada la actitud alevosa. También cabe advertir que, de los hechos acreditados, se establece que los procesados actuaron con Premeditación, tal como lo apreció el Tribunal Sentenciador por los actos externos realizados, los sentenciados tuvieron el tiempo necesario para pensar y ejecutar el delito se comprobó que los victimarios planificaron, llegaron buscaron la oportunidad propicia tuvieron tiempo para desistir de su Animus Necandi, no obstante ejecutaron el hecho criminal en el momento en que las víctimas regresaban de comprar cerveza, consumaron la conducta ilícita y se dieron a la fuga. Según el fallo los juzgadores también se fundamentaron en la declaración en anticipo de prueba en cámara Geseel, agraviado Rodas Miranda quien narró los hechos ocurridos en el que resulto gravemente herido en el que estuvo en peligro su vida, quedando imposibilitado para caminar. Por esa razón, no es acogible la tesis que debió condenarse por el delito de homicidio a la interponente.

En cuanto a lo manifestado por la apelante respecto a que no se probaron los presupuestos de Alevosía y Premeditación por lo que solicita se le condene por el delito de Homicidio y Homicidio en el grado de Tentativa, téngase presente que “La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Artículo 3. El Derecho a la Vida. Todos tenemos el derecho a la vida y a vivir en libertad y con seguridad.” Estas personas se conducían por la vía pública Derecho que está normado en la Carta Magna de la República de Guatemala, estableciendo que el Estado tiene como fin supremo garantizar y proteger la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de las personas.

A criterio de ésta Sala no le asiste la razón a la apelante en vista de que el tipo penal de Asesinato regulado en el derecho sustantivo penal incluye agravantes

tales como la ALEVOSIA, PREMEDITACIÓN, pero asimismo también están inmersas en la propia plataforma fáctica que tuvo por acreditado el A quo, cuyos hechos fueron imputados oportunamente a la sentenciada. Agravantes que quedaron evidenciadas perfectamente con todos los medios de prueba diligenciados en audiencias de debate oral y público.

Así tenemos que en el caso concreto se probaron los presupuestos de Alevosía y Premeditación conocida. En base a tales consideraciones, este tribunal de alzada concluye en confirmar la sentencia del Tribunal de Sentencia, pues no existe errónea aplicación de la ley, por lo tanto es así inviable lo solicitado por la apelante pues el hecho fue grave y como se expuso anteriormente concurrieron las agravantes contenidas en los tipos penal indicados, por el cual fue condenada por lo que no deber acogerse el presente submotivo.

SEGUNDO SUBMOTIVO DE FONDO: Alude la recurrente Inobservancia del artículo 123 del Código Penal, concatenado con el artículo 10 del citado Código. El Ad quem de los medios de prueba a los que los juzgadores del tribunal sentenciante, les dieron valor probatorio, considera existe contradicción en la declaración del señor José Rodas Miranda, con las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional Civil Elder Ortiz Ralda y Edgar Abigail Hernández Tevala, entre la declaración de una de las víctimas y de los agentes captores de la Policía Nacional Civil, y la prueba documental. Con relación a este submotivo, la sala estima pertinente recordar que cuando se plantea el recurso por motivo de fondo, para realizar el análisis se debe partir siempre de los hechos acreditados, los cuales fueron analizados en en submotivo que antecede por lo que atendiendo a la economía procesal es innecesario consignarlos, para verificar si éstos han sido erróneamente subsumidos en una norma penal sustantiva; debiendo tener también en consideración, que cuando de los mismos hechos se extraiga o establezca la existencia de circunstancias agravantes cualificantes, estas deberán atenderse para subsanar el error jurídico invocado. La entidad interponente pretende que se revise la calificación jurídica otorgada a los hechos acreditados, no obstante que los Juzgadores de Sentencia determinaron la ausencia de posibilidades de resistencia, siendo esta condición del pleno conocimiento de los procesados, quienes tenían la plena certeza de dar muerte a una de las víctimas y lesiones al otro, en cuanto a que los Jueces no tomaron en consideración lo declarado por los dos agentes captores de la Policía Nacional

Civil, el Ad quem advierte en la pagina ciento dos de la sentencia apelada que las declaraciones de los agentes Elder Ortiz Ralda, Edgar Abigail Hernández Tevalan y Gustavo Adolfo Tuyuc Otzoy, les fue conferido valor probatorio toda vez que tuvieron conocimiento de un hecho donde una persona se sexo masculino fue muerto por disparos de arma de fuego y otro resultado herido por proyectil de arma de fuego y que personas que viven en el lugar les informaron que al escuchar los disparos salieron constanding que huían de la escena un hombre y una mujer dando la descripción de la vestimenta de ambos, información que calificaron de relevante los Juzgadores para establecer la posible participación de los acusados, información que además consideran los Jueces confiable, por lo tanto carece de veracidad, lo afirmado por el apelante. En relación a las declaraciones de tres agentes de la Policía Nacional Civil Carlos Cho Tul, Cesar Enrique Canas Armira y Milhen Olegario Lopez Orozco, los Jueces explican que no es este el hecho que se juzga no obstante la información es importante para esclarecer el hecho que se juzga, por lo que los Magistrados en ningún momento evidenciamos que se violente principios procesales de objetividad, congruencia, derecho de defensa de la sentenciada, tampoco se advierte contradicción alguna entre los medios de prueba que desfilaran en el juicio oral y público y menos aun violación al artículo 388 del Código Procesal Penal. Este Tribunal de Alzada concluye que habiendo participado la sindicada activa y reflexivamente en la acción delictiva a ella endilgada, pues con el hecho que el ente acusador le imputó en calidad de autora, quedaron probados los delitos consumados de Asesinato y Asesinato en el Grado de Tentativa quedando acreditada la Relación de Causalidad en el caso que nos ocupa. Pues la conducta de la procesada fue idónea de conformidad con la naturaleza y circunstancias concretas del ilícito penal cometido, teniendo el pleno dominio del hecho y actuando de manera ilícita, controlando durante todo el desarrollo del iter criminis delictual, todas y cada una de sus conductas exteriores idóneas, dirigidas a la consecución de su finalidad criminal.

Es menester mencionar un criterio jurisprudencial emanado de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia que expresa: "...Esta Cámara estima, que no se evidencia una interpretación indebida del artículo 10 del Código Penal, puesto que la Sala para rechazar la norma señalada como infringida estimó acertadamente que de conformidad con los hechos probados y la prueba aportada se estableció la relación causal, es decir, el elemento de toda acción; en el caso objeto de estudio medió una relación que

permitió el resultado producido se le imputara al autor de la conducta, por lo que el procesado creó un riesgo que da como resultado que su conducta se encuadrará dentro de la figura delictiva por la que se le condenó...”, Casación número doscientos seis guión dos mil cuatro (206-2004) sentencia de fecha treinta y uno de marzo del año dos mil cinco (31/03/2005).

Por ello vale la pena indicar que en el caso que nos ocupa el contenido del artículo 10 del Código Penal constituye una institución jurídica de orden sustantivo que permite imputar un resultado al autor de un determinado comportamiento que lo ha producido; es decir que por medio de la Relación de Causalidad se determina el resultado dañoso previsto en el tipo penal como ocurre con la conducta cometida por la incoada y en donde concurrieron los elementos propios del delito de Asesinato y Asesinato en el grado de tentativa.

Por lo anteriormente descrito no debe de acogerse el presente submotivo y por ende el Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO interpuesto por la procesada WENDY MARISOL MATZ GONZALEZ debe declararse SIN LUGAR y en consecuencia la sentencia de Primera Instancia venida en grado debe quedar incólume y la misma debe CONFIRMARSE.

CITA DE LEYES: Ley y artículos citados y lo que para los efectos establezcan los siguientes: 1, 2, 3, 6º, 12, 14, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 10, 20, 35, 36, 41, 44, 59, 63 y 65 del Código Penal; 43, 49, 160, 161, 162, 163, 166, 181, 185, 186, 385, 394, 421, 423, 425, 426, 427 y 430 del Código Procesal Penal; 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

PARTE RESOLUTIVA: Esta Sala con fundamento en lo considerado y leyes invocadas, al resolver, por **UNANIMIDAD DECLARA: I) NO ACOGE** los Recursos de Apelación Especial por motivos de fondo, interpuestos por los procesados Víctor Hugo Matz González, con el auxilio y el ejercicio de la defensa técnica del Abogado Defensor Público Henry Vinicio Chiú De León; y Wendy Marisol Matz González, con el auxilio y el ejercicio de la defensa técnica del Abogado Defensor Público Obdulio Saúl González Gómez, contra la sentencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala. II) En consecuencia, la sentencia

recurrida no sufre ninguna modificación; III) Notifíquese y con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al Tribunal de su procedencia para los efectos legales correspondientes.

Nector Guilebaldo De León Ramirez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Primero; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Segunda; Lilian Lissette Hidalgo López, Secretaria.

19/08/2019 - PENAL 2-2019

Número Único del Expediente: 02035-2018-00322 (Juez Unipersonal, Abogado Jorge Haroldo Vázquez Flores, del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Amatitlán, Departamento de Guatemala).

Apelación Especial 2-2019 Oficial 2º.

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, diecinueve de agosto de dos mil diecinueve.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, por motivo de forma interpuesto por el Ministerio Público a través de la Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones, Abogada Alma Dinorah Moreno Escudero, contra la sentencia de fecha quince de noviembre de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Unipersonal, Abogado Jorge Haroldo Vázquez Flores, del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de Amatitlán, Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral seguido en contra de Angel Adrian García Izaguirre, por el delito de Tenencia o Portación de Arma de Fuego con Número de Registro Alterado, Borrado o No Legalmente Marcada por la DIGECAM.

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES: (Según constancias procesales). Acusado: Angel Adrian García Izaguirre, no tiene apodo o sobrenombre, tiene dieciocho años de edad, nació el primero de enero del dos mil, en el Municipio de Amatitlán, es guatemalteco, hijo de Blanca Patricia García Borrayo y Cesar Esteban

García Hernández, soltero, estudiante, estudia bachillerato en computación, vive en Colonia el Ángel, lote tres, primera calle del municipio de Amatitlán, departamento de Guatemala, manifestó que solo ha vivido en la dirección antes descrita, no dependen económicamente de él, no ha sido juzgado anteriormente por ningún delito, indicó que su número de Documento Personal de Identificación es tres mil cuarenta y dos treinta y un mil novecientos cincuenta y nueve cero ciento catorce. El Ministerio Público, actúa a través de la Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones, Abogada Alma Dinorah Moreno Escudero. La defensa está a cargo del Abogado Defensor Público Luis Enrique Quiñónez Zeta. No hay querellante adhesivo, ni tercero civilmente demandado.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez Unipersonal, Abogado Jorge Haroldo Vázquez Flores, del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de Amatitlán, del Departamento de Guatemala DECLARÓ: "I) Que por duda razonable **SE ABSUELVE al acusado ANGEL ADRIAN GARCIA IZAGUIRRE**, del delito de **TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADO POR LA DIGECAM...**"

III. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL: El recurso de apelación especial por motivo de forma, fue interpuesto por el Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones, Abogada Alma Dinorah Moreno Escudero.- **DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA:** La audiencia del debate fue fijada para el día siete de agosto de dos mil diecinueve a las doce horas; las partes procesales reemplazaron su participación en la audiencia, por escrito. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día diecinueve de agosto de dos mil diecinueve, a las quince horas.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación Especial, se encuentra en

nuestro ordenamiento legal vinculado al valor "seguridad jurídica", como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivos de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El Ministerio Público a través de la Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones, Abogada Alma Dinorah Moreno Escudero, interpone recuso de apelación especial por motivo de forma, el cual se resume de la siguiente manera.

Motivo de Forma: Primer Submotivo: Inobservancia del artículo 385 en relación con los artículos 389 numeral 4), 394 numeral 3) in fine y 420 numeral 5), todos del Código Procesal Penal. La representante del Ministerio Público aduce que el A quo inobservó el principio de razón suficiente al apreciar la prueba producida en el debate. Indica que en la valoración de la prueba de valor esencial integrada por las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional Civil JOSÉ MARÍA TZOY MÉNDEZ Y FREDY AROLDO BARRENO SOCOP, quienes participaron en la aprehensión, el Juez Unipersonal Sentenciador no les otorgó valor probatorio, razonando que "...dentro de las mismas se observan una serie de contradicciones que no permiten en el análisis del juzgador tener la certeza de que lo deponen los testigos en realidad sea lo ocurrido al extremo que entre los mismos agentes se describen elementos opuestos al referir uno que había demasiado tráfico vehicular en tanto el otro dijo que no había tráfico, el agente Barreno Socop, expuso que en realidad la enorme mayoría de detalles tan básicos no los recordaba, que genera en quien juzga una duda de lo que en realidad ocurrió respecto a los motivos de la aprehensión del acusado, de si el mismo portaba una arma o no, que si supuestamente existen las personas que denunciaron que les habían intentado asaltar tanto al acusado como otra persona que se encontraban a bordo del vehículo en el cual se conducía Ángel

Adrián García Izaguirre, el día de los hechos, la situación de contradicción llega a tal extremo sobre todo en el caso de la declaración de Fredy Aroldo Barreno Socop, que el mismo no recuerda si vio el arma que supuestamente incautaron...” lo cual según el Ministerio Público, implica inobservancia del principio de razón suficiente, pues la sola adjetivación de esos testimonios, sin desarrollar un razonamiento jurídico suficiente, no desvanece el hecho punible atribuido al incoado, por lo que a criterio del ente acusador, lo que debió apreciar el Juez es la concurrencia de los presupuestos contenidos en el artículo 129 de la Ley de Armas y Municiones en la conducta del sindicado, que con el dicho de los agentes aprehensores se revela que efectivamente si portaba el arma de fuego sin la licencia respectiva. En cuanto a las deposiciones de los Agentes de la Policía Nacional Civil José María Tzoy Méndez y Fredy Aroldo Barreno Socop, aduce la representante del Ministerio Público que precisaron que sí participaron en la aprehensión del acusado, cuya acción policial fue realizada por la flagrancia en que fue sorprendido ÁNGEL ADRIAN GARCÍA IZAGUIRRE, portando sin la licencia respectiva el arma de fuego y la que fue debidamente documentada. Asimismo, indica el Ministerio Público que a la declaración del Licenciado VICTOR MANUEL GARCÍA GONZÁLEZ, Perito en Balística, del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, en la audiencia de debate se le puso a la vista el dictamen pericial de fecha veinte de junio de dos mil dieciocho, del cual reconoció su firma y sello, lo leyó, lo modificó y lo ratificó, declaración a la que no se le otorgó valor probatorio, razonando el A quo que no se le otorgó valor probatorio, pues la misma se ha quedado aislada sin que exista algún elemento probatorio que permita acreditar la existencia del arma de fuego en poder del acusado. En cuanto a la prueba documental, el juez unipersonal razonó: “A los documentos anteriores en los que se describen entre otros elementos... información de la Dirección de Control de Armas y Municiones sobre que el acusado no tiene licencia de portación o tenencia de armas, dentro de lo cual todo lo anterior es insuficiente para dar certeza al hecho de que supuestamente el acusado se encontraba el día de los hechos sometidos a juicio portando arma de fuego sin licencia o permiso correspondiente, toda vez que los elementos probatorios como lo son los testigos presenciales que efectuaron la captura del acusado, carecen de veracidad, al no estar respaldados por las declaraciones testimoniales no es factible que los actuales documentos se les pueda otorgar valor probatorio pues no son de utilidad. Con relación a la prueba material, consistente en un arma de fuego

tipo pistola, aduce el Ministerio Público, que el A quo no le otorgó valor probatorio pues la misma carece de utilidad al no contener una relación directa entre su existencia y la posibilidad de que el acusado portara la misma y sus municiones. Por lo anterior, manifiesta la representante del Ministerio Público que existe clara violación de las reglas de la Sana Crítica Razonada, en su principio de razón suficiente, ya que el Juez Unipersonal Sentenciador no debió descartar la eficacia de esos elementos probatorios de valor decisivo, basándose únicamente en los calificativos expuestos, toda vez que se colige que los testigos no tenían interés en mentir o tergiversar los hechos sometidos a juicio, ni se estableció que tuvieran alguna razón en perjudicar al encausado y tampoco se derivó de la prueba aportada al debate, que haya faltado a la verdad en cuanto a la portación material del arma de fuego sin la licencia respectiva en que fue sorprendido el acusado, o que no hubiese tenido participación en su captura, y se probó que al acusado no se le ha extendido licencia de portación y que no le aparece registrada a su nombre arma de fuego y que el arma de fuego no se encuentra registrada en la DIGECAM, por lo que a criterio del Ministerio Público la resolución final no se deriva del material probatorio diligenciado a lo largo de debate realizado. Indica la representante del ente acusador que el procesado fue absuelto, debido a que en la apreciación de las pruebas de valor decisivo, no se utilizó las reglas de la Sana Crítica Razonada, específicamente la ley de la lógica y las reglas de la coherencia en su principio de razón suficiente, así como las leyes de la psicología y la experiencia común. Pretende que se acoja el recurso interpuesto, se anule la sentencia impugnada y se ordene el reenvío.

Segundo Submotivo de Forma: Inobservancia del artículo 5, relacionado con el artículo 420 numeral 6), ambos del Código Procesal Penal. La representante del Ministerio Público expone en el memorial recursivo: “En el caso sub judice, se encuentra que como resultado del debate realizado quedó plenamente demostrada la plataforma fáctica contenida en la acusación formulada por la Fiscalía, de lo cual se desprende que “ÁNGEL ADRIAN GARCÍA IZAGUIRRE, si participó como autor del delito consumado de TENENCIA O PORTACION DE ARMA DE FUEGO CON NUMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM, cuya naturaleza jurídica se define como un delito de mera actividad que no necesita de prueba abundante, ni compleja, sino únicamente la comprobación que el incoado porte el arma de fuego sin la licencia respectiva,

con el número de registro, alterado, borrado, o no legalmente marcada por la DIGECAM, como ocurrió en el presente caso donde la prueba material, pericial, testimonial y documental generada revela la autoría del enjuiciado en el delito imputado, por lo tanto en el fallo absolutorio que se apela se evidencia una injusticia notoria, porque habiendo suficiente prueba el Juez del Tribunal a quo, ignoró los fines del proceso, claramente definidos por el artículo 5 de nuestro ordenamiento procesal penal, de lo cual se desprende también que no respetó el principio de la libertad probatoria preceptuada en el artículo 182 del Código Procesal Penal, lo cual provocó que desechara las pruebas testimonia (sic) documental. Pericial y Material de cargo relacionada, sin fundamentos fácticos, ni sustentos jurídicos lógicos, dejando en obvia indefensión al Ministerio Público como representante de la sociedad; sin haber advertido que los deponentes no tenían razón alguna que motivara señalar indebidamente al encausado como responsable del hecho punible por el que fue sometido a juicio penal, que al acusado se le encontró un arma de fuego con el número de registro borrado y que no se le ha extendido licencia de portación y que no le aparece registrada a su nombre arma de fuego.” Pretende que se acoja el recurso interpuesto, se anule la sentencia impugnada y se ordene el reenvío.

CONSIDERANDO III:

Motivos de Forma. Primero: Inobservancia del artículo 385 en relación con los artículos 389 numeral 4), 394 numeral 3) in fine y 420 numeral 5), todos del Código Procesal Penal y Segundo: Inobservancia del artículo 5, relacionado con el artículo 420 numeral 6), ambos del Código Procesal Penal.

Al analizar los argumentos planteados por la representante de la entidad apelante en los recursos por motivos de forma, esta Sala verifica que en ambos plantea similares inconformidades y argumentos relacionados con artículos de la ley adjetiva penal que se refieren a la valoración de la prueba, por lo que atendiendo a los principios de celeridad, concentración y economía procesal, se analizarán y resolverán en conjunto.

Al respecto es importante acotar que la prueba debe someterse a la sana crítica razonada, constituida a su vez por reglas y principios de la lógica, por ejemplo el principio de razón suficiente como integrante de la regla de la derivación, considera que una proposición para ser completamente cierta ha de ser demostrada, es decir, se han de conocer

suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera y en el proceso penal en particular no se admite que un hecho pueda tenerse por cierto cual axioma porque toda conclusión debe ser fundamentada, por ello, cuando falta o es contradictoria la motivación del fallo, existe vicio en la sentencia lo cual permite combatirla por la vía impugnativa señalando los vicios de la misma, derivado de ello se requiere para valorar la prueba conforme al principio de la razón suficiente, que cada elemento aportado por un testigo, perito, objeto, documento u otro medio, deben estar probados los restantes elementos en elenco; es decir, cada elemento debe estar acreditado por otros debidamente eslabonados, pues cada elemento es prueba de otro y aquellos de éste, quiere decir que un medio de prueba valorado en forma aislada no acredita nada aunque goce de la confianza del juzgador.

En el presente caso, esta Sala entra a examinar si los razonamientos del Juez A quo se derivan de lo expuesto a sus sentidos, y aparece que la valoración de la prueba testimonial es la que utilizó para decidir sobre la valoración de la prueba pericial, documental y material, es decir que la base esencial para decidir la sentencia se fundamentó en la prueba testimonial, para ello se establece que sobre los testimonios de los agentes de la Policía Nacional Civil, razona: “A las dos declaraciones anteriores depuestas por los agentes aprehensores no se les otorga valor probatorio pues dentro de las mismas se observan una serie de contradicciones... la situación de contradicción llega a tal extremo sobre todo en el caso de la declaración de Fredy Aroldo Barreno Socop, que el mismo no recuerda si vio el arma que supuestamente incautaron... este agente describió que el vehículo en el que se conducían los supuestos asaltantes se encontraba parqueado el otro manifestó que el vehículo iba en marcha” sin embargo, en la valoración de la prueba que se contradice entre si, el Juez A quo hubiera valorado aquella que se fortalecía con otros medios probatorios como documentales, periciales y materiales, toda vez que no se advierte el ánimo de que alguno de los testigos tuviera algún interés en perjudicar al acusado, ni su calidad de testigo fue redargüida de falta de idoneidad, en ese sentido una sola prueba testimonial era suficiente para concatenarla con los otros medios de prueba, en relación con ello se tiene Jurisprudencia de Cámara Penal dentro del Proceso número seiscientos setenta y tres guion dos mil nueve (673-2009) de fecha sentencia dieciséis de julio del año dos mil diez (16/07/2010) expone: “...La prueba testimonial está sujeta a las reglas de la sana crítica, por lo mismo

su valor no depende del número de testigos sino de la verosimilitud de la declaración, en tal sentido un solo testigo puede inducir válidamente a formar el convencimiento del juez sobre la veracidad del objeto de prueba..." derivado de la sentencia citada, se hubiera valorado positivamente el testimonio de José María Tzoy Méndez, por ser congruente con la prueba documental, pericial y material, adicionalmente, que el otro testigo Fredy Aroldo Barreno Socop en folio ochenta, línea ocho, declara: "afirma que la persona que aparece en la fotografía es a quien se le incautó el arma de fuego", es decir, que en relación al arma de fuego, ambos testigos expresan que el acusado era quien la portaba, por ello el Juez Aquo al valorar la Prueba no debió fragmentarla en aquellos pasajes contradictorios, sino de manera integral y por elenco con las otras pruebas presentadas; de ahí que, el Doctor Julio Eduardo Arango Escobar en su obra: Valoración de la Prueba en el Proceso Penal, menciona: "La apreciación de la prueba por parte del Juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada sino con elenco, comprendiendo todos los elementos de prueba" página 116, de ahí que el intelecto del juzgador debe abarcar el total del material probatorio, y no entrar a considerar simples errores, puntos de vista o diferencias de apreciación de los testigos. Por lo explicado, se establece que el Juez Aquo no aplicó correctamente los métodos de valoración de la prueba y los principios que gobiernan la elaboración de los juicios intelectivos que le sirvieron para otorgar o negar valor probatorio a la prueba testimonial y por derivación erró al desvalorar la prueba pericial, documental y material, con lo que se concluye en la procedencia para acoger el recurso interpuesto, debiéndose reenviar al tribunal de sentencia respectivo, para que otro Juez Unipersonal conozca del proceso sin las vulneraciones denunciadas y así debe resolverse. **DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:** Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 14, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1, 10, del Código Penal; 129 de la Ley de Armas y Municiones; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Bis, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 225, 226, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 346, 385, 389, 392, 398, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 431, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA: I) ACOGE EL RECURSO**

DE APELACIÓN ESPECIAL, POR MOTIVO DE FORMA, interpuesto por el Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones, Abogada Alma Dinorah Moreno Escudero, contra la sentencia de fecha quince de noviembre de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Unipersonal, Abogado Jorge Haroldo Vásquez Flores, del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Amatitlán, del Departamento de Guatemala; **II)** En consecuencia del numeral anterior, **ANULA LA SENTENCIA APELADA Y ORDENA EL REENVÍO** al Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Amatitlán, del Departamento de Guatemala, para que de conformidad con su orden interno de asignación de casos, designe al Juez Unipersonal que debe conocer del juicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 2 del Acuerdo 18-2012 y artículo 1 literal c) del Acuerdo 40-2015, ambos de la Corte Suprema de Justicia. **III)** Notifíquese y con certificación de lo resuelto devuélvanse los antecedentes al Tribunal de origen.

Néctor Guilebaldo De León Ramírez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Presidente; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Primera; Lilian Lissette Hidalgo López, Secretaria.

**09/09/2019 - PENAL
30-2019**

Número Único del Expediente: 02035-2018-00040 (Juez Unipersonal, Abogado Edwin Augusto Vela Castañeda, del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala).

Apelación Especial 30-2019 Oficial 2º.

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, nueve de septiembre de dos mil diecinueve.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, por motivo de forma, interpuesto por Luis Alfredo Villalta Antuche, con

el auxilio de la Abogada Defensora Pública, Reyna Magaly Guerra Nájera, contra la sentencia de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Unipersonal, Abogado Edwin Augusto Vela Castañeda, del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral seguido en su contra, por el delito de Portación ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas.

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES: (Según constancias procesales).

Acusado: **Luis Alfredo Villalta Antuche**, no tiene apodo o sobrenombre conocido, de veinte años de edad, unido con Griselda Marlene Caal Muñoz, no tiene hijos, vendedor de embutidos, guatemalteco, nació el seis de marzo de mil novecientos noventa y ocho, en el Municipio de Mixco, del Departamento de Guatemala, hijo de Zoila Angélica Villalta Antuche; con residencia en el lote dos manzana "N", Sector treinta y nueve, Colonia Monte de los Olivos, de la zona tres, Aldea de Bárcenas, del municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala; se identifica con el Documento Personal de Identificación número tres mil treinta y cuatro espacio trece mil setecientos cuarenta y tres espacio cero ciento ocho (3034 13743 0108), extendido por el Registro Nacional de la Personas, es la primera vez que se encuentra penalmente procesado. El Ministerio Público, actúa a través de la Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones, Abogada Ily Yudith Rivas Ruiz. La defensa está a cargo de la Abogada Defensora Pública Reyna Magaly Guerra Nájera. No hay querellante adhesivo, ni tercero civilmente demandado.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez Unipersonal, Abogado Edwin Augusto Vela Castañeda, del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala DECLARÓ: "I) Que el acusado LUIS ALFREDO VILLALTA ANTUCHE, es autor responsable del delito de PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS, cometido en contra de la Tranquilidad Publica, la Paz Social y el Bien Común. II. Que por tal infracción a la Ley Penal, se le impone al sindicado LUIS ALFREDO VILLALTA ANTUCHE, la pena de OCHO (8) AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES, pena que deberá cumplir en el centro de cumplimiento de condenas que designe el Juez de Ejecución competente, con abono de la prisión ya padecida..."

III. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL:

El recurso de apelación especial por motivo de forma, fue interpuesto por el acusado Luis Alfredo Villalta Antuche, con el auxilio de la Abogada Defensora Pública Reyna Magaly Guerra Nájera.

IV. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA:

La audiencia del debate fue fijada para el día veintiocho de agosto de dos mil diecinueve, a las doce horas; las partes procesales reemplazaron su participación en la audiencia, por escrito. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día nueve de septiembre de dos mil diecinueve, a las quince horas.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación Especial, se encuentra en nuestro ordenamiento legal vinculado al valor "seguridad jurídica", como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivos de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El acusado Luis Alfredo Villalta Antuche, interpone recuso de apelación especial por motivo de forma, el cual se resume de la siguiente manera: **Motivo de Forma: Primer Submotivo: Inobservancia del último párrafo del artículo 14 del Código Procesal Penal, por injusticia notoria al no aplicarse el Principio de Indubio Pro Reo.**

Manifiesta el procesado que la prueba diligenciada en el Debate y valorada positivamente por el Juez de Sentencia no es suficiente para crear certeza jurídica sobre la existencia del hecho y su participación, porque la sentencia se basó únicamente en la declaración de los agentes de la Policía Nacional Civil, prueba documental y pericial consistente en peritaje balístico, el cual únicamente establece el estado de funcionamiento del arma de fuego, pero no puede establecer el verbo rector que es la portación, porque no se practicó peritaje lofoscópico o dactilar al arma de fuego supuestamente incautada para establecer las huellas dactilares que tenía y determinar a qué persona o personas pertenecen, pues el arma de fuego -según el procesado- se la pusieron los agentes de la Policía Nacional Civil, ya que los patrulleros de Bárcenas se la dieron a los agentes, por lo que estima que era indispensable realizar dicho peritaje. Aduce el procesado que el A quo no tomó en consideración la prueba ofrecida por él, ya que no le dio valor probatorio a la declaración de los dos testigos RUDY ESTEBAN HERNÁNDEZ y ANGÉLICA MARÍA ALVAREZ VILLALTA, con las cuales -a criterio del recurrente- se demuestra que él no portaba el arma de fuego, aduciendo el recurrente, que no existe fundamento lógico para no darles valor probatorio, pues no existe contradicción, sino complemento en sus declaraciones y se demuestra con ellas que no portaba el arma de fuego, por lo que debió conferirles valor probatorio con base a las reglas de la Sana Crítica Razonada. Asimismo, indica que hace referencia a la prueba debido a que el motivo de injusticia notoria, es uno de los casos de excepción del principio de intangibilidad de hechos.

Manifiesta el recurrente que el juzgador hace inferencias que no tienen ningún fundamento, porque lo condena por el delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas, cuando con la prueba no se comprobó el verbo rector o la acción de dicho tipo penal, ya que únicamente existe la declaración de dos agentes de la Policía Nacional Civil, las cuales son contradictorias en los siguientes aspectos: a) El testigo ERWIN ERIBERTO CRISOSTOMO PEREZ, manifiesta que algunas personas de las que lo detuvieron se cubrían el rostro con pañuelos y con playeras, mientras la Agente LESBIA YOHANA AMBROCIO, indica que no tenían el rostro cubierto; b) El Agente, indica que cinco personas con el rostro cubierto entregaron al sindicado y la Agente manifiesta que fueron dos personas que se infiere sin el rostro tapado; c) el Agente indica que el Agente Gaspar le hizo el registro a la otra persona de sexo masculino, mientras que la Agente indica que quien registró al

menor es decir a la otra persona de sexo masculino, fue el Agente Crisóstomomo, quien indicia que fue su compañero GASPAR; d) El agente manifiesta que no entrevistaron a ninguna persona, sin embargo, la Agente indica que el Agente Crisóstomo refiriéndose al testigo le tomo el nombre como a cinco personas, a pesar que él indica que no le tomo datos a ninguna; e) La testigo no indica el lugar exacto donde supuestamente se incautó el arma de fuego, en consecuencia, se establece que el Juzgador le confiere valor probatorio a declaraciones contradictorias que se repelen entre sí y que pareciera que no estuvieron en el mismo lugar porque mencionan varias circunstancias contradictorias, lo cual hace increíble sus testimonios, pues no pueden ser ambos verdaderos según el principio de No contradicción integrante de la ley de la coherencia, por consiguiente establece que el juicio de condena se basa en juicios ilógicos e incoherentes, pues no existe un peritaje lofoscópico o dactiloscópico del arma de fuego para confirmar las declaraciones contradictorias de los Agentes de la Policía Nacional Civil, al contrario existe la declaración de dos testigos con las cuales se demuestra que él no portaba el arma de fuego, sino que fue puesta por los patrulleros, quienes se la entregaron a los Agentes de la Policía Nacional Civil, en consecuencia, a criterio del recurrente, no se puede crear certeza en cuanto a que haya realizado la acción propia del tipo penal de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas.

Con base en lo expuesto, según el recurrente, se establece que las conclusiones a que llegó el A quo, no tienen un fundamento probatorio, por lo tanto no es posible llegar a una conclusión de la existencia del hecho, menos de su participación, pues no se puede fundamentar una sentencia únicamente en dos declaraciones de Agentes de la Policía Nacional Civil, las cuales son contradictorias y se anulan entre sí, y sin existir una prueba objetiva o científica que las confirme, pues con la prueba diligenciada en el debate se establece que no portaba el arma de fuego, sino que los patrulleros se la dieron a los Agentes de la Policía Nacional Civil.

Manifiesta el procesado que no existe certeza jurídica sobre la participación que se le atribuye, por lo tanto debió aplicarse el principio de Indubio Pro Reo, porque existe duda razonada sobre el hecho y la participación, por lo que debió emitirse una sentencia absolutoria, para no vulnerar por inobservancia dicho principio, al igual que el derecho de una fundamentación lógica. Pretende la aplicación correcta de la norma inobservada, se

declare la nulidad de la sentencia recurrida, a efecto de que otro tribunal realice un nuevo juicio.

Segundo Submotivo de Forma: Inobservancia del artículo 385 del Código Procesal Penal, relacionado con el artículo 394 numeral 3 del mismo cuerpo legal. Manifiesta el recurrente que el A quo fundamenta su juicio de condena, dándole valor probatorio a la prueba documental y pericial (peritaje balístico) y a dos Agentes de la Policía Nacional Civil, ofrecidos por el Ministerio Público, a pesar de ser contradictorias sus declaraciones en los siguientes aspectos: a) El testigo ERWIN ERIBERTO CRISOSTOMO PEREZ, manifestó que algunas personas de las que lo detuvieron se cubrían el rostro con pañuelos y con playeras, mientras la Agente LESBIA YOHANA AMBROCIO indica que no tenían el rostro cubierto; b) el agente indica que cinco personas con el rostro cubierto entregaron al sindicato y la Agente manifiesta que fueron dos personas que se infiere sin el rostro tapado; c) el Agente indica que el Agente Gaspar le hizo el registro a la otra persona de sexo masculino, mientras que la Agente indica que quien registró al menor es decir a la otra persona de sexo masculino, fue el Agente Crisóstomomo, quien indicia que fue su compañero GASPAR; d) El agente manifiesta que no entrevistaron a ninguna persona, sin embargo, la Agente indica que el Agente Crisóstomo refiriéndose al testigo le tomo el nombre como a cinco personas, a pesar que él indica que no le tomo datos a ninguna; e) La testigo no indica el lugar exacto donde supuestamente se incautó el arma de fuego, en consecuencia, se establece que el Juzgador le confiere valor probatorio a declaraciones contradictorias que se repelen entre si y que pareciera que no estuvieron en el mismo lugar porque mencionan varias circunstancias contradictorias, lo cual hace increíble sus testimonios, pues no pueden ser ambos verdaderos según el principio de No contradicción integrante de la ley de la coherencia, por consiguiente establece que el juicio de condena se basa en juicios ilógicos e incoherentes, vulnerando el principio de no contradicción, la ley de la coherencia y la regla de la lógica, que tampoco aplicó al valorar las declaraciones de los testigos de descargo RUDY ESTEBAN HERNÁNDEZ y ANGÉLICA MARÍA ÁLVAREZ VILLALTA, a quienes no les dio valor probatorio, argumentando, en cuanto al primero de ellos: a) Que no se presento patente de Comercio de la empresa de distribución de productos de la canasta básica y embutidos, llamada DISTRIBUCION HERNANDEZ, argumento insostenible porque según la experiencia se sabe que existen varios negocios que no están debidamente inscritos, pero

si existen y eso se demostró de su declaración y la del testigo, así como la declaración de la testigo Angélica María Álvarez Villalta de Alvizures; b) Debían estar uniformados porque todos los distribuidores de embutidos andan debidamente uniformados y el testigo con el sindicato andaban sin uniforme, argumento falaz e ilógico, porque se establece que tanto el testigo como él no son repartidores de la empresa de embutidos, es decir que no son trabajadores de la empresa de embutidos que le da en consignación el producto al testigo que es su jefe, pues el procesado le ayuda a repartir el producto y es por ello que no vestían uniforme, sino de particular, en consecuencia lo argumentado por el Juez sentenciador para no darle valor probatorio es ilógico; c) que vio que en el suelo estaba un arma de fuego, pero ninguna persona va a desprenderse de un arma de fuego así por así, sin motivo alguno, máxime que se trataba de un arma de fuego marca JERICHO, argumento que no es valedero, porque se establece de la declaración del testigo y de la testigo Angélica María Álvarez Villalta de Alvizures, que el problema se suscitó debido a que su Jefe, el testigo no había pagado la cuota que cobran los patrulleros y por ese motivo inicio el problema y salí corriendo, pero ellos como andan armados le dispararon y su hermana llamó a la Policía Nacional Civil y llegó para evitar que él hablara de la extorsión que ellos cobran para dejarlos entrar le pusieron el arma de fuego, lo cual significa que si tenia un motivo para hacerlo, ese motivo para evitar que ellos fueron consignados y que los metieran presos por lo tanto lo argumentado por el Juez A quo para indicar que no tiene credibilidad del testimonio del señor RUDY es ilógico y riñe con la experiencia del sentido común. En cuanto a la declaración de la testigo ANGELICA MARIA ALVAREZ VILLALTA, argumentó: a) existencia de contradicción con el testigo Rudy porque este indica que el arma la vio en el suelo y que ella manifiesta que el arma se la dieron los patrulleros a los Agentes de la Policía Nacional Civil, argumento que demuestra una interpretación extensiva en su perjuicio, porque esas declaraciones no son contradictorias, sino complementarias porque primero está el arma en el suelo y luego esta misma arma es entregada a los Agentes de la Policía Nacional por los patrulleros, pero el juzgador pretende hacerlo ver como contradicción, sin tomar en consideración que los testigos manifiestan o que ven según su perspectiva, en consecuencia, no existe fundamento lógico para no darle valor probatorio, pues no existe contradicción, sino complemento en sus declaraciones y se demuestra con ellas que no portaba arma de fuego, por consiguiente debió conferirles valor probatorio con base a las reglas

de la Sana Crítica Razonada y al no darles valor probatorio se determina que el Juez A quo no aplica las reglas de la Sana Crítica Razonada, sino aplica su íntima convicción, que es contradictoria con los principios de la ley de la coherencia que conforman la regla de la lógica, Por lo expuesto, se establece que el juzgador al valorar los medios de prueba vulnera la lógica, ya que le da valor probatorio a las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional Civil ERWIN ERIBERTO CRISÓSTOMO PÉREZ y LESBIA YOHANA CHALÍ AMBROCIO a pesar de ser contradictorias entre sí y no existir medios de prueba científicos que las confirmaran, por consiguiente, se infringe el principio de no contradicción de la regla de la lógica, pues si las declaraciones de los testigos se complementarían como pretende hacer creer el A quo, no deberían existir las contradicciones indicadas, por lo tanto el juicio emitido resulta contradictorio, ilógico e incoherente, porque éstos se excluyen entre sí y evidencian que fue condenado injustamente, porque se le dio valor probatorio a medios de prueba a pesar de ser contradictorios, además no se le otorgó valor probatorio a las declaraciones de dos testigos de descargo, por criterios personales inconsistentes, que son superables al analizar la prueba en su conjunto y utilizar la lógica, el sentido común y la experiencia, se establece que debió conferirles valor probatorio, por lo que a criterio del recurrente se realizó una interpretación extensiva en su perjuicio, vulnerando lo establecido en artículo 14 del Código Procesal Penal, porque no se quebrantó el principio de presunción de inocencia con la prueba ofrecida, ya que se generó duda razonada con respecto a su participación, por lo tanto, no existía fundamento para dictar una sentencia condenatoria porque los medios de prueba diligenciados no fueron valorados conforme a las reglas de la Sana Crítica Razonada. Pretende la aplicación correcta de las normas inobservadas y se declare la nulidad de la sentencia recurrida a efecto de que otro tribunal realice un nuevo juicio.

CONSIDERANDO III:

Al analizar los argumentos planteados por el apelante en los submotivos de forma, esta Sala verifica que en ambos plantea similares inconformidades y argumentos relacionados con la valoración de la prueba, por lo que atendiendo a los principios de celeridad, concentración y economía procesal, se analizarán y resolverán en conjunto.

El apelante plantea Inobservancia del último párrafo del artículo 14, por injusticia notoria al no aplicarse

el Principio de Indubio Pro Reo e Inobservancia del artículo 385 ambos del Código Procesal Penal, relacionado con el artículo 394 numeral 3 del mismo cuerpo legal. En el presente caso, es necesario examinar si dentro de los razonamientos aplicados por el Juez A quo, existe o no incoherencia (incongruencia, contradicción o equívocos), de modo que los elementos del raciocinio no dejen lugar a dudas sobre el alcance, significado y conclusiones que determinan esa coherencia, además será necesario establecer si dentro de los razonamientos analizados, hay una operación lógica, fundada en la certeza, habiéndose observado los principios de las leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios que dan base cierta para determinar cuáles son, necesariamente verdaderos o falsos; es decir determinar que exista o no, motivación incoherente y no derivada, que se hayan aplicado los principios lógicos de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, para verificar la comisión o no, de las vulneraciones denunciadas. En el presente caso, el Juez Unipersonal de Sentencia, concedió valor probatorio a las declaraciones testimoniales de los agentes aprehensores de la Policía Nacional Civil Erwin Eriberto Crisóstomo Pérez y Lesbia Yohana Chalí Ambrosio, porque el juzgador apreció que no titubearon, ni se inmutaron, no denotaron ningún ánimo de perjudicar al acusado, sin embargo aduce el recurrente que dichas declaraciones no fueron corroboradas con prueba científica de Lofoscopia, entre tal argumento esta Sala considera necesario asentar que la lofoscopia se trata del estudio de los dibujos lineales que se presenta en las caras y en los bordes de las manos y los pies de todo ser humano, estos dibujos o rugosidades también son conocidos como crestas papilares y se ha comprobado que no existen dos crestas papilares iguales, por lo tanto cada individuo tiene unas marcas particulares distintas al resto de los otros seres humanos; en presente caso, al examinar las razones por las que el Juzgador prescindió del citado dictamen, se advierte que dentro del debate se contó con dos testimonios emanados de los agentes captores precitados, quienes expusieron que, participaron en la detención del incoado que al efectuarle un registro superficial le fue encontrada un arma de fuego identificada en autos y al solicitarle la licencia de portación este respondió que carecía de la misma, en ningún momento expresan los testigos que estuviera sujetando con las manos el arma, por lo que deviene innecesaria la prueba de lofoscopia, ya que al contar con dos declaraciones testimoniales a las que el Juez A quo otorgó valor probatorio para acreditar tiempo, modo y lugar en que se realizó la

captura del procesado, era innecesario el referido estudio, toda vez que la ausencia del dictamen propuesto, no demerita la idoneidad de los testigos ni sus declaraciones testimoniales. Ahora bien, el incoado argumenta que los agentes se contradijeron, en ese sentido, es necesario hacer saber al apelante que por haber invocado injusticia notoria, faculta a este Tribunal de Alzada para examinar las declaraciones de los testigos y concluye que, si bien es cierto, ambos testigos en sus deposiciones expresan algunas diferencias en sus dichos, estas diferencias constituyen simple puntos de vista o de apreciaciones que no desvanecen el hecho imputado referente que al acusado fue capturado por portar un arma de fuego sin la correspondiente licencia de portación emitida por la Dirección General para el Control de Armas y Municiones -DIGECAM- y por lo mismo se tornaba improcedente la aplicación del principio indubio pro reo, toda vez que el acusado cometió actos voluntarios de portación ilegal de un arma de fuego poniendo en peligro a la sociedad, lo que quedó acreditado con prueba testimonial, documental, pericial y material. Por lo expuesto, se considera que la real significación del agravio se traduce en la inconformidad con el fallo que se impugna; estableciendo los Magistrados que el Juez Aquo ha basado su decisión en los principios de la Sana Crítica Razonada, regla de la lógica y el principio de razón suficiente que le permitieron arribar a emitir un fallo condenatorio que no vulnera los artículos denunciados, consecuentemente es inexistente el agravio aludido. Por lo que no puede acogerse la presente apelación.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 14, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1, 10 del Código Penal; 123 de la Ley de Armas y Municiones; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Bis, 14, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 225, 226, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 346, 385, 389, 392, 398, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 431, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA: I) NO ACOGE** el recurso de apelación especial, por motivo de forma, interpuesto por el procesado Luis Alfredo Villalta Antuche, con el auxilio de la Abogada Defensora Pública Reyna Magaly Guerra Nájera, contra la

sentencia de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Unipersonal, Abogado Edwin Augusto Vela Castañeda, del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala; II) En consecuencia, la sentencia recurrida permanece incólume; III) Notifíquese y con certificación de lo resuelto devuélvase los antecedentes al Tribunal de origen.

Nector Guilebaldo De León Ramirez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Primero; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Segunda; Lilian Lissette Hidalgo López. Secretaria.

04/02/2020 - PENAL 318-2019

Número Único del Expediente: 02035-2018-00581 (Juez Unipersonal, Abogada Sandra Isabel Vargas Beza, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala).

Apelación Especial 318-2019 Oficial 2º.

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, cuatro de febrero de dos mil veinte.

I) Esta Sala se integra con los suscritos Magistrados, de conformidad con el punto segundo del ACTA NÚMERO CUARENTA Y CINCO GUION DOS MIL DIECINUEVE (45-2019), de fecha once de octubre de dos mil diecinueve, correspondiente a sesión extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 71 de la Ley del Organismo Judicial y la opinión consultiva emitida por la Corte de Constitucionalidad el ocho de octubre de dos mil diecinueve, expediente cinco mil cuatrocientos setenta y siete - dos mil diecinueve (5477-2019). **II) EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA,** se procede a dictar sentencia de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, por motivos de forma y fondo, interpuesto por el Abogado Arardo Alessandro Sandoval González, Defensor Público del procesado

Pablo Salazar Monjes, contra la sentencia de fecha siete de junio de dos mil diecinueve, dictada por la Juez Unipersonal, Abogada Sandra Izabel Vargas Beza, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral seguido contra Pablo Salazar Monjes, por el delito de Homicidio.

III) IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES: (Según constancias procesales).

Acusado: **Pablo Salazar Monjes**, de cuarenta y siete años de edad, soltero, piloto, guatemalteco, nació el cinco de mayo de mil novecientos setenta y dos en la Aldea Seila Rio Dulce Izabal; en cuanto a su residencia manifiesta que solo recuerda ser la zona diez de Villa Nueva, su cónyuge responde al nombre de Silvia Hernández Pineda con quien procreó seis hijos de los cuales cuatro son menores de edad y dos mayores de edad, sus hijos y su cónyuge dependen económicamente del mismo. El Ministerio Público actúa a través del Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones Abogado Milton Tereso García Secayda. No hay querellante adhesivo, ni tercero civilmente demandado. La Defensa técnica está a cargo del Abogado Defensor Público Arardo Alessandro Sandoval González.

IV) EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

La Juez Unipersonal, Abogada Sandra Izabel Vargas Beza, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala, DECLARÓ: **I)** Que el acusado **PABLO SALAZAR MONJES** es **AUTOR RESPONSABLE** del delito de **HOMICIDIO**, regulado en el artículo 123 del Código Penal, cometido en contra de la humanidad de Byron Danilo Quel Cruz imponiéndosele una pena de **Dieciséis Años de Prisión Inconmutables**, con abono de la efectivamente padecida. **II)** La pena anteriormente impuesta deberá cumplirla en el Centro de Reclusión que para el efecto determine el Juez de Ejecución Penal respectivo; **III)** Encontrándose el acusado **PABLO SALAZAR MONJES**, privado de libertad se le deja en la misma situación jurídica hasta que el fallo cauce firmeza; **IV)** Se le suspende al acusado, en el ejercicio de sus derechos políticos, mientras dure la condena. **V)** No se condena al procesado **PABLO SALAZAR MONJES** al pago de las costas procesales, las cuales deberán ser absorbidas por el Estado de Guatemala; **VI)** En concepto de reparación digna se condena al procesado **PABLO SALAZAR MONJES** realizar el pago por la cantidad de **ONCE MIL QUETZALES** a la madre de la víctima, quien

responde al nombre de **HAYDEE CRUZ** (UNICO NOMBRE Y APELLIDO)...”

V) DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL:

El recurso de apelación especial por motivos de forma y fondo, fue interpuesto por el Abogado Arardo Alessandro Sandoval González, Defensor Público del procesado Pablo Salazar Monjes.

VI) DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA:

La audiencia del debate fue fijada para el día veintitrés de enero de dos mil veinte, a las doce horas. Las partes procesales reemplazaron su participación, por escrito, en la audiencia señalada. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día cuatro de febrero de dos mil veinte, a las quince horas.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación Especial, se encuentra en nuestro ordenamiento legal vinculado al valor “seguridad jurídica”, como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivo de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio de la parte acusada cuando esta recurre, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El Abogado Arardo Alessandro Sandoval González, Defensor Público del procesado Pablo Salazar Monjes, interpone recurso de apelación especial, por

motivos de forma y fondo, el cual se resume de la siguiente manera:

MOTIVO DE FONDO: Primer Submotivo: Errónea aplicación del artículo 10 del Código Penal. Refiere el procesado que la sentencia impugnada fue dictada aplicando erróneamente el artículo citado, al atribuirle la comisión del injusto penal por el cual se condenó al procesado, sin existir relación de causalidad, pues los hechos contenidos en la acusación formulada por el Ministerio Público, no fueron legalmente establecidos, ni probados con certeza jurídica. Aduce el recurrente que la acusación es imprecisa porque menciona aspectos que nunca se probaron dentro del debate, señalando como ejemplo de ello: que se menciona en la misma que para provocar el trauma craneo encefálico grado tres a la víctima, se utilizó piedras, sin embargo, los testigos presenciales negaron tal hecho, asimismo, aduce el recurrente, que se indica en la acusación que el señor Byron Danilo Quel Cruz, falleció en el hospital Roosevelt, pero el deceso del mismo tuvo lugar en el Hospital Nacional de Amatitlán y según el recurrente, la juez unipersonal, no tomó en cuenta la opinión del médico forense, quien indicó que la causa directa de la muerte fue una neumonía lobar bilateral y quien en debate oral admitió que dicha neumonía fue producida por las bacterias que habían dentro del hospital y la inmuno deficiencia que presentaba el paciente al momento de ingresar. A criterio del recurrente, si no hubiera habido presencia de bacterias intrahospitalarias y si el paciente no hubiera presentado alcoholismo crónico, hubiera evolucionado satisfactoriamente. Indica que no quedó debidamente probado que la neumonía lobar bilateral fue provocada por el trauma craneo encefálico, sino por bacterias intrahospitalarias, por lo que no se puede probar el ánimo de provocar la muerte, por lo que -a criterio del recurrente- en tales circunstancias no se puede tener por probada la imputación que se le atribuye al procesado y no se da la relación de causalidad. Pretende que se acoja el recurso interpuesto, se anule la sentencia impugnada y se dicte sentencia absolutoria.

Segundo Submotivo: Errónea aplicación del artículo 123 del Código Penal. Manifiesta el recurrente que el Juez unipersonal incurrió en error de derecho al agravar la pena, tipificar y condenar por el delito contenido en el artículo 123 del Código Penal, sin tomar en cuenta que la acusación describe otros hechos que se encuadran en un tipo penal distinto al delito de homicidio, por lo que al analizar la acusación y las pruebas que se tuvieron por acreditadas, los hechos se encuadrarían en la

calificación jurídica de Homicidio Preterintencional, contemplado en el artículo 126 del Código Penal, ya que no se estableció el dolo o ánimo de dar muerte. Pretende que se acoja el recurso interpuesto, ya que -a criterio del recurrente- no concurren los elementos del delito, se anulen los numerales romanos I y II de la parte declarativa de la sentencia impugnada, se dicte sentencia por el delito de Homicidio Preterintencional, se imponga la pena mínima y se suspenda la misma.

MOTIVO DE FORMA: Único Submotivo: Inobservancia del artículo 11 Bis y 394 numeral 3 del Código Procesal Penal. Aduce el recurrente que la sentencia impugnada fue dictada sin una fundamentación clara y precisa, sino por el contrario, muy contradictoria, pues en lugar de tomar en cuenta lo manifestado por el perito Doctor David Benedicto Jiménez Ramos, en la audiencia de debate oral y público, basó su resolución en los dictámenes emitidos por él, obviando las contradicciones en que incurrió ese perito y obviando que lo que se tiene por probado es lo que se diligenció en el debate. Además, manifiesta que también se inobservó las reglas de la Sana Crítica Razonada, pues al tener que ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento, tuvo que apreciar en mejor forma todos los datos probatorios aportados por las partes. Indica que al hacer mención de los dictámenes del Perito David Benedicto Jiménez Ramos, no explicó suficientemente porque le da valor probatorio a los mismos y no a su declaración en debate, tomando en cuenta que dicho perito manifestó claramente que la causa directa de la muerte fue una neumonía lobar bilateral, que fue causada por bacterias intrahospitalarias; por lo que estima que la juez unipersonal debió llegar a un conocimiento de la prueba a través de un estudio razonado de la misma, pues la sentencia no puede apoyarse en un juicio dubitable, sino en hechos realmente demostrados en el juicio. Indica el recurrente que la juzgadora no fundamentó suficientemente la sentencia condenatoria, ya que la prueba científica principal, es decir los dictámenes médicos forenses no son concluyentes, por lo que faltó al principio de razón suficiente, ya que debió expresar las razones jurídicas y las lógicas, científicas o técnicas, en cuya virtud les asignó valor, o el motivo por el que las desestimó, situación que no se da en la sentencia recurrida. Indica que en el presente caso, la apreciación de la prueba en conciencia, fue en una mera expresión gramatical, que suplió el análisis que debió realizarse cuando se establece la existencia de los hechos, Manifiesta el recurrente que no se prueban los hechos, sino las afirmaciones

hechas en la acusación, por lo que si la acusación indica que su patrocinado causó lesiones craneo encefálicas a Byron Danilo Quel Cruz, al golpearlo con unas piedras y eso le causó la muerte, eso debió probarse, sin embargo, según el médico forense, las lesiones no causaron la neumonía lobar bilateral que causó la muerte de la víctima, sino las bacterias intrahospitalarias no tratadas convencionalmente y en ningún momento se probó la existencia de las piedras mencionadas en la acusación. Pretende que se acoja el recurso interpuesto, se anule la sentencia impugnada y se ordene el reenvío.

CONSIDERANDO III:

En el presente caso, por técnica recursiva se analizará primeramente el recurso por motivo de forma.

MOTIVO DE FORMA: Único Submotivo: Inobservancia del artículo 11 Bis y 394 numeral 3 del Código Procesal Penal. Aduce el recurrente que la sentencia impugnada fue dictada sin una fundamentación clara y precisa, sino por el contrario muy contradictoria.

Este Tribunal de Alzada con respecto al primer submotivo, considera que el fallo impugnado sí contiene los requisitos que exige la ley de conformidad con la fundamentación y la motivación de las sentencias la cual se basó precisamente en tres aspectos importantes como los son el aspecto fáctico, probatorio y jurídico. Que tienen como finalidad la protección del sindicado de la arbitrariedad judicial, provocada por la emisión de decisiones sin fundamentación. La motivación de la sentencia se constata por parte de esta Sala, toda vez que la Juez Aquo considera acreditados los hechos con la prueba testimonial del testigo presencial y familiares de la víctima que recibieron detalles de otros testigos que coinciden en la responsabilidad del acusado, adicionalmente, el informe del testigo Emilio Benito López, coincide con los hechos imputados, aparte prueba, pericial y documental, que permite a la Juez Aquo una adecuada, legal y sólida motivación sobre la prueba que involucra al incoado, habiéndosele conferido valor probatorio a estas pruebas para arribar a la conclusión de atribuirle responsabilidad en la comisión del delito a él atribuido.

Al continuar el examen del documento sentencial, se advierte que en los términos respectivos la Juez Sentenciante expresó claramente los razonamientos por los que se establece el vínculo lógico entre uno y otro medio probatorio al que se le otorga valor y desprende certeza sobre la participación del incoado

en el hecho y fundamenta su decisión al hacer una vinculación entre las acciones desplegadas por el acusado con la ley adjetiva penal, como es el encuadramiento de los hechos fácticos con el precepto legal, por lo que cumple "Los principios lógicos de contradicción y de identidad, así como las Reglas de Derivación y Coherencia" (Principios rectores de la Sana Crítica Razonada, consecuentemente, ello implica que el fallo no adolece de fundamentación).

Adicionalmente, la Juez Unipersonal de Sentencia, describió los elementos probatorios y expreso porque los valoraba positivamente, es decir que cumplió con el enunciado de la sentencia de fecha trece de noviembre del año dos mil doce, emitida por la Cámara Penal, dentro del expediente número mil cuatrocientos noventa y seis guion dos mil doce (1496-2012) donde se lee: "...la obligación de cumplir con el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexos racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba apreciados para alcanzarlas, esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales, la descripción del elemento probatorio, y su valoración crítica, sólo así se podrá tener la idoneidad o no del testigo, para cumplir con la exigencia de fundamentar la resolución judicial..." Como consecuencia de lo anterior, este Tribunal de Alzada constata que no le asiste la razón al apelante, toda vez que el fallo recurrido no adolece del vicio de falta de fundamentación y argumentación de hecho y de derecho, como corolario de ello tiene validez y eficacia la sentencia impugnada pues no adolece en ningún momento del vicio aludido, lo que no permite acoger el presente submotivo y así debe resolverse.

MOTIVO DE FONDO: Primer Submotivo. Errónea aplicación del artículo 10 del Código Penal. Refiere el procesado que la sentencia impugnada fue dictada aplicando erróneamente el artículo citado, al atribuirle la comisión del injusto penal por el cual se condenó al procesado, sin existir relación de causalidad.

Al revisar los argumentos esgrimidos por el apelante, se hace necesario acotar que esta Sala debe limitarse a analizar si los hechos acreditados en juicio, fueron correctamente subsumidos dentro de la norma penal, sin atender a los razonamientos probatorios del Juez Aquo, pues esos argumentos quedan fuera de todo análisis, porque al expresarse vulneración de la relación de causalidad, el acusado debe tener por aceptado los hechos acreditados

y la denuncia debe limitarse al agravio que los mismos no fueron correctamente castigados bajo el tipo penal correspondiente, así lo sustenta también Cámara Penal dentro del proceso número mil ciento ochenta y siete guion dos mil once (1187-2011) en sentencia de fecha treinta y uno de octubre del año dos mil once (31/10/2011) al expresar: "... Cuando se denuncia vulneración al principio de relación de causalidad contenido en el artículo 10 del Código Penal, quien recurre, debe tener por ciertos y válidos los hechos que se hayan tenido por acreditados, por lo que, la labor del tribunal de segundo grado, así como de la Cámara Penal, para comprobar la existencia de dicha infracción, debe ceñirse a realizar el análisis intelectual que lleve a establecer **si la acción acreditada es la causa del resultado típico atribuido**, excluyendo de dicho análisis el proceso lógico a través del cual se fijaron los hechos del juicio..." para mejor comprensión del procesado, cabe ejemplificar que al existir un delito de Homicidio en donde al acusado se le acredita únicamente haber sido detenido al momento de enterrar el cadáver de la víctima, entonces no puede atribuírsele el delito de Homicidio, toda vez que la acción acreditada fue posterior al hecho principal, de ahí que le corresponderá un castigo penal por el delito de Encubrimiento. Ahora bien, en el presente caso, al acusado le quedó acreditado que el día veinticinco de diciembre del año dos mil diecisiete, a las dieciséis horas aproximadamente, frente al lote veintiocho parcelamiento Plan Grande de la zona diez del municipio de Villa Nueva, llego donde había una reunión de sus familiares a quienes regañó por consumir alcohol, en ese momento la víctima interviene defendiendo a los familiares del acusado, lo que molesta al acusado que aprovechándose de su mayor tamaño y corpulencia física agrede a la víctima Byron Danilo Quel Cruz que no obstante caer al suelo, lo continua agrediendo con patadas en la cabeza causando trauma craneo encefálico grado tres, fractura de la nariz y fractura etmoidal, falleciendo el ocho de enero del año dos mil dieciocho, dentro del documento sentencial se le acredita la comisión del delito de Homicidio, es decir que la Juez Sentenciante de manera expresa establece el tipo penal, lo que a criterio de esta Sala es correcto, porque la muerte de la víctima fue como consecuencia de los golpes recibidos y al acusado se le sitúa como autor de los mismos. En razón de lo expuesto, este Tribunal de Alzada concluye que los argumentos vertidos en la apelación son insuficientes para dictar lo contrario a la sentencia impugnada, en derivación de lo expuesto, no se acoge el recurso de apelación presentado por motivo de fondo, debiendo quedar incólume la sentencia de primer grado y así debe resolverse.

Segundo Submotivo de fondo: Errónea aplicación del artículo 123 del Código Penal. Manifiesta el recurrente que el Juez unipersonal incurrió en error de derecho al agravar la pena, tipificar y condenar por el delito contenido en el artículo 123 del Código Penal, sin tomar en cuenta que los hechos encuadran en el tipo penal del artículo 126 del Código Penal.

En el presente caso, esta Sala considera necesario hacer saber que el presente recurso por ser presentado por motivo de fondo, limita a esta Sala a revisar si los hechos acreditados fueron subsumidos correctamente dentro del tipo penal que corresponde a las acciones acreditadas, ello conforme jurisprudencia de Cámara Penal que en sentencia número doscientos sesenta y ocho guion dos mil once (268-2011) emitida con fecha dos de agosto del año dos mil once (02/08/2011) dispone: "...Cuando se resuelve una impugnación en que se invoca un motivo de fondo, el único referente factico para decidir son los hechos acreditados por el tribunal sentenciante. La labor del juzgador consiste en realizar el análisis legal para establecer si la adecuación típica realizada es jurídicamente correcta..." de ahí que al analizar los argumentos del apelante, esta Sala procede a confrontarlos con los hechos acreditados, en ese sentido al examinar el documento sentencial aparece que al acusado le quedó acreditado que el día veinticinco de diciembre del año dos mil diecisiete, a las dieciséis horas aproximadamente, frente al lote veintiocho parcelamiento Plan Grande de la zona diez del municipio de Villa Nueva, llego donde había una reunión de sus familiares a quienes regañó por consumir alcohol, en ese momento la víctima interviene defendiendo a los familiares del acusado, lo que molesta al acusado que aprovechándose de su mayor tamaño y corpulencia física agrede a la víctima Byron Danilo Quel Cruz, que no obstante caer al suelo, lo continua agrediendo con patadas en la cabeza causando trauma craneo encefálico grado tres, fractura de la nariz y fractura etmoidal, falleciendo el ocho de enero del año dos mil dieciocho, dentro de los mismos hechos quedó acreditado: "...el señor BYRON, que era mucho más pequeño y quien además se encontraba bajo efectos de bebidas alcohólicas, caiga al suelo, momento que el acusado aprovecho (sic) para continuar golpeándolo con patadas..." es decir que según se desprende de estas acciones, el acusado actuó con violencia innecesaria, y sabedor que la parte craneal es vital para sobrevivir, fue ahí donde concentró mas la golpiza a patadas causándole un Trauma Craneoencefálico Grado Tres, que según el perito Benedicto Jiménez es el más severo y su vida estuvo

en peligro a partir del evento traumático cerebral sufrido y que luego presentó neumonía aspirativa, que fue una complicación provocada por el evento traumático. De ahí que este Tribunal de Alzada, bajo el criterio que existen muchas maneras de dar muerte a una persona, concluye que el acusado al atacar con barbarie y violencia excesiva partes cerebrales vitales de la víctima, pudiendo prever la posibilidad de causarle la muerte, toda vez que el perito agrega: "...existe un edema cerebral, causándole al paciente una falta de oxígeno (hipoxia)..." sin embargo, el acusado que calzaba botas, continuó ejecutando el acto criminal contra la víctima que agonizando en el suelo continuo propinándole patadas, siendo que ese mismo día veinticinco de diciembre del dos mil diecisiete fue trasladado en estado de coma al Hospital de Amatitlán, donde falleció el ocho de enero del año dos mil dieciocho, por complicaciones derivadas de la golpiza como una forma más, de dar muerte a una persona. En derivación de ello, la Juez Aquo eligió correctamente el tipo penal contenido en el artículo 123 del Código Penal, toda vez que el artículo 126 del mismo cuerpo legal se refiere a aquellos actos que causan una muerte que no se pudo prever, es decir que el hecho ha ultrapasado el propósito o intención de su autor, o ha causado la lesión de un bien jurídico en mayor extensión o gravedad que la esperada o calculada por el autor, la palabra está formada de la preposición latina praeter, preter y la palabra intención, lo cual no sucede en el presente caso, porque al caer al suelo la víctima inconsciente, ya estaba vencida por el sujeto activo atacante, sin embargo, en total estado de indefensión y por motivos fútiles o abyectos continúa atacando partes vitales acrecentando los efectos criminales sobre la víctima, por ello se torna inviable la pretensión del apelante, debiéndose confirmar la sentencia y por lo tanto no se acoge el recurso instado, debiéndose resolver según las consideraciones y razonamientos anotados.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 14, 25, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1, 10, 123 del Código Penal; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Bis, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 225, 226, 332, 332 Bis, 344, 385, 389, 392, 394, 398, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 431, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA: I) NO ACOGE** el recurso de apelación especial, por motivos de forma y fondo, interpuesto por el Abogado Arardo Alessandro Sandoval González, defensor público del procesado Pablo Salazar Monjes, contra la sentencia de fecha siete de junio de dos mil diecinueve, dictada por la Juez Unipersonal, Abogada Sandra Izabel Vargas Beza, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala; **II)** En consecuencia, la sentencia impugnada permanece incólume. **III)** Notifíquese y con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al Tribunal de origen.

Nector Guilebaldo De León Ramirez, Magistrado Presidente en Funciones; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Primero en Funciones; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Segundo en Funciones; Lilian Lissette Hidalgo López. Secretaria.

11/02/2020 - PENAL
163-2019

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, once de febrero de dos mil veinte.

I) De conformidad con el punto segundo (2º) del acta número cuarenta y cinco guión dos mil diecinueve (45-2019) de fecha once de octubre de dos mil diecinueve (11-10-2019), correspondiente a sesión extraordinaria de la Corte Suprema De Justicia, con fundamento en el artículo 2 de la Constitución Política De La Republica De Guatemala, el artículo 71 de la Ley Del Organismo Judicial y la opinión consultiva emitida por la Corte De Constitucionalidad el ocho de octubre de dos mil diecinueve (08-10-2019), expediente cinco mil cuatrocientos setenta y siete guión dos mil diecinueve (5477-2019); esta Sala queda integrada con el(los) suscrito(s) Magistrado(s);

II) **EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**, se procede a dictar sentencia de segundo grado, para resolver el recurso de Apelación Especial por **MOTIVO DE FORMA**, promovido por la procesada Olga Marisol Cano Méndez, auxilia por el licenciado Hernán

Filemón Villatoro Monzón, abogado defensor público, en contra de la sentencia de fecha cuatro de marzo de dos mil diecinueve, dentro del proceso arriba identificado, dictada por la abogada Sandra Izabel Vargas Beza, Jueza Unipersonal del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala, dentro del juicio oral y público seguido en contra de: Olga Marisol Cano Méndez, por el delito de Robo de Equipo Terminal Móvil.

I. IDENTIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

PROCESADO: Olga Marisol Cano Méndez, quien manifestó ser de veintinueve años de edad, unida, se dedica a labores avícolas, guatemalteca y residente en San Miguel Petapa, residenciales Las Palmas Casa "D", sin más datos, actúa bajo la dirección y procuración del licenciado Wendell Othoniel Zeissig Quintanilla, abogado defensor público, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en la Unidad de Impugnaciones del Instituto de la Defensa Pública Penal, ubicada en la décima calle, seis guion treinta y siete, Edificio Bearn, zona uno, ciudad capital y al casillero electrónico número IDPPVN y comunicaciones al número de teléfono veintidós millones seiscientos setenta y dos mil setecientos treinta (22672730) y/o al correo electrónico ntguatemala.villanueva@idpp.gob.gt; **El Ministerio Público:** Quien actuó por medio de su agente fiscal asignada Gloria Lisbett Monterroso García, señalando con lugar para recibir notificaciones en la octava calle, tres guion setenta y tres, zona uno, segundo nivel, ciudad de Guatemala, comunicaciones al correo electrónico impugnaciones@mp.gob.gt y a los números de teléfono y veintidós millones doscientos cinco mil ciento ochenta y nueve (22205189) al noventa y uno (91); **QUERELLANTE ADHESIVO:** No Hay; y **TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO:** No Hay.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

"...La Juzgadora con base en lo anteriormente indicado... al resolver DECLARA: I) Que la acusada OLGA MARISOL CANO MÉNDEZ es autora responsable del delito de ROBO DE EQUIPO TERMINAL MÓVIL, en consecuencia se condena a la acusada por tal hecho antijurídico a la pena de SIETE AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES, con abono de la efectivamente padecida..."

III: DE LOS PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE SE IMPGUNAN: La apelante impugna el numeral romanos "I" de la parte resolutive de la sentencia impugnada.- **IV. DEL HECHO ATRIBUIDO:** Al(os) procesado(s), se le(s) atribuyó el hecho, contenido en el memorial presentado en su oportunidad por el Ministerio Público, en el cual solicita la apertura a juicio penal y formula acusación en su contra.

V. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: La procesada Olga Marisol Cano Méndez, auxilia por el licenciado Hernán Filemón Villatoro Monzón, abogado defensor público, plantea(n) Recurso De Apelación Especial por MOTIVO DE FORMA, invocando como único submotivo la inobservancia del artículo 385, en relación al artículo 186, ambos del Código Procesal Penal.

VI. DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: El Recurso de Apelación Especial fue declarado admisible formalmente en resolución de fecha veintiséis de abril de dos mil diecinueve.

VII. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA: La audiencia del debate fue fijada para el día treinta de enero de dos mil veinte, a las once horas. La procesada Olga Marisol Cano Méndez, juntamente con el licenciado Hernán Filemón Villatoro Monzón, abogado defensor público y el Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado, reemplazaron su participación por escrito a la audiencia antes referida. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día once de febrero de dos mil veinte, a las catorce horas con treinta minutos.

CONSIDERANDO: -I-

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza que la defensa de la persona y de sus derechos que le son inherentes son inviolables, de tal manera que las garantías Judiciales, enmarcadas dentro de lo que se conoce como debido proceso legal, se toma la existencia de un órgano Judicial independiente, así como un conjunto de normas y principios que garanticen un proceso equitativo y en el que el imputado disponga de los medios adecuados para su defensa, entre los que se encuentra el derecho a recurrir el fallo, con la finalidad de que el tribunal superior proceda a revisar la sentencia que le causa agravio. El ámbito de conocimiento del Tribunal de Segunda Instancia quedará delimitado por la impugnación efectiva de las partes.

En consecuencia, el alcance del recurso quedará determinado por las pretensiones impugnatorias de las partes, ejercitadas en el trámite de interposición y fundamentación del recurso, impugnando aquellos pronunciamientos que les causan gravamen.

De esa cuenta, el artículo 421 del Código Procesal Penal, establece que el tribunal de apelación especial conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente contenidos en el recurso. Asimismo el artículo 419 numeral Segundo del mismo texto legal preceptúa que el Recurso de Apelación Especial sólo podrá hacerse valer cuando la sentencia contenga cualquiera de los siguientes vicios: 1) De fondo: inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley y 2) De forma: inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto de procedimiento.

-II-

La procesada Olga Marisol Cano Méndez, auxilia por el licenciado Hernán Filemón Villatoro Monzón, abogado defensor público, interpone recurso de Apelación Especial por Motivo de FORMA, invocando como único submotivo la inobservancia del artículo 385, en relación al artículo 186, ambos del Código Procesal Penal, argumentando de la siguiente manera: "...Existe vicio en la logicidad de la motivación de una sentencia si el tribunal no da razones congruentes y suficientes para conceder valor probatorio a los medios de prueba presentados durante el debate e incorporados de conformidad con la ley. Si bien la sana(sic) crítica(sic) razonada(sic) es un concepto jurídico indeterminado, no es una regla de arbitrariedad o discrecionalidad absoluta en la valoración de la prueba. El tribunal tiene libertad de prueba, en el sentido que no está predeterminado por reglas para asignar valor probatorio a los diferentes medios de prueba, sino la valoración de estos es una operación lógica que le impone llegar a conclusiones coherentes y precisas, de manera que no admitan distintas explicaciones y se encuentren sustentadas en las constancias procesales. Las reglas de la sana(sic) crítica(sic) buscan un método para lograr decisiones racionales y controlables dentro del juicio. No son necesariamente reglas técnicas, pero si deben respetar los principios básicos del pensamiento humano: las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y las leyes de la psicología humana. En apelación especial se puede invocar el quebrantamiento de estas reglas, cuando el tribunal arriba a conclusiones arbitrarias o infundadas. Por ello a través de la sana(sic) crítica(sic) no se hace

un control directo sobre los hechos, sino tan sólo de las operaciones lógicas que llevaron a concluir tales hechos a partir de la prueba incorporada en el proceso, y tal y como se encuentra motivada por el tribunal de sentencia. La motivación de la sentencia debe ser derivada, es decir, basada en el principio de razón suficiente, para lo cual el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas. De la ley de derivación se desprende que la motivación debe ser: concordante, auténtica y suficiente... en la sentencia dictada con fecha cuatro de marzo de dos mil diecinueve, al valorar las pruebas no observa las reglas de la sana(sic) crítica(sic) razonada(sic) especialmente la lógica en su principio de razón suficiente con respecto a medios probatorios de valor decisivo en virtud de lo cual arriba a conclusiones en inobservancia del mismo como se desprende de las motivaciones hechas... el Tribunal a quo, manifiesta: "les concede valor probatorio a la declaración prestada por la señorita Juárez Rendón, por la virtud que como ofendida y agraviada dentro del presente proceso, se presentó al llamado que le realizó el tribunal y al prestar su respectiva declaración expuso de los hechos de los cuales fue víctima, manifestando que hacia un año aproximadamente la acusada le había arrebatado violentamente su celular... que este hecho haba(sic) sido en el mercado nuevo de Villanueva(sic), de nombre CONCEPCIÓN, que el suceso tuvo lugar en un horario del medio día aproximadamente, que únicamente solicitaba la devolución de su teléfono celular; esta declaración tiene valor probatorio Positivo, en virtud que la agraviada expuso de viva voz, lo que vivió el día dos de marzo del dos mil dieciocho, por el pasillo número nueve frente al local comercial número doscientos noventa y siete... cuando fue víctima del despojo de su teléfono... declaración es útil para el esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos en virtud de acreditar circunstancias de tiempo, lugar y forma en La que se cometió el delito y haber señalado como responsable a la acusada en virtud que la testigo fue la persona que vivió los hechos y que le constan... la jueza sentenciadora se refiere a los testigos WALTER GEOVANI MORALES SAPON, MILVIA MARIBEL(sic) YALIBAT LEIVA quienes aprehendieron a la procesada y los pusieron a disposición del juez competente, arguye la juzgadora que les da valor probatorio positivo en virtud que complementa unas con otras y así mismo se concatenan con al declaración de la agraviada en mención y con los agentes de la policía Municipal SILVIA PATRICIA GUACAMAYA Y NICOLAS QUIP PACHECO... la fundamentación de la valoración de los órganos y medios de prueba

de valor decisivo, son carentes de fundamentación lógica pues los razonamientos solo se concretan a hacer mención de lo dicho por la agraviada y los agentes captadores quienes intervinieron posteriormente al hecho, a los cuales también evoca sus deposiciones, pero no hace un razonamiento lógico que describa por que les dio valor probatorio positivo a... los medios de prueba testimoniales dadas sus particularidades, pues no acreditan con ello la posición ni la propiedad, por ello pues se inobserva el principio de razón suficiente entre otros, así también la Sentenciadora acredita la propiedad del Teléfono Celular que figura como objeto del delito con la declaración de la agraviada y con una declaración jurada de propiedad, que se realizan para los efectos del proceso penal de mérito, documentos que lo adecuan de acuerdo a las circunstancias, pues existen otros medios más convincentes para ello por, motivo por el cual los razonamientos para condenar no generan la certeza jurídica necesaria, pues hasta el momento se ignora cuales reglas fueron empleadas en la valoración que se hizo de los órganos y medios de prueba pero si se colige no se utilizó las reglas de obligado cumplimiento como lo es la sana crítica razonada...”, por lo que solicita se Acoja el presente recurso de apelación especial, anulando la sentencia recurrida y dictando la sentencia que en derecho corresponda, ordenando el reenvío de las actuaciones para que se renueve el acto viciado y dictar nueva sentencia.

-III-

Esta Sala de la Corte de Apelaciones al proceder a realizar el análisis del Recurso de Apelación Especial por Motivo de Forma interpuesto por la procesada Olga Marisol Cano Méndez, auxiliada por el licenciado Hernán Filemón Villatoro Monzón, abogado defensor público, invocando como único submotivo la inobservancia del artículo 385, en relación al artículo 186, ambos del Código Procesal Penal, primeramente advierte que cuando se invoca la inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica Razonada, el recurso por este submotivo permite realizar el control sobre las operaciones lógicas que realiza el juez sentenciador para concluir y tener por acreditados ciertos hechos, a partir de la prueba incorporada en el proceso, para así establecer si se cumple con las reglas y principios que integran el sistema de valoración que indica el artículo 385 del Código Procesal Penal.

La Sana Crítica Razonada es un sistema de valoración de los medios de prueba incorporados durante el

desarrollo del debate y el mismo se integra con las leyes de la lógica: Coherencia y Derivación en sus respectivos principios. La Coherencia se rige por los principios de Identidad, No Contradicción y Tercero Excluido; el Principio de Identidad, obliga a que cada afirmación debe corresponder al contenido de cada uno de los medios de prueba incorporados; el principio de No Contradicción, prohíbe utilizar juicios de valoración opuestos entre sí; y el principio de Tercero Excluido, indica que cuando existe dos juicios opuestos entre sí, ambos se anulan y no puede extraerse de ellos un tercer juicio.

Mientras que la Regla de la Derivación con la Regla de la Lógica y que por una parte se rige por el Principio de Razón Suficiente que obliga a que el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinado, integrados con los principios de la psicología y la experiencia común. De la Derivación se desprende que la motivación debe ser concordante, autentica y suficiente; porque a cada conclusión de afirmación o de negación debe corresponder un elemento de convicción del cual se puede inferir, el elemento que debe reunir la característica de relevancia; la autenticidad del razonamiento se determina por la existencia de los elementos de prueba utilizados, los que deben ser incorporados oportunamente al juicio por los procedimientos establecidos en la ley; la suficiencia, se determina por la calidad de los elementos de prueba, estos deben ser de tal magnitud que por sí solos otorguen certeza en la conclusión.

Las reglas y principios citados propician que la motivación de la sentencia sea coherente en cuanto a las afirmaciones, deducciones y conclusiones emitidas, evitando las contradicciones y sin emplear juicios opuestos o contrastantes que provoquen su anulación recíproca.

Esta Sala Jurisdiccional considera que los medios probatorios consistente en prueba pericial, testimonial, documental y material se valoraron conforme las citadas reglas y principios de la Sana Crítica Razonada especialmente la Regla de la Lógica; por esa razón el Tribunal de Alzada examina los juicios de valoración emitidos por el tribunal de sentencia, estableciéndose que en los apartados de valoración de la prueba se consigna el resumen del contenido de cada uno de los medios de prueba incorporados al juicio. Indicando en cada caso, si se otorga o no valor probatorio y se indica con cuáles otros medios de prueba se fortalece su contenido;

razonamientos que se emiten de conformidad con las reglas de la Lógica y sus respectivos principios que se citan en este mismo apartado.

Este tribunal de alzada considera que en el caso que nos ocupa sí se han aplicado las Reglas de la Sana Crítica Razonada como son la Lógica con su Ley de la Derivación y ésta con su Principio de Razón Suficiente, la Experiencia, la Psicología y el Sentido Común, porque precisamente del análisis del documento sentencial se extrae que la juzgadora aplicó correctamente el sistema de valoración de los medios probatorios, que utilizó el Ministerio Público, para fundamentar su plataforma fáctica jurídica y probatoria la cual consistió en prueba pericial, testimonial, documental, y material, -ya antes mencionado-, deduciéndose que el fallo condenatorio que se dictó en Primera Instancia es producto del caudal probatorio con que contó el ente acusador para demostrarle a la juzgadora “A quo” la participación y responsabilidad de la hoy incoada en el ilícito penal de ROBO DE EQUIPO TERMINAL MOVIL. Caudal probatorio que se enriqueció con el testimonio de la propia agraviada que es parte de la fuente histórica de cómo acaecieron los hechos cuando fuera despojada de su teléfono celular por parte de la sindicada. La agraviada narró en el debate los hechos de los cuales fue víctima manifestando que hacía un año aproximadamente la acusada le había arrebatado en forma violenta su celular marca HUAWEI de la empresa CLARO, el cual tenía un protector de color rosado y que éste hecho había sucedido en el mercado de Villa Nueva de nombre “CONCEPCION”. Que el suceso tuvo lugar en horario del mediodía aproximadamente, que únicamente solicitaba la devolución de su teléfono celular. Declaración a la que la Juez “A quo” le dio valor probatorio pues denota la veracidad como acaecieron los hechos delictivos que se le imputan a la acusada cuando fue víctima del despojo violento de su teléfono celular y a quien señaló como la responsable de haberle arrebatado el mismo. Siendo útil dicha declaración para el esclarecimiento de la verdad histórica en virtud de concurrir circunstancias de tiempo, lugar y forma en la que se cometió el delito habiendo reconocido su teléfono cuando la agente policial le hace el registro a la hoy acusada le encuentra el teléfono, mismo que fue reconocido por la hoy víctima.

Asimismo se cuenta con la declaraciones testimoniales de los agentes de la Policía Nacional Civil quienes procedieron al registro de la acusada en virtud que varias personas del mercado ya mencionado, la señalaban de haber despojado

violentamente del teléfono celular a su propietaria, hoy víctima habiéndole encontrado el celular en una bolsa de color rojo y blanco así como tres pares de zapatos, registro que estuvo a cargo del agente de policía MILBIA MARIEL YALIBATH LEIVA, es por ello que procedieron a su aprehensión.

Como se puede apreciar existe logicidad en la valoración de los medios probatorios por parte de la juzgadora “A quo”, mismos que desfilaron en el juicio oral y público pues la funcionaria judicial hilvana perfectamente las razones del porqué le da valor probatorio a cada uno y llega a un convencimiento de la participación y responsabilidad de la incoada. Asimismo en cuanto a la pena impuesta ésta Sala Jurisdiccional advierte que el fallo se encuentra ajustado a derecho pues tomó en cuenta los parámetros legales respectivo que la ley penal sustantiva le ordena para la imposición de la misma; toda vez que se constató que la procesada entre los antecedentes personales cuenta con una pena anterior por un delito similar como es el de Hurto Agravado, donde se le suspendió la pena impuesta por el plazo de cinco años, plazo que aún no ha concluido. Y en relación a la víctima se trata de una persona mayor de edad, trabajadora, quien compró el teléfono celular de buena fé.

Como se constata no existe agravio alguno puesto que sí se aplicaron en la valoración de los medios de prueba las Reglas de la Sana Crítica Razonada por parte de la Jueza “A quo” existiendo logicidad en su argumentación y fundamentación fáctica y jurídica arribando a conclusiones de certeza en cuanto a la participación, responsabilidad y culpabilidad de la sindicada por lo que no hay que aceptar el presente submotivo. Por lo anteriormente descrito no debe acogerse el presente submotivo y debe declararse SIN LUGAR el Recurso de Apelación Especial por Motivo de FORMA interpuesto por la procesada y en consecuencia debe CONFIRMARSE el fallo de Primera Instancia.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 1, 2, 4, 5, 8, 12, 13, 14, 17, 44, 46, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1 al 14, 20, 36, 41, 44, 53, 59, 60, 63, 65, 66, 68, 71, 72 del Código Penal; 21 de la Ley de Equipos Terminales Móviles; 1 al 11 Bis, 14, 19, 43, 49, 51, 160 al 166, 181, 186, 193, 225, 226, 227, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 363, 364, 385, 388, 389, 392, 394, 398, 399, 415 al 434 del Código Procesal Penal; 3,

15, 16, 45, 86 al 91, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con base en lo considerado y leyes citadas, por **UNANIMIDAD RESUELVE:** **I) NO ACOGE el recurso de Apelación Especial por MOTIVO DE FORMA, promovido por la procesada Olga Marisol Cano Méndez, auxilia por el licenciado Hernán Filemón Villatoro Monzón, abogado defensor público,** por las razones antes indicadas. **II) Confirma la sentencia de fecha cuatro de marzo de dos mil diecinueve, dentro del proceso arriba identificado, dictada por la abogada Sandra Isabel Vargas Beza, Jueza Unipersonal del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala,** consecuentemente no sufre modificación alguna, en la parte resolutive de la sentencia recurrida. **III) La lectura del presente fallo, servirá de legal notificación a las partes, debiendo entregar copia del mismo a quien lo requiera. IV) Con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al tribunal de origen. V) Notifíquese.**

Néctor Guilebaldo de León Ramírez, Magistrado Presidente, en Funciones, Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Primero, en Funciones, Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Segunda en Funciones. Lilian Lisette Hidalgo López. Secretaria.

**16/03/2020 - PENAL
340-2019**

Número Único del Expediente 02035-2018-00780. Juez Unipersonal Gustavo Adolfo Joge Hernandez, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala.

APELACIÓN ESPECIAL 340-2019 Oficial 3º.

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, dieciséis de marzo de dos mil veinte.

I. Esta Sala se integra con los suscritos magistrados de conformidad con el punto segundo del acta número 45-2019 de fecha once de octubre de dos mil diecinueve, correspondiente a sesión extraordinaria

de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 71 de la Ley del Organismo Judicial y la opinión consultiva emitida por la Corte de Constitucionalidad el ocho de octubre de dos mil diecinueve, expediente número cinco mil cuatrocientos setenta y siete - dos mil diecinueve (5477-2019), y período de vacaciones de este órgano jurisdiccional; y,

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar **SENTENCIA** de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, interpuesto por el anterior Abogado Defensor Público Arardo Alessandro Sandoval González, en auxilio de la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay, por motivos de fondo, en contra de la sentencia de fecha trece de junio de dos mil diecinueve, dictada por el Juez Unipersonal Gustavo Adolfo Joge Hernández, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral seguido en contra de Ada Mangel Campos Chavarria, por el delito de Tenencia o Portación de Arma de Fuego con número de Registro Alterado, Borrado no Legalmente Marcado por la DIGECAM; y Joseline Yadira Portillo Chitay, por el delito de Tenencia Ilegal de Municiones.

I. IDENTIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

Acusada: a) **Ada Mangel Campos Chavarría,** de cuarenta y cuatro años de edad, soltera, guatemalteca, vendedora ambulante, con fecha de nacimiento el quince de abril de de mil novecientos setenta y siete, en el municipio de Asunción Mita, departamento de Jutiapa, con residencia en Manzana sesenta y uno lote catorce asentamiento Nuevo Amanecer, zona veintiuno de la ciudad de Guatemala, no tiene conviviente, y procreó a (... , ... y ...), todos de apellidos Jiménez Campos, personas que no dependen económicamente de ella, por ser mayores de edad; b) **Joseline Yadira Portillo Chitay,** de veintiún años de edad, soltera, guatemalteca, ama de casa, con fecha de nacimiento el veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho, en la ciudad de Guatemala, con residencia en lote once manzana cuarenta y cinco, sector III, Asentamiento Nuevo Amanecer, zona veintiuno de la ciudad de Guatemala, no tiene conviviente ni hijos, únicamente apoya a su mamá; c) **Abogado Defensor Público Carlos Leonel Robles Pérez,** para la procesada **Ada Mangel Campos Chavarría;**

d) Abogado Defensor Público Wendell Othoniel Zeissig Quintanilla, para la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay; e) El Ministerio Público: Actúa a través del Agente Fiscal Carlos Francisco Mack Fernández. No hay Querellante Adhesivo, Actor Civil, Ni Tercero Civilmente Demandado.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez Unipersonal Gustavo Adolfo Joge Hernández, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala, DECLARÓ: "...I) Que la acusada Ada Mangel Campos Chavarría, es autora responsable del delito de Tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado, borrado o no legalmente marcado por la DIGECAM, ilícito por el cual se le impone la pena de prisión de diez años incommutables, la cual deberá cumplir en el Centro Penitenciario que determine el Juez de Ejecución respectivo con abono de la prisión preventiva padecida, al causar firmeza el fallo. II) Joseline Yadira Portillo Chitay es autora responsable del delito de Tenencia Ilegal de Municiones, delito por el cual se le impone la pena de prisión de cinco años incommutables, la cual deberá cumplir en el Centro Penitenciario que determine el Juez de Ejecución respectiva con abono de la prisión preventiva padecida al causar firmeza el fallo. III) Se decreta la suspensión de los derechos Políticos de las enjuiciadas... IV) Se exime a las procesadas del pago de las costas procesales... V)... VI) Encontrándose las acusadas: a) Ada Mangel Campos Chavarría, en prisión preventiva, se le deja en la misma situación jurídica, hasta que el presente fallo cause firmeza... b) Joseline Yadira Portillo Chitay en libertad por aplicación de medidas sustitutivas, se le deja en la misma situación jurídica, hasta que el presente veredicto cause estado..."

III. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACION ESPECIAL: El recurso de apelación especial por motivos de fondo fue interpuesto por el anterior Abogado Defensor Público Arardo Alessandro Sandoval González, en auxilio de la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay.

IV. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA:

La audiencia del debate fue fijada para el día cuatro de marzo de dos mil veinte, a las diez horas. En donde las partes procesales reemplazaron su participación por escrito, en la audiencia señalada. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día dieciséis de marzo de dos mil veinte, a las catorce horas.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación Especial, se encuentra en nuestro ordenamiento legal vinculado al valor "seguridad jurídica", como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivos de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio de la parte acusada, cuando esta recurra, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El Anterior Abogado Defensor Público Arardo Alessandro Sandoval González, en el auxilio de la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay, interpone, recurso de apelación especial por motivos de fondo, en contra, de la sentencia de fecha trece de junio de dos mil diecinueve, dictada por el Juez Unipersonal Gustavo Adolfo Joge Hernández, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala, con base, en la siguiente argumentación y fundamentación:

MOTIVO DE FONDO:

PRIMER SUBMOTIVO DE FONDO: Errónea aplicación del artículo 10 del Código Penal, relativo a la Relación de Causalidad. Argumenta el apelante, que en el presente hecho que se juzga y se atribuye, existe errónea aplicación de la ley sustantiva penal, porque el juez unipersonal, al proferir el fallo impugnado, no aplicó correctamente lo preceptuado por la norma precitada, lo que implica una vulneración legal de carácter constitucional que

consecuentemente contamina el fallo proferido, ya que es injusta, arbitraria e ilegalmente trajo como consecuencia la imposición de una pena privativa de libertad, que es la que cuestiona con su planteamiento. El agravio lo constituye la errónea aplicación de la ley sustantiva penal aplicada, porque la acción desplegada conforme se describe en la acusación formulada por el ente investigador, desprende vaguedad, falta de claridad y precisión en los hechos y circunstancias como se describen y mediante los que se pretende determinar un actuar delictuoso de parte de representada del apelante, el cual no ha sido plena ni legalmente establecido en el debate con los escasos e incongruentes órganos probatorios desarrollados en la dilación del debate, no solo al compararlos analíticamente entre sí, sino que tampoco sustentan las circunstancias descritas conforme la acusación formulada. La decisión que impugna y que le ocasiona agravio fue emitida aplicando erróneamente la ley sustantiva penal contenida en el artículo 10, al atribuirle a la representada del apelante la comisión del injusto penal por el cual se le condena, sin existir relación de causalidad, pues los hechos contenidos en la acusación formulada por el órgano encargado de la persecución penal no fueron legalmente establecidos ni probados con ninguna certeza jurídica, debido, no solo por la discordancia de los escasos e inconsistentes órganos probatorios desarrollados en la dilación del debate, sino fundamentalmente por lo que en la acusación se establece. El agravio es directo, porque el juzgador profiere en contra de la sindicada Joseline Yadira Portillo Chitay, un fallo de naturaleza condenatoria por el punible relacionado, pese a que no concurren los presupuestos determinativos de dicha acriminación, no debe suponerse que existe una acción normalmente idónea para producirlos, se dicta un fallo condenatorio en contra de la sindicada imponiéndole la pena de prisión referida en el fallo impugnado, decisión judicial injusta y perjudicial, aunado a que en ningún momento se hace aplicación, en todo caso, del principio favor rei y /o la duda razonable, ni se tiene presente la jerarquía constitucional que preceptúa el artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

SEGUNDO SUBMOTIVO DE FONDO: Errónea Aplicación de los Artículos 5, 6, 7, 8, 114 de la Ley de Armas y Municiones Manifiesta el apelante que la errónea aplicación de las normas citadas, implica una vulneración legal de carácter constitucional que contamina el fallo proferido ya que injusta, arbitraria e ilegalmente trajo como consecuencia la imposición de una pena privativa de libertad, que es la que

cuestiona con su planteamiento. En el presente caso, el juez unipersonal aplicó erróneamente los artículos precitados, en agravio de la libertad de su patrocinada y que por dicha violación a esta norma se le obliga a purgar cinco años de prisión por el delito de Tenencia Ilegal de Municiones, causándole un agravio directo, porque el juzgador del tribunal sentenciador profiere en contra de su patrocinada un fallo de naturaleza condenatoria por el punible ya relacionado, pese a que no concurren en el presente caso los presupuestos determinativos de dicha acriminación, no debe suponerse que existe una acción normalmente idónea para producirlos, se dicta un fallo condenatorio en contra de la sindicada Joseline Yadira Portillo Chitay imponiéndole la pena de prisión indicada, decisión judicial que resulta ser injusta y perjudicial, y en ningún momento se aplicó el principio de favor rei, y/o la duda razonable, ni se tiene presente la jerarquía constitucional que preceptúa el artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Es importante resaltar que la acusación es imprecisa porque nunca se acreditó que las municiones fueran de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, por lo que en tales circunstancias no se puede tener por probada la imputación que se le atribuye a la sindicada y no se da la relación de causalidad. Importante es hacer la diferencia que el tipo penal habla de municiones y de armas. De municiones Exclusivas para Armas de Fuego de Uso Exclusivo del Ejército de Guatemala. Por tal motivo es necesario establecer cuáles son las armas de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, que al respecto indica en su segundo párrafo el artículo 5 de la Ley de Armas y Municiones. En base a ello debemos entonces establecer cuáles son las armas de uso y manejo colectivo... y al respecto con lo que establece el artículo 7 de la Ley de Armas y Municiones... se puede establecer que los fusiles o rifles no son de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, concatenado con los artículos 8, 5, 9, 11 y 114 de la referida ley. Lo que integra elementos torales para que se acoja la presente impugnación con base en la errónea aplicación de la ley. Ante lo manifestado, solicita se acoja el primer sumotivo de fondo del recurso de apelación especial y se anule el numeral romano II) de la parte resolutive de la sentencia impugnada; en cuanto al segundo submotivo de fondo del presente recurso se acoja y se anule la sentencia impugnada y se dicte absolución a favor de su patrocinada, consecuentemente se anule el numeral romano II) de la parte resolutive del fallo recurrido.

CONSIDERANDO III:

Esta Sala de la Corte de Apelaciones al proceder a realizar el análisis del Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO interpuesto por la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay, con el auxilio del Abogado Defensor Público Arardo Alessandro Sandoval González, considera primeramente mencionar que en reiterados fallos se ha indicado que para discutir una sentencia por motivo de fondo debe estar a lo considerado por la Jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema de Justicia Cámara Penal que ha determinado que el referente básico para resolver un recurso de apelación especial por motivo de fondo son los hechos que se han tenido por acreditados por el tribunal de sentencia. De tal suerte, que la función de este órgano jurisdiccional se encuentra circunscrita a determinar si se realizó una debida adecuación de los hechos a la figura típica aplicada, por lo cual al analizarse el apartado de la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditado se establece "...a) ... b) Joseline Yadira Portillo Chitay en una bolsa de mano tipo billetera color aqua o celeste tenía doce municiones calibre siete punto sesenta y dos por treinta y nueve milímetros (7.62x39 mm) las cuales son de uso exclusivo del ejército, al solicitarle la documentación que acreditare el transporte y/o traslado que extiende la Dirección General de Control de Armas y Municiones, indicando carecer de la misma, motivo por el cual fue aprehendida".

EN CUANTO AL PRIMER SUBMOTIVO DE FONDO, esta Sala considera que: no le asiste la razón al recurrente pues en ningún momento se ha advierte errónea aplicación del artículo 10 del Código Penal, relativo a la Relación de Causalidad, pues con los medios de prueba aportados al juicio oral y público, se acreditó la participación y culpabilidad de la misma en el delito a ella atribuido.

En el caso subjuice deviene oportuno acotar que el ilícito que se endilga a la incoada, al tenor de lo preceptuado en el artículo 114 de la Ley de Armas y Municiones, el sujeto activo puede ser cualquier persona, pues se trata de un delito de acción o comisión activa que se consuma con la realización de la acción por parte del autor, y no es necesario que se produzca un resultado posterior, basta con tener o portar las municiones, sin contar lo la autorización legal para ello.

En ese contexto la Honorable Corte Suprema de Justicia Cámara Penal determina en jurisprudencia

en el Expediente No. 1291-2013 Sentencia de Casación del 17/03/2014 "...La relación de causalidad exige la estrecha relación entre la acción, el resultado y la imputación objetiva de esa acción al sujeto activo, como presupuesto mínimo para exigir la responsabilidad por la comisión del hecho delictivo (...).

En este contexto se evidencia la relación de causalidad entre la acción ejecutada por la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay y el resultado, conducta que fue acreditada por el Juez Unipersonal de Sentencia, lo que provoco su aprehensión en el mismo lugar y tiempo y que con los medios de prueba producidos en el juicio oral, quedo demostrada su responsabilidad penal y tuvo como consecuencia un fallo de naturaleza condenatoria en la forma proferida.

Consecuentemente es inexistente el agravio aludido en cuanto a la errónea aplicación de la ley sustantiva penal aplicada, pues la acción desplegada conforme se describe en la acusación formulada por el ente investigador, es clara, precisa y circunstanciada tal como se describe, misma que concatena con los hechos acreditados y mediante los que se pretende determinar un actuar delictuoso de parte de la procesada, en ese orden de ideas es inexistente la duda razonable lo que hace jurídicamente inviable la aplicación del principio favor rei.

Y como consecuencia de lo analizado el presente submotivo deviene improcedente.

SEGUNDO SUBMOTIVO DE FONDO: Reclama la apelante Errónea Aplicación de los Artículos 5, 6, 7, 8, 114 de la Ley de Armas y Municiones

De los razonamientos del juez sentenciador respecto a la existencia del delito de Tenencia Ilegal de Municiones, que se atribuye a la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay, esta segunda instancia es del criterio que la autoridad impugnada no ha incurrido en el vicio denunciado, toda vez que al haber encontrado la existencia del delito, lo hizo fundamentada con los medios de los medios de prueba aportados en el debate oral y público.

Cabe Citar La Ley de Armas y Municiones en su Artículo 114. Tenencia ilegal de municiones. Comete el delito de tenencia ilegal de municiones para armas de fuego, quien tenga en su poder munición exclusiva para armas de fuego de uso exclusivo del Ejército de Guatemala,..."

En el caso sub judice, le fueron incautadas doce municiones a la procesada, municiones que de conformidad con el informe rendido por el profesional especializado en balística del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, pertenecen al calibre siete punto sesenta y dos por treinta y nueve milímetros, y están diseñadas para ser utilizados en armas de fuego tipo rifle, fusiles entre otras, y que al tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Armas y Municiones, se lee “los fusiles militares de asalto táctico”, por lo tanto si acreditó que las municiones son de uso exclusivo del Ejército, asimismo carecía de la autorización legal, no obstante las tenía en su poder, siendo total recordar que ese ilícito doctrinariamente se califica como de actividad es decir que para su consumación lo único que se requiere es el simple hecho de tener las municiones es su poder, y con los demás medios probatorios se ha comprobado una actividad delictiva que atenta contra la seguridad colectiva pues concurren en el presente caso los presupuestos determinativos de la acriminación por la cual se le condeno.

En cuanto a la relación de causalidad téngase presente que este órgano jurisdiccional se pronuncie en el submotivo que antecede, por lo que deviene repetitivo referirse a la misma.

En base a lo antes considerado, esta Sala encuentra inconsistente la argumentación del apelante pues no existe aplicación errónea de norma alguna que contamine el fallo proferido, por lo que el Ad quem considera correcta la imposición de una pena privativa de libertad.

Por lo anteriormente descrito no debe de acogerse el presente submotivo y por ende el Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO interpuesto por la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay, siendo así debe declararse SIN LUGAR y en consecuencia la sentencia de Primera Instancia venida en grado se confirma.

DISPOSICIONES APLICABLES: Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Bis, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 225, 226, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 346, 389, 392, 398, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA: I) NO ACOGE** el Recurso de Apelación Especial, interpuesto por el anterior Abogado Defensor Público Arardo Alessandro Sandoval González, en el auxilio de la procesada Joseline Yadira Portillo Chitay, por motivos de fondo, en contra de la sentencia de fecha trece de junio de dos mil diecinueve, dictada por el Juez Unipersonal Gustavo Adolfo Joge Hernández, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala,. II) En consecuencia **CONFIRMA** la sentencia recurrida, y no sufre ninguna modificación. III) Notifíquese y con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al Tribunal de procedencia.

Néctor Guilebaldo De León Ramírez, Magistrado Presidente en Funciones; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Primero en Funciones; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Segunda en Funciones; Lilian Lissette Hidalgo López. Secretaria.

SALA QUINTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

08/08/2019 - PENAL
612-2018

**SALA QUINTA DE LA CORTE DE APELACIONES
DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD
Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE.
QUETZALTENANGO, OCHO DE AGOSTO DE
DOS MIL DIECINUEVE.**

En nombre del Pueblo de la República de Guatemala, se pronuncia Sentencia para resolver el recurso de **Apelación Especial por Motivos de Fondo**, planteado por el Ministerio Público Agente Fiscal Abogado Jorge Adalberto Alvarado Cardona, en contra del fallo proferido por la Jueza Unipersonal del Tribunal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual del Departamento de Quetzaltenango, el veintitrés de octubre de dos

mil dieciocho, en el proceso que, por el delito de **Violencia Contra la Mujer en su Manifestación Psicológica**, se instruye en contra de **Cruz Pérez Ordóñez**.

Cuyos datos de identificación personal según consta en autos, son:

Nombre usual el mismo, de cincuenta y dos años de edad, guatemalteco, casado con Rosa Chojlán Haz, con instrucción al sexto grado de primaria, de Profesión u oficio agricultor, obtiene un ingreso semanal entre ciento cincuenta a doscientos quetzales, se identificó con Documento Personal de Identificación Código Único de Identificación número dos mil trescientos cincuenta y nueve, treinta mil ciento cinco, cero novecientos catorce, Casado con Rosa Chojlán Haz, con quien procreó cuatro hijos de nombres (...),(...), (...), (...) todos de apellidos Pérez Chojlán, todos son mayores de edad, su residencia se ubica en Aldea Chuisuc del municipio de Cantel departamento de Quetzaltenango, es hijo de Domingo Pérez Velásquez y de Isidra Ordóñez Sacalxot.

En esta instancia actúa el Agente Fiscal del Ministerio Público, Abogado: Jorge Adalberto Alvarado Cardona. La defensa está a cargo de la Abogada: Jeannette Valverth Casasola.

ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS, OBJETO DE LA ACUSACIÓN:

“Usted, CRUZ PÉREZ ORDOÑEZ, contrajo matrimonio civil con ROSA CHOJLÁN HAZ el día 25 de febrero de 1990, desde el inicio de su matrimonio existieron discusiones, regaños y malos tratos que concluyeron en golpes que usted le propinó a su esposa, quien nunca denunció estos hechos, y el día 31 de enero del año 2016, siendo las once horas (11:00 horas) aproximadamente, llegó a la residencia ubicada en el Sector Uno Choquisis de la Aldea Xecam municipio de Cantel, Departamento de Quetzaltenango, lugar en donde convivía juntamente con su esposa la señora Rosa Chojlán Pérez y ella le preguntó porque no había llegado a dormir, usted le respondió: “A TI QUE TE IMPORA, YA NO ERES LA MUJER PARA MI, ESTA ES MI VIDA Y HAGO LO QUE QUIERO, DIGAN LO QUE DIGAN A MI NADIE ME VA A SACAR A MI DE MI CASA”, usted siguió diciéndole a su esposa: “ERES UNA MIERDA, VIEJA PENDEJA UNA CACA, NO SERVIS PARA NADA, NO SOY NADA CONTIGO, EN LUGAR QUE SIENTA AMOR

CONTIGO SIENTO ODIO POR TI”, entonces intervino su hijo (...) y le pidió que se tranquilizara, usted le dijo: “VIENE UN MI HIJO QUE ME ESTA CORRIENDO”, y luego intentó golpear a su hijo, entonces su esposa se interpuso entre usted y su hijo, ella le dijo “NO ESTA DICIENDO NADA” entonces usted le dijo a su hijo: “ESTA ES MI VIDA, AHORITA SÍ QUIERO VER SANGRE” y agarro a su esposa y la tiró al suelo y se fue”. Acciones que causaron a la agraviada ROSA CHOJLAN HAZ daño emocional”. Los hechos descritos son calificados como el delito de VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN SU MANIFESTACIÓN PSICOLÓGICA, regulado en los artículos 3 literales b), f), g), i), j), m) y artículo 7 literal b) de la Ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer.

PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO IMPUGNADO:

La jueza de sentencia, al resolver, en su parte conducente, DECLARÓ: I) Absuelve al sindicado CRUZ PÉREZ ORDOÑEZ, del delito de Violencia Contra la Mujer por Violencia Psicológica, descrito en la acusación fiscal, por el cual se formuló acusación y se abrió a Juicio Penal; II. Se revocan las medidas de coerción dictadas dentro del presente proceso en contra del señor CRUZ PÉREZ ORDOÑEZ, la misma surtirá sus efectos hasta que el presente fallo cause firmeza, debiéndose oficiar a donde corresponda.

CONSIDERANDO

-I-

RECURSO DE APELACION ESPECIAL POR MOTIVO DE FONDO PLANTEADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO A TRAVÉS DEL AGENTE FISCAL ABOGADO JORGE ADALBERTO ALVARADO CARDONA.

UNICO SOUBMOTIVO DE FONDO: INOBSERVANCIA DEL ARTICULO 7 LITERAL B) RELACIONADO CON EL ARTICULO 3, LITERAL B), G)I), M) DE LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

El Ministerio Público acusó por el delito de VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN SU MANIFESTACION PSICOLOGICA y la juez unipersonal de sentencia al momento de resolver, absolvió al acusado por el mismo, que fue por lo que se acusó y quedaron acreditados en el debate y es el motivo de la inconformidad del Ministerio Público,

al no condenar al acusado por dicho ilícito, no obstante concurrir todos los elementos que tipifican el ilícito. De los hechos acreditados y la prueba que le otorgo valor probatorio, se puede establecer que la conducta que tuvo el acusado que se tuvo por acreditada, encuadra en el delito de VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN SU MANIFESTACION PSICOLOGICA, en virtud de lo que se tuvo por acreditado;

“a) Que el acusado Cruz Pérez Ordóñez y la víctima Rosa Chojlan Haz, contrajeron matrimonio veinticinco de febrero de mil novecientos noventa;

b) Que el acusado Cruz Pérez Ordóñez y la víctima Rosa Chojlan Haz, procrearon hijos, dentro de ellos Domingo Gustavo Pérez Chojlan y en consecuencia se ha comprobado la existencia del ámbito privado

c) La víctima Rosa Chojlan Haz y el acusado Cruz Pérez Ordóñez, asentaron su residencia conyugal ubicada en sector uno Choquis de la Aldea SECAM municipio de Cantel departamento de Quetzaltenango. No obstante lo anterior es importante atender que la acusación fiscal hace referencia a un solo hecho, una sola fecha, por lo cual el daño psicológico presentado por la señora Rosa Chojlan Haz no significa que se refiera a los hechos endilgados a Cruz Pérez Ordóñez, porque de acuerdo al peritaje psicológico se refiere a hecho crónicos, los cuales la juzgadora desconoce, porque no basta solo mencionar una fecha de inicio del matrimonio en el año mil novecientos noventa, en el cual según la víctima la relación era buena, a diferencia de lo que plasma en la acusación. La declaración de la agraviada: a este medio de prueba, el a quo otorgo valor probatorio, por lo que del mismo se puede extraer que el acusado con sus acciones le causo daño psicológico a la agraviada; pero el a quo no obstante que le otorgo valor probatorio argumenta que no solo fue ese hecho, sino que existieron otros, ya que la agraviada efectivamente menciona otras ocasiones, pero ello no es óbice para establecer que el hecho acusatorio quedo acreditado.

Perito: Es evidente que de los hechos probados y acreditados, se extrae que en la realización de los mismos por parte del acusado, quedo demostrado y probado y acreditada su participación en los hechos acusatorios porque concurren todos los elementos del tipo penal de VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN SU MANIFESTACION PSICOLOGICA, como lo son haber causado un daño emocional, en el ámbito privado de la agraviada, el día treinta y uno de enero del año dos mil dieciséis, al inferirle a la agraviada agresiones verbales, por lo que el delito se tipifica, pero el a quo obvio encuadrar los hechos acreditados y los medios de prueba los que le otorgo valor probatorio y de los cuales se puede extraer la participación del acusado en los hechos acusatorios.

Así mismo el a quo se excede en sus funciones, en virtud que argumenta que un solo hecho no provoca daño psicológico, lo cual solo puede determinar un perito que es el idóneo para determinar si un solo hecho causo el daño psicológico relacionado, aparte de que como ya se relaciono el Ministerio Publico en los hechos acusatorios, relaciono que existió una serie de hechos, que empezaron desde el momento del matrimonio de las partes, lo que causo el daño relacionado. Pretende que se condene al acusado como responsable del delito consumado de VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN SU MANIFESTACION PSICOLOGICA, y que por la comisión de dicho delito se le imponga la pena de CINCO AÑOS DE PRISION.

Este tribunal de apelaciones al realizar el análisis respectivo del recurso en cuanto que el acusado con sus acciones le causó daño psicológico a la agraviada; pero el a quo no obstante que le otorgó valor probatorio argumenta que no sólo fue éste hecho, sino que existieron otros, medios pero ello es lógico, ya que la agraviada efectivamente mencionó otras ocasiones, pero ello no es óbice para establecer que el hecho acusatorio quedó acreditado, pero no obstante ello el a quo realizó argumentos erróneos, que hicieron que violentara la ley por inobservancia del artículo 7 de la Ley del Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer el A quo argumenta que un solo hecho no le causó daño psicológico, porque existen otros, pero analizando dichos argumentos, el a quo acepta que en la fecha del hecho acusatorio si le causo dicho daño, así mismo el a quo se excede en sus funciones, en virtud que argumenta que un solo hecho no provoca daño psicológico, lo cual solo lo puede determinar un perito que es el idóneo para determinar si un solo hecho causó el daño psicológico relacionado. Los que juzgamos en esta instancia somos del criterio que el A quo al manifestar que un solo hecho no causo el daño psicológico persiste una duda razonable en la que debe de favorecer al procesado, como lo estipula el artículo 14 del Código Procesal Penal en su segundo párrafo que las disposiciones que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y que la interpretación extensiva y la analogía queda prohibida mientras no favorezcan la libertad del procesado, al existir otros hechos no se tiene la certeza si ese hecho le causó daño psicológico o fue otro, criterio sustentado en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 8/08/2009 gaceta 93 expediente 4320-2008 “La verdad es un hecho, de una proposición, de una aserción o de cualquier otra cosa, además de la cuestión que se

propone para ventilar y resolver, en otras palabras en caso de duda el órgano judicial debe adoptar la opción más favorable al acusado” en ese orden de ideas atendiendo el principio de congruencia entre acusación y sentencia contenido en el artículo 388 del Código Procesal Penal limita al A quo a no dar otros hechos acreditados u otras circunstancias que los descritos en la acusación, por ende el recurrente no puede hacer referencia a otros hechos que no estén contenidos en la acusación para sustentar su argumentación, si bien es cierto el recurrente manifiesta que el A quo acepta que en la fecha del hecho acusatorio si le causo dicho daño el perito hace referencia que el daño se da a través del tiempo y no en un solo momento, por lo tanto pertinente resulta manifestar que en el estricto cumplimiento del Bloque de Constitucionalidad se deben observar garantías y derechos humanos contenidos en tratados y convenios de carácter internacional aceptados y ratificados por Guatemala en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual expresa que “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana” y el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala manifiesta que “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno” así mismo jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en sus 3 sentencias contestes expedientes 1822-2011, 143-2013, 1094-2013, en cuanto a que es obligatoria la observancia y aplicación de los tratados y convenios internacionales en toda resolución judicial, por ende la fundamentación es una garantía que todo juzgador debe de observar ya que en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 7.6 “Derecho a la Libertad Personal. En los Estados Parte cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”, en ese orden de ideas no puede establecerse un daño psicológico derivado de un solo hecho, toda vez que el perito y la agraviada refieren otros los cuales no están contenidos en la acusación. En consecuencia, por lo anteriormente considerado, el presente recurso deviene improcedente

CONSIDERANDO

LEYES APLICABLES

Artículos: 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3, 5, 11 bis, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 389, 390, 398, 415, 416, 418, 419, 421, 422 427, 429, 430, 431 y 433 del Código Procesal Penal; 88 b), 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO

Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, al resolver, **DECLARA: I) Improcedente** el recurso de **Apelación Especial** por **Motivos de Fondo**, planteado por el Ministerio Público Agente Fiscal Abogado Jorge Adalberto Alvarado Cardona, en contra del fallo proferido por la Jueza Unipersonal del Tribunal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual del Departamento de Quetzaltenango, el veintitrés de octubre de dos mil dieciocho. **II)** Como consecuencia la sentencia queda incólume. **III)** Léase el presente fallo el día y hora señalados para el efecto; lectura que valdrá de legal notificación para las partes que se encuentren presentes, debiéndose realizar las demás en la forma legal correspondiente. **IV)** Notifíquese, certifíquese y devuélvase.

Dasma Janina Guillén Flores, Magistrada Presidenta; Max Heriberto Mazariegos De León, Magistrado Vocal Primero; Vilma Rossana Reyes González, Magistrada Vocal Segunda, Edna Margarita Monterroso Martini. Secretaria.

22/08/2019 - PENAL
603-2018

SALA QUINTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE.

QUETZALTENANGO, VEINTIDOS DE AGOSTO DE DOS MIL DIECINUEVE.

En nombre del Pueblo de la República de Guatemala, se pronuncia Sentencia para resolver Apelación Especial por Motivo de Fondo, planteado por Leonardo Muñoz Reyes, en contra del fallo proferido por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente

del Departamento de Quetzaltenango, de fecha dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, en el proceso que, por los delitos de Plagio y Secuestro y Robo Agravado, se instruye en contra de **Leonardo Muñoz Reyes**.

Cuyos datos de identificación personal según consta en autos, son:

de cuarenta y tres años de edad, soltero, guatemalteco, jornalero, nació el diez de octubre de mil novecientos setenta y cinco, originario del municipio de San Andrés Villa Seca, departamento de Retalhuleu, es hijo de Leonarda Bertha Reyes Reyes y Nemesio Muñoz Monroy, se identificó con el Documento Personal de Identificación número de Código Único de Identificación tres mil setecientos sesenta espacio cero seis mil sesenta y cuatro espacio un mil ciento seis (3760 06064 1106) extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala;

En esta instancia actúa la Agente Fiscal del Ministerio Público, Abogada: Esther Elizabeth Méndez Pérez. La defensa está a cargo de la Abogada: Astrid Paola Zelada Piedrasanta.

ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS, OBJETO DE LA ACUSACIÓN:

Que el día dieciséis de noviembre del año dos mil diecisiete siendo las dieciséis horas con quince minutos aproximadamente, Milton Romario Rodas García y José Vidal Sacalxot Colop se encontraban en el vehículo tipo camión con placas de circulación C-133BQH de la empresa Señorial, el cual estaba estacionado a la par de la carretera principal que conduce a la aldea la Estancia del Municipio de Cantel del Departamento de Quetzaltenango, cerca de la primera parada de buses que conduce al centro de dicha aldea, usted Leonardo Muñoz Reyes y un acompañante aun no identificado quien portaba arma de fuego, llegaron y tomaron por asalto el referido camión y su acompañante le dijo a José Vidal Sacalxot Colop quien estaba parado a la par de la puerta del copiloto, que no volteara y que bajara la mirada y le pidió el dinero del día, por lo cual le entregó seiscientos quetzales aproximadamente; por lo que su acompañante le pidió que subiera a la parte de atrás en el furgón a José Vidal Sacalxot Colop, donde se encontraba haciendo limpieza el agraviado Milton Romario Rodas García y les pidió que se pusieran de rodillas e intentó cerrar la puerta, pero no pudo por lo que su acompañante se

quedó atrás en el furgón, privando de su libertad a los agraviados con riesgo para su vida ya que su acompañante portaba arma de fuego, con la cual los tenían sometidos y le indicó a los agraviados que lo único que quería era abrir la caja fuerte y su acompañante le pidió a usted Leonardo Muñoz Reyes que se subiera al camión del lado del piloto y que manejara, por lo que usted manejó varios Kilómetros y colisionó con un pick up con placas de circulación P492FBB el cual le dio seguimiento y logró detenerlo en un camino de terrecería que conduce a la aldea Chirijquiac del municipio de Cantel del departamento de Quetzaltenango, por lo que fue entregado a los Agentes de Policía Nacional civil a orillas de la ruta cito Zarco carretera que conduce de Quetzaltenango hacia la costa sur, a inmediaciones del Kilómetro 221 entrada a la Aldea la Estancia del municipio de Cantel del departamento de Quetzaltenango, su acompañante se dio a la fuga llevándose consigo los seiscientos quetzales aproximadamente, en referencia y el arma de fuego". Por lo que su conducta encuadra dentro de los ilícitos penales de Robo Agravado según lo regulan los artículos número 252, numerales 3 y 6 y el delito de Plagio o Secuestro según lo regula el artículo número 201 del párrafo cuarto del Código Penal.

PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO IMPUGNADO:

El Tribunal de sentencia, al resolver, en su parte conducente, DECLARÓ:

I) Que **Leonardo Muñoz Reyes**, es autor responsable de los delitos de: a. **Plagio o Secuestro**, cometido en contra de la libertad individual de los agraviados Milton Romario Rodas García y José Vidal Sacalxot Colop, por cuyo ilícito penal se le impone la pena de prisión de **veinticinco años incommutables**, más **multa de cincuenta mil quetzales**, que deberá pagar con destino a los fondos privativos del Organismo Judicial, al tercer día de causar firmeza esta sentencia, caso contrario se convertirá en un día de prisión por cada cien quetzales dejados de pagar y; b. Robo agravado, cometido en contra del patrimonio de la entidad Alinor, Sociedad Anónima y de José Vidal Sacalxot Colop por cuyo ilícito penal le impone la pena de prisión de ocho años incommutables, ambos delitos cometidos en concurso real, penas de prisión que sumadas hacen un total de **treinta y tres años de prisión incommutables** que con abono a la prisión padecida desde su aprehensión, deberá purgar en el Centro de cumplimiento de condenas que designe el Juzgado Segundo Pluripersonal de

Ejecución Penal, debiendo iniciar con la de mayor duración; **II)** Encontrándose el penado guardando prisión preventiva, manda que continúe en la misma situación en tanto esta sentencia cause estado, en cuya oportunidad se remitirá el proceso respectivo al Juez de Ejecución correspondiente, poniendo a su disposición al penado para los efectos de ley.

CONSIDERANDO

-I-

RECURSO DE APELACION ESPECIAL POR MOTIVOS DE FONDO PLANTEADO POR LEONARDO MUÑOZ REYES.

ÚNICO SUBMOTIVO

ERRONEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 201 DEL CÓDIGO PENAL VULNERANDO CONSECUENTEMENTE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 1 DEL MISMO CUERPO LEGAL.

La Corte Suprema de Justicia por medio de la cámara penal ha tenido el criterio jurisprudencial que cuando concurren los hechos antijurídicos calificados como Plagio o secuestro y robo agravado, deberá tenerse en cuenta lo siguiente: “el tribunal sentenciante basó su decisión de manera implícita en el último párrafo del mencionado artículo 201 que establece que también incurre en plagio o secuestro quien amenazare o privare de su libertad a otra persona en contra de su voluntad, independiente del tiempo que dure dicha privación, con riesgo para la vida o bienes de la misma, o con peligro de causarle daño físico, psíquico o material en cualquier forma. Esta norma es de los llamados doctrinalmente tipos abiertos, es una protección del ciudadano, que no del delincuente, frente al poder del estado. Por esa razón debe distinguirse cuando los actos del delincuente sobre todo si se trata de unos mismos actos aglutinados bajo un mismo propósito tienen en sí mismos la finalidad de amenazar o privar la libertad de otra persona y cuando, como en el caso de robo agravado, son solo el medio transitorio necesariamente implícito dentro de la violencia que se ejerce sobre la persona para la perpetración de su propósito garantizando la impunidad de sus actos. Sin embargo, puede tratarse de dos momentos distintos, pero no de dos delitos distintos pues hay una unidad de propósito y una concomitancia aglutinante de los actos que solo permiten concluir que se trataba del delito de

robo agravado delito que ante la naturaleza del bien inmueble (un vehículo) y de la clase de violencia que se ejercía para su apoderamiento (amenazas con un cuchillo), se perfecciono definitivamente cuando el taxista fue bajado del vehículo. Por estas razones el presente motivo deviene procedente. Como lo manifiesta la cámara penal un medio transitorio para culminar el propósito original que es el robo, en virtud de que los asaltantes sabían que existía una cajilla de seguridad donde se encontraba el dinero de las ventas del día que era el propósito original de los delincuentes al acercarse a referido camión y lo cual quedo comprobado en el debate que en la referida cajilla de seguridad habían más de siete mil quetzales, los cuales no fueron sustraídos por los delincuentes en virtud de la actitud tomada por mi persona, quien era la persona que conducía el vehículo, detengo la marcha del mismo y salgo del camión y la persona que tenía el arma se baja del camión y huye acción que permite a las victimas retomar su libertad”, para tal efectos me permitiré analizar algunos elementos de los delitos de robo agravado y plagio o secuestro delitos por los cuales fui condenado, el propósito de los delincuentes era la cajilla de seguridad que se encontraba en el furgón del camión, y que requería de un esfuerzo para poder abrirla, necesitando de un lugar despoblado para garantizar la impunidad de su acción, con lo cual al momento de la retención de las personas constituía una acción propia al delito de robo que se estaban ejecutando en esos momentos para lograr el fin, la persona que los custodiaba portaba en el pantalón un arma de fuego encuadrándose perfectamente lo regulado en el artículo 252 numeral tres, si bien es cierto un arma de fuego puede constituir un riesgo para la vida, en esa acción no lo estaba produciendo mi persona en virtud que yo llevaba manejando el camión y ese riesgo desapareció cuando mi persona detiene el camión, así mismo en el presente caso el “riesgo para la vida” lo constituiría si el arma de fuego estuviera cargada con municiones extremo que no quedo probado dentro del presente caso ya que un arma de fuego por sí sola no puede constituir un riesgo para la vida, pero si logra una intimidación o coacción sobre una persona en el presente caso son los agraviados del hecho tampoco existió prueba pericial respectiva para determinar si hubo daño físico o psíquico por la acción padecida por los ofendidos dentro del presente proceso. Pretende que se declare la absolución de todo cargo en contra del procesado.

Este Tribunal de apelaciones al realizar el análisis de lo manifestado por el recurrente en cuanto hay una unidad de propósito y una concomitancia

aglutinante de los actos que solo permite concluir que se trataba del delito de robo agravado y que privaron de libertad a las referidas personas, toda vez que el propósito de los delincuentes era la cajilla de seguridad que se encontraba en el furgón del camión, era necesario un lugar despoblado, el riesgo para la vida lo constituiría el arma de fuego y no quedo probado que estuviera cargada. Los que juzgamos en esta instancia somos del criterio que si bien es cierto el recurrente manifiesta que el único propósito que tenía era la cajilla de seguridad que se encontraba en el furgón del camión y era necesario un lugar despoblado, el principio de legalidad y la relación de causalidad son un elemento esencial a tomar en cuenta para poder sancionar toda conducta que la ley considere delictiva, en ese orden de ideas el artículo 201 del Código Penal es claro al manifestar que quien amenazare de manera inminente o privare de su libertad a otra persona en contra de su voluntad, independientemente del tiempo que dure la privación de sus derechos de locomoción con riesgo de la vida o bien del mismo. En el presente caso en los hechos acreditados se puede evidenciar que en la parte de atrás del furgón José Vidal Sacaxot Colop y Milton Romario Rodas García se pusieron de rodillas privándolos de su libertad con riesgo para su vida ya que el acompañante del procesado portaba un arma de fuego, manejando el procesado por varios kilómetros, de lo anterior se puede establecer que la conducta encuadra en el delito de plagio o secuestro, si bien es cierto el procesado indica que no fue él quien portaba el arma, en el artículo 36 del Código Penal se estipula en el numeral “4) quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación” al encontrarse presente el procesado adquiere la calidad de autor del delito de plagio o secuestro; no obstante se acredito que pusieron de rodillas a los agraviados y los privaron de su libertad, ya que los agraviados en encontraban en contra de su voluntad de rodillas en el furgón, intimidados porque al portar el arma el acompañante del procesado, ponían en riesgo su vida al no acatar las ordenes del individuo que portaba el arma; el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza la seguridad jurídica que debe haber, criterio sustentado por la Corte de Constitucionalidad en el expediente 2836-2012 de fecha 18/12/2012 “el conjunto de leyes, coherentes e inteligibles, garanticen seguridad y estabilidad, tanto en su redacción como en su interpretación”, la **Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)** el artículo 9 establece el “Principio de Legalidad y de Retroactividad” al considerar que

nadie puede ser condenado por acciones y omisiones que en el momento de comentarse no fueran según el derecho punible. Tampoco se puede imponer un apena más grave a la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiara de ello, es por ello que al encuadrar la conducta el procesado en el delito de plagio o secuestro se confirma lo resultado por el tribunal de sentencia, con fundamento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que es quién rige la aplicación de tratados aceptados y ratificados por Guatemala, en su artículo 27 expresa “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En consecuencia, por lo anteriormente considerado, el presente recurso deviene improcedente

LEYES APLICABLES

Artículos: 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3, 5, 11 bis, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 389, 390, 398, 415, 416, 418, 419, 421, 422 427, 429, 430, 431 y 433 del Código Procesal Penal; 88 b), 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial, acuerdo No.878-2018 emitido por el Consejo de la Carrera Judicial.

POR TANTO

Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, al resolver, **DECLARA: I) Improcedente el Apelación Especial por Motivo de Fondo**, planteado por Leonardo Muñoz Reyes, en contra del fallo proferido por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Quetzaltenango, de fecha dieciocho de octubre de dos mil dieciocho. **II) Como consecuencia la sentencia queda incólume.** III) Léase el presente fallo el día y hora señalados para el efecto; lectura que valdrá de legal notificación para las partes que se encuentren presentes, debiéndose realizar las demás en la forma legal correspondiente. **IV) Notifíquese, certifíquese y devuélvase.**

Dasma Janina Guillen Flores, Magistrada Presidenta; Max Heriberto Mazariegos de León, Magistrado Vocal Primero; Vilma Rossana Reyes González, Magistrada Vocal Segunda; Edna Margarita Monterroso Martini, Secretaria.

SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

07/10/2019-CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
83-2014

Proceso Contencioso Administrativo
01144-2014-00083

Oficial y Notificador 1°.

SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: Guatemala, siete de octubre de dos mil diecinueve.

Se tiene a la vista para dictar Sentencia el proceso que en la vía de lo contencioso administrativo, ha sido promovido por Jerson Buenaventura Elías Velásquez, quien actuó bajo la dirección y procuración del Abogado Félix Gutiérrez Alvarado, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA**, la cual compareció a juicio por medio de la abogada Lilian Lizeth Garcia Garcia, en su calidad de Mandataria Judicial con Representación, actuando bajo su propia dirección y procuración y de los Abogados Adriana Lucia Robles Bermúdez, Floricelda Pozuelos Pivaral, Silvia Janeth Marian Guzman Montufar, Jorge Augusto Samayoa Mazariegos y Ricardo Samuel Lopez Chun, en forma conjunta, separada e indistintamente.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, fue representada por el Abogado Victor Hugo Mejicanos Castañeda, quien actuó bajo su propia dirección y procuración y la de los Abogados Saúl Estuardo Oliva Figueroa, Julia Darina Ríos Rodas, Nancy Sulema Garcia Flores y Jose Raúl Herrera Gonzalez Las partes son de este domicilio. De las actuaciones aparecen los siguientes resúmenes:

1.- DEL MEMORIAL DE DEMANDA: En el memorial que contiene la interposición del presente proceso contencioso administrativo, el presentado realizó un análisis de la siguiente manera: **CAPITULO PRIMERO; VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO:** violación que causa nulidad de todo el proceso: consta en la cedula de notificación de la audiencia que la misma fue fijada en el domicilio, situación que vulnera derechos

irrenunciables de su persona, pues como la Constitución establece la defensa en inviolable, y por tal este proceso nunca debió iniciar y es por ello que se solicita que la demanda sea declarada con lugar bajo la premisa que sus derechos no pueden ser afectados por la notificación realizada en forma ilegal. **2. Jerarquía normativa del debido proceso: la falta de notificación de la audiencia viola el debido proceso y por tal nunca debió haber sido iniciado:** es importante tener en cuenta que la Constitución Política de la República de Guatemala para integrar correctamente la jerarquía normativa que debe regir en materia tributaria para nuestro país; la notificación de la audiencia no tiene validez al no haberse efectuado en forma personal de conformidad con la ley y para poder llegar a esa conclusión, el Tribunal debe analizar correctamente la legislación aplicable al caso, sabiendo que toda norma debe ser interpretada en concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala y está llevando en su tribunal un asunto puramente tributario. Al ser una evidente situación tributaria el contenido de la audiencia mal notificada, se debe tomar el contenido en el Código Tributario que establece en el artículo ciento veintinueve (129) las dos únicas formas para realizar notificaciones en materia tributaria las cuales son de forma personal y por otro procedimiento idóneo. Es así que debe responder a la pregunta de ¿Cómo puede garantizarse el derecho de defensa de su persona cuando la notificación de la audiencia es notificada en forma ilegal y en forma incompleta con un procedimiento erróneamente utilizado, por medios que no garantizan dicho inviolable derecho de defensa?. **Notificación legalmente nula:** partiendo que en materia tributaria solo existen notificaciones personales y por otro procedimiento idóneo y que la normativa aplicable para notificaciones realizadas en materia tributaria es el Código Tributario se expone la razón del vicio a la juridicidad de la notificaciones mal y hecha y como ello no puede afectar sus derechos como contribuyente individual y así sea declarada con lugar esta demanda, bajo el entendido del vicio del procedimiento. **3.1 Objeto de la notificación:** La notificación tenía por objeto correrme audiencia por ajustes expuestos por la SAT, dicha audiencia le fija un plazo para responder posibles reparos fiscales y le requiere algún cumplimiento; en dicha notificación existen tres presupuestos para determinar que la notificación debe realizarse personalmente a su persona: 1. Confieran o denieguen audiencias; 2. Le fija un plazo y 3. Le requiere para hacer algo. **3.2. La notificación debió ser personal:** indicó que la notificación le fija un plazo o requiere una actitud de su parte debe ser

notificada personalmente y dicha notificación se realizó a otra persona, que no solo fue el, sino que se hizo en otro lado y ni siquiera a una persona idónea. La SAT pretende hacer valer una notificación realizada “de otra forma” supuestamente idónea “fijándola” en el inmueble, sin tomar en cuenta que la notificación que correspondía era en forma personal, que de cualquier forma no cumple ni siquiera con la regla de idoneidad consagrada en otro artículo del Código Tributario. ¿Cómo puede ser idóneo fijar una audiencia en un inmueble con la cantidad de folios de la que consta?, es un hecho notorio que resulta imposible fijar la cantidad de folios que supuestamente se dejaron en la puerta fijados; es así que no puede ser un método idóneo; es más, la fijación de la audiencia únicamente puede realizarse con notificaciones que no sean de carácter personal; se demostró sin que se considera plenamente, que no hay forma de hacer una notificación válida por medio de fijación en puerta de esa cantidad de folios. Argumentó que las personas que el Código Tributario acepta como idóneas son conforme el artículo ciento treinta y tres (133) del Código Tributario; en este caso, no se puede siquiera saber a quién se le pretendió notificar.

3.3. Vicios Adicionales: se pretende dentro de la Administración Tributaria darle validez a una supuesta “citación telefónica” para devolver los documentos originales que estuvieron en posesión de la Administración Tributaria desde enero de dos mil doce hasta el dieciocho de diciembre de dos mil doce, argumentando que fue el asesor del contribuyente quien no atendió a la citación. ¿Dónde en la legislación guatemalteca y en particular en la legislación tributaria guatemalteca se permite que se cite verbalmente y telefónicamente a alguien para que llegue a las oficinas administrativas? Argumentó que el artículo ciento doce (112) numeral seis (6) del Código Tributario establece que es obligación del contribuyente y responsables “concurrir a las oficinas tributarias cuando su presencia sea requerida, siempre que en la citación se haga constar el objeto de la diligencia, lo que debe leerse conjuntamente con el artículo ciento veintisiete (127) del Código Tributario que obliga a notificar y se puede ver en el capítulo respectivo que es por escrito- de cualquier resolución en el que el contribuyente deba hacer algo, como concurrir y recoger documentos y por último el ciento treinta y ocho /138) del mismo Código que obliga a que sean enviadas las copias de las resoluciones. Indicó que se concedió audiencia, de nuevo, si se considera que fue bien hecha la notificación según lo expone la propia Administración Tributaria, el veintinueve de agosto de dos mil doce (2012), pero el periodo de

prueba venció el treinta (30) de noviembre de dos mil doce (2012), con lo que es ridículo que se pretenda, como indica el Directorio que es por circunstancias ajenas a la Administración, que no se devolvieron los documentos, pues los tuvo que pedir el asesor y hacer ver la imposibilidad de defenderse y lo garantiza la Constitución, ya que fue hasta el diez (10) de diciembre de dos mil doce (2012) que se notificó la citación número dos mil once guion tres guion trescientos noventa y siete guion uno (2011-3-397-1) para realizar dicha devolución de documentos. Es claro que la actuación de la Administración Tributaria, por su ignorancia, de las leyes del país, impidió la correcta defensa. Estos puntos hacer claramente identificado, que el presente expediente y resolución ahora impugnada sean originadas de actos que no cumplen con la juridicidad de la que todo acto administrativo debe estar investido. Agrega que la negativa a proporcionar los folios solicitados viola la ley. La Administración Tributaria y el Directorio se escudan en el artículo treinta A (30 A) del Código Tributario, sin embargo, hay que consultarle si lo han leído apropiadamente, pues el mismo no indica lo que ellos pretenden; si bien es cierto que la Administración recibirá la información bajo reserva de confidencialidad, dicha reserva de confidencialidad está en una oración que va luego de un punto y seguido que concluye la frase “...siempre que se relacionen con asuntos tributarios, no transgreda el secreto profesional ni la garantía de confidencialidad establecida en la Constitución Política de la República, leyes especiales y lo dispuesto en este código.” Ahora bien, la información sobre los impuestos que le corresponden a su persona, no pueden ser confidenciales para él, pues la garantía de confidencialidad era, precisamente del tercero respecto a información que tenía en su poder sobre su información, para que no la proporcionara, no es una garantía para que el no puede enterarse de la información que implica determinaciones de obligaciones tributarias suyas. **CAPITULO SEGUNDO. Ajuste al débito fiscal por ventas omitidas derivado de compras no registradas ni declaradas por ciento veinticuatro mil trescientos ochenta y un quetzales con sesenta y cinco centavos (Q.124, 381.65):** al respecto indicó lo confuso que resulta el ajuste intentando por SAT, toda vez que indica que no se reportaron compras para efectos del IVA, pero ajusta una posible, pero ajusta una posible venta que se pudo haber dado. Se indica “posible venta” toda vez que SAT realiza el presente ajuste en base a deducciones realizadas por sus dependientes, como se constató en la audiencia y en la revocatorio, su representada presentó el 100% de

facturas de compras y el 100% de facturas de venta, si dejo de declarar facturas de compras realizadas, por algún motivo, pudo haber sido error o que simplemente no procedía su declaración. **1. Determinación sobre base presunta realizada por la Administración Tributaria:** Al respecto indicó que es importante tener en cuenta que las determinaciones sobre base presunta, como en el presente caso, no pueden ser aplicadas en las situaciones en las que el contribuyente presentó la documentación. Es así como el artículo ciento nueve (109) del Código Tributario claramente indica que “en los casos de negativa de los contribuyente o responsables a proporcionar la información, documentación, libros y registros contables, la Administración Tributaria determinará la obligación sobre base presunta. Sigue manifestando que en el presente caso, hay mucho mayores presunciones que nunca fueron consideradas: a. el tercero presentó información que no es real. Es decir, informo haberle vendido esos productos, lo que no es verídico y simplemente se equivocó o emitió facturas a su nombre para cubrir faltantes de facturación. B. que verdaderamente realizó compras, sin embargo, al ser una persona individual, puede utilizar el hierro corrugado, alambre espigado, alambre de amarre, clavo y lámina, que supuestamente no registró como compras, pues las compró para uso personal y construyo con ellas bienes de uso personal, no para la venta. **CAPITULO TERCERO: Al débito fiscal por ventas netas no facturadas, no registradas ni declaradas por doscientos veinticuatro mil doscientos setenta quetzales con ochenta y siete centavos (Q.224, 270.87):** **1. Resumen del ajuste:** indicó el demandante, que la SAT realiza ajustes sobre supuestas ventas no facturadas de sacos de cemento; pero no realizaba únicamente compra y venta de sacos de cemento, también compraba cemento, como materia prima para la fabricación de blocks. **2. Sobre la fabricación y venta de blocks:** al respecto indicó que la fabricación y venta de blocks ocurrió y dichas ventas las prueba con el contrato en donde le obligaba a entregar el block y con la facturación del block vendido y la facturación de dichos blocks, ocurrida en el año dos mil diez. Lo anterior es más que suficiente para probar que existió la venta. Esa facturación es de los primeros días del mes de enero de dos mil diez, por lo que es imposible, si no hay block disponible, poder cumplir en tan pocos días del mes de enero con esas entregas; evidentemente lo que sucede es que se disminuyó el inventario de cemento y se aumentó el inventario de blocks, mas no puede concluirse, con la evidencia que se tiene y fue diligenciada oportunamente, que vendió cemento, vendió blocks que no compró sino

que fabricó. SAT indica que no se probó la fabricación de block, no obstante de probar las compras de materia prima y las ventas de block, pero lo que SAT pretende es que exista algún “video” donde se muestre la fabricación de los blocks, o que su persona hubiera supervisado la utilización de los mismos y hoy por hoy fuéramos a ver las paredes que se construyeron con dichos blocks; simplemente es un ajuste que quiere hacer ojos ciegos a la realidad en completa violación a las atribuciones de SAT contenidas en el numeral tres del artículo noventa y ocho del Código Tributario. Agrega que a la SAT no le interesó ningún tipo de investigación sobre lo que paso con esos sacos de cemento, simplemente se encuadra en una suposición de que se dedica únicamente a la compra y venta de sacos de cemento y luego de ahí no puede haber nada más. Manifestó que siempre se ha dedicado a la producción de block y en especial como se observa a partir del mes de septiembre en adelante, gran parte del cemento comprado fue utilizado para la producción de block, dicha producción nació que a partir de septiembre se conoció la posibilidad de dotar una suma fuerte de block a la región suroccidente, específicamente a los departamentos de Sacatepéquez, Chimaltenango, Escuintla, Sololá, Totonicapán, Quetzaltenango, Suchitepéquez, Retalhuleu, San Marcos, Huehuetenango y Quiché; por lo que se inició a producir block, dicho evento fue confirmado por medio del contrato setenta y dos guion dos mil nueve (72-2009) de fecha dieciséis de diciembre de dos mil nueve (2009), en dicho contrato claramente se establece la obligación de dotar un millón setecientos noventa y nueve mil sesenta y siete blocks (1,799,067), de la siguiente medida: Block 14x19x39;35kg/cm² y en virtud de la suma contratada era viable la producción por lo que se tomó esa decisión y la Administración Tributaria argumenta que no se acepta porque no se “...ha demostrado su capacidad instalada para producir block ya que según balance general no reporta activos fijos que se pudieran utilizar para la producción (maquinaria, áreas de secado, etc.), a lo que se pregunta ¿en qué país cree el Directorio que vivimos?. El demandante incorporo imágenes de cómo produce el block, y manifestó que no es necesaria maquinaria alguna y con tener “espacio” de suelo, es suficiente. Los blocks no se fabrican necesariamente en máquinas, sino que se usan cajas con moldes en los que se vierte el cemento y listo. El costo mayor de la venta de block es el transporte. Es transportar piedras, por lo que resulta para suplir millones de quetzales en block, la decisión más inteligente es transportar el cemento y fabricar directamente block en los lugares más cercanos a los

lugares de entrega del mismo; el balance general no puede contar con partidas de maquinaria para fabricar block, si no existe y los moldes no duran lo suficiente para ser considerados activos fijos, su vida útil en estos trabajos es muy corta. Indica que el hecho de haber fabricado los blocks se prueba con: la compra de cemento que no se vendió y el block que se vendió que no se compró. **4. Falta de necesidad de capacidad instalada para fabricar blocks:** Al respecto indica que no se sabe qué base de recaudación está aplicando la SAT para cuestionar la forma de fabricación de blocks y así realizar ajustes que repercuten en erogaciones fiscales, simplemente no existe tal base de recaudación; el objetivo claro de SAT es restarle credibilidad a las facturas de ventas de block, documento fehaciente para efectos de la ley del IVA que prueba la venta de blocks, así como restarle credibilidad el contrato que le obligó a fabricar dichos blocks; no obstante la venta de block está probado, es deber de la SAT probar que se vendieron blocks imaginarios, no se su persona probar como se fabricaron. Sigue manifestando que los movimientos de inventario de block y la relación del contrato a cumplirse en el periodo siguiente, es la mejor y única explicación al “faltante” de cemento; es así que evidentemente no es una “venta no declarada” sino que el cemento comprado no se vendió como cemento sino como block. **CAPITULO CUARTO. Al crédito fiscal por no estar respaldado con las facturas, facturas especiales o notas de crédito correspondientes por la cantidad de trece mil ciento sesenta y seis quetzales con ochenta y seis centavos(Q.13,166.86) . Ajuste original: por diecinueve mil setecientos cuarenta y un quetzales con noventa y seis centavos (Q.19, 741.96) del cual se desvanece la cantidad de seis mil quinientos setenta y cinco quetzales con diez centavos (Q.6, 575.10). Al crédito fiscal por registrar y declarar notas de crédito como compras por diez mil setecientos seis quetzales con sesenta y un centavos (Q.10,705.61).** Consideró que los ajustes anteriores son puramente ajustes documentarios que al ser presentados los documentos con los que se comprueba el crédito fiscal, deberán ser desvanecidos, situación que se realizará mediante una exhibición de libros. **CAPITULO QUINTO: Reconocimiento al crédito fiscal y débito fiscal:** al respecto indicó que estos ajustes derivan de las compras que se realizaron y que supuestamente no se registraron, que es lo que da origen a los ajustes anteriores por las ventas “no registradas” de materiales al proveedor Fredy Ramón Elías Velásquez. Si bien puede considerarse “justo y equitativo” que se reconozca el crédito por esas adquisiciones, es importante tener presente que

todo se hizo sobre bases presuntas y no sobre los hechos como tal, ya que pudieron ser otras razones por las que se compraron esos productos y no necesariamente son productos para la venta. Es así que estos reconocimientos dependen de la posibilidad de probar que fueron compras de mercadería para la venta. **CAPITULO SEXTO: Ajuste al impuesto sobre la renta del año dos mil nueve (2009) por ingresos no contabilizados ni declarados, derivados de compras no contabilizadas ni declaradas por un millón treinta y seis mil quinientos trece quetzales con setenta y cinco centavos (Q.1,036,513.75).** de conformidad con los argumentos de la SAT el Directorio afirmó que “... al detectarse compras que no fueron registradas contablemente y que tampoco se demuestra su incorporación como mercancía disponible para la generación de rentas, se deducen ingresos no registrados...”, pero realmente nunca detectó compras de inventarios, sino que se presume que las ventas que un tercero dice que le realizó fueron por adquisición de inventario, se trasladan a este punto los argumentos vertidos en el ajuste del IVA, pues se basan en la misma presunción y contiene el vicio que se no le mostró la información que el tercero proporcionó, como tampoco se demostró que esas compras fueran de inventario. Al no haberse proporcionado la información que el tercero indicó sobre su persona, resulta imposible plantear una defensa eficaz. Luego el método de promedio para establecer una utilidad, tiene el error que el método no puede ser aplicado cuando es determinación sobre base cierta y por tanto, se hizo incorrectamente el ajuste. Es así que la primera tarea que debió presentar el fisco es que las compras que efectuó realmente eran inventario y luego que hay ventas realizadas de ese inventario no simplemente presumir que porque existieron compras fueron compras de inventario y eso tuvo que ser vendido y hay que tener en cuenta que como persona individual tiene un doble papel el de compras personales y compras dentro de la empresa. ¿Qué elementos utilizó para establecer que fueron compras dentro de la empresa y no en lo personal? Eso no está establecido en el expediente por ninguna parte. De tal forma, afirmó y condenó sin tener probados los hechos en que se basa; el hecho generador de la obligación tributaria del Impuesto Sobre la Renta es el ingreso, la renta. De modo que debió probar el ingreso, no presumirlo ya que lo que hace con ese método es crear sin base legal, un hecho generador. Aplica analogía y no verificaciones, por lo que no puede ser sustentado este ajuste. **1. Falta de lógica en el ajuste:** hay que recordar que el efecto del error de no reportar compras, repercute en forma distinta

para efectos del ISR que para efectos del IVA, ya que para efectos del IVA se podría dejar de reclamar crédito fiscal, pero para efectos de la ley del ISR se deja reportar un posible costo deducible, situación que únicamente le afecta al presentado como contribuyente; ahora que SAT asegure, temerariamente, que dada la omisión de costo en el manejo de inventario pueda llegar a repercutir una omisión de ingresos es simplemente erróneo y fuera de cualquier lógica jurídica. El demandante realizó una transcripción de ciertos pasajes de la sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo dentro del expediente cuarenta y cinco guion dos mil cinco (42-2005) y agrego que se evidencia que el actuar de la Superintendencia de Administración Tributaria infringe disposiciones expresas de observancia general y de cumplimiento obligatorio. **3. Criterios Administrativos de Superintendencia de Administración Tributaria:** se cita como precedente administrativo la resolución emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria número cuatrocientos sesenta y cinco guion dos mil ocho (465-2008) y la cuatrocientos veintisiete guion dos mil ocho (427-2008), precedentes que bien hubieran podido desde un inicio darle a conocer a la SAT los vicios en los que estaba incurriendo ya que los precedentes antes referidos son similares a los hechos que aquí se están postulando en relación a los precios promedios anualizados y por ende se buscó dirimir el conflicto en la vía administrativa, y no acceder a otras instancias que como ahora, producen un menoscabo en su patrimonio y un desgaste del órgano jurisdiccional, así como también de la SAT. **CAPITULO OCTAVO: Ajuste al impuesto sobre la renta del año dos mil nueve, por ingresos omitidos por ventas no facturadas, no contabilizadas ni declaradas por dos millones treinta y cinco mil quinientos noventa quetzales con sesenta y dos centavos (Q.2,035,590.62):** al respecto indicó que en este punto hay que considerar que constitucionalmente la interpretación del Directorio respecto al impuesto de Distribución de cemento no puede ser sostenida, ya que dicho impuesto debe ser considerado en los cálculos, pues se cobra el impuesto en la distribución del cemento, de manera que el precio de adquisición NETO no puede ser únicamente el valor de facturación menos IVA, ya que causaría que el IVA se está cargando sobre el cobro de un impuesto, lo que no puede ser constitucionalmente válido, al atentar con principios constitucionales de equidad y justicia ya que se causa "sobreimposición". Agrega que el presente ajuste está relacionado con el ajuste al débito fiscal

por la supuesta omisión de ventas de sacos de cementos que se utilizaron en la fabricación de blocks, es importante establecer que este hecho no obedece a situación meramente legales, si no a situaciones de hecho, claro está que la forma legal del presente ajuste es que los ingresos reportados en su contabilidad son los ingresos que efectivamente tuvo, y que el supuesto faltante de inventario de sacos de cementos, que quiere hacer ver SAT, no es una omisión de ingresos, sino que es una utilización de materia prima para la fabricación de BLOCKS; efectivamente tuvo ingresos por la venta de blocks, por lo que existe documentación de soporte a dichas ventas, si SAT sigue confirmando un ajuste bajo el entendido que los documentos de ventas no tienen validez, le debió haber importado probar fehacientemente los hechos, no simplemente presumirlos, pues lo que tiene VALIDES LEGAL DE PRUEBA es la contabilidad de las presunciones. **1. Sobre la fabricación y venta de block: la fabricación y venta de blocks ocurrió y dichas ventas las prueba con el contrato en donde le obligaba a entregar el block y con la facturación del block vendido:** indicó que lo anterior es más que suficiente para probar que existió la venta, SAT nunca probó nada contra la contabilidad que llevó y le presentó; presume simplemente, pero una presunción no puede derivarse sino de hechos probados, de los que acá no hay uno solo. La administración tributaria indicó que no se probó la fabricación de block, no obstante de probar las compras de materia prima y las ventas de block, pero que la SAT pretende es que lleve fotos y le exhiba las paredes que se construyeron con dichos blocks, también pretende que los blocks se fabriquen en una planta industrial, olvidando que estamos en un país en el que se hace artesanalmente casi cualquier cosa. **2. Facturas de ventas de blocks:** el presentado ofreció probar la venta de blocks mediante la exhibición de libros de contabilidad. **3. Falta de necesidad de capacidad instalada para fabricar blocks:** indicó que el objetivo claro de SAT es restarle credibilidad a las facturas de ventas de block, documento fehaciente para efectos de la ley del IVA que prueba la venta de blocks, así como restarle credibilidad al contrato que le obligó a fabricar blocks. No obstante la venta de blocks está probada, siendo deber de la SAT probar que se vendieron blocks imaginarios, no de su persona probar como se fabricaron. La única conclusión derivada de la contabilidad misma, es que tuvo que fabricar en el año cuarenta y dos mil block (42,000) y fabricar las unidades necesarias para suplir el ocho de enero de dos mil diez (ocho días calendario después de la finalización del año ahora en discusión), casi trescientos sesenta mil unidades de

block y para hacer esa cantidad de blocks se requirió un aproximado de diecisiete mil setecientos setenta y siete bolsas de cemento; por lo que cae solo el ajuste por ilógico, improcedente y contrario a lo que la propia Constitución establece. **4. Elementos probatorios de la forma de hacer block:** el presentado lo ofreció probar dentro de la fase probatoria del presente proceso. **CAPITULO DECIMO PRIMERO:** Negativa a reconocer costos y gastos que no se consideraron: al respecto manifestó que el trabajo de la administración tributaria, es verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias, por lo que el término “correcto cumplimiento” implica reconocer los errores a favor y en contra del contribuyente; si no fuera así, la facultad debería ser corregir los errores del contribuyente que beneficien al fisco y eso no es el texto de la ley; queda claro que la atribución es establecer con precisión el monto del tributo correspondiente y por tanto, aun cuando no haya sido incluido en la declaración un gasto o costo, el mismo al ser revisado por la Administración Tributaria, deberá ser reconocido e incluido. **CAPITULO DECIMO SEGUNDO: De la suspensión de la Resolución 145-2014 del Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria:** El presentado solicitó sea declarada expresamente la suspensión de la resolución impugnada, no obstante que la misma debe tener efectos suspensivos en relación al cobro de tributo por mandato constitucional.

2. DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

A) LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION: Al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo indicó que es importante destacar que los argumentos sustentados por el demandante en el memorial de interposición de la demanda, carecen de asidero legal, toda vez que en la época en que formularon los ajustes no se presentaron pruebas que refutaran lo contrario, sino más bien en forma ilógica establece una oposición sin sustento legal. Agregó que la argumentación jurídica establecida por el demandante, no es un argumento que ataque el fondo de los ajustes, por lo mismo debe ser confirmado en su totalidad, más la multa e intereses resarcitorios y mora que corresponden. Solicitó que el proceso contencioso administrativo sea declarado sin lugar.

B) LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA: al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo manifestó entre otras cosas que

dentro del presente proceso, la parte actora plantea vicio sustancial y formalidades del procedimiento, indicando que el vicio invocado radica en que la cedula de notificación de la audiencia A guion dos mil once guion cero nueve guion cero cero cero cuatrocientos ochenta y nueve (A-2011-09-000489) no se llevó a cabo conforme a la ley, pues en la misma se dio fe que ésta fue fijada en la puerta de acceso al inmueble, lo que asegura no es cierto y le causa agravio; además, que no se enteró en tiempo de la notificación y que en el proceso de defensa no contó con todos los anexos que justificaban la audiencia que le fue notificada. En torno a todo lo que en relación a esta notificación manifiesta la actora, su representada se permite explicar que la acusación vertida se debió a que con fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012), la Administración Tributaria notificó en el domicilio fiscal registrado por el contribuyente, la audiencia relacionada, y en ella efectivamente se estaban dando a conocer la formulación de ajustes y reconocimientos que efectivamente se fijó en puerta, en el domicilio registrado por el contribuyente, y se hizo de esta manera ya que pese a que en dicho inmueble si se encontraba persona idónea que la recibiera, esta se negó a recibirla, por lo que la actuación de su representada se encuentra totalmente efectuada conforme a las disposiciones legales y aplicables y de ninguna manera se violentó el derecho de defensa del actor. Agrega que en el presente caso, ocurrió exactamente lo que describen los artículos ciento veintinueve (129) y ciento treinta (130) del Código Tributaria establecen, ya que la notificación iba a ser entregada al contribuyente y como no fue posible localizarlos, quiso ser entregada a la persona que se encontraba en el inmueble registrado con antelación a dicho acto como domicilio fiscal, quien era persona idónea tal y como lo manda la ley, pero se negó a recibirla por lo que tuvo que ser fijada en la puerta. Existen casos similares por acciones de amparo, por lo que el presentado transcribió los argumentado por la Corte de Constitucionalidad dentro de los expedientes cuatro mil setecientos catorce guion dos mil diez, cuatro mil setecientos dieciséis guion dos mil diez y quinientos once guion dos mil once. Así mismo las diferencias que señalan en cuanto a errores en montos, respetuosamente explicó que se deben a diferencias de Q.0.01 centavos y se deben en su mayoría por aspectos de aproximación, por lo que no se pueden considerar como errores que afecten la determinación ya que resultan inmateriales, además que el factor de aproximación es aplicable en todos los casos señalados. De igual manera, señala diferencia en el concepto o título de ajustes, sin que

eso pueda considerarse un error, pues como ya se ha indicado: los encabezamientos o títulos tienen la característica de epígrafes, los cuales no tienen una connotación legal, al ser solo referenciales. Agrega que el demandante, aduce que la documentación que le fue requerida le fue devuelta con posterioridad a la audiencia, consta en las actuaciones que el profesional designado por el propio contribuyente para realizar la tramitación del expediente fue contactado para la devolución de la misma, pero por razones que se desconocen, no imputables a la Administración Tributaria, no se presentó a la entrega de la documentación, siendo necesario la citación por medio del oficio correspondiente, la que atendió hasta la fecha indicada por la recurrente, circunstancias ajenas a la gestión de su representada, pero que ahora la parte actora pretende usar a su favor, cuando está totalmente demostrado que fue negligencia de su parte el no presentarse a recoger la misma. Otra de las impugnaciones del contribuyente es que a los folios del expediente solicitados en escrito del siete (7) del septiembre de dos mil doce (2012), no le fueron proporcionados en su totalidad y a ese respecto cabe aclarar que el motivo de no proporcionar la totalidad, tiene como fundamento el artículo treinta A del Código Tributario, pues los folios no reproducidos se relacionan con información recibida de terceras personas, si bien son relacionadas con el contribuyente, revisten de confidencialidad ya que fueron obtenidas en procedimientos específicos de verificación y fiscalización de terceras personas, recibidas bajo reserva legal; gran error de la actora el creer que el contenido completo del expediente le pertenece, pues tal y como se indicó dentro del procedimiento administrativo, su derecho termina cuando inicia el derecho de los terceros en cuanto a salvaguardar su información. La Mandataria de la Superintendencia de Administración Tributaria, realizó una síntesis de cada uno de los ajustes determinados por su representada de la siguiente manera: **A) IMPUESTO AL VALOR AGREGADO: A.1) Al débito fiscal. A.1.1) Por ventas omitidas, derivado de compras no registradas ni declaradas por la cantidad de ciento veinticuatro mil trescientos ochenta y un quetzales con sesenta y seis centavos (Q.124,381.66):** al respecto indicó que del análisis de las actuaciones se evidencia que la motivación del ajuste obedece a compras que no fueron registradas ni declaradas, en virtud que el recurrente no ha probado el registro de estas, como tampoco en qué etapa posterior fueron facturadas o que formaran parte de su inventario como mercancías existentes, por lo que el método propuesto por el contribuyente, de rotación de compras y ventas por simples diferencias no puede

aplicarse, ya que no se pueden relacionar mercancías que nunca formaron parte de los registros contables (compras), contra ventas efectuadas, por lo que, por deducción las mercancías adquiridas no registradas fueron vendidas, pero no facturadas ni registradas, generando débito fiscal no enterado al fisco. Argumenta que de conformidad con los artículos trescientos sesenta y ocho (368), trescientos setenta y tres (373) del Código de Comercio y el artículo tres (3) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, se infiere la obligación del contribuyente de llevar su contabilidad en forma veraz y clara, lo que no sucede en el presente caso. **A.1.2) Por ventas netas no facturadas, no registradas ni declaradas por la cantidad de doscientos cuarenta y cuatro mil doscientos setenta quetzales con ochenta y siete centavos (Q.244,270.87):** sigue manifestando que del análisis de las actuaciones se evidencia que el motivo del ajuste radica en la comprobación de ventas no facturadas, no registradas ni declaradas, que se establecieron como resultado del movimiento de inventarios, detectando diferencia de existencia de 45,197 “sacos de cemento” en todas sus presentaciones, sin que a la fecha el recurrente haya demostrado el destino que dio a dicha mercancía. Argumenta que de conformidad con los artículos uno, dos y tres de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, sustentan el ajuste derivado de la comprobación de los hechos atribuidos relacionados con el registro contable de mercancías para la venta que se comprobó no existen ni forman parte de sus inventarios y que el recurrente tampoco pudo demostrar el uso o destino que le dio a las mismas, lo cual lleva a la conclusión que estas fueron vendidas y por ende omitido el débito fiscal correspondiente. Cabe advertir que no obstante el ajuste se sustentó en omisión de débito fiscal por ventas no registradas ni declaradas, el recurrente sostiene que se trata de faltante de inventario el cual aduce solo debe ajustarse, pero como ya se indicó, no he demostrado tener capacidad para efectuar un proceso productivo de block para considerar que el cemento no facturado, no registrado ni declarado haya sido utilizado en algún proceso de producción, y que tenga incidencia o justifique las diferencias detectadas en su existencia de mercancía para la venta (cemento), extremos que le corresponde probar. La actora presentó el contrato setenta y dos guion dos mil nueve (72-2009) que establece la obligación de dotar una determinada cantidad de unidades de block a un tercero, documento que solo prueba el compromiso adquirido, pero de ninguna forma demuestra si produjo blocks, para su cumplimiento, pues conforme al giro de su negocio pudo comprar y vender block (lo que no suple su

obligación de demostrar el registro de sus operaciones por lo que su argumento resulta inconsistente y falta de certeza, contraviniendo el artículo trescientos setenta y tres (373) del Código de Comercio; a lo anterior agrega, que la información que sirvió de fundamento para formular el ajuste se obtuvo de los registros contables, así como de la información proporcionada por la contribuyente, por lo que conforme el artículo ciento noventa y nueve (199) del Código Procesal Civil y Mercantil, citado por permisión expresa del artículo ciento ochenta y cinco del Código Tributario, los libros contables hacen prueba en contra del contribuyente. Sigue manifestando que en cuanto al argumento del recurrente que en el precio ponderado establecido se incluyó el Impuesto Específico a la Distribución de Cemento, cabe aclarar que dicho impuesto grava la distribución y no el consumo como incorrectamente lo interpreta el recurrente, pues el sujeto pasivo del impuesto es el distribuidor y no el consumidor, en el presente caso, el impuesto fue generado por su proveedor único “cementos Progreso, Sociedad Anónima” desde el momento de la salida de sus bodegas de almacenamiento, como lo regula el artículo tres del Decreto setenta y nueve guion dos mil, por lo que al calcular el precio promedio ponderado de venta, no existe doble tributación, pues no convergen los elementos en cuanto a que el hecho generador le sea atribuible a un mismo sujeto pasivo o que este haya sido gravado dos veces por el mismo hecho, por lo que no se violenta el principio de prohibición de doble o múltiple tributación, lo que hace que el argumento sea infundado. A.2) Al crédito fiscal. **A.2.1) Por no estar respaldado con las facturas, facturas especiales o notas de crédito correspondiente por diecinueve mil setecientos cuarenta y un quetzales con ochenta y seis centavos (Q.19,741.86):** En cuanto el presente ajuste, se evidencia que el motivo de ajuste es el aprovechamiento de crédito fiscal registrado y declarado en dos periodos distintos con los mismo documentos de soporte, sin embargo, en esta fase procesal presenta documentos que soportan crédito a su favor por seis mil quinientos setenta y cinco quetzales con diez centavos (Q.6,575.10). argumentó que el artículo trescientos setenta y tres (373) del Código de Comercio, no fue observado por el contribuyente para corregir los supuestos errores, por lo que los documentos presentados (facturas electrónicas) por sí solas no desvirtúan el motivo del ajuste; no obstante por equidad y justicia tributaria se reconoce el derecho al crédito fiscal asociado a los documentos en virtud que llenan los requisitos establecidos en la ley, por lo que se desvanece parcialmente el ajuste por la cantidad de seis mil

quinientos setenta y cinco quetzales con diez centavos (Q.6,575.10). En cuanto a los ajustes por cinco mil trescientos cuarenta y ocho quetzales con dieciocho **A.2.2) Por registrar y declarar notas de crédito como compras por diez mil setecientos cinco quetzales con sesenta y un centavos (Q.10,705.61); A.3) Reconocimiento al crédito fiscal. A.3.1 por compras no registradas ni declaradas por ciento cuarenta mil quinientos setenta y ocho quetzales (Q.140,578.00); A.4) Reconocimiento de Retenciones. A.4.1) Por retenciones del Impuesto al Valor Agregado no reportadas centavos (Q.5,348.18); A.5) Reconocimiento al debito fiscal. A.5.1) Por ventas gravadas declaradas de forma incorrecta por novecientos cuarenta y ocho quetzales con veinticuatro centavos (Q.948.24): el contribuyente no impugna expresamente el ajuste y los reconocimientos descritos, por lo que no se entran a analizar. B) IMPUESTO SOBRE LA RENTA, régimen optativo de enero a diciembre de dos mil nueve (2009). B.1) Ajustes y reconocimientos a la renta imponible. B.1.1) Por ingresos no contabilizados ni declarados, derivados de compras no contabilizadas ni declaradas por un millón treinta y seis mil quinientos trece quetzales con setenta y cinco centavos (Q.1,036,513.75):** sigue manifestando que de las actuaciones se evidencia que la motivación del ajuste obedece a compras que no fueron registradas ni declaradas, en virtud que el recurrente no ha probado el registro de estas, como tampoco que en etapa posterior fueron facturadas o que formarían parte de su inventario como mercancías existentes, el método propuesto de rotación de compras y ventas por simple diferencias propuesto por el demandante, no puede aplicarse ya que no puede relacionar compras de mercancías que nunca formaron parte de los registros contables contra ingresos por ventas efectuadas por lo que, por deducción, las mercancías adquiridas no registradas fueron vendidas, pero no facturadas, ni registradas, generando omisión de ingresos no enterados al Estado. Asimismo, en la auditoría realizada se comprobó que el contribuyente realizó compras de bienes que no fueron operadas en los registros contables, por ende no formaron parte de las mercancías disponibles para la venta, como tampoco prueba el destino que le dio a las mismas, por lo que se deduce que fueron vendidas, pero no facturadas ni registradas generando omisión de ingresos. Por lo anterior, los argumentos del contribuyente devienen improcedentes y lo único que evidencia es el incumplimiento de sus obligaciones tributarias al no observar la normativa legal aplicable y lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo

ciento treinta y cinco (135) que refiere los deberes y derechos cívicos de los guatemaltecos. **B.1.2) Por ingresos omitidos, por ventas no facturadas, no contabilizadas ni declaradas por dos millones treinta y cinco mil quinientos noventa quetzales con sesenta y dos centavos (Q.2,035,590.62):** manifestó que el motivo del ajuste radica en la comprobación de omisión de ingresos resultantes de ventas no facturadas, no registradas, ni declaradas que se detectaron en el movimiento de inventario efectuado al producto denominado cemento, el que reveló diferencia de existencias de 45.197 “ sacos de cemento” que se resume en la determinación de sacos según anexo tres de la audiencia conferida; sin embargo a la presente fecha el contribuyente no ha podido demostrar los motivos de la diferencia de existencia en el inventario, simplemente se le atribuye a una inconsistencia, sin indicar y demostrar el destino de las mercancías adquiridas, de lo que se deduce que fueron vendidas, pues no están registradas contablemente, como tampoco fueron facturadas ni declaradas, por lo que los argumentos de defensa resultan infundados y carentes de certeza. **B.1.3) Por compras no respaldadas con la documentación legal correspondiente por ciento sesenta y cuatro mil quinientos dieciséis quetzales con treinta y cuatro centavos (Q.164,516.34):** de las actuaciones se evidencia que el ajuste se deriva por la falta de documentación legal de soporte de costos y gastos según la documentación presentada al momento de la auditoria en comparación con sus registros contables. El recurrente presenta documentación parcial la cual obra a folios dos mil doscientos ochenta y dos y dos mil doscientos ochenta y tres, dichos documentos se considera que cumplen con los requisitos de la ley específica para ser considerados como documentos legales de soporte, además que de acuerdo a la descripción en ellas contenidas se evidencia que amparan la adquisición de cemento, mercancía que se relaciona con el giro habitual del negocio, por lo que se les otorga valor probatorio y se reconoce costo de las mismas, por lo que se desvanece por cincuenta y cuatro mil setecientos noventa y dos quetzales con cincuenta centavos (Q.54,792.50); así mismo según la factura número setenta mil setecientos noventa y seis , pero que no fue considerada en el anexo tres, por lo que se colige que no se tomó en cuenta, aun cuando se tuvo acceso al documento en la auditoria, dicho documentos contiene implícito un costo que se reconoce por veintidós mil sesenta y siete quetzales con cincuenta centavos (Q.22,067.50). en cuanto a los ajustes identificados como **B.1.4) por notas de crédito contabilizadas y declaradas como compras por ochenta y nueve mil doscientos trece**

quetzales con treinta y nueve centavos (Q.89,213.39); B.1.5) reconocimiento por compras no contabilizadas ni declaradas por un millón ciento setenta y un mil cuatrocientos ochenta y tres quetzales con treinta y tres centavos (Q.1,171,483.33); B.1.6) reconocimiento por contabilizar y declarar en forma incorrecta ingresos del periodo por siete mil novecientos un quetzales con un centavo (Q.7,901.01) y B.1.7) Reconocimiento por deducciones personales no declaradas por treinta y seis mil quetzales (Q.36,000.00), el contribuyente no impugna expresamente los ajustes ni los reconocimientos descritos por lo que no se entran a analizar. Agrega que el demandante solicita reconocimiento de costos y gastos que a su juicio no se consideraron en el procedimiento de auditoría relacionado con intereses, gastos, sueldos y salarios, bonificaciones, bono 14, aguinaldo y prestaciones para sus trabajadores, sosteniendo que por error involuntario su departamento de contabilidad no consideró como parte de sus costos y gastos los rubros indicados, desconociendo los motivos del error invocado, por lo que reclama su reconocimiento y al respecto cabe indicar que los supuestos errores invocados son atribuibles al demandante quien es el responsable del cumplimiento de las normas aplicables en el registro de sus operaciones contables, aun cuando haya delegado en otra persona dicha responsabilidad, pretender que en esta instancia se subsanen los errores cometidos reconociendo operaciones que no fueron registradas ni declaradas en los plazos determinados en la ley, seria proponer que la Administración Tributaria actuó al margen de la ley, lo que infringirían el principio de legalidad en el ejercicio de la función pública, el cual debe privar en la tramitación de los recursos, por lo que la pretensión del actor deviene improcedente y al margen de la ley. Concluyo indicando que por lo que al no estar apegada a derecho la pretensión del actor, respetuosamente solicitamos a este Honorable Tribunal declarar sin lugar la demanda planteada.

3.- DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA: Si de conformidad con una correcta interpretación y aplicación de la ley por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria, la resolución número ciento cuarenta y cinco guion dos mil catorce (145-2014), de fecha trece de marzo de dos mil catorce, emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, se encuentra ajustada a derecho.

4.- DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RECIBIDOS: Se recibió como medios de prueba con citación a la parte contraria: A) El expediente administrativo

que contiene entre otros documentos, los individualizados por las partes en los memoriales respectivos. B) Las presunciones legales y humanas. C) Exhibición de Libros de Contabilidad y Comercio para lo cual el Tribunal nombra a la profesional Cristabel Velasquez Rodriguez quien aceptó el cargo y presentó su dictamen el veintidós de enero de dos mil quince; D) Medios Científicos de Prueba.

5.- DEL DÍA DE LA VISTA: Se señaló la audiencia del día **CATORCE DE MAYO DE DOS MIL QUINCE, A LAS NUEVE HORAS**, ocasión en que los sujetos procesales presentaron sus alegatos.

CONSIDERANDO I: Que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política de la República el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene como función principal el de ser contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, dicha función radica en el elemento principal de la juridicidad que como bien lo sostiene el tratadista Domingo Sesín en las jornadas organizadas por la carrera de especialización en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que debe entenderse como el **“actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, que no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido”**. Dicha función se inspira en el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus derechos fundamentales y legales. En ese mismo orden de ideas el jurista Bartolomé A. Fiorini, citado por Julio Rodolfo Comadira, en el libro *“La anulación de oficio del acto administrativo”*, (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Páginas 31 y 32), se refiere a juridicidad y su importancia de la siguiente forma: *“La importancia que atribuimos a la vigencia de la juridicidad como principio inherente a todo desenvolvimiento de acción estatal, proviene, además del amplio sentido, que en nuestro entender, debe asignarse a dicho término. En efecto, queremos significar con él el fenómeno de la sumisión de todo el accionar del Estado a la previa autorización normativa –constitucional, legal o reglamentaria–. Englobamos así, no sólo la norma expresa o implícita de la Constitución o el legislador como sustento jurídico del acto*

estatal, como creadores de la “materia jurídica” o del acto como “objeto de derecho”, sino también la “legalidad” como fundamento garantizador de la validez del accionar administrativo. La legalidad aparece como una consecuencia necesaria de la existencia previa de la juridicidad. La legalidad es posterior a la juridicidad... la juridicidad es la creación de la existencia práctica de las funciones estatales, la legalidad aparece como presupuesto necesario normativo para la validez concreta de la actividad administrativa.”. Así mismo la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa, sostuvo la siguiente **Doctrina: “Como contralor de la JURIDICIDAD de los actos y resoluciones administrativas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe examinar, sucesiva y jerarquizadamente, la Constitución y las leyes constitucionales; las leyes ordinarias administrativas, reglamentos y acuerdos; las leyes civiles; los principios generales del derecho y los principios del Derecho Administrativo, y contrastar con ellas el acto o resolución impugnados, a fin de establecer si éstos están o no dotados de juridicidad.”** En base a lo anterior este Tribunal tiene plenas atribuciones para conocer de la juridicidad en materia Contencioso Administrativo Tributario. De igual forma el artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, determina que procederá el proceso contencioso administrativo: 1) En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado; 2) En los casos de controversias derivados de contratos y concesiones administrativas. Para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos. Lo anterior deviene de la facultad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de conocer de los actos o resoluciones de la administración pública, tal como sucede en el presente asunto en donde la resolución impugnada fue emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria.

CONSIDERANDO II: El contribuyente Jerson Buenaventura Elías Velasquez, manifiesta inconformidad con lo manifestado por la administración tributaria y por lo tanto presenta proceso contencioso administrativo en contra de la resolución administrativa emitida por el Directorio de la Administración Tributaria con número ciento cuarenta y cinco guion dos mil catorce (145-2014) emitida en su sesión de fecha trece de marzo de dos mil catorce, en el punto número siete (7) del acta

número veintiuno guion dos mil catorce (21-2014), dentro del expediente administrativo número SAT guion dos mil once guion cero dos guion cero nueve guion cuarenta y cuatro guion cero cero cero cero ochocientos cuarenta y seis (SAT-2011-02-09-44-000846), por medio de la cual se resolvió declarar sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto y como consecuencia se confirma la resolución impugnada por estar ajustada a las normas tributarias. El contribuyente, fue objeto de auditoría fiscal por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria, razón por la cual con fecha ocho de septiembre de dos mil once, procede a emitir el nombramiento con número dos mil once guion tres guion trescientos noventa y siete (2011-3-397), por medio del cual se realizó el nombramiento de Sandra Yanneth Juárez Guix como Auditor y Notificador Tributario, a Emerson Emmanuel Zacarías Navas como Supervisor y Notificador Tributario, y a Nery Orlando Orozco Pisquiy como Supervisor y Notificador Tributario, para que conforme el alcance y los procedimientos del respectivo programa de fiscalización correspondiente, en forma individual o conjunta, verifiquen el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente Elías Velasquez Jerson Buenaventura, de los periodos de imposición iniciados en cualquier fecha comprendida entre el uno de enero de dos mil nueve y el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, de igual forma con fecha veintiséis de septiembre de dos mil once procedió a realizar el requerimiento de información con número dos mil once guion tres guion trescientos noventa y siete guion uno (2011-3-397-1), de igual forma con fecha quince de noviembre de dos mil once, se procedió a realizar el requerimiento de información numero dos mil once guion tres guion trescientos noventa y siete guion dos (2011-3-397-2). En virtud de lo anterior la Superintendencia de Administración Tributaria con fecha veintitrés de agosto de dos mil doce, procedió a emitir la audiencia respectiva identificada con el numero A guion dos mil once guion cero dos guion cero nueve guion cero cero cero cuatrocientos ochenta y nueve (A-2011-02-09-000489) por medio de la cual se le otorga a la contribuyente el plazo de treinta días para que se manifieste por escrito. Por su parte el contribuyente con fecha diez de octubre de dos mil doce, presento ante la Superintendencia de Administración Tributaria memorial en donde evacuo la audiencia concedida tratando de desvanecer los ajustes formulados; de igual forma la actora con fecha treinta de noviembre de dos mil doce procedió a presentar los documentos relacionados en la evacuación de audiencia, respectiva. La Superintendencia de Administración

Tributaria con fecha veintiocho de diciembre de dos mil doce, procedió a emitir la resolución R guion dos mil doce guion cero dos guion cero nueve guion cero cero cero setecientos noventa y tres (R-2012-02-09-000793), por medio de la cual se resolvió confirmar los ajustes al Impuesto al Valor Agregado, y el impuesto Sobre la Renta, del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil nueve. En ese mismo orden de ideas la parte actora con fecha veintinueve de enero de dos mil trece, procedió a interponer el recurso de revocatoria para manifestar su inconformidad con la formulación de los ajustes correspondientes. Por lo anterior la Superintendencia de Administración Tributaria procedió a darle el trámite correspondiente y recabo la opinión de la Asesoría Técnica del Directorio, la cual se pronunció en su opinión que se declare sin lugar la nulidad interpuesta, y con lugar parcialmente el recurso de revocatoria promovido por la parte actora. En virtud de lo anterior el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria procedió a emitir la resolución con número ciento cuarenta y cinco guion dos mil catorce (145-2014) emitida en su sesión de fecha trece de marzo de dos mil catorce, en el punto número siete (7) del acta número veintiuno guion dos mil catorce (21-2014), dentro del expediente administrativo número SAT guion dos mil once guion cero dos guion cero nueve guion cuarenta y cuatro guion cero cero cero cero ochocientos cuarenta y seis (SAT-2011-02-09-44-000946), por medio de la cual se resolvió declarar sin lugar parcialmente el recurso de revocatoria interpuesto y como consecuencia se confirma parcialmente la resolución impugnada por estar ajustada a las normas aplicables. Esta Sala en base a lo establecido en el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que refiere: **“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.”** Así mismo el artículo 175 del mismo cuerpo legal regula: **“Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.”** Ambos artículos determinan la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento legal guatemalteco, y este tribunal no puede dejar de integrar dichas normas al caso concreto.

DE LA NULIDAD INTERPUESTA: La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que el recurrente plantea vicio sustancial y

formalidades del procedimiento, como preámbulo cita el artículo 160 del Código Tributario, los artículos 2, 12, 14 y 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala, principios constitucionales e interpretaciones constitucionales de la Corte de Constitucionalidad. Indica que el vicio invocado radica en que la cédula de notificación de la audiencia A- 2011-09-000489 no se llevó a cabo conforme a la ley pues en la misma se dio fe que ésta fue fijada en puerta de acceso al inmueble, lo que asegura no es cierto y le causa agravio, aduce que no se enteró en tiempo de la notificación y que en el proceso de defensa, no contó con todos los anexos que justificaban la audiencia notificada. Propone fotografías en las que dice que se observa que las puertas de acceso al inmueble no permiten el procedimiento realizado, cuestiona como hizo el notificador para fijar más 175 folios que integran la audiencia, afirma que el notificador en ningún momento fijó en puerta la documentación y esa puede ser la causa del extravío de algunos anexos, considera que no se agotaron todas las instancias para llevar a cabo la notificación correcta, por lo que solicita la nulidad de las actuaciones. Por otra parte, arguye que no se le proporcionó la totalidad de copias del expediente que solicitó según escrito del 7 de septiembre de 2012, las que le fueron entregadas parcialmente el 10 de octubre de 2012, día en que vencía el plazo para evacuar la audiencia, la que limitó su actuar y que violenta el principio de defensa, pues le causó agravio, Va que el no proporcionar toda la información solicitada transgrede el principio de publicidad y acceso a las actuaciones. Señala como infringidas las formalidades del procedimiento, en virtud que asevera que con motivo de la auditoría le requirieron documentación que no le fue devuelta de manera inmediata, sino hasta el 18 de diciembre de 2012, fecha posterior a la audiencia y del plazo de vencimiento para evacuar la misma y pocos días antes que se emitiera la resolución que se impugna, lo que limitó la defensa apropiada. En otro orden, aduce quebrantamiento del procedimiento, pues afirma que el resumen de ajuste contiene inconsistencia de montos con las explicaciones de ajustes, lo que genera imprecisión en los montos a liquidar, y que considera debe corregirse con la nulidad de las actuaciones refiriéndose a los ajuste 13 y 14 de la audiencia conferida. también, indica inconsistencia en nombres y referencia de ajustes y reconocimientos, individualiza cada uno de los errores que a su juicio contienen los anexos y que a su parecer afectan la determinación, cuestionando que en la resolución recurrida no se dio respuesta a cada una de ellas, puntualizando que son más 119

errores detectados. De lo expuesto, se establece como cuestión previa el planteamiento de nulidad; en ese orden, es necesario el análisis de las actuaciones, lo manifestado por el contribuyente, y la ley aplicable. Al respecto, se evidencia que el vicio señalado radica en que el 29 de agosto de 2012, la Administración Tributaria notificó en el domicilio fiscal registrado por el contribuyente, la audiencia A-2011-02-09-000489 (folio 1409) en la que se da a conocer la formulación de ajustes y reconocimientos, dicha notificación fue fijada en la puerta de acceso del inmueble registrado por el recurrente, en virtud que aún de encontrarse persona idónea que la recibiera, ésta se negó a recibirla, actuación efectuada conforme las disposiciones legales aplicables; sin embargo, el recurrente afirma que el procedimiento es incorrecto, aduciendo que es imposible fijar más de 175 folios en el lugar donde dice la Administración Tributaria que notificó, lo que provocó el posible extravío de algunos anexos que le limitaron su derecho de defensa; sin embargo, el hecho de fijarla en puerta no obedeció a no encontrar persona idónea sino al contrario, habiéndola ésta se negó a recibirla, por lo que el argumento resulta infundado pues la suposición que hace que por el procedimiento realizado pudo extraviarse algunos anexos de la audiencia, resulta inaceptable, ya que no resta validez legal a la notificación efectuada conforme a la ley; además, el funcionario que la llevó a cabo dio fe de ello, ya que goza de fe pública administrativa. En ese orden, la legislación aplicable prevé (a situación descrita la cual está contemplada en el artículo 129 Código Tributario que establece: las notificaciones se harán según el caso: a) Personalmente, b) Por otro procedimiento idónea dicho cuerpo legal en el artículo 130 enumera las notificaciones personales: “Se notificarán personalmente las resoluciones que (...) d) confieran o denieguen audiencias (...)”, y, en el artículo 133 señala la forma de hacer las notificaciones: “Para practicar las notificaciones, el notificador o un Notario designado por la Administración Tributaria, irá al domicilio fiscal del contribuyente o en su defecto, a la residencia, oficina, establecimiento comercial de su propiedad o al lugar donde habitualmente se encuentre o concurra quien deba ser notificado y si no lo hallare, hará la notificación por cédula que entregará a sus familiares, empleados domésticos o de otra naturaleza, o a la Persona idónea y mayor de edad que se encuentre en cualquiera de los lugares indicados. Si no encontrare persona idónea para recibir la cédula o si habiéndolas se negare a recibirla, el notificador la fijará en la puerta, expresando al pie de la cédula, la fecha y hora de la actuación; también pondrá razón en el

expediente de haber notificado en esa forma, especificando que no encontró persona idónea, o que habiéndola encontrado, ésta se negó a recibir la cédula (...)"'. De los artículos anteriormente transcritos, se desprende que la notificación debe ser entregada al contribuyente y de no ser posible, será entregada a persona idónea, quien sí se negare a recibirla» tal como ocurrió en el presente caso, la misma puede ser fijada en la puerta de acceso del inmueble registrada con antelación a dicho acto como domicilio fiscal, circunstancia que consta en la cédula de notificación y en el expediente de mérito (folios 1991 y 1992); de manera que al haberse notificado conforme el procedimiento legalmente establecido y cumplidos los requisitos que la que exige, la notificación de la audiencia A-2011-02-09-000489 (folio 1409) tiene plena validez y por ende, los ajustes y reconocimientos, ya que éstos fueron sustentados con fundamentos de hecho y de derecho. Cabe destacar que el recurrente señala vicio contra el procedimiento de notificación efectuado; sin embargo, en casos similares por acciones de amparo, conocidas en apelación por la Corte de Constitucionalidad en expediente 4714-2010, 4716-2010 y 511-2011, ésta se pronunciado diciendo: "(...) conforme el artículo 27 del Código Tributario, toda resolución debe hacerse saber a los interesados en la forma legal y sin ello no quedan obligados ni se les puede afectar en sus derechos. El mismo Código reconoce como forma legal para la realización de notificaciones, el procedimiento señalado en su artículo 133 que faculta a los notificadores a fijar la cédula de notificación en la puerta y razonar tal extremo cuando no se encuentre persona idónea para recibirla o si habiéndola, se negare a la recepción, consta que tal procedimiento fue cumplido por el notificador en el acto impugnado de nulidad, razón que desvirtúa el agravio alegado por la accionante puesto que al declararse sin lugar dicha notificación se hizo en acatamiento a las normas que otorgan tales facultades, la autoridad impugnada no violó el derecho de defensa ni el debido proceso a que se refiere por lo que la notificación así efectuada, tiene plena validez legal y surte efectos. En cuanto al quebrantamiento de procedimiento que señala por inconsistencias en nombres y montos de las hojas de resúmenes y las explicaciones específicas de los ajustes 1.3 y 1.4 de la audiencia conferida, se aclara, que tanto los resúmenes como la identificación de las explicaciones son puramente referenciales, ya que solo sirven para facilitar su visualización pero no tienen carácter legal, pues lo determinante son los fundamentos de hecho y de derecho que se definen en los textos de explicación de ajustes que contienen las normas

infringidas que originan el incumplimiento de obligaciones tributarias que se reflejan en la liquidación de ajustes, por lo que los señalamientos proferidos no modifican la sustancia de los mismos. Respecto a los errores indicados en montos y conceptos, cabe aclarar que se relacionan en muchos casos a diferencia de 0.01 centavo, en su mayoría por aspectos de aproximación, los que no se pueden considerar como errores que afecten la determinación, ya que resultan inmateriales; además que el factor de aproximación es aplicable en todos los casos señalados. También señala diferencia en el concepto o título de ajustes, sin que esto pueda considerarse un error, pues como ya se ha indicado los encabezamientos o títulos tienen la característica de epígrafes, los cuales no tienen una connotación legal, al ser solo referenciales. Aduce como error en la tabulación de los distintos anexos, las fechas de las facturas contenidas en ellas, o bien a los períodos que se afectan; sin embargo, en su mayoría se relaciona con crédito fiscal o costos y gastos que le fueron reconocidos, en el Impuesto al Valor Agregado e Impuesto Sobre la Renta determinados que inciden a favor del contribuyente, pues incrementan su crédito fiscal y en caso de costos y gastos, rebajan renta imponible y por ende el pago de impuesto. En otros rubros se reconoció costo y crédito fiscal, verbigracia en el folio 1473 señalado por el recurrente como error, se reconoció la factura serie Face 63 número 9512 que aduce desconocer; sin embargo, se reconoció como costo y gasto deducible Q28,188.50 a favor del contribuyente. También se indican como errores a juicio del recurrente, diferencias en el concepto de la venta de mercancías, por ejemplo que se tabuló cemento de un nombre por el de otro tipo de cemento; no obstante, dichas circunstancias no repercuten en la determinación sustancial de las obligaciones tributarias. En cuanto al argumento que la documentación requerida le fue devuelta con posterioridad a la audiencia, consta en las actuaciones que el profesional designado por el contribuyente para realizar la tramitación del expediente fue contactado para la devolución de la misma, pero por razones que se desconocen, no atribuibles a la Administración Tributaria, no se presentó a la entrega de la documentación siendo necesario la citación por medio del oficio correspondiente, la que atendió hasta la fecha indicada por el recurrente, circunstancias ajenas a la gestión de la Administración Tributaria. En relación a los folios del expediente solicitados en escrito del 7 de septiembre de 2012 (folio 1995), que aduce no le fueron proporcionados en su totalidad, cabe aclarar, que el motivo de no proporcionar la totalidad, se fundamenta en el artículo 30 "A" del Código

Tributario, pues los folios no reproducidos se relacionan con información recibida de terceras personas, si bien son relacionadas con el contribuyente, revisten de confidencialidad, ya que fueron obtenidas en procedimientos específicos de verificación y fiscalización de terceras personas, recibida bajo reserva legal. El recurrente considera que el contenido completo del expediente le pertenece; no obstante, como se indicó los folios no reproducidos para su entrega, corresponden a actuaciones relacionadas con otros contribuyentes, por lo que no se accedió a lo solicitado observando la reserva de ley que reviste la misma, lo que se considera correcto y legal, pues no vulnera derecho alguno del recurrente en el entendido que el límite de los derechos del contribuyente termina donde empieza el de los terceros fiscalizados. Por lo analizado, el alegato de nulidad de las actuaciones de la Superintendencia de Administración Tributaria V violación de principios constitucionales, entre otros, el debido proceso y derecho de defensa, se basan en argumentos que no tienen sustento legal, por lo que la nulidad planteada es improcedente. Por su parte la actora sostiene que "LA AUDIENCIA FUE NOTIFICADA EN FORMA ILEGAL y por tal no se pueden afectar mis derechos conforme el artículo 127 del Código Tributario y por esa simple razón el presente contencioso administrativo debe ser declarado CON LUGAR. Como se expuso en la fase administrativa, ocurrieron numerosos errores en el procedimiento por parte de SAT que se evidencian, incluso, en la resolución del Directorio toda vez que en la parte resolutoria no se indica el monto de IVA que cobra, sea por la razón que sea, es por ello que ahora tampoco se me notifica el monto de IVA que supuestamente se confirma. No obstante la exposición que se vierte en estos momentos es para ilustrar a los Honorables Magistrados que este proceso nunca inició en forma legal, por lo que se viola la juridicidad del procedimiento, mismo que se inicia toda vez que ejerzo el derecho a darme por notificado, pero eso no excluye la violación en el mismo inicio del proceso administrativo, que es la Audiencia mal notificada. Consta en la cédula de notificación de la audiencia que la misma fue fijada en el domicilio, situación que vulnera derechos irrenunciables de mi persona, pues como la Constitución establece, LA DEFENSA ES INVIOLEBLE, y por tal este proceso nunca debió iniciar y es por ello que se solicita que la demanda sea declarada con lugar bajo la premisa que mis derechos no pueden ser afectados por la notificación realizada en forma ilegal tal Y como es expondrá en estos apartados. Es importante tener en cuenta que la Constitución Política de la República de Guatemala

para integrar correctamente la jerarquía normativa que debe regir en materia tributaria para nuestro país: La notificación de la audiencia, no tiene validez al no haberse efectuado en FORMA PERSONAL de conformidad con la ley. Para poder llegar a esa conclusión este honorable tribunal debe analizar correctamente la legislación aplicable al caso, sabiendo que toda norma debe ser interpretada en concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala y estar llevando en su tribunal un asunto puramente tributario. Entonces el artículo 2 del Código Tributario establece: "Son fuentes de ordenamiento jurídico tributario y en orden de jerarquía: Las disposiciones constitucionales. 2. Las leyes, los tratados V las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley. 3. Los reglamentos que por Acuerdo Gubernativo dicte el Organismo Ejecutivo." El artículo anterior se encuentra en perfecta concordancia con el artículo 4 del mismo cuerpo legal, Código Tributario, que establece: "La aplicación, interpretación e integración de las normas tributarias, se hará conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los contenidos en este Código, en las leyes tributarias específicas y en la Ley del Organismo Judicial." Al ser una evidente situación tributaria el contenido de la audiencia mal notificada, se debe tomar el CONTENIDO EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO que establece: En su artículo 129 dicho Código que las únicas 2 formas para realizar notificaciones en materia tributaria, son: 1. DE FORMA PERSONAL, Y Por otro procedimiento idóneo. Es así que la notificación de la audiencia fue nula y es nula ya que no cumplió con la norma que establece cómo notificar. El "otro procedimiento" -que de todas maneras no es aplicable porque estas notificaciones, como se dirá adelante SOLO PUEDEN SER PERSONALES-debe, conforme al artículo 137 del Código Tributario, garantizar adecuadamente el derecho de defensa del contribuyente. Es así que debemos responder a la pregunta de ¿CÓMO PUEDE GARANTIZARSE EL DERECHO DE DEFENSA DE SU PERSONA CUANDO LA NOTIFICACIÓN DE LA AUDIENCIA ES NOTIFICADA EN FORMA ILEGAL Y EN INCOMPLETA con un procedimiento erróneamente utilizado, por medios que garantizan dicho INVIOLEBLE DERECHO DE DEFENSA? Partiendo que en materia tributaria solo existen notificaciones personales y por otro procedimiento idóneo y que la normativa aplicable para notificaciones realizadas en materia tributaria es el Código Tributario se expone la razón del VICIO A LA JURIDICIDAD de la notificación MAL HECHA Y COMO ELLO NO PUEDE AFECTAR MIS DERECHOS COMO

CONTRIBUYENTE INDIVIDUAL y así sea declarada con lugar esta demanda, bajo el entendido del vicio del procedimiento. La notificación tenía por objeto correrme audiencia por ajustes expuestos por la SAT. Dicha audiencia me fija un plazo para responder posibles reparos fiscales y me requiere algún cumplimiento. En dicha notificación existen 3 supuestos para determinar que la notificación debe realizarse personalmente a mi persona: a) Confieran o denieguen audiencias... b) Me fija un plazo y c) Me requiere para hacer algo. La notificación que me fija un plazo o requiere una actitud de mi parte debe ser notificada personalmente y dicha notificación se realizó a otra persona, que no solo no fui yo, sino que se hizo en otro lado y ni siquiera a una persona idónea, como analizaré más adelante. El Código Tributario en su artículo 130 literales d) y g) establece: "Se notificarán PERSONALMENTE las resoluciones que: d) Confieran o denieguen audiencias... g) Las que fijan un plazo para que una persona haga, deje de hacer, entregue, reconozca o manifieste su conformidad o inconformidad en relación con algún asunto. (.) Estas notificaciones no pueden ser renunciadas." (Resaltado es agregado). SAT pretende hacer valer una notificación realizada "de otra forma" supuestamente idónea -"fijándola" en el inmueble- sin tomar en cuenta que la notificación que correspondía era en forma personal, que de cualquier forma no cumple ni siquiera con la regla de idoneidad consagrada en otro artículo del Código Tributario. ¿CÓMO PUEDE SER IDÓNEO FIJAR UNA AUDIENCIA EN UN INMUEBLE CON LA CANTIDAD DE FOLIOS DE LA QUE CONSTA? Es un hecho notorio que resulta imposible fijar la cantidad de folios que supuestamente se dejaron en la Puerta fijados. Hay mucha física fundamental que explicar y violar las leyes de Newton para dejar fijadas en una puerta más de 175 folios... Es así que no puede ser un método idóneo. Fuera de los elementos adicionales va descritos. Es más la fijación de la audiencia ÚNICAMENTE PUEDE REALIZARSE CON NOTIFICACIONES QUE NO SEAN DE CARÁCTER PERSONAL. Se demostró, sin que se considera plenamente, que no hay forma de hacer una notificación válida por medio de la fijación en puerta de esa cantidad de folios. Las personas que el Código Tributario acepta como idóneas son, conforme el artículo 133 del Código Tributario, "...a sus familiares, empleados domésticos de otra naturaleza, o a la persona idónea y mayor de edad..." y debe ser en "...domicilio fiscal del contribuyente o en su defecto, a la residencia, oficina o establecimientos comercial de su propiedad o al lugar donde habitualmente se encuentre o concurra..." En este caso, no podemos siquiera saber

a quién se le pretendió notificar. Entiende los juristas que la notificación que inicia un proceso como este, no puede ser tomada a la ligera y causaría, como en el presente caso, estado de indefensión. puede constatar que los períodos de audiencia y prueba respectivamente, vencieron, si consideráramos como bien hecha la notificación de la audiencia, el 30 de noviembre de 2012; sin embargo, la Administración Tributaria y lo confirma el Directorio, se cometieron los siguientes abusos y violaciones al procedimiento: a) Se pretende dentro de la Administración Tributaria darle validez a una supuesta "citación telefónica" para devolver los documentos originales que estuvieron en posesión de la Administración desde enero de 2012 hasta el 18 de diciembre de 2012, argumentando que fue el asesor del contribuyente quien no "atendió" a la citación. ¿Dónde en la legislación guatemalteca y en particular en la legislación tributaria guatemalteca se permite que se cite "verbalmente" y "telefónicamente" a alguien para que llegue a las oficinas administrativas? El artículo 112 numeral 6 del Código Tributario establece que es obligación del contribuyente V responsables, "Concurrir a las oficinas tributarias cuando su presencia sea requerida, siempre que en la citación se haga constar el objeto de la diligencia", lo que debe leerse conjuntamente con el artículo 127 del Código Tributario que obliga a notificar -y se puede ver en el capítulo respectivo que es por escrito- de cualquier resolución en el que el contribuyente deba hacer algo, como concurrir y recoger documentos, y, por último el 138 del mismo Código que obliga a que sean enviadas las copias de las resoluciones. La consecuencia es que esa llamada telefónica no tiene asidero en la legislación guatemalteca. En la ley de lo Contencioso Administrativo, claramente, podemos ver que no existe Posibilidad alguna de hacer gestiones "verbales". Es así que el Directorio refrenda una actuación ilegal, nula y absurda de los funcionarios y empleados de SAT. Véase el folio 6 de la resolución del Directorio. b) Se concedió audiencia, de nuevo, si consideramos que fue bien hecha la notificación según lo expone la propia Administración Tributaria, el 29 de agosto de 2012; pero el período de prueba venció el 30 de noviembre de 2012, con lo que es ridículo que se pretenda, como indica el Directorio, que es por "circunstancias ajenas a la Administración" que no se devolvieron los documentos, pues los tuvo que pedir el asesor y hacer ver la imposibilidad de defenderse "como Dios manda" y lo garantiza la Constitución, ya que fue hasta el 10 de diciembre de 2012 que se notificó la citación número 2011-3-397-1 para realizar dicha devolución de documentos. Es claro que la actuación

de la Administración Tributaria, por su ignorancia, suponemos que no fue mala fe de las leyes del país, impidió la correcta defensa. Estos puntos hacen claramente identificado, que el presente expediente y resolución ahora impugnada sean originadas de actos que no cumplen con la juridicidad de la que todo acto administrativo debe estar investido. c) La negativa a proporcionar los folios solicitados violan la ley. La Administración Tributaria y el Directorio se escudan en el artículo 30 "A" del Código Tributario, sin embargo hay que consultarles si lo han leído apropiadamente, pues el mismo no indica lo que ellos pretenden. Si bien es cierto que la Administración recibirá la información bajo reserva de confidencialidad, dicha reserva de confidencialidad está en una oración que va luego de un punto y seguido que concluye la frase "... siempre que se relacionen con asuntos tributario, no transgreda el secreto profesional ni la garantía de confidencialidad establecida en la Constitución Política de la República, leyes especiales y lo dispuesto en este Código. Recordemos que la Constitución establece que la Administración Tributaria no podrá divulgar información sobre las obligaciones tributarias de los contribuyentes, pero es no implica que no me la pueda dar a mi cuando es a mí a quien le están determinándola obligación. Véase que el artículo 108 del Código Tributario establece que para las determinaciones de oficio sobre base cierta, pueden utilizarse "...cualquier información pertinente recabada de terceros" e inmediatamente agrega "Contra esta determinación se admite prueba en contrario y procederán todos los recursos previstos en este código", por lo que resulta que se veda el derecho de defensa al no notificar ni permitir el acceso a la información proporcionada por "los terceros". Por estos motivos y según los artículos atados y el artículo 14 del Código Tributario la notificación en mandón v la falta de notificación en los otros casos, VIOLAN LA JURIDICIDAD". En el presente caso esta Sala considera necesario la parte actora señala como vicio la notificación realizada en el domicilio fiscal de la misma, sin embargo que el haber realizado la misma fijándola en la puerta lesiona sus derechos ya que no se pudo obtener la totalidad de los ajustes, sin tomar en cuenta que efectivamente debía de realizarse la misma de conformidad con el procedimiento establecido en el propio Código Tributario, es por ello que esta Sala establece que efectivamente la parte actora estableció que existió vicio en la notificación, el procedimiento debió de haber sido interponer nulidad de notificaciones al tenor del artículo 141 del Código Tributario, y una vez resuelto el tramite respectivo, el camino legal es el

planteamiento de la acción constitucional de amparo, para que por esa vía se conociera la supuesta violación al debido proceso, sin embargo no se acudió a la misma según las constancias administrativas correspondientes, de igual forma consta por aceptación de la actora que se recabo la totalidad de las actuaciones por otra vía que le permitió integrar y conocer de alguna forma el contenido de los ajustes formulados, razón por la cual se deduce o infiere que la parte actora pudo subsanar el supuesto vicio del debido proceso, ya que no se le dejó en estado de indefensión porque pudo acudir a esta vía para impugnar la resolución identificada en la parte introductoria de esta resolución, por lo que este tribunal no avisora vicio del procedimiento y del debido proceso que se argumenta ya que no se encuentra en estado de indefensión porque pudo subsanar el desconocimiento de algunas actuaciones, por lo que él mismo depuro el procedimiento administrativo, y esta Sala se pronunciara sobre el fondo del presente asunto que son los ajustes correspondientes, y se declara sin lugar la nulidad promovida.

A.1.1.) AJUSTE AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, AL DEBITO FISCAL POR VENTAS OMITIDAS, DERIVADO DE COMPRAS NO REGISTRADAS NI DECLARADAS, POR CIENTO VEINTICUATRO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UN QUETZALES CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS DE QUETZAL (Q.124,381.65):

La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que determinó que el contribuyente en abril de 2009 omitió débito fiscal, derivado de ventas efectuadas por compras que no fueron registradas ni declaradas, deducción a la que se arribó, en virtud de la revisión de facturas de compras y verificación de extremos con el proveedor Ferdy Ramón Elías Velásquez NIT 2461592-7 comprobándose que las facturas emitidas por éste no fueron contabilizadas por el recurrente, por lo que, al costo neto de las compras (hierro corrugado distintas medidas, alambre espigado, alambre de amarre, costaneras y otros) le fue aplicado el margen de utilidad 1.23% (obtenido de sus estados financieros) dando como resultado las ventas omitidas que se ajustan y que generan débito fiscal no enterado. Base legal: artículos 1, 2, 3,4, 5,10, 11, 14,19, 29, 34 37 y 40 la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 30 "A", 98 numerales 1,2,3, 4,8 y 13;100 numerales 1 y 3; y 112 numerales 4 y 7 del Código Tributario; 3 literales a), d), e), f) e i) de la ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en el periodo auditado. Por su parte la actora sostiene que de conformidad con el Ajuste al débito fiscal por ventas

omitidas derivado de compras no registradas ni declaradas por Q.124.381.65. Expone lo confuso que resulta el ajuste intentado por SAT, toda vez que indica que no se reportaron compras para efectos del IVA, pero ajusta una "posible" venta que se pudo haber dado. Se indica "posible venta" toda vez que SAT realiza el presente ajuste con base a deducciones realizadas por sus dependiente, como se constató en la audiencia y en la revocatoria, su representada presentó el 100% de facturas de compras y el 100% de facturas de ventas, si dejó de declarar facturas de compras realizadas, por algún motivo será, pudo haber sido error o que simplemente no procedía su declaración, como bien sabrán los magistrados y como bien sabrá la Administración Tributaria. No obstante realiza un ajuste sobre "suposiciones" no con base a hechos PROBADOS, y que puedan repercutir en el semejante ajuste que intenta, sobre una base presunta y no sobre una base cierta. 1. Determinación sobre base presunta realizada por la Administración: Enfáticamente se expuso en la fase administrativa que SAT utilizó fórmulas para llegar a establecer una "supuesta venta" con base a supuestas "omisiones de compras". Se indicó que por error involuntario no se registraron algunas compras, tema meramente formal que únicamente afecta a su persona, ¿PERO CÓMO LLEVA ESO A DETERMINAR OMISIÓN DE VENTAS Y AJUSTAR DÉBITO FISCAL? Simplemente es sumamente cuestionable, especialmente porque SAT tenía elementos suficientes para poder establecer que no existe ajuste al débito fiscal y en todo caso intentar realizar un DETERMINACIÓN SOBRE BASE CIERTA, tal y como se explicó en la fase administrativa. Es importante tener en cuenta que las determinaciones sobre base presunta, como en el presente caso, no pueden ser aplicadas en las situaciones en las que el contribuyente presentó la documentación. Es así como el artículo 109 del Código Tributario claramente indica que "En los casos de negativa de los contribuyentes o responsables a proporcionarla información, documentación, libros y registros contables, la Administración Tributaria determinará la obligación sobre base presunta. En el presente caso, hay mucho mayores presunciones, que nunca fueron consideradas: a) El tercero presentó información que no es real. Es decir, informó haberme vendido esos productos, lo que no es verídico y simplemente se equivocó o emitió facturas a mi nombre para cubrir faltantes de facturación. b) Que verdaderamente realizó las compras, sin embargo, al ser yo persona individual, pude utilizar el hierro corrugado, alambre espigado, alambre de amarre,

clavo y lámina, que supuestamente no registró como compras, pues las compró para uso personal y construyo con ellas bienes de uso personal, no para la venta. Ahora bien, si utilizando el método que propuse, se arribara, con la documentación a la mano, a resultados distintos, que simplemente fueron ignorados por la Administración y el Directorio, con lo que se evidencia una nueva falta a la juridicidad, pues NO CONSIDERÓ LA PRUEBA LEGALMENTE RENDIDA. Confirmó el ajuste sobre la base de sus presunciones y no sobre la prueba rendida, con lo que es imposible, jurídica y constitucionalmente, mantener un ajuste." En el presente ajuste es necesario tomar en cuenta por parte de esta Sala que lo que se está ajustando es el débito fiscal por la supuesta venta de productos sin emitir la factura correspondiente, para lo cual es necesario tomar en cuenta que de conformidad con el artículo 98 numeral 3 del Código Tributario la Superintendencia de Administración Tributaria tiene las atribuciones bien definidas, es por ello que dicha norma es necesaria transcribirla y la cual refiere lo siguiente: o ventas por ramo de actividad económica, respecto de un mismo giro comercial, industrial "ARTICULO 98. * Atribuciones de la Administración Tributaria. La Administración Tributaria está obligada a verificar el correcto cumplimiento de las leyes tributarias. Para los efectos de este Código se entenderá por Administración Tributaria a la Superintendencia de Administración Tributaria u otra dependencia o entidad del Estado a la que por ley se le asignen funciones de administración, recaudación, control y fiscalización de tributos. En el ejercicio de sus funciones la Administración Tributaria actuará conforme a las normas de este Código, las de su Ley Orgánica, y las leyes específicas de cada impuesto y las de sus reglamentos respectivos, en cuanto a la aplicación, fiscalización, recaudación y el control de los tributos. 1.---2.---3. Verificar el contenido de las declaraciones e informaciones por los medios y procedimientos legales y técnicos de análisis e investigación que estime convenientes, con el fin de establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo correspondiente. Para este efecto, podrá requerir del sujeto pasivo y de terceros información complementaria, incluso a través de sistemas computarizados, en congruencia con lo que establecen los artículos 30 y 93 de este Código. 4.---5.---6.---7.---8. Establecer índices generales de rentabilidad, promedios o porcentajes de: utilidad bruta, utilidad neta, ingresos, agropecuario, de explotación de recursos naturales, de empresas de servicios, así como de otras actividades profesionales o técnicas para la

mejor determinación de los tributos.- 9.--10.--11.--12.- Velar porque las actuaciones se resuelvan en conformidad con criterios administrativos o jurisdiccionales firmes, basados en ley, dictados en casos similares, a fin de lograr unificación de criterios y economía procesal.”. Es por ese numeral 3 de dicho artículo refiere como una atribución importante de la Administración Tributaria el establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo, y está es importante precisamente porque para llegar a esa conclusión debe de haber recorrido el camino necesario de revisar la totalidad de los documentos de la parte actora que tuvo la obligación de presentar dentro de la secuela administrativa, y esta Sala al revisar el expediente administrativo, efectivamente se establece que el contribuyente presentó la totalidad de la documentación además dentro del expediente judicial consta que la experta del Tribunal Licenciada Cristabel Velasquez Rodriguez presentó su dictamen el cual obra a folios doscientos cuarenta y ocho (248) a doscientos sesenta y ocho (268), en donde a indica en el folio doscientos cincuenta y tres (253) reverso, como conclusión **“Con base en lo expuesto en los literales anteriores, se concluye que el contribuyente Jerson Buenaventura Elías Velasquez con la información contable con la que se cuenta se puede realizar una determinación de obligaciones tributarias sobre base cierta.”**. Dicho criterio de la experta del Tribunal hace concluir que efectivamente no se puede acudir a la presunción sobre base presunta como lo realizó la entidad fiscalizadora en el presente caso, sobre todo porque el artículo 109 del Código Tributario establece: **“ARTICULO 109. Determinación de oficio sobre base presunta. En los casos de negativa de los contribuyentes o responsables a proporcionar la información, documentación, libros y registros contables, la Administración Tributaria determinará la obligación sobre base presunta. Para tal objeto podrá tomar como indicios los promedios de períodos anteriores, declarados por el mismo contribuyente y que se relacionen con el impuesto que corresponde, así como la información pertinente que obtenga de terceros relacionados con su actividad. Asimismo, podrá utilizar promedios o porcentajes de ingresos o ventas, egresos o costos, utilidades aplicables en la escala o categoría que corresponda a la actividad a que se dedique el contribuyente o responsable omiso en las declaraciones o informaciones. La determinación que en esta forma se haga, debe ser consecuencia directa, precisa, lógica y debidamente razonada de los indicios tomados en cuenta. Contra la determinación de oficio sobre base**

presunta, se admite prueba en contrario y procederán los recursos previstos en este código.”. Dicho artículo establece la negativa por parte del contribuyente para presentar la documentación y libros contables, que en el presente caso nunca se dio, y solo en el caso de que el contribuyente no presente documentación ni libros contables, solo en ese caso la entidad fiscalizadora podrá utilizar índices como indicios, sin embargo dentro del expediente administrativo no obra negativa del contribuyente a presentar dichos documentos y contabilidad, por lo que teniendo a la vista toda la documentación necesaria no podía la entidad fiscalizadora acudir a la determinación sobre base presunta y establecer bajo supuestos el establecimiento de índices que no son objetivos desde ningún punto de vista. Así mismo el numeral 8 del artículo 98 del Código Tributario establece que los índices son para la mejor determinación de la obligación tributaria no en sustitución de un procedimiento debidamente establecido en el mismo cuerpo legal, es por ello que dicho índice decretado por la Superintendencia de Administración Tributaria no puede ser tomado en cuenta por este Tribunal. Así mismo 12 del artículo 98 del Código Tributario citado establece que una de las atribuciones de la Superintendencia de Administración Tributaria es velar por que sus actuaciones se resuelvan en conformidad con los criterios emitidos por las Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ya que en una cantidad considerablemente alta se han revocados los ajustes por determinación sobre base presunta cuando se tuvo acceso a la totalidad de documentos y contabilidad del contribuyente analizados en esta sentencia y que se hubiera evitado un costo muy alto para la Administración Tributaria, para el poder judicial y al propio contribuyente, el que se siguieran con esos criterios ya que el único fin que se persigue con la aplicación de los mismos es lograr una unificación de criterios y economía procesal. Por todo lo anterior el ajuste formulado se procede a revocarlo de conformidad con la ley, y de esa forma deberá de resolverse.

A.1.2.) AJUSTE AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, AL DEBITO FISCAL POR VENTAS NETAS NO FACTURADAS, NO REGISTRADAS NI DECLARADAS, POR LA CANTIDAD DE DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA QUETZALES CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE QUETZAL (Q.244,270.87): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que determinó que el contribuyente de enero a diciembre de 2009,

omitió débito fiscal derivado de ventas que no fueron facturadas, registradas ni declaradas, en virtud que se estableció por medio de movimientos de inventario y tabulación de facturas de venta y servicios prestados y compras y servicios recibidos; cuarenta y cinco mil ciento noventa y siete sacos de cemento vendidos que no fueron facturados, registrados ni declarados, por lo que fue necesario establecer precios promedios netos ponderados de venta mensual por saco de cemento en cada uno de los 3 establecimientos comerciales denominados Distribuidora El Machetón, precio que se aplicó a los sacos de cemento no facturados, no registrados ni declarados generando la omisión de débito fiscal ajustado, como se indica en la explicación del ajuste 1.2 de la audiencia conferida. Base legal: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 10, 11, 14, 29, 34, 37 y 40 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 14, 18, 19, 31, 32, 98 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10 y 13; 100 numerales 1 y 3, 112 numerales 1 y 4; 112 "A" numerales 1 y 2, y 142 "A" del Código Tributario; 3 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en los períodos auditados. Por su parte la actora sostiene que respecto al débito fiscal por ventas netas no facturadas, no registradas ni declaradas por doscientos veinticuatro mil doscientos setenta quetzales con ochenta y siete centavos (Q.224, 270.87.) " SAT realiza ajuste sobre supuestas ventas no facturadas de sacos cemento; su representada no realizaba únicamente compra y venta de sacos de cemento, también compraba cemento, como materia prima para la fabricación de blocks. Adicionalmente, realiza el ajuste utilizando un promedio irreal, cuando debió utilizar precios de venta por punto de venta y por clase de cemento, ya que cada uno tiene un precio de venta distinto, tanto del proveedor como al cliente, por lo que poseen márgenes distintos. SAT realiza el ajuste partiendo del hecho de no creer la utilización que se dio al cemento comprado, como se probó. 2. Sobre la fabricación y venta de blocks: La fabricación y venta de blocks ocurrió, y dichas ventas las prueba con el contrato en donde me obligaba a entregar el block y con la facturación del block vendido y la facturación de dichos blocks, ocurrida en el año 2010. Lo anterior es más que suficiente para probar que existió la venta. Esa facturación es de los primeros días del mes de enero de 2010, por lo que es imposible, si no hay block disponible, poder cumplir en tan pocos días del mes de enero con esas entregas. Evidentemente lo que sucede es que se disminuyó el inventario de cemento y se aumentó el inventario de blocks, más no puede concluirse, con la evidencia que se tiene y fue diligenciada oportunamente, que vendí cemento. Vendí blocks que no compré, sino

que fabriqué. SAT indica que no se probó la fabricación de block, no obstante de probar las compras de materia prima y las ventas de block; pero lo que SAT pretende es que exista algún "video" donde se muestre la fabricación de los blocks, o que mi persona hubiera supervisado la utilización de los mismos y hoy por hoy fuéramos a ver las paredes que se construyeron con dichos blocks. Simplemente es un ajuste que quiere hacer ojos ciegos a la realidad en completa violación a las atribuciones de SAT contenidas en el numeral 3 del artículo 98 del código tributario que establece: "3. Verificar el contenido de las declaraciones e Informaciones por los medios y procedimientos legales y técnicos de análisis e investigación que estime convenientes, con el fin de establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo correspondiente. Para este efecto, podrá requerir del sujeto pasivo y de terceros cualquier información complementaria, incluso a través de sistemas computarizados, en congruencia con lo que establecen los artículos 30 y 93 de este Código.". A SAT no le interesó ningún tipo de investigación sobre lo que pasó con esos sacos de cemento, simplemente se encuadra en una suposición de que me dedico únicamente a la compra y venta de sacos de cementos y LUEGO DE AHÍ NO PUEDE HABER NADA MAS. Siempre me he dedicado a la producción de block, y en especial como se observa a partir del mes de septiembre en adelante, gran parte del cemento comprado fue utilizado para la producción de block, dicha producción nació que a partir de septiembre se conoció la posibilidad de dotar una suma fuerte de block a la región suroccidente, específicamente a los departamentos de Sacatepéquez, Chimaltenango, Escuintla, Sololá, Totonicapán, Quetzaltenango, Suchitepéquez, Retalhuleu, San Marcos, Huehuetenango y Quiché. Por lo que se inició a producir block, dicho evento fue confirmado por medio del contrato número 72-2009, de fecha 16 de diciembre de 2009, del cual obra copia en el expediente administrativo, en dicho contrato claramente se establece la obligación de dotar un millón setecientos noventa y nueve mil sesenta y siete blocks (1,799,067), de la siguiente medida: Block 14x19x39;35kg/cm2,y en virtud de la suma contratada era viable la producción, por lo que se tomó esa decisión. SAT argumenta que no se acepta porque no se "... ha demostrado su capacidad instalada para producir block, ya que según balance general no reporta activos fijos que se pudieran utilizar para la producción (maquinaria, áreas de secado, etc.)."En el presente ajuste es necesario tomar en cuenta por parte de esta Sala que lo que se está ajustando es por ventas netas no facturadas, no

registradas ni declaradas, para lo cual es necesario tomar en cuenta que de conformidad con el artículo 98 numeral 3 del Código Tributario la Superintendencia de Administración Tributaria tiene las atribuciones bien definidas, es por ello que dicha norma es necesaria transcribirla y la cual refiere lo siguiente: **“ARTICULO 98. * Atribuciones de la Administración Tributaria. La Administración Tributaria está obligada a verificar el correcto cumplimiento de las leyes tributarias. Para los efectos de este Código se entenderá por Administración Tributaria a la Superintendencia de Administración Tributaria u otra dependencia o entidad del Estado a la que por ley se le asignen funciones de administración, recaudación, control y fiscalización de tributos. En el ejercicio de sus funciones la Administración Tributaria actuará conforme a las normas de este Código, las de su Ley Orgánica, y las leyes específicas de cada impuesto y las de sus reglamentos respectivos, en cuanto a la aplicación, fiscalización, recaudación y el control de los tributos. 1.----2.----3. Verificar el contenido de las declaraciones e informaciones por los medios y procedimientos legales y técnicos de análisis e investigación que estime convenientes, con el fin de establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo correspondiente. Para este efecto, podrá requerir del sujeto pasivo y de terceros información complementaria, incluso a través de sistemas computarizados, en congruencia con lo que establecen los artículos 30 y 93 de este Código.** Es por ese numeral 3 de dicho artículo refiere como una atribución importante de la Administración Tributaria el establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo, y está es importante precisamente porque para llegar a esa conclusión debe de haber recorrido el camino necesario de revisar la totalidad de los documentos de la parte actora que tuvo la obligación de presentar dentro de la secuela administrativa, y esta Sala al revisar el expediente administrativo, efectivamente se establece que el contribuyente presento la totalidad de la documentación que se le fuera requerida, en los requerimientos de información sin que existiera por parte del contribuyente una negativa a la presentación de los documentos correspondientes. Así mismo la Administración Tributaria justifica que de conformidad con el inventario y tabulación de facturas de venta y servicios prestados y compras y servicios recibidos existe a su parecer cuarenta y cinco mil ciento noventa y siete sacos de cemento vendidos que no fueron facturados, registrados ni declarados, por lo que fue necesario establecer precios promedios, lo que genero la omisión de debido fiscal, en ese

sentido es necesario tener claro que el simple movimiento de inventario y la tabulación de facturas no hace como conclusión que se pueda establecer que cuarenta y cinco mil ciento noventa y siete sacos de cemento se vendieron y no se facturaron, en todo caso la Superintendencia de Administración Tributaria debe establecer con precisión en donde están los sacos de cemento, así mismos debe de establecer una tesis con respecto al destino del cemento, y no hacer una suposición que no demuestra la veracidad del ajuste, porque además estableció precios promedio del producto, cuando tuvo a su alcance toda la información para tomar en forma certera y precisa los precios del producto consistente en cemento en sus distintas clases como lo refirió dentro del expediente administrativo, así mismo la Administración Tributaria le resta importancia al contrato administrativo número setenta y dos guion dos mil nueve, emitido en la Ciudad de Guatemala, a los dieciséis días del mes de diciembre de dos mil nueve, entre la entidad Asociación Movimiento Brazos Solidarios y el contribuyente, con el objeto de realizar el denominado proyecto de Dotación de Block Región Suroccidente, con tiempo de ejecución de seis meses, por la cantidad de un millón setecientos noventa y nueve mil sesenta y siete Block de la medida de catorce por diecinueve por treinta y nueve punto treinta y cinco centímetros cuadrados, y su transporte por la suma de siete millones novecientos noventa y nueve mil novecientos once quetzales con veintitrés centavos de quetzal, que incluye el valor al impuesto agregado, conviniendo para el pago de transferencias parciales, dicho contrato tiene un primer addendum y un segundo addendum en donde se modifica la entrega de block y se agrega la entrega de adoquín, dicha operación coincide de con las ventas realizaras de block según el dictamen de la Licenciada Cristabel Velasquez Rodriguez que indica en el folio doscientos cincuenta y cinco (255) del expediente judicial, en donde indica que las ventas de block del año dos mil diez se tuvo a la vista fotocopia de la factura dos mil doscientos ochenta y nueve (2289) del ocho de enero de dos mil diez por la cantidad de un millón seiscientos mil quetzales, emitida a la entidad SOMBRAS por anticipo de contrato setenta y dos mil dos mil nueve, del proyecto denominado Dotación de block Región Sur Occidente, y que obra a folio dos mil setenta y cinco del expediente administrativo. De igual forma como conclusión la experta del Tribunal Licenciada Cristabel Velasquez Rodriguez indica en su conclusión en la página doscientos cincuenta y siete (257) del expediente administrativo que: **“El contribuyente Jerson Buenaventura Elías**

Velasquez con copras de block en dos mil nueve no era suficiente para cubrir los montos de ventas de block realizados en los años dos mil nueve a dos mil diez auditados, por lo que lo no cubierto con inventario de blocks comprado, pudo haber sido fabricado por él, con el cemento comprado que ajustó la administración Tributaria indicando que debió ser vendido como cemento y para esta fabricación y proceso de producción intervienen los elementos gasto de mano de obra directa, materia prima y gastos indirectos.”. Es precisamente por esa conclusión que este Tribunal al análisis en conjunto todos y cada uno de los argumentos de las partes, establece que la entidad fiscalizadora nunca demostró dentro del expediente administrativo con total precisión la realidad del ajuste, porque lo hace en base a suposiciones como el inventario aparece una cantidad diferente supone que fue producto que se vendió y no se facturó, ese tipo de indicaciones no pueden ser validas ni ponderadas por este Tribunal ya que dentro del derecho las argumentaciones es necesario demostrarlas y no acudir a las presunciones, porque la parte actora (contribuyente) entrego todos y cada uno de los documentos que le fueron requeridos, por lo que al tenor del artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, las partes tienen la carga procesal de demostrar sus correspondientes argumentaciones, y en el presente caso quien tiene la obligación de justificar y motivar sus argumentaciones para la formulación del ajuste es la entidad fiscalizadora, que tiene una tarea de verificar todos y cada uno de los documentos presentados y no hacer suposiciones como que el contribuyente no tiene capacidad para fabricar una cantidad determinada de blocks, situación que queda totalmente demostrada con el video presentado por el contribuyente y que obra a folio doscientos diecinueve (219) del expediente judicial, en donde consta el procedimiento de elaboración de block en forma manual sin necesidad de que se infiera una capacidad mayor para realizar el proceso productivo del block, porque el mismo se puede realizar en forma manual y como consta dentro del expediente administrativo se presentaron las facturas de algunos proveedores de block. Por todo lo anterior y dado que la Administración Tributaria no demostró efectivamente los elementos necesarios para sustentar el presente ajuste, este tribunal declara sin lugar el mismo, y de esa forma deberá de resolverse.

A.2.1.) AJUSTE AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, AL CREDITO FISCAL POR NO ESTAR RESPALDADO CON LAS FACTURAS, FACTURAS ESPECIALES O NOTAS DE

CREDITO CORRESPONDIENTES, POR DIECINUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN QUETZALES CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS DE QUETZAL (Q.19,741.96): La Superintendencia de Administración Tributaria indica que determinó que en agosto y septiembre de 2009, el contribuyente registró y declaró crédito fiscal improcedente que no cuenta con la documentación de respaldo, derivado que el contribuyente registró en dichos periodos crédito fiscal duplicado como se comprobó en el libro de Compras y Servicios Recibidos, por lo que el crédito fiscal registrado y declarado resulta improcedente, como se indica en las explicaciones de ajuste 1.3 y 1.4 de la audiencia conferida. Base legal: artículos 1,2,3,4,5, 10,15,16,18,20 y 41 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 14,17,18 numerales 1,2,3,4 y 5; 100,103,112 numerales 1 y 4; 112 “A” numerales 1 y 2 y 145 del Código Tributario; 3 literales a), d), e), f) e i) de la Ley orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en los periodos auditados. El contribuyente con respecto al presente ajuste sostiene, que es al crédito fiscal por no estar respaldado con las facturas, facturas especiales o notas de crédito correspondientes Q.13,166.86 Ajuste original: Q.19,741.96 del cual se desvanece la cantidad de Q.6,575.10 Al crédito fiscal por registrar y declara notas de crédito como compra Q.10,705.61. Los ajustes anteriores son ajustes documentarios que al ser presentados los documentos con los que se comprueba el crédito fiscal. En el presente caso esta Sala considera que efectivamente la parte actora no ha demostrado fehacientemente que tiene derecho al crédito fiscal pretendido, por el contrario la Superintendencia de Administración Tributaria indica que la parte actora duplico en los meses de agosto y septiembre de dos mil nueve por la cantidad de trece mil ciento sesenta y seis quetzales con ochenta y seis centavos (Q.13,166.86) que es el valor que efectivamente se encuentra ajustado porque dentro de la fase judicial la parte actora acreditó la cantidad de seis mil quinientos setenta y cinco quetzales con diez centavos de quetzal (Q.6,575.10) que fue reconocido por la Administración Tributaria, en razón de lo cual el contribuyente no pudo demostrar documentalmente dentro de la secuela procesal judicial que efectivamente tiene derecho a ese crédito fiscal reclamado ya que duplico documentalmente en los meses de agosto y septiembre de dos mil nueve el valor del crédito fiscal reclamado, razón por la cual se declara procedente el ajuste formulado y de esa forma deberá de resolverse.

A.2.2.) AJUSTE AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, AL CREDITO FISCAL POR

REGISTRAR Y DECLARAR NOTAS DE CRÉDITO COMO COMPRAS POR DIEZ MIL SETECIENTOS CINCO QUETZALES CON SESENTA Y UN CENTAVOS DE QUETZAL (Q.10,705.61): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que determinó que en noviembre de 2009, registró en el folio 49 del libro de Compras y Servicios Recibidos y reportó en la declaración mensual del Impuesto al Valor Agregado, crédito fiscal por nota de crédito emitida por el proveedor Herramientas Materiales y Equipos, Sociedad Anónima, NIT 498618-0, originada por devoluciones efectuadas por el contribuyente a su proveedor, por lo que lo correcto era restar dicha nota de crédito y no sumarla; en consecuencia, no se reconoce dicho crédito fiscal, Base legal; artículos 15,16,17,18,19,37 y 40 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 98 numerales 1,2,3,4 y 13; 100 numeral 1; 112 numeral 4 del Código Tributario; 368,373 y 381 del Código de Comercio de Guatemala; 3 literales a),d),e), f), e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en el período auditado. Con respecto al presente ajuste la actora sostiene que los reconocimientos al crédito y débito fiscal. SAT realiza reconocimientos de créditos y débitos, no obstante los mismos están relacionados a divulgaciones que debió realizar contablemente, no obstante es importante dejar claro que deberá revisarse la legalidad de dichos reconocimientos en virtud de los ajustes realizados. En el presente ajuste dentro de la secuela procesal no se argumentó por parte del contribuyente, así este Tribunal, en la fase judicial de igual forma no encuentra argumentación para el desvanecimiento del ajuste, sobre todo porque es un ajuste lógico ya que el error de declarar las notas de crédito como compras ocasiona un desajuste en la aplicación de las leyes tributarias, ya que lo correcto es restar las notas de crédito y no sumarlas como compras, porque el efecto es negativo, razón por la cual esta Sala considera procedente el presente ajuste y de esa forma deberá de resolverse.

A.3.1.) RECONOCIMIENTO DE CREDITO FISCAL POR COMPRAS NO REGISTRADAS NI DECLARADAS POR CIENTO CUARENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO QUETZALES (Q.140,578.00): En virtud que se comprobó que el contribuyente no registró ni declaró las facturas de compras emitidas por su proveedor Ferdy Ramón Elías Velásquez, NIT 2461592-7 en abril de 2009, según explicación de reconocimiento 1.1 y anexo 1 de la audiencia conferida, en observancia del principio de justicia y equidad se acepta dicho crédito fiscal. Base legal: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 10, 15, 16, 18, 20, 37 y

40 de la ley del Impuesto al Valor Agregado; 30 "A", 98 numerales 1,2,3,4,8 y 13; 100 numeral 1 y 3; 112 numerales 4 y 7 del Código Tributario; 3 literales a), d), e), f), e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria, vigentes en el periodo auditado. Con respecto al presente ajuste la actora sostiene que los reconocimientos al crédito y débito fiscal. SAT realiza reconocimientos de créditos y débitos, no obstante los mismos están relacionados a divulgaciones que debió realizar contablemente, no obstante es importante dejar claro que deberá revisarse la legalidad de dichos reconocimientos en virtud de los ajustes realizados. En este caso, estos ajustes derivan de las compras que se realizaron y que supuestamente no se registraron, que es lo que da origen a los ajustes anteriores por las ventas "no registradas" de materiales al proveedor Ferdy Ramón Elías Velásquez. Si bien puede considerarse "justo y equitativo" que se reconozca el crédito por esas adquisiciones, es importante tener presente, como se hizo ver, que todo se hizo sobre bases presuntas y no sobre los hechos como tal, ya que pudieron ser otras razones por las que se compraron esos productos y no necesariamente son productos para la venta. Es así que estos reconocimientos dependen de la posibilidad de probar que fueron compras de mercadería para la venta. En virtud del análisis de los anteriores ajustes formulados que se refieren al débito fiscal y habiéndose declarado la improcedencia de dichos ajustes no procede el reconocimiento del presente ajuste, razón por la que debe de resolverse declarando sin lugar el presente.-

A.4.1.) RECONOCIMIENTO DE RETENCIONES AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, NO REPORTADAS, POR CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO QUETZALES CON DIECIOCHO CENTAVOS DE QUETZAL (Q.5,348.18): La Superintendencia de Administración Tributaria indica que comprobó que en febrero, octubre y diciembre de 2009, el contribuyente no reportó constancias de retención que le fueron efectuadas por Cementos Progreso, sociedad Anónima, NIT 32573-2, en virtud que el contribuyente cuenta con las constancias indicadas, según explicación de reconocimiento 1.2,1.3 y 1.4 de la audiencia conferida se reconoce las mismas. Base legal: artículos 5, 8 V 11 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria; 2, numeral 12 del Reglamento de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria; 98 numerales 1,2,3, 4,5 y 13; 100, 112, y 125 del Código Tributario; 3 literales a), d), e), f) e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de

Administración Tributaria, vigentes en los períodos auditados. Con respecto al presente ajuste la actora sostiene que los reconocimientos al crédito y débito fiscal. SAT realiza reconocimientos de créditos y débitos, no obstante los mismos están relacionados a divulgaciones que debió realizar contablemente, no obstante es importante dejar claro que deberá revisarse la legalidad de dichos reconocimientos en virtud de los ajustes realizados. En este caso, estos ajustes derivan de las compras que se realizaron y que supuestamente no se registraron, que es lo que da origen a los ajustes anteriores por las ventas “no registradas” de materiales al proveedor Ferdý Ramón Elías Velásquez. Si bien puede considerarse “justo y equitativo” que se reconozca el crédito por esas adquisiciones, es importante tener presente, como se hizo ver, que todo se hizo sobre bases presuntas y no sobre los hechos como tal, ya que pudieron ser otras razones por las que se compraron esos productos y no necesariamente son productos para la venta. Es así que estos reconocimientos dependen de la posibilidad de probar que fueron compras de mercadería para la venta. En virtud del análisis de los anteriores ajustes formulados que se refieren al débito fiscal y habiéndose declarado la improcedencia de dichos ajustes no procede el reconocimiento del presente ajuste, razón por la que debe de resolverse declarando sin lugar el presente.

A.5.1.) RECONOCIMIENTO AL DEBITO FISCAL DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, POR VENTAS GRAVADAS DECLARADAS DE FORMA INCORRECTA, POR NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO QUETZALES CON VEINTICUATRO CENTAVOS DE QUETZAL (Q.948.24): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que comprobó que en diciembre de 2009, el contribuyente reportó en su declaración mensual del Impuesto al Valor Agregado un monto mayor de ventas gravadas, el que fue comparado contra las ventas facturadas de los establecimientos comerciales por lo que al detectarse la diferencia a favor de éste ocasiona el reconocimiento correspondiente, según explicación de ajuste 1.5 de la audiencia conferida. Base legal: 1, 2, 3, 4, 5, 10, 11, 14, 37 y 40 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 98 numerales 1, 2, 3, 4 y 13; 100 numerales 1 y 3; 112 numerales 1 y 4 del Código Tributario; 3 literales a), d) e) f) e i) de la Ley orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria, vigentes en el período auditado. Con respecto al presente ajuste la actora sostiene que los reconocimientos al crédito y débito fiscal. SAT realiza reconocimientos de créditos y débitos, no obstante los mismos están relacionados a divulgaciones que debió realizar contablemente,

no obstante es importante dejar claro que deberá revisarse la legalidad de dichos reconocimientos en virtud de los ajustes realizados. En este caso, estos ajustes derivan de las compras que se realizaron y que supuestamente no se registraron, que es lo que da origen a los ajustes anteriores por las ventas “no registradas” de materiales al proveedor Ferdý Ramón Elías Velásquez. Si bien puede considerarse “justo y equitativo” que se reconozca el crédito por esas adquisiciones, es importante tener presente, como se hizo ver, que todo se hizo sobre bases presuntas y no sobre los hechos como tal, ya que pudieron ser otras razones por las que se compraron esos productos y no necesariamente son productos para la venta. Es así que estos reconocimientos dependen de la posibilidad de probar que fueron compras de mercadería para la venta. En virtud del análisis de los anteriores ajustes formulados que se refieren al débito fiscal y habiéndose declarado la improcedencia de dichos ajustes no procede el reconocimiento del presente ajuste, razón por la que debe de resolverse declarando sin lugar el presente.

B.1.1) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL CUATRO, POR INGRESOS NO CONTABILIZADOS NI DECLARADOS, DERIVADOS DE COMPRAS NO CONTABILIZADAS NI DECLARADAS POR UN MILLON TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TRECE QUETZALES CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS DE QUETZAL (Q.1,036,513.75): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que determinó que el contribuyente no contabilizó ni declaró la totalidad de los ingresos facturados por la venta de bienes, originados por compras no contabilizadas ni declaradas las que se comprobó que se originaron por la adquisición de hierro corrugado y liso de distintas medidas, alambre de amarre, alambre espigado, costaneras, láminas galvanizadas, entre otros, según facturas emitidas por su proveedor Ferdý Ramón Elías Velásquez, NIT 2461592-7, quien conforme a requerimiento de información proporcionó la documentación indicada, según explicación de ajuste 2.1 y anexo 3 del Impuesto Sobre la Renta de la audiencia conferida. Base legal: artículos 1,2,3,4,7,8,46,47,54,59,60 y 72 de la Ley del impuesto sobre la Renta; 30 “A”; 98 numerales 1,2,3,8 y 13; 100 numerales 1 y 3; 112 numerales 7, del Código Tributario; 368, 373 y 381 del Código de Comercio de Guatemala; 3 literales a), d) e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en el período auditados. La parte actora sostiene que “el AJUSTE AL IMPUESTO

SOBRE LA RENTA DEL AÑO 2009 Por ingresos no contabilizados ni declarados, derivados de compras no contabilizadas ni declaradas por Q.1,036,513,75. Como se ha explicado anteriormente, el ajuste contiene un grave error de apreciación: el hecho de que una persona individual que es a su vez comerciante, compre bienes, no siempre implica que se compraron para la venta. El Directorio afirma que "...al detectarse compras que no fueron registradas contablemente y que tampoco se demuestra su Incorporación como mercancía disponible para la generación de rentas, se deducen ingresos no registrados...", Pero realmente NUNCA detectó compras de inventarios, sino que se presume que las ventas que un tercero dice que me realizó fueron por adquisición de inventario. Se trasladan a este punto los argumentos vertidos en el ajuste del IVA, pues se basan en la misma presunción y contiene el vicio que no se me mostró la información que el tercero proporcionó, como tampoco se demostró que esas compras fueran de inventarlo. Al no haberse proporcionado la información que el tercero indicó sobre mi persona, resulta, por lo ya expuesto, imposible plantear una defensa eficaz. Luego el método de promedio para establecer una utilidad, tiene el error que el método no puede ser aplicado cuando es determinación sobre base cierta y, por tanto, se hizo incorrectamente el ajuste. Es así que la primera tarea que debió presentar el fisco es que las compras que efectué realmente eran "inventario" y luego que hay ventas realizadas de ese inventario, no simplemente presumir que porque existieron "compras" fueron compras de inventario y eso TUVO que ser vendido. Téngase en cuenta que como persona individual tengo un doble papel: a) Compras personales; b) Compras dentro de la empresa ¿Qué elementos utilizó para establecer que fueron compras dentro de la empresa y no en lo personal? Eso no está establecido en el expediente por ninguna parte. De tal forma, afirmó y condenó sin tener probados los hechos en que se basa. El hecho generador de la obligación tributaria del Impuesto Sobre la Renta es el INGRESO, la RENTA. De modo que debió probar el ingreso, no presumirlo, ya que lo que hace con ese método es crear SIN BASE LEGAL, un hecho generador. Aplica analogía y no VERIFICACIONES. Es así que no puede ser sustentado este ajuste. 1 - Falta de Lógica en el ajuste: Podrán observar los magistrados que el tema se abordó en forma muy similar en la fase administrativa, debido a que este ajuste resulta de las compras que supuestamente no fueron tomadas como compras, y para efectos del ISR, SAT deduce que fueron omisiones de ingresos; entonces, la lógica utilizada por SAT es sumamente confusa, ya que

SAT "infiere" que por "omisión de gastos" se "omitieron ingresos". Hay que recordar que el efecto del error de no reportar compras, repercute en forma distinta para efectos del ISR que para efectos del IVA, ya que para efectos del IVA se podría dejar de reclamar crédito fiscal, pero para efectos de la ley del ISR, se deja de reportar un posible costo deducible, situación que únicamente me afecta a mí como contribuyente. Hay que recordar que el efecto del error de no reportar compras, repercute en forma distinta para efectos del ISR que para efectos del IVA, ya que para efectos del IVA se podría dejar de reclamar crédito fiscal, pero para efectos de la ley del ISR, se deja de reportar un posible costo deducible, situación que únicamente me afecta a mí como contribuyente. Ahora, que SAT asegure, temerariamente, que dada la omisión de costo en el manejo de inventario pueda llegar a repercutir una omisión de ingresos es simplemente erróneo y fuera de cualquier lógica jurídica. Como se expuesto en el capítulo que ajusta el débito fiscal del IVA, por la "omisión de reportar compras", se indica ahora que SAT tuvo a la vista el 100% de la documentación de ventas de mi persona, y por tal ESOS SON LOS INGRESOS REALES QUE TUVE EN EL PERÍODO AUDITADO POR SAT. Asegurar cualquier otro tema es irresponsable, toda vez que SAT no ha mencionado como dicha documentación adolece de vicio de falsedad, es así que es oportuno citar el criterio jurisdiccional vertido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. 2- Criterio de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo: múltiples ocasiones las salas de los tribunales de lo contencioso administrativo, han considerado que la técnica del muestro y los precios promedios no son técnicos ni mucho menos que determinen correctamente la obligación tributaria, toda vez que en reiteradas ocasiones han resuelto acertadamente de esta forma, para lo cual me permito citar la sentencia número cuarenta y cinco guion dos mil cinco (45-2005), emitida por la Sala Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el ocho de mayo de dos mil seis, la cual literalmente dice: "en el presente ajuste no tiene cabida ya que se debe de tomar como precio de integración el precio de venta y que se encuentra demostrado dentro del expediente administrativo con las facturas emitidas por el contribuyente, tomando dicho criterio es claro el artículo once de la Ley del Impuesto al Valor Agregado que establece que la base imponible de ventas será el precio de la operación menos los descuentos concedidos de acuerdo con las prácticas comerciales, de igual forma el débito fiscal que se pretende ajustar al tenor del artículo catorce del mismo cuerpo legal (...) por

lo que si el contribuyente cumplió con presentar las facturas emitidas con el precio claramente definido en forma global y ese es el que aparece en las declaraciones presentadas, el ajuste deviene improcedente, ya que si bien es cierto que el código tributario en su artículo noventa y ocho puede dentro de sus atribuciones establecer índices generales de rentabilidad, promedios o porcentajes de utilidad bruta, neta o ventas, también lo es que esta atribución como el propio cuerpo normativo citado lo indica, es para la mejor determinación de los tributos y no para que sean en defecto de los documentos contables correspondientes que son los únicos medios de prueba en tanto no se demuestre su nulidad o falsedad, que como en el presente caso nunca se originó, por lo que un precio de venta promedio debe ser debidamente identificado con el precio de venta realizado, cosa contraria sería que en base a un precio promedio, se determine omisión de ingresos, desvirtúa y distorsiona los documentos presentados que al final son los instrumentos por los cuales se demuestran los precios de la operación que son la base imponible de las ventas, por lo tanto el ajuste deviene improcedente". Con esta cita se evidencia que el actuar de la Superintendencia de Administración Tributaria infringe disposiciones expresas, de observancia general y de cumplimiento obligatorio, tales como artículo 98 del Código Tributario. (Atribuciones de la Administración Tributaria) en el numeral 3, 8, 10, toda vez que la utilización de los promedios son como la propia norma lo expresa para la mejor determinación de la obligación tributaria y no en detrimento de los documentos contables que son los que respaldan mis ingresos y ventas, toda vez que los auditores tributarios tuvieron a la vista el cien por ciento de documentos que respaldan mis Ingresos (facturas), costos y gastos (documentación legal de soporte), además de mis registros y libros contables; así también se contraria lo dispuesto en el numeral 12 del mismo artículo Y 53 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria. 3. Criterios Administrativos de Superintendencia de Administración. Se cita como precedente administrativo la resolución emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, número cuatrocientos sesenta y cinco guion dos mil ocho, que dice en su inciso B.1.1) en su tercer párrafo. "Del análisis de las actuaciones, los argumentos de la contribuyente y el sustento técnico y legal del ajuste, se considera que el mismo deviene improcedente, ya que tal como se consideró en el ajuste A.1.1) antes desarrollado, no se puede presumir la omisión de ingresos, con tan solo determinar un margen promedio de utilidad

anualizada aplicándolo a todos los productos por igual, ya que se necesita un estudio, análisis y desarrollo más profundo de la auditoría, específicamente en los libros de contabilidad, los documentos que respaldan las ventas y compras, así como el rastreo de inventario, en los cuales se pueda determinar técnicamente que efectivamente existió la omisión por parte de la contribuyente al no registrar y declarar la totalidad de ingresos gravados". Así se adjuntó como medio de prueba la resolución del directorio y las siguientes: cuatrocientos sesenta y cinco guion dos mil ocho (465-2008) y cuatrocientos veintisiete guion dos mil ocho (427-2008), precedentes administrativos que bien hubieran podido desde un inicio darle a conocer a la Superintendencia de Administración Tributaria los vicios en los que estaban y siguen incurriendo, Ya que los precedentes antes referidos son similares a los hechos que aquí se están postulando en relación a los precios promedios anualizados y por ende se buscó dirimir el conflicto en la vía administrativa, y no accederá otras instancias que, como ahora, producen -sin sentido- un menoscabo en mi patrimonio Y un desgaste del órgano jurisdiccional, así como también de la Superintendencia de Administración Tributaria. La lógica utilizada por SAT quedó desvirtuada en los elementos expuestos en la fase administrativa y los criterios anteriores vertidos por la Sala Tercera y la misma SAT, no obstante lo anterior, en la fase probatoria estaremos realizando exhibición de libros para demostrar que el manejo de las ventas está bien realizado, sin perjuicio del error formal de haber dejado de declarar compras. Es así que, con base en el artículo 109 del Código Tributario, no puede hacerse una determinación sobre base presunta, pues la misma aplica únicamente cuando el contribuyente no proporciona información, documentos ni elementos para la verificación como tal. En el presente caso, la facultad de verificar implica demostrar fehacientemente que realicé hechos generadores, no simplemente presumirlos. ¿A quién se vendió? ¿Hay testigos de las ventas no facturadas? NO. Lo único que hay son presunciones que compras de material fueron compras de "inventario para venta", cuando toda la documentación de venta fue ignorada y "presumido" que la misma no refléjala realidad, sin considerar que la legislación indica que la contabilidad hace prueba contra mí, por lo que hay que probar en contra de la prueba de la contabilidad, no simplemente "presumir". En el presente ajuste es necesario tomar en cuenta por parte de esta Sala que lo que se está ajustando es por ingresos no contabilizados, ni declarados, derivados de compras no contabilizadas ni declaradas, para lo cual es

necesario tomar en cuenta que de conformidad con el artículo 98 numeral 3 del Código Tributario la Superintendencia de Administración Tributaria tiene las atribuciones bien definidas, es por ello que dicha norma es necesaria transcribirla y la cual refiere lo siguiente: **“ARTICULO 98. * Atribuciones de la Administración Tributaria. La Administración Tributaria está obligada a verificar el correcto cumplimiento de las leyes tributarias. Para los efectos de este Código se entenderá por Administración Tributaria a la Superintendencia de Administración Tributaria u otra dependencia o entidad del Estado a la que por ley se le asignen funciones de administración, recaudación, control y fiscalización de tributos. En el ejercicio de sus funciones la Administración Tributaria actuará conforme a las normas de este Código, las de su Ley Orgánica, y las leyes específicas de cada impuesto y las de sus reglamentos respectivos, en cuanto a la aplicación, fiscalización, recaudación y el control de los tributos. 1.---2.---3. Verificar el contenido de las declaraciones e informaciones por los medios y procedimientos legales y técnicos de análisis e investigación que estime convenientes, con el fin de establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo correspondiente. Para este efecto, podrá requerir del sujeto pasivo y de terceros información complementaria, incluso a través de sistemas computarizados, en congruencia con lo que establecen los artículos 30 y 93 de este Código. 4.---5.---6.---7.---8. Establecer índices generales de rentabilidad, promedios o porcentajes de: utilidad bruta, utilidad neta, ingresos o ventas por ramo de actividad económica, respecto de un mismo giro comercial, industrial, agropecuario, de explotación de recursos naturales, de empresas de servicios, así como de otras actividades profesionales o técnicas para la mejor determinación de los tributos.- 9.---10.---11.---12.- Velar porque las actuaciones se resuelvan en conformidad con criterios administrativos o jurisdiccionales firmes, basados en ley, dictados en casos similares, a fin de lograr unificación de criterios y economía procesal.”** Es por ese numeral 3 de dicho artículo refiere como una atribución importante de la Administración Tributaria el establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo, y está es importante precisamente porque para llegar a esa conclusión debe de haber recorrido el camino necesario de revisar la totalidad de los documentos de la parte actora que tuvo la obligación de presentar dentro de la secuela administrativa, y esta Sala al revisar el expediente administrativo, efectivamente se establece que el contribuyente presentó la totalidad de la

documentación además dentro del expediente judicial consta que la experta del Tribunal Licenciada Cristabel Velasquez Rodriguez presentó su dictamen el cual obra a folios doscientos cuarenta y ocho (248) a doscientos sesenta y ocho (268), en donde a indica en el folio doscientos cincuenta y tres (253) reverso, como conclusión **“Con base en lo expuesto en los literales anteriores, se concluye que el contribuyente Jerson Buenaventura Elías Velasquez con la información contable con la que se cuenta se puede realizar una determinación de obligaciones tributarias sobre base cierta.”** Dicho criterio de la experta del Tribunal hace concluir que efectivamente no se puede acudir a la presunción sobre base presunta como lo realizó la entidad fiscalizadora en el presente caso, sobre todo porque el artículo 109 del Código Tributario establece: **“ARTICULO 109. Determinación de oficio sobre base presunta. En los casos de negativa de los contribuyentes o responsables a proporcionar la información, documentación, libros y registros contables, la Administración Tributaria determinará la obligación sobre base presunta. Para tal objeto podrá tomar como indicios los promedios de períodos anteriores, declarados por el mismo contribuyente y que se relacionen con el impuesto que corresponde, así como la información pertinente que obtenga de terceros relacionados con su actividad. Asimismo, podrá utilizar promedios o porcentajes de ingresos o ventas, egresos o costos, utilidades aplicables en la escala o categoría que corresponda a la actividad a que se dedique el contribuyente o responsable omiso en las declaraciones o informaciones. La determinación que en esta forma se haga, debe ser consecuencia directa, precisa, lógica y debidamente razonada de los indicios tomados en cuenta. Contra la determinación de oficio sobre base presunta, se admite prueba en contrario y procederán los recursos previstos en este código.”** Dicho artículo establece la negativa por parte del contribuyente para presentar la documentación y libros contables, que en el presente caso nunca se dio, y solo en el caso de que el contribuyente no presente documentación ni libros contables, solo en ese caso la entidad fiscalizadora podrá utilizar índices como indicios, sin embargo dentro del expediente administrativo no obra negativa del contribuyente a presentar dichos documentos y contabilidad, por lo que teniendo a la vista toda la documentación necesaria no podía la entidad fiscalizadora acudir a la determinación sobre base presunta y establecer bajo supuestos el establecimiento de índices que no son objetivos desde ningún punto de vista. Así mismo el numeral

8 del artículo 98 del Código Tributario establece que los índices son para la mejor determinación de la obligación tributaria no en sustitución de un procedimiento debidamente establecido en el mismo cuerpo legal, es por ello que dicho índice decretado por la Superintendencia de Administración Tributaria no puede ser tomado en cuenta por este Tribunal. Así mismo 12 del artículo 98 del Código Tributario citado establece que una de las atribuciones de la Superintendencia de Administración Tributaria es velar por que sus actuaciones se resuelvan en conformidad con los criterios emitidos por las Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ya que en una cantidad considerablemente alta se han revocados los ajustes por determinación sobre base presunta cuando se tuvo acceso a la totalidad de documentos y contabilidad del contribuyente analizados en esta sentencia y que se hubiera evitado un costo muy alto para la Administración Tributaria, para el poder judicial y al propio contribuyente, el que se siguieran con esos criterios ya que el único fin que se persigue con la aplicación de los mismos es lograr una unificación de criterios y economía procesal. Por todo lo anterior el ajuste formulado se procede a revocarlo de conformidad con la ley, y de esa forma deberá de resolverse.

B.1.2) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, POR INGRESOS OMITIDOS, POR VENTAS NO FACTURADAS, NO CONTABILIZADAS NI DECLARADAS POR DOS MILLONES TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA QUETZALES CON SESENTA Y DOS CENTAVOS DE QUETZAL (Q.2,035,590.62): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que determinó que de enero a diciembre de 2009, el contribuyente omitió ingresos provenientes de ventas no facturadas, no contabilizadas ni declaradas, extremo que se comprobó por medio de movimiento de inventario y tabulación de facturas de ventas y servicios prestados comparados con las compras y servicios recibidos, como se describe en la explicación de ajuste 2.2 de la audiencia conferida. Base legal: artículos 1,2,3,4,7,8,38 primer Párrafo, 46,47,48,54,59,60 y 72 de la Ley del impuesto Sobre la Renta; 14, 18, 19, 31,32;98 numerales 1 y 2; y 142 del Código Tributaria; 368,373 y 381 del código de Comercio de Guatemala; 3'literales a), d) e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en el período auditado. Por su parte la actora sostiene que "de conformidad con el AJUSTE

AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL AÑO 2009 Por ingresos omitidos, por ventas no facturadas, no contabilizadas ni declaradas por Q.2,035,590.62 Téngase por expuesto acá, como descargo, los argumentos ya explicados en el ajuste del IVA por las compras de cemento que supuestamente no se facturaron como ventas. En este punto hay que considerar que constitucionalmente la interpretación del Directorio respecto al impuesto de Distribución de Cemento no puede ser sostenida, ya que dicho impuesto debe ser considerado en los cálculos, pues se cobra el impuesto en la distribución del cemento, de manera que el precio de adquisición NETO no puede ser únicamente el valor de facturación menos IVA, ya que causaría que el IVA se está cargando sobre el cobro de un impuesto, lo que no puede ser constitucionalmente válido, al atentar con principios constitucionales de equidad y justicia, ya que se causa "sobreimposición" Razones por las que la Corte de Constitucionalidad ha declarado Va varios impuestos inconstitucionales, como bien lo saben los señores Magistrados. Esto implica, a su vez, que el monto de Q1.50 conforma el costo, pero no es el monto base para ser calculado el supuesto precio de ventas, pues debió ser considerado en el cálculo. Igualmente, SAT argumenta que la compra del cemento es para venta, de lo que se demostró con varios documentos y los propios registros contables que se utilizó para la fabricación de block. Argumenta que como "no se registró la venta en la contabilidad, lo que ellos presumen es válido" pues la -y cito textualmente acá- "...los libros de contabilidad hacen prueba contra su autor y la veracidad de sus operaciones debe ser demostrada con documentos incuestionables que llenen los requisitos legales..." cuando realmente la ley dice que -también citado por SAT- "Los libros de contabilidad y de comercio hacen prueba contra su autor (...) harán fe en juicio los libros que estén llevados de conformidad con la ley". Es así que no logro entender cómo dice que la contabilidad hace prueba contra mí, pero que de mi contabilidad no se puede ver que se vendió cemento, por lo que PRESUME que vendí cemento, cuando mi propia contabilidad indica que VENDÍ BLOCKS, no así cemento... Realmente no entiendo, ya que se según mi leal saber y entender, la ley lo que dice es que mi contabilidad hace prueba contra mi V si mi contabilidad, por tanto, dice que no vendí cemento, es que no vendí cemento, salvo que se me demuestre con documentos fehacientes, irrefutables y auténticos, que sí vendí, pero no los registré. Acá el argumento opera contra la propia Administración Tributaria, pues nunca. El presente ajuste está relacionado con el ajuste al débito fiscal por la supuesta omisión de ventas de sacos de cementos

que se utilizaron en la fabricación de blocks, es importante establecer que este hecho no obedece a situación meramente legales, si no a situaciones de hecho, claro está que la forma legal del presente ajuste es que los ingresos reportados en mi contabilidad SON LOS INGRESOS QUE EFECTIVAMENTE TUVO, y que el supuesto “faltante de inventario de sacos de cemento” que quiere hacer ver SAT, no es una omisión de ingresos, sino que es una utilización de materia prima para la fabricación de BLOCKS. Afectivamente tuve ingresos por la venta de Blocks, por lo que EXISTE DOCUMENTACIÓN DE SOPORTE A DICHAS VENTAS, si SAT sigue confirmando un ajuste bajo el entendido que los documentos de ventas -que prueban mi ingresos- no tienen validez, le debió haber importado probar fehacientemente los hechos, no simplemente presumirlos, pues lo que tiene VALIDEZ LEGAL DE PRUEBA es la contabilidad, no las presunciones. Los blocks no fueron imaginarios y la ley no me obliga a “grabar” el proceso productivo de los mismos, ni mucho a menos a fabricarlos únicamente con maquinaria, como lo quiere hacer ver la Administración Tributaria. 1. Sobre la fabricación y venta de blocks: La fabricación y venta de blocks ocurrió, y dichas ventas las prueba con el contrato en donde me obligaba a entregar el block y con la facturación del block vendido. Lo anterior es más que suficiente para probar que existió la venta. NUNCA SAT probó nada contra la contabilidad que llevé y le presenté. Presume simplemente, pero una presunción no puede derivarse sino de hechos probados, de los que acá no hay uno solo. SAT indica que no se probó la fabricación de block, no obstante de probar las compras de materia prima y las ventas de block; pero lo que SAT pretende es que exista algún “video” donde se muestre la fabricación de los blocks, o que le lleve fotos y le exhiba las paredes que se construyeron con dichos blocks. También pretende que los blocks se fabriquen en una planta industrial, olvidando que estamos en un país en el que hacemos artesanalmente casi cualquier cosa. Debe comprenderse que vender blocks conlleva, como costo mayor, el transporte, pues de transporta piedra. De tal manera que es mucho más eficiente transportar cemento y luego fabricar el block en lugares más cercanos al sitio de entrega.. Es así que precisamente es lo que se hizo. Comprar cemento, no block, para abastecerla demanda de block que se tendría. Simplemente es un ajuste que quiere hacer ojos ciegos a la realidad en completa violación a las atribuciones de SAT contenidas en el numeral 3 del artículo 98 del código tributario que establece: “3. Verificar el contenido de las declaraciones e

informaciones por los medios y procedimientos legales y técnicos de análisis e investigación que estime convenientes, con el fin de establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo correspondiente. Para este efecto, podrá requerir del sujeto pasivo y de terceros cualquier información complementaria, incluso a través de sistemas computarizados, en congruencia con lo que establecen los artículos 30 y 93 de este Código. A SAT no le interesó ningún tipo de investigación sobre lo que pasó con esos sacos de cemento, simplemente se encuadra en una suposición de que me dedico únicamente a la compra y venta de sacos de cementos Y LUEGO DE AHÍ NO PUEDE HABER NADA MÁS. Siempre me he dedicado a la producción de block, y en especial como se observa a partir del mes de septiembre en adelante, gran parte del cemento comprado fue utilizado para la producción de block, dicha producción nació que a partir de septiembre se conoció la posibilidad de dotar una suma fuerte de block a la región suroccidente, específicamente a los departamentos de Sacatepéquez, Chimaltenango, Escuintla, Sololá, Totonicapán, Quetzaltenango, Suchitepéquez, Retalhuleu, San Marcos, Huehuetenango y Quiché. Conociendo que la naturaleza del producto implica el reto de bajar costos de transporte, la estrategia comercial más adecuada es comprar cemento, fabricar los blocks in situ y no comprar block en Mixco para entregar en Quetzaltenango, por ejemplo. Por lo que se inició a producir block, dicho evento fue confirmado por medio del contrato número 72-2009, de fecha 16 de diciembre de 2009, del cual obra copia en el expediente administrativo, en dicho contrato claramente se establece la obligación de dotar un millón setecientos noventa y nueve mil sesenta y siete blocks (1,799,067), de la siguiente medida: Block 14x19x39;35kg/cm2, y en virtud de la suma contratada era viable la producción, por lo que se tomó esa decisión. 2. Facturas de ventas de Blocks: Es menester probar la venta de Blocks, por lo que su representada desde “”ya ofrece la prueba de exhibición de libros para mostrar las ventas de Blocks realizadas, mismas que se prueban con la factura de dicha venta. 3. Falta de necesidad de capacidad instalada para fabricar Blocks: Como establecimos, SAT no busca la verdad mediante investigación real, únicamente busca “encontrar” formas para respaldar su postura (por descabelladas que suenen), SAT indica en cuanto a la producción de Blocks que “no ha sido probado pues no ha demostrado su capacidad instalada para producir block ya que según balance general no reporta activos fijos que se pudieran utilizar para la producción (maquinaria, áreas de secado etc.)” De

entrada no se sabe qué base de recaudación está aplicando SAT para cuestionar la forma de fabricación de blocks y así realizar ajustes que repercuten en erogaciones fiscales, simplemente NO EXISTE TAL BASE DE RECAUDACIÓN. El objetivo claro de SAT es restarle credibilidad a las facturas de ventas de block, documento fehaciente para efectos de la ley del IVA que prueba la venta de blocks, así como restarle credibilidad el contrato que me obligó a fabricar dichos blocks. No obstante la venta de block está probado ES DEBER DE SAT PROBAR QUE SE VENDIERON BLOCKS IMAGINARIOS, no de mi persona probar cómo se fabricaron. Sin perjuicio de lo anterior es importante exponer a los magistrados lo falaz del término utilizado por SAT de no tener “capacidad instalada” para producir block, cuando es algo sabido que no se necesita de “maquinaria” para producir blocks el mismo se puede producir de diversas formas, no es un tema reservado únicamente para ser fabricado con máquinas, los blocks se fabrican desde tiempos en que no existía ninguna máquina, y en la actualidad no es la excepción que los blocks se puedan fabricar sin necesidad de “maquinaria” si no únicamente con moldes que pueden ser ensamblados por uno mismo. Por lo anterior, el argumento de SAT no tiene ninguna validez para la vida jurídica que fundamente la “falta de capacidad instalada” con base a registro contables de “activos fijos” refiriéndose a maquinaria y “espacios de secado”» ¿cómo llega a esa conclusión, únicamente con documentos? No se sabe y así de irreal es el ajuste realizado por SAT. Acá fotos de cómo se fabrican los blocks y los “activos fijos” que se necesitan a la derecha. Son simples cajas que ni siquiera deben ser comprados y pueden ser fabricados con tablas y pedazos de alambre. Los registros contables de su representada efectivamente demuestran la venta de block, por lo que este ajuste deberá ser desvanecido por este honorable tribunal. ¿Cómo se puede aceptar que vendí blocks que no compré y que no tenía en inventario? Es así que los movimientos de inventario y comparación con las ventas de blocks demostrará que se fabricaron en una relación de 20 blocks por saco de cemento. De tal manera que no se entiende cómo SAT pretende que con 13,890 blocks comprados y un Inventario inicial de 4,418 blocks (18308 blocks comprados), se hayan vendido, sólo en 2009, la cantidad de 60,391 blocks. La EXPLICACIÓN LÓGICA ES QUE SE FABRICAN, pues no es dable presumir que se vende lo que no se tiene. Adicionalmente, tuvo que entregarse block el 8 de enero de 2010 y la única manera es haberlo fabricado en el 2009, ya que el inventario, con esos movimientos, era negativo al 31 de diciembre de 2009.

Evidentemente lo que sucede es que debe considerarse que el cemento comprado sirvió para fabricar block, no que se compró cemento y se vendió cemento. El medio de prueba legalmente tasado es la contabilidad llevada por el comerciante. Es así que las ventas de block están totalmente probadas en la contabilidad con el “misterio” de la procedencia de esas unidades. Las compras de cemento están probadas en la contabilidad y las compras de block también. ¿Cómo concluye SAT que se vendió block que no se tenía y se vendió cemento que no tiene factura de venta, cuando se le ha dicho que el cemento se usa para fabricar block? 4 Elementos probatorios de la forma de hacer blocks: En la fase probatoria estaremos mostrando la forma en que se fabrican blocks, situación que puede llegar a ser bien sencilla con simplemente observar en el sitio de vídeos de internet www.youtube.com la forma de fabricación artesanal de los mismos en donde claramente se pueden observar vídeos de la fabricación de blocks con simples moldes que pueden ser de distintos materiales.” En el presente ajuste es necesario tomar en cuenta por parte de esta Sala que lo que se está ajustando es por ventas netas no facturadas, no registradas ni declaradas, para lo cuales necesario tomar en cuenta que de conformidad con el artículo 98 numeral 3 del Código Tributario la Superintendencia de Administración Tributaria tiene las atribuciones bien definidas, es por ello que dicha norma es necesaria transcribirla y la cual refiere lo siguiente: **“ARTICULO 98. * Atribuciones de la Administración Tributaria. La Administración Tributaria está obligada a verificar el correcto cumplimiento de las leyes tributarias. Para los efectos de este Código se entenderá por Administración Tributaria a la Superintendencia de Administración Tributaria u otra dependencia o entidad del Estado a la que por ley se le asignen funciones de administración, recaudación, control y fiscalización de tributos. En el ejercicio de sus funciones la Administración Tributaria actuará conforme a las normas de este Código, las de su Ley Orgánica, y las leyes específicas de cada impuesto y las de sus reglamentos respectivos, en cuanto a la aplicación, fiscalización, recaudación y el control de los tributos. 1.----2.----3. Verificar el contenido de las declaraciones e informaciones por los medios y procedimientos legales y técnicos de análisis e investigación que estime convenientes, con el fin de establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo correspondiente. Para este efecto, podrá requerir del sujeto pasivo y de terceros información complementaria, incluso a través de sistemas computarizados, en congruencia con lo que establecen los artículos 30 y 93 de este**

Código. Es por ese numeral 3 de dicho artículo refiere como una atribución importante de la Administración Tributaria el establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo, y está es importante precisamente porque para llegar a esa conclusión debe de haber recorrido el camino necesario de revisar la totalidad de los documentos de la parte actora que tuvo la obligación de presentar dentro de la secuela administrativa, y esta Sala al revisar el expediente administrativo, efectivamente se establece que el contribuyente presentó la totalidad de la documentación que se le fuera requerida, en los requerimientos de información sin que existiera por parte del contribuyente una negativa a la presentación de los documentos correspondientes. Así mismo la Administración Tributaria justifica que el contribuyente no contabilizó ni declaró la totalidad de ingresos facturados por venta de bienes, originados por compras no contabilizadas ni declaradas las que comprobó que se originaron por la omisión de ingresos provenientes de ventas no facturadas, no contabilizadas ni declaradas, extremo que se comprobó por medio de movimiento de inventario y tabulación de facturas de ventas y servicios prestados comparados con las compras y servicios recibidos, existe a su parecer cuarenta y cinco mil ciento noventa y siete sacos de cemento vendidos que no fueron facturados, registrados ni declarados, por lo que fue necesario establecer precios promedios, lo que generó la omisión de ingresos, en ese sentido es necesario tener claro que el simple movimiento de inventario y la tabulación de facturas no hace como conclusión que se pueda establecer que cuarenta y cinco mil ciento noventa y siete sacos de cemento se vendieron y no se facturaron, en todo caso la Superintendencia de Administración Tributaria debe establecer con precisión en donde están los sacos de cemento, así mismos debe de establecer una tesis con respecto al destino del cemento, y no hacer una suposición que no demuestra la veracidad del ajuste, porque además estableció precios promedio del producto, cuando tuvo a su alcance toda la información para tomar en forma certera y precisa los precios del producto consistente en cemento en sus distintas clases como lo refirió dentro del expediente administrativo, así mismo la Administración Tributaria le resta importancia al contrato administrativo número setenta y dos guion dos mil nueve, emitido en la Ciudad de Guatemala, a los dieciséis días del mes de diciembre de dos mil nueve, entre la entidad Asociación Movimiento Brazos Solidarios y el contribuyente, con el objeto de realizar el denominado proyecto de Dotación de Block Región

Suroccidente, con tiempo de ejecución de seis meses, por la cantidad de un millón setecientos noventa y nueve mil sesenta y siete Block de la medida de catorce por diecinueve por treinta y nueve punto treinta y cinco centímetros cuadrados, y su transporte por la suma de siete millones novecientos noventa y nueve mil novecientos once quetzales con veintitrés centavos de quetzal, que incluye el valor al impuesto agregado, conviniendo para el pago de transferencias parciales, dicho contrato tiene un primer addendum y un segundo addendum en donde se modifica la entrega de block y se agrega la entrega de adoquín, dicha operación coincide de con las ventas realizadas de block según el dictamen de la Licenciada Cristabel Velasquez Rodriguez que indica en el folio doscientos cincuenta y cinco (255) del expediente judicial, en donde indica que las ventas de block del año dos mil diez se tuvo a la vista fotocopia de la factura dos mil doscientos ochenta y nueve (2289) del ocho de enero de dos mil diez por la cantidad de un millón seiscientos mil quetzales, emitida a la entidad SOMBRAS por anticipo de contrato setenta y dos mil dos mil nueve, del proyecto denominado Dotación de block Región Sur Occidente, y que obra a folio dos mil setenta y cinco del expediente administrativo. De igual forma como conclusión la experta del Tribunal Licenciada Cristabel Velasquez Rodriguez indica en su conclusión en la página doscientos cincuenta y siete (257) del expediente administrativo que: **“El contribuyente Jerson Buenaventura Elías Velasquez con copras de block en dos mil nueve no era suficiente para cubrir los montos de ventas de block realizados en los años dos mil nueve a dos mil diez auditados, por lo que lo no cubierto con inventario de blocks comprado, pudo haber sido fabricado por él, con el cemento comprado que ajustó la administración Tributaria indicando que debió ser vendido como cemento y para esta fabricación y proceso de producción intervienen los elementos gasto de mano de obra directa, materia prima y gastos indirectos.”** Es precisamente por esa conclusión que este Tribunal al análisis en conjunto todos y cada uno de los argumentos de las partes, establece que la entidad fiscalizadora nunca demostró dentro del expediente administrativo con total precisión la realidad del ajuste, porque lo hace en base a suposiciones como el inventario aparece una cantidad diferente supone que fue producto que se vendió y no se facturó, ese tipo de indicaciones no pueden ser validas ni ponderadas por este Tribunal ya que dentro del derecho las argumentaciones es necesario demostrarlas y no acudir a las presunciones, porque la parte actora (contribuyente) entregó todos y cada uno de los

documentos que le fueron requeridos, por lo que al tenor del artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, las partes tienen la carga procesal de demostrar sus correspondientes argumentaciones, y en el presente caso quien tiene la obligación de justificar y motivar sus argumentaciones para la formulación del ajuste es la entidad fiscalizadora, que tiene una tarea de verificar todos y cada uno de los documentos presentados y no hacer suposiciones como que el contribuyente no tiene capacidad para fabricar una cantidad determinada de blocks, situación que queda totalmente demostrada con el video presentado por el contribuyente y que obra a folio doscientos diecinueve (219) del expediente judicial, en donde consta el procedimiento de elaboración de block en forma manual sin necesidad de que se infiera una capacidad mayor para realizar el proceso productivo del block, porque el mismo se puede realizar en forma manual y como consta dentro del expediente administrativo se presentaron las facturas de algunos proveedores de block. Por todo lo anterior y dado que la Administración Tributaria no demostró efectivamente los elementos necesarios para sustentar el presente ajuste, este tribunal declara sin lugar el mismo, y de esa forma deberá de resolverse. **B.1.3) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL CUATRO, POR COMPRAS NO RESPALDADAS CON LA DOCUMENTACION LEGAL CORRESPONDIENTE POR CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DIECISEIS QUETZALES CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS DE QUETZAL (Q.164,516.34):** La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que determinó que de enero a diciembre de 2009, el contribuyente contabilizó y declaró compras que no cuentan con la documentación legal de soporte extremo que se comprobó al tabular la totalidad de facturas de compras presentadas en la auditoría efectuada, detectándose diferencia que obedece a las compras no documentadas que se ajustan, según explicación de ajuste 2.3 y anexo 3 de la audiencia conferida. Base legal: artículos 39 primer párrafo literales a) y b); 46 y 47 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 98 numerales 1, 2, 3, 4 y 13; 100 numeral 1); 112 numeral 4 del Código Tributario; 368, 373 y 381 del Código de Comercio de Guatemala; 3 literales a), d) e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en el Período auditado. La parte actora sostiene que el ajuste por las compras no respaldadas con la documentación legal correspondiente. Ajuste original: Q.164,516.34 del cual se desvanece la cantidad de Q76,860.00. Por notas de crédito

contabilizadas y declaradas como compras Q.89,213.39. Los ajustes anteriores son puramente ajustes documentados que al ser presentados los documentos con los que se comprueba el crédito fiscal, deberán ser desvanecidos, situación que se realizará mediante una exhibición de libros. En el presente ajuste la parte actora dentro del trámite administrativo, presentó documentación que fue efectivamente valorada por la entidad fiscalizadora por medio de la cual declaro desvanecer parcialmente el ajuste por cincuenta y cuatro mil setecientos noventa y dos quetzales con cincuenta centavos de quetzal (Q.54,792.50), por lo que se confirma por la cantidad de ochenta y siete mil seiscientos cincuenta y seis quetzales con treinta y cuatro centavos de quetzal (Q.87,656.34), sin embargo dentro de la secuela judicial se discutió el desvanecimiento de veintidós mil sesenta y siete quetzales con cincuenta centavos de quetzal (Q.22,067.50) que fueron desvanecidos dentro de la secuela procesal y que la Licenciada Cristabel Velasquez Rodriguez lo indica con claridad en su dictamen en la página doscientos sesenta y uno (261) del expediente judicial en donde indica "Con base a lo expuesto en las literales anteriores, se concluye que el ajuste al gasto del contribuyente Jerson Buenaventura Elias Velasquez realizado por la Administración Tributaria por Q.22,067.50, se encuentra desvanecido.". Así mismo dentro de la resolución que se impugna se indica en la página dos mil trescientos veintiuno (2321) del expediente administrativo, "...dicho documento contiene implícito un costo que se reconoce por Q.22,067.50.". Por lo anterior es que efectivamente la parte actora demostró en la fase administrativa lo concerniente a dichas cantidades por lo que el resto no se logró demostrar en la fase judicial, razón por la cual este Tribunal en base al artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, procede a declarar con lugar el ajuste formulado en la forma en que lo estableció la entidad fiscalizadora y de esa forma deberá de resolverse.

B.1.4) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL CUATRO, POR NOTAS DE CREDITO CONTABILIZADAS Y DECLARADAS COMO COMPRAS, POR OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS TRECE QUETZALES CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS DE QUETZAL (Q.89,213.39): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que determinó que de enero a diciembre de 2009, el contribuyente contabilizó y declaró compras que no cuentan con la documentación legal de soporte, extremo que se comprobó al detectar el

registro de notas de crédito emitidas por el proveedor Herramientas Materiales y Servicios, NIT 498618-0, originadas por devolución de mercancías por lo que éstas debieron ser restadas de las compras y no sumadas como se llevó a cabo. Base legal: artículos 39 primer párrafo literales a) y b); 46 y 47 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 98 numerales 1, 2, 3, 4 y 13; 100 numeral 1); 112 numeral A del Código Tributario; 368, 373, y 381 del Código de Comercio de Guatemala; 3 literales a), d) e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en el período auditado. En el presente ajuste dentro de la secuela procesal no se argumentó por parte del contribuyente, así este Tribunal, en la fase judicial de igual forma no encuentra argumentación para el desvanecimiento del ajuste, sobre todo porque es un ajuste lógico ya que el error de declarar las notas de crédito como compras ocasiona un desajuste en la aplicación de las leyes tributarias, ya que lo correcto es restar las notas de crédito y no sumarlas como compras, porque el efecto es negativo, razón por la cual esta Sala considera procedente el presente ajuste y de esa forma deberá de resolverse.

B.1.5) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL CUATRO, POR RECONOCIMIENTO POR COMPRAS NO CONTABILIZADAS NI DECLARADAS, POR UN MILLON CIENTO SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUETZALES CON TREINTA Y TRES CENTAVOS DE QUETZAL (Q.1,171,483.33): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que comprobó que el contribuyente no contabilizó ni declaró facturas de compras de su proveedor Ferdy Ramón Elías Velasquez, NIT 2461592-7, que se describen en la explicación de reconocimiento del Impuesto Sobre la Renta ajuste 2.1 y anexo de reconocimiento 1, observando el principio de justicia y equidad, se reconocen dichas compras. Base legal: artículos 38 primer párrafo, literal a); 46,47,54,59, y 60 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 30 "A"; 98 numerales 1, 2, 3,4,8 y 13; 100 numerales 1) y 3); 112 numerales 4 y 7 del Código Tributario; 3 literales a), d) e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en el período auditado. La parte actora indica que con relación a los reconocimientos realizados por la Superintendencia de Administración Tributaria por gastos, ingresos y deducciones, no obstante los mismos están relacionados a divulgaciones que debió realizar contablemente, no obstante es importante dejar

claro que deberá revisarse la legalidad de dichos reconocimientos en virtud de los ajustes realizados. Negativa a reconocer costos y gastos que no se consideraron. Se solicitó que se reconocieran costos y gastos que no se habían considerado en la determinación realizada durante la auditoría. El Directorio indica que sería actuar al margen de la ley- Al margen de la ley es no considerar lo que favorece juntamente con lo que desfavorece al contribuyente, pues es lo que la justicia y equidad tributaria indican. Lo hizo en el reconocimiento de créditos y costos en todo el procedimiento, no entendemos esa conclusión en estos puntos, El trabajo de la Administración Tributaria, su facultad-obligación, es VERIFICAR EL CORRECTO CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS, por lo que el término "correcto cumplimiento" implica reconocer los errores a favor y en contra del contribuyente. Si no fuera así, la facultad debería ser CORREGIRLOS ERRORES DEL CONTRIBUYENTE QUE BENEFICIEN AL FISCO, y eso no es el texto de la ley. De tal forma que la denegatoria a reconocer otros gastos y costos es violatoria de lo que el artículo 146 del Código Tributario que obliga a "verificar las declaraciones, determinaciones y documentos" y el artículo 98, Atribuciones de la Administración Tributaria, del mismo Código Tributario, que dice, numeral 3, "Verificar el contenido de las declaraciones e informaciones... con el fin de establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo correspondiente..." (Resaltado es agregado). Queda claro que la atribución es establecer con precisión el monto del tributo correspondiente y por tanto, aun cuando no haya sido incluido en la declaración un gasto o costo, el mismo, al ser revisado por la Administración Tributaria, deberá ser reconocido e incluido. Por tanto, que esta resolución es violatoria de la ley y por tanto, violatoria de la juridicidad, por lo expuesto. En virtud del análisis de los anteriores ajustes formulados que se refieren al débito fiscal y habiéndose declarado la improcedencia de dichos ajustes no procede el reconocimiento del presente ajuste, razón por la que debe de resolverse declarando sin lugar el presente.

B.1.6) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL CUATRO, POR RECONOCIMIENTO POR CONTABILIZAR Y DECLARAR DE FORMA INCORRECTA INGRESOS DEL PERIODO POR SIETE MIL NOVECIENTOS UN QUETZALES CON UN CENTAVO DE QUETZAL (Q.7,901.01): La Superintendencia de Administración Tributaria

sostiene que en virtud que el contribuyente reportó un monto mayor de ingresos los cuales se detectaron de la comparación de las facturas proporcionadas y las ventas facturas de los establecimientos comerciales, resultado diferencia que ocasiona el reconocimiento de ingresos no generados. Base legal: artículos 1,2,3,4,7,8,46,47,54,59,60 y 72 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 98 numerales 1,2,3,4 y 13; 100 numerales 1) y 3); 112 numeral 7 del Código Tributario; 368,373 y 38I del Código de Comercio de Guatemala; 3 literales a), d) e i) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; vigentes en el período auditado. La parte actora indica que con relación a los reconocimientos realizados por la Superintendencia de Administración Tributaria. "SAT realiza reconocimientos por gastos, ingresos y deducciones, no obstante los mismos están relacionados a divulgaciones que debí realizar contablemente, no obstante es importante dejar claro que deberá revisarse la legalidad de dichos reconocimientos en virtud de los ajustes realizados. Negativa a reconocer costos y gastos que no se consideraron. Se solicitó que se reconocieran costos y gastos que no se habían considerado en la determinación realizada durante la auditoría. El Directorio indica que sería actuar al margen de la ley- Al margen de la ley es no considerar lo que favorece juntamente con lo que desfavorece al contribuyente, pues es lo que la justicia y equidad tributaria indican. Lo hizo en el reconocimiento de créditos y costos en todo el procedimiento, no entendemos esa conclusión en estos puntos, El trabajo de la Administración Tributaria, su facultad-obligación, es VERIFICAR EL CORRECTO CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS, por lo que el término "correcto cumplimiento" implica reconocer los errores a favor y en contra del contribuyente. Si no fuera así, la facultad debería ser CORREGIRLOS ERRORES DEL CONTRIBUYENTE QUE BENEFICIEN AL FISCO, y eso no es el texto de la ley. De tal forma que la denegatoria a reconocer otros gastos y costos es violatoria de lo que el artículo 146 del Código Tributario que obliga a "verificar las declaraciones, determinaciones y documentos" y el artículo 98, Atribuciones de la Administración Tributaria, del mismo Código Tributario, que dice, numeral 3, "Verificar el contenido de las declaraciones e informaciones... con el fin de establecer con precisión el hecho generador y el monto del tributo correspondiente..." (Resaltado es agregado). Queda claro que la atribución es establecer con precisión el monto del tributo correspondiente y por tanto, aun cuando no haya sido incluido en la declaración

un gasto o costo, el mismo, al ser revisado por la Administración Tributaria, deberá ser reconocido e incluido. Se pide este tribunal considere, por tanto, que esta resolución es violatoria de la ley y por tanto, violatoria de la juridicidad, por lo expuesto." En virtud del análisis de los anteriores ajustes formulados que se refieren al débito fiscal y habiéndose declarado la improcedencia de dichos ajustes no procede el reconocimiento del presente ajuste, razón por la que debe de resolverse declarando sin lugar el presente.

B.1.7) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL CUATRO, POR DEDUCCIONES PERSONALES NO DECLARADAS, POR TREINTA Y SEIS MIL QUETZALES (Q.36,000.00): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene en virtud que se comprobó que el contribuyente no declaró la suma única por concepto de deducciones personales, sin necesidad de comprobación alguna, es procedente reconocer dicha deducción por disposición de la ley. Base legal: artículos 37 literal a); 54, 59, 60 y 72 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 98 numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 13; 100 numeral 1); 112 numerales 4 y 7 del Código Tributario; vigentes en el período auditado. Con respecto a este reconocimiento, la única manifestación de este Tribunal es que es un derecho contenido en la Ley del Impuesto Sobre la Renta a aquellos contribuyentes que realicen actos de conformidad con la ley tributaria tendrán esa opción, ya que realizan actividades generadoras del impuesto en forma personal, razón por la cual dicho reconocimiento se encuentra contenido en la ley de la materia y de esa forma deberá de resolverse.

CONSIDERANDO III: Este Tribunal en base a las actuaciones procesales y de conformidad con la normativa aplicable en este caso puede dispensar las costas procesales cuando se ha actuado de buena fe, razón por la cual no se hace especial condena en costas procesales.

LEYES APLICABLES: 203, 204 y 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 5, 9, 10, 13, 15, 16, 36, 51, 52, 58, 62, 86, 87, 88 inciso h 113, 141, 142, 143 y 159 de la Ley del Organismo Judicial; 25, 26, 27, 28, 44, 45, 51, 62, 63, 64, 67, 71, 75, 79, 126, 127, 128, 129, 178, 186, 194, 195, 196, 572, 573, 574, 575, 577 del Código Procesal Civil y Mercantil; 1, 2, 4, 7, 8, 14, 17, 18, 19, 31, 103, 112, del Código Tributario; 17, 17bis, 18, 19, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 45, 48 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, Acta 72-2016 Corte Suprema de Justicia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

PORTANTO: Este Tribunal en base a lo considerado y leyes citadas, **DECLARA: I) CON LUGAR PARCIALMENTE** la demanda promovida por **JERSON BUENAVENTURA ELIAS VELASQUEZ, contra la Superintendencia de Administración Tributaria. II)** Se declara sin lugar la nulidad por violación al debido proceso interpuesta por la parte actora dentro de la secuela procesal, ya que fue interpuesta y resuelta de acuerdo a las constancias del expediente administrativo; **II) SE REVOCA PARCIALMENTE** la resolución número ciento cuarenta y cinco guion dos mil catorce (145-2014), que emitió el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, el trece de marzo de dos mil catorce, en el punto número siete (7) del acta número veintiuno guion dos mil catorce (21-2014), dentro del expediente administrativo SAT dos mil once guion cero dos guion cero nueve guion cuarenta y cuatro guion cero cero cero ochocientos cuarenta y seis (SAT 2011-02-09-44-0000846); **SE REVOCAN** los ajustes al Impuesto Al Valor Agregado que se identifican con los números: A.1.1); A.1.2); A.3.1); A.4.1); A.5.1); y al Impuesto Sobre la Renta los ajustes que se identifican con los números: B.1.1); B.1.2); B.1.5); B.1.6); **Y SE CONFIRMAN** los ajustes al Impuesto al Valor Agregado que se identifican con los números A.2.1); y A.2.2); y al Impuesto Sobre la Renta los ajustes que se identifican con los números B.1.3); B.1.4) y B.1.7); III) En virtud de los argumentos contenidos en la parte considerativa números romanos dos (II) no se hace especial condena en constas procesales. IV) Al estar firme la sentencia devuélvase el expediente a donde corresponde. **NOTIFÍQUESE.**

Erwin Ivan Romero Gonzáles, Magistrado Presidente, Reina Isabel Teo Salguero, Magistrado Vocal Primero; Cruz Munguía Sosa, Magistrado Vocal Segundo. Secretario.

07/10/2019-CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 214-2015

Proceso Contencioso Administrativo 01144-2015-00214

Oficial y Notificador 1ro.

SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: Guatemala, siete de octubre de dos mil diecinueve.

Se tiene a la vista para dictar Sentencia el proceso que en la vía de lo contencioso administrativo, ha sido

promovido por la entidad **AVIATECA, SOCIEDAD ANONIMA A TRAVES DE SU PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION Y REPRESENTANTE LEGAL** quien actuó bajo la dirección y procuración de los Abogados, Eduardo Rene Mayora Alvarado, Juan Carlos Casellas Gálvez, Norka Ivette Aragón García, y Juan Carlos Foncea Ferraté, quienes actuaron en forma conjunta, separada, indistintamente, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, la cual compareció a juicio por medio de la abogada Lilian Lizeth García García, en su calidad de Mandataria Especial Judicial con Representación, actuando bajo su propia dirección y procuración y de los abogados Ricardo Samuel López Chun, Berta Rubilia Zamora López, Floricelda Pozuelos Pivaral, Paula Denisse Bonilla Díaz, Laura Rossana Bernal Bonilla, Jorge Augusto Samayoa Mazariegos, Adriana Lucia Robles Bermúdez y Silvia Janeth Marine Guzman Montufar. En forma conjunta, separada e indistintamente; **LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, fue representada por el Abogado José Raúl Herrera Gonzalez, quien actuó bajo su propia dirección y procuración y la de los Abogados Víctor Hugo Mejicanos Castañeda, Julia Darina Ríos Rodas y Nancy Sulema García Flores; Las partes son de este domicilio. De las actuaciones aparecen los siguientes resúmenes:

1.- DEL MEMORIAL DE DEMANDA: Por su parte la actora sostiene con respecto a los Derechos fundamentales y legales violados en la formulación y confirmación del ajuste al débito fiscal omitido por servicios no facturados por q. 373,409.50. Del error en la calificación y aplicación de la ley tributaria y la violación al Derecho fundamental a la legalidad, la Constitución se refiere, en sus artículos 152 y 154 claramente disponen que no existe actuación administrativa de la Administración Pública en General y Tributaria en particular, que sea inmune al principio de legalidad, o lo que es lo mismo, que no hay ámbito de su actuación que no se encuentre sujeta a la Ley. Las citadas cláusulas constitucionales, pues, disponen que el ejercicio del poder se encuentra sujeto a los límites establecidos en la Constitución y la Ley, así como que los funcionarios públicos se encuentran sujetos a la Ley y no son superiores a ella. Esta circunstancia no es diferente cuando se aborda desde la perspectiva científica y jurisprudencial, pues ambos sectores coinciden en señalar que la actuación administrativa de la Administración tributaria, se encuentra sujeta a la Ley. En efecto, para García De Enterría el principio de legalidad sujeta a Derecho a todos los actos y

disposiciones de la Administración, los cuales deben ser conformes a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen infracción del ordenamiento jurídico y les priva actual y potencialmente de validez. El Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no resulta válida sino responde a una previsión normativa. En el mismo orden de ideas, Ballbe ha sostenido que toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y sólo en la medida que pueda ser referida a un precepto jurídico, puede tenerse a tal acción administrativa como válida. Por el lado de la jurisprudencia, encontramos que la Corte de Constitucionalidad se ha referido al principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de la actuación administrativa de las Administraciones Públicas en General, como la de la actuación administrativa de la Administración tributaria en particular, concluyendo en ambos casos la insoslayable sujeción de la actuación administrativa a la Ley. En efecto, al referirse a la actuación de la Administración Pública en General, el Alto Tribunal ha señalado que el principio de legalidad "(...) implica que la actividad de cada uno de los órganos del Estado debe mantenerse dentro del conjunto de atribuciones expresas que le son asignadas por la Constitución y las leyes (...)" Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 22 de febrero de 1996, dictada en el expediente número 867-95. A lo que ha añadido, que el principio de legalidad también supone que la actuación de todo funcionario "(...) debe sujetarse a la ley, y como tal, debe responder de las consecuencias de sus actos. (...)" Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 19 de julio de 1995, dictada en el expediente número 26.1-93. En cuanto a la actuación administrativa de la Administración tributaria, la Corte de Constitucionalidad también ha sido enfática en señalar, que la Ley Es El Límite Y Fuente De La Función De La Administración Tributaria; Sentencias del Alto Tribunal de fechas 6 de marzo del 2014, dictada en el expediente número 290-2013 y de 19 de junio del 2014, dictada en el expediente número 5509-2013. Finalmente, destacó que la sujeción de la Administración tributaria a la Ley, también viene impuesta a través del artículo 4 del Código tributario, el cual manda que en la aplicación de la Ley tributaria se observen los principios constitucionales, entre los cuales, para el beneficio de nuestros planteamientos, destacamos el de legalidad, reconocido principalmente como vimos, en los artículos 152 y 154 de la Constitución. En lo que a la formulación y

confirmación de ajustes se refiere, es claro que por lo dispuesto en los artículos 146 y 150 del Código tributario, la misma constituye una actuación administrativa reglada, es decir, sujeta a la Ley. En efecto, las citadas normas legales disponen que tanto al formular y confirmar un ajuste, deben considerarse los hechos expuestos, en este caso, tanto los puestos de manifiesto por la Administración Tributaria, como los señalados por el contribuyente en el curso de las actuaciones de fiscalización. Así se desprende del segundo párrafo del artículo 146 del Código tributario, cuando manda que en la formulación de ajustes, la Administración tributaria precise los hechos; y de los incisos 5, 6 y 9 del artículo 150 del mismo Código, los cuales, respectivamente, mandan que en la resolución que confirma ajustes, se consideren los hechos y los elementos de juicio utilizados para determinar la obligación tributaria. Manifestó que la Administración tributaria tanto en la Audiencia que formuló el ajuste como en la resolución del Directorio, no sujetó su actuación a lo que manda la Ley, pues como expondremos a continuación, es evidente que en ninguno de los referidos actos administrativos se tuvieron en cuenta todos los hechos expuestos en el curso de las actuaciones de fiscalización. De lo expuesto por la Superintendencia de Administración Tributaria en la Audiencia, como en la resolución del Directorio, en las partes que atañen a este ajuste se desprende que no existe controversia en cuanto al reconocimiento de que en efecto AVIATECA ha prestado en territorio nacional, servicios de transporte de pasajeros, en este caso, de la ciudad de Guatemala a la de Flores en el departamento de Peten, en los periodos impositivos del IVA, correspondientes de enero a septiembre del año 2012. Ahora bien, de ese hecho sobre el cual no existe discusión, se efectúan una serie de consideraciones, calificaciones, valoraciones y conclusiones, con las que AVIATECA no puede estar de acuerdo, habida cuenta que para el beneficio de sus planteamientos recaudatorios, al momento de formular este ajuste, la Superintendencia De Administración Tributaria decidió unilateralmente ignorar otros hechos puestos de manifiesto en las actuaciones administrativas de fiscalización, los cuales como se verá a continuación, inciden en la supuesta constitución del débito fiscal que se reclama en este ajuste. En efecto, de la explicación de este ajuste y su anexo, ambos contenidos en la Audiencia, se desprende que la Administración tributaria ha calificado incorrectamente los hechos expuestos en la revisión efectuada y al hacerlo ha aplicado también incorrectamente la Ley tributaria, en este caso el artículo 3 numeral 2 de la Ley del IVA.

Ciertamente, de la citada explicación del ajuste, se establece que en este caso la Administración tributaria considera que el aspecto subjetivo del elemento objetivo del hecho generador de la prestación de servicios en el territorio nacional, estaría constituido por el servicio prestado por AVIATECA a los pasajeros beneficiarios con el servicio de transporte aéreo, lo cual como se verá a continuación es equivocado. En el mismo orden de ideas, la misma errada calificación también puede entenderse producida en el anexo que explica este ajuste (una integración de los servicios prestados localmente, identificada como Anexo de Explicación de Ajuste No. 1.1.1), ya que si se atiende a la segunda casilla del mismo, se puede constatar que se refiere al número de cada uno de los boletos emitidos, refiriéndose así, insoslayablemente a los pasajeros como los beneficiarios del servicios de transportes aéreo. El yerro en la calificación de los hechos puestos de manifiesto en el curso de la Auditoria efectuada, radica en considerar a los pasajeros como los beneficiarios de estos servicios, lo cual es un error habida cuenta que los mismos fueron prestados por AVIATECA en beneficio de las líneas aéreas comercializadoras. Desde esta perspectiva, es evidente que el aspecto subjetivo del elemento objetivo del hecho generador de la prestación de servicios en el territorio nacional, no son los pasajeros, como equivocadamente considera la Superintendencia De Administración Tributaria en la explicación de este ajuste y su anexo, pues es claro que el servicio se presta en beneficio de las aerolíneas comercializadoras y de allí que sean estas y no aquellos, las que constituyen el aspecto subjetivo del hecho generador al cual se refiere La Asociación del Transporte Aéreo Internacional, en lo sucesivo IATA por sus siglas en Ingles, ha regulado diferentes operaciones entre aerolíneas y compañías del sector de transporte aéreo, las cuales permiten a las aerolíneas vender por cuenta propia servicios de transporte aéreo, que se prestarán en jurisdicciones en las que por carecer de autorización no pueden prestarlos, razón por la que son prestados por otras aerolíneas (otras entidades mercantiles con personalidad jurídica propia), que operan y tienen las autorizaciones para hacerlo en las jurisdicciones donde estos servicios de transporte finalmente son prestados. Este tipo de convenios internacionales son conocidos dentro de la industria aeronáutica como acuerdo interlinea (MITA por sus siglas en inglés), definidos como un convenio en donde los pasajeros o la carga usan un solo documento estándar de viaje (por ejemplo, en el caso de los pasajeros un tiquete, y en el caso de la carga un manifiesto) para viajar en varios medios de

transporte involucrados en diferentes rutas con el fin de llegar a un destino final. Estas regulaciones de la IATA, como bien señala la Superintendencia De Administración Tributaria en la resolución de la Gerencia y la resolución del Directorio, tienen el carácter de acuerdos entre particulares, por lo que no se invocan aquí con el fin de modificar la estructura del IVA, trayéndose a colación únicamente con la finalidad de aclarar a los , que los servicios de transporte aéreo que originaron este ajuste, en aplicación de estas regulaciones, no se prestaron en beneficio de los pasajeros como equivocadamente menciona la Superintendencia De Administración Tributaria en la explicación de este ajuste y su anexo, sino en beneficio de otras aerolíneas, las cuales como se indicó, en sus jurisdicciones de origen venden servicios de transporte aéreo, que finalmente serán prestados por otras aerolíneas en otras jurisdicciones. En el caso que nos ocupa, aerolíneas que no operan en Guatemala, vendieron servicios que se prestarían en nuestro país, los cuales finalmente fueron prestados por AVIATECA en beneficio de estas aerolíneas comercializadoras y de allí que sostengamos que en este caso, el aspecto subjetivo del elemento objetivo del hecho generador previsto en el artículo 3 numeral 2 de la Ley del IVA, no esté constituido por los pasajeros, sino por las aerolíneas (comercializadoras) en beneficio de las cuales AVIATECA prestó en Guatemala servicios de transporte aéreo. Este error de calificación y aplicación de la Ley tributaria, como se expondrá en seguida, tiene repercusiones a la luz del cumplimiento del principio de legalidad en la actuación administrativa de formulación de este ajuste. Por el lado de la resolución del Directorio, encontramos que también se incurre en un error de calificación en el hecho generador y consecuentemente, en la aplicación de la Ley tributaria al caso concreto, pues aunque al final de su páginas 4 y mitad de la número 5, reconoce expresamente que las beneficiarias de los servicios de transporte aéreo son las aerolíneas comercializadoras, dando así cuenta y razón que son estas y no los pasajeros los que constituyen el aspecto subjetivo del elemento objeto del hecho imponible tipificado en el artículo 3 numeral 2 de la Ley del IVA, al aplicar en definitiva la Ley tributaria a este caso, no califica de esa forma el hecho generador, limitándose a reconocer su perfeccionamiento, pero en condiciones distintas a las realmente ocurridas, con lo que no sólo incurrió en el error de calificación y aplicación antes indicado, sino también denegó el trato fiscal que corresponde a un servicio prestado en estas condiciones, incurriendo en ambos casos en violaciones al

principio de legalidad, una por acción y otra por omisión. En efecto, la resolución del Directorio al reconocer por un lado, la ocurrencia del hecho generador en nuestro país, en este caso la prestación de servicios en territorio nacional y el otro, advertir de que los beneficiarios de los mismos son las aerolíneas comercializadoras y no los pasajeros, expresamente incorporó a sus consideraciones y motivaciones, el régimen jurídico de la exportación de servicios previsto en la Ley del IVA, el cual a pesar que la propia Superintendencia De Administración Tributaria en esta decisión reconoce expresamente como aplicable en este caso, se abstuvo de aplicarlo, dejando consecuentemente de aplicar normas de la Ley del Impuesto al Valor Agregado y por tal, violando el principio constitucional de legalidad de la Administración. Como la cuestión de la aplicación del régimen de la exportación de servicios, a los servicios de transporte ajustados, será un aspecto que será desarrollado más adelante en este demanda, y ya que en este parte hemos concentrado nuestro argumentos en la violación al principio de legalidad, por el momento nos limitaremos a señalar, que al haber reconocido y omitido aplicar el régimen jurídico de la exportación de servicios, la resolución del Directorio efectuó una errada calificación de los hechos y violó el principio de legalidad, habida cuenta que omitió aplicar los artículos 2 inciso 4) y 7 inciso 2), ambos de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. A esta violación por omisión del principio de legalidad, debemos sumar otra por acción, en este caso derivado que aunque la resolución del Directorio declara como realizado el hecho generador de la prestación de los servicios y reconoce a las aerolíneas comercializadoras como las beneficiarias de los mismos, es claro que en esta decisión administrativa la Superintendencia De Administración Tributaria confirma la errada calificación y aplicación de la Ley tributaria realizada por la Gerencia de Contribuyentes Especiales Medianos, según la cual, serían los pasajeros y no las aerolíneas las beneficiarías de estos servicios, con lo cual se ha producido una errada calificación de los hechos y una equivocada aplicación de la Ley tributaria, violando así el principio constitucional de legalidad de la Administración. En efecto, en lo que a la formulación del ajuste se refiere, la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA violó el principio de legalidad toda vez que en su explicación y anexó, efectuó una errada calificación y aplicación del hecho generador previsto en el artículo 3 inciso 2) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, toda vez que los beneficiarios de los servicios de transporte no son los pasajeros como mal apunta la Superintendencia

De Administración Tributaria en la explicación de este ajuste y su anexo, sino las aerolíneas comercializadoras y de allí que no haya sujetado su actuación a los mandatos legales de establecer con precisión los hechos al formular un ajuste. De la misma manera, el principio de legalidad también resulta violado por la resolución del Directorio, ya que al confirmar la resolución de la Gerencia, tampoco consideró acertadamente los hechos expuestos en el curso de la Auditoría practicada, toda vez que confirmó una equivocada calificación y aplicación del hecho generador. De la misma manera, la resolución del Directorio también incurre en violación al principio de legalidad, pues aunque reconoce que el caso sobre el que resuelve corresponde a una exportación de servicios, omite la aplicación de las normas que regulan el régimen jurídico aplicable a los mismos, y de allí que también viole los artículos 152 y 154 de la Constitución, los cuales como se sabe, sujeta a la Ley a toda la actuación administrativa la Superintendencia De Administración Tributaria. Por lo antes expuesto Y considerado, esos al desplegar su respectivo control jurisdiccional sobre este ajuste y las actuaciones administrativas que los componen, deberán revocarla Audiencia y la resolución del Directorio, en las partes que expresamente se impugnan y someten a su consideración y efectuar las demás declaraciones que en Derecho correspondan. sobre la violación al debido proceso en la confirmación del ajuste al débito fiscal omitido por servicios no facturados por trescientos setenta y tres mil cuatrocientos nueve quetzales con cincuenta centavos (Q 373,409.50) . indicó antes y será objeto que el débito fiscal que reclama la Superintendencia De Administración Tributaria en este ajuste, es inexigible habida cuenta de la aplicación en este caso de la exención contenida en el inciso 2 artículo 7, en los términos que se refiere el inciso 4 del artículo 2, ambos de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. No obstante la única actuación administrativa de la Superintendencia De Administración Tributaria que se refiere a este importante aspecto, es la resolución de la Gerencia, concretamente al final de la página número 10, en la cual señala que los servicios objeto de este ajuste no constituyen “un acto contemplado en las exenciones generales del artículo 7 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; ni el contribuyente, por prestar dichos servicios, es persona exenta conforme al artículo 8 de la misma ley”. Como esos podrán establecer al efectuar su respectivo control jurisdiccional, la referencia que en este caso hace la resolución de la Gerencia a las exenciones, constituye una simple mención, que se hizo sin más intención que descartar su aplicación, aunque sin referirse a

una de ellas en particular y por tal, sin indicar las razones o motivaciones por las que no resultarían aplicables. En fin, en este caso es evidente que la resolución de la Gerencia dispone que al ajuste que nos ocupa, no sean aplicables las exenciones, pero no desarrolla a la par de esta aseveración, las motivaciones y consideraciones por las que no las considera aplicables, limitándose simplemente a decir arbitrariamente que no son aplicables. En ese orden de ideas indicó que la resolución de la Gerencia constituye una resolución administrativa de fondo, esto es, el antecedente lógico y necesario para afectar Derechos fundamentales de los ciudadanos. Por eso, su emisión y notificación debió efectuarse de conformidad con el debido proceso, el cual es el presupuesto jurídico necesario para la afeción de Derechos fundamentales, por medio de actos administrativos resolutorios. Este principio fundamental y sus Derechos instrumentales, tal como en innumerables ocasiones ha reconocido el Tribunal Constitucional guatemalteco resultan aplicables a todo procedimiento en el que se afecten Derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos dentro de estos, los procedimientos administrativos tributarios de aplicación de los tributos. Por eso que una de las consecuencias más inmediatas de la aplicación del debido proceso al ámbito administrativo, la encontramos en el hecho que los actos administrativos que afecten Derechos fundamentales deben dictarse debidamente motivados y fundamentados, debiendo contener las explicaciones y justificaciones que permitirán a su destinatario, conocer la razonabilidad de la resolución que se ha emitido que lo afecta en sus Derechos fundamentales, para que así pueda ponderar y valorar si la acepta u opta por recurriría. De allí que se diga acertadamente, que una decisión administrativa de fondo estará debidamente motivada y fundamentada, cuando se explique por sí misma. Así lo ha entendido con suficiente claridad la Corte de Constitucionalidad, que ha considerado que la **“fundamentación o motivación es un proceso lógico, que sirve de enlace para demostrar que unos hechos inicialmente presuntos han sido realmente realizados, y que conlleva necesariamente a la solución del caso; siendo también, garantía justiciable de que la decisión tomada no lo ha sido de manera arbitraria. En consecuencia, es obligatorio fundamentar las decisiones judiciales -no solamente las sentencias- circunstancia que deriva de las garantías del debido proceso, y por ello, en toda decisión que afecte Derechos fundamentales se debe contar con la debida motivación, de lo contrario sería una decisión arbitraria”**; sentencia de la Corte de

Constitucionalidad de fecha 28 de octubre del 2008, dictada en el expediente número 2822-2008. En el mismo sentido, también pueden verse las sentencias de la Corte de Constitucionalidad de fechas 17 de mayo del 2007, dictada en el expediente número 92-2007 y 6 de septiembre del 2007, dictada en el expediente número 1633-2007. Por el lado de la legislación tributaria, encontramos que la situación no es diferente a la que plantea el Tribunal Constitucional, pues el inciso 6º del artículo 150 del Código tributario, claramente dispone que la resolución que confirme un ajuste debe contener los elementos de juicio para determinar la obligación, que en el caso del IVA, dada la aplicación del método indirecto de imposición, se traduce en que la decisión que confirme un ajuste al débito fiscal, debe dictarse debidamente motivada y fundamentada. En el caso que sometemos a consideración de ese Honorable Tribunal, es evidente que la Superintendencia De Administración Tributaria al emitir la resolución de la Gerencia, incumplió la obligación de motivar y fundamentar las decisiones administrativas de fondo que emita y que por tal, afecten Derechos y libertades de los ciudadanos, habida cuenta que aunque dispone que ninguna de las exenciones previstas en el artículo 7 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado resulta aplicable al caso que nos ocupa, a la par no ofrece ninguna razón o explicación por lo que considera inaplicables las exenciones, limitándose simplemente a señalar que las mismas no eran aplicables, porque así lo dice u ordena la propia Superintendencia De Administración Tributaria. Al respecto, cabe señalar que un acto administrativo resolutorio que sin más, se limita a denegar el trato fiscal que conceden las exenciones porque así lo considera el órgano emisor de la decisión, no puede considerarse debidamente motivado y fundamentado, pues es evidente que no se explica por sí sola, es decir, no da cuenta y razón de las bases sobre las que se erige y fundamenta. Para que la decisión de la Gerencia fuera respetuosa con el debido proceso, habría sido necesario que incorporara o contuviera el razonamiento por el que consideraba inaplicables las exenciones previstas en el artículo 7 de la Ley del IVA. En definitiva, para que la decisión de la que hablamos, respetará el debido proceso, habría sido necesario que explicara el porqué de esa valoración, y no proceder como en efecto hizo, a resolver arbitrariamente que ninguna de las exenciones era aplicable, lo que es lo mismo a afirmar que no son aplicables porque así lo dice, o manda la Superintendencia De Administración Tributaria, con lo que resulta evidente que desplegó una actuación administrativa arbitraria, carente de motivación, fundamentaron o justificación y por tal,

contraria a Derecho. Desde la perspectiva analizada, es evidente que la resolución de la Gerencia es contraria a Derecho, pues en ella no sólo se omiten los razonamientos por los que no se consideran aplicables las exenciones, sino también porque se afirma que las mismas no resultan aplicables porque así lo ordena o manda la Gerencia de Contribuyentes Especiales Medianos de la Superintendencia De Administración Tributaria. Como resulta evidente, un acto administrativo resolutorio emitido en estas condiciones, viola el debido proceso reconocido en el artículo 12 de la Constitución y desarrollado en el artículo 150 del Código tributario, toda vez que sin ninguna motivación y fundamentación, esto es, arbitrariamente, concluye la inaplicación de las exenciones previstas en el artículo 7 de la Ley del IVA. En ese orden de ideas, con todo respeto, es importante hacer ver a los empleados y funcionarios de la Superintendencia De Administración Tributaria, que el debido proceso exige que las decisiones que se adopten y que afecten Derechos fundamentales de los contribuyentes, no sean arbitrarias y se emitan debidamente motivadas y fundamentadas, circunstancias que no puede decirse que se hayan cumplido en el caso que nos ocupa, toda vez que la resolución de la Gerencia se limita a señalar que las exenciones previstas en el artículo 7 de la Ley del IVA resultan inaplicables, sin ofrecer a la par las explicaciones o justificaciones de tal pronunciamiento y de allí que la misma deba revocarse por contraria al Derecho fundamental al debido proceso. Sobre la correcta calificación del hecho generador y la implicación de la exención establecida en el artículo 7 inciso 2 de la ley del Impuesto al Valor Agregado Efectuando un orden coherente y congruente de nuestro planteamiento, corresponde aquí, exponer la calificación y tratamiento fiscal que, conforme a la Ley y al Derecho, corresponde a los hechos que han originado los ajustes que impugnamos y sometemos a su control jurisdiccional. Como se advirtió antes en esta demanda, en el presente caso no existe controversia en cuanto a la realización en Guatemala del hecho generador de la prestación de servicios de transporte aéreo, pues tanto la Superintendencia De Administración Tributaria como AVIATECA reconocen que en los periodos auditados han tenido lugar los vuelos desde la ciudad de Guatemala hacia la ciudad de Flores en el departamento de Peten. Ahora bien, como se ha señalado antes también, existe controversia en cuanto a la calificación de los hechos que han dado lugar al perfeccionamiento del hecho generador previsto en el artículo 3 inciso 2 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. En efecto, mientras la Superintendencia De Administración

Tributaria, tal como dan cuenta la explicación de este ajuste y su anexo, la resolución de la Gerencia y la resolución del Directorio, considera que el aspecto subjetivo del elemento objetivo del hecho generador de la prestación de servicios en el territorio nacional, está constituido por los pasajeros, a los cuales consecuentemente considera como los beneficiarios, en esta demanda ha sido tesis de AVIATECA que tal calificación constituye un error y una violación al principio de legalidad, habida cuenta que en realidad los beneficiarios de estos servicios no son los pasajeros, sino las aerolíneas comercializadoras. De esa cuenta continuación se esgrimirán las razones por las que en efecto las beneficiarias de los servicios de transporte que nos ocupan, son las aerolíneas comercializadoras, a la sazón se abordaran los efectos que esa circunstancia tiene en los ajustes que aquí se discuten y someten al control judicial de ese Tribunal. En ese sentido, es importante iniciar señalando que las líneas aéreas alrededor del mundo, prestan unos servicios que, por su naturaleza y características, están sujetos a unas reglas, costumbres comerciales y prácticas que tienen carácter de Derecho internacional, en un sentido lato. Así, derivado de su afiliación a la IATA y a sus regulaciones, AVIATECA puede ser requerida por parte de otras aerolíneas igualmente afiliadas a la IATA, a prestar servicios de transporte aéreo que no haya vendido directamente, a través de los acuerdos interlínea (MITA por sus siglas en inglés), que como lo señalamos anteriormente, son definidos como un convenio en donde los pasajeros o la carga usan un solo documento estándar de viaje (por ejemplo, en el caso de los pasajeros un tiquete, y en el caso de la carga un manifiesto) para viajen varios medios de transporte involucrados en diferentes rutas con el fin de llegar a un destino final. En efecto, las citadas regulaciones permiten a las aerolíneas afiliadas a IATA, vender pasajes aunque no sean estas la que vayan a prestar efectivamente el servicio de transporte aéreo, habida cuenta que la aerolínea que vende, no opera en la jurisdicción donde el apuntado servicio se vaya a prestar, lo cual evidencia la necesidad de que sea otra, la que los preste. Así, sucedió en el caso que nos ocupa, habida cuenta que AVIATECA prestó servicios de transporte aéreo de la ciudad de Guatemala a la de Flores en el departamento de Peten, pero no vendió a los pasajeros los tiquetes aéreos, ya estos les fueron vendidos directamente por las aerolíneas comercializadoras en las jurisdicciones en las que operan. Los hechos descritos ponen en evidencia, la existencia de dos relaciones jurídicas mercantiles: La primera entre AVIATECA y las distintas líneas aéreas autorizadas por reglas IATA, a comercializar

con los servicios que su representada presta en Guatemala; la segunda entre las aerolíneas comercializadoras y las personas que de estas hayan adquirido directamente los pasajes aéreos. Así, resulta que cuando sus servicios son comercializados de la forma descrita. AVIATECA deviene obligada a prestarlos como consecuencia de la relación comercial que la une con las líneas aéreas comercializadoras y no porque existe alguna vinculación con los pasajeros, con quien no interactúa en ninguna de las fases o etapas de adquisición de los pasajes aéreos. En fin, AVIATECA presta sus servicios porque se encuentra obligada con las aerolíneas comercializadoras y no con los pasajeros. Esta circunstancia, es puesta en evidencia por los propios pasajes aéreos, los casuales no son emitidos por AVIATECA, sino por las propias líneas aéreas comercializadoras, las cuales consecuentemente son las únicas responsables frente a los pasajeros, con los cuales, huelga insistir, su representada no tiene ningún trato en la etapa de comercialización. En fin, el contrato de transporte aéreo se perfecciona entre el pasajero y la aerolínea comercializadora y por eso que sea esta y no AVIATECA, la que emite los pasajes en nombre propio y sea también la responsable exclusiva y directa frente al pasajero, al cual únicamente se le indica por medio de una leyenda en el pasaje (emitido por la comercializadora), que la prestadora efectiva del servicio será su representada. Esta proposición de hecho, será demostrada en su etapa procesal oportuna, con los pasajes aéreos emitidos, los cuales se aportarán a este proceso a título de prueba documental. Así las cosas, es evidente que en este caso AVIATECA simplemente es un tercero, y las aerolíneas comercializadoras son las porteadoras de un contrato de transporte que han suscrito con los pasajeros a quienes han vendido los pasajes aéreos. Y de allí, tal como se desprende de los artículos 794 y 796 del Código de Comercio, que sean las obligadas y responsables a conducir a los pasajeros de un lugar a otro, a cambio de un precio. Lo antes expuesto y considerado, pone en evidencia que en el caso que nos ocupa, los beneficiarios de los servicios de transporte aéreo que prestó AVIATECA y que son objeto de este ajuste, fueron las líneas aéreas comercializadoras y no los pasajeros como erradamente consideró la Superintendencia De Administración Tributaria en la Explicación de este ajuste y su anexo y en la resolución de la Gerencia, pues es con estas y no con aquellos, con los que se encuentra obligada y vinculada por medio de una relación mercantil. Con los pasajeros, tal como se explicó antes, AVIATECA no tiene ningún trato o vinculación, debiéndolos en todo caso en

cumplimiento de las instrucciones recibidas de las aerolíneas comercializadoras, trasladarlos por su cuenta y riesgo, a los lugares que indiquen los pasajes aéreos que igualmente ellas han emitido en nombre propio. Desde esta perspectiva, es evidente que los servicios de transporte aéreo prestados por AVIATECA en nuestro país y que son objeto de ajuste por la Superintendencia De Administración Tributaria, han sido aprovechados en su totalidad en el extranjero por las aerolíneas comercializadoras, ya que estas al no poder operar en Guatemala por no tener las autorizaciones necesarias para hacerlo, no tienen residencia o domicilio en nuestro país. Esta proposición de hecho, igualmente será probada en su etapa procesal oportuna, con la respectiva prueba pertinente, relevante y legal. De esa cuenta, es notorio que los servicios de transporte aéreos que nos ocupan, al tenor del artículo 2 inciso 4) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado constituyen una exención de servicios, ya que se han prestado en Guatemala, pero se han aprovechado totalmente en el extranjero, los cuales por consiguiente de conformidad con el artículo 7 inciso 2) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, se encuentran exentos y de allí que el débito fiscal que la Superintendencia De Administración Tributaria pretende de AVIATECA sea inexistente. Así, la correcta calificación de los hechos puestos de manifiesto en el curso de las actuaciones de fiscalización, conduce a concluir que la Ley tributaria debe aplicarse en el sentido que, cuando AVIATECA prestó en Guatemala servicios de transporte aéreo, efectivamente perfeccionó el hecho generador de la prestación de servicios en el territorio nacional, tipificado en el artículo 3 inciso 2 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, pero derivado de la circunstancia que fueron aprovechados en su totalidad en el extranjero por las líneas aéreas comercializadoras, que no son residentes ni domiciliadas en Guatemala, los mismos resultan exentos, tal como se desprende de los artículos 2 inciso 4 y 7 inciso 2, ambos de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. Asimismo, en este caso la exención también resulta aplicable habida cuenta que los servicios de transporte aéreo prestados en Guatemala por AVIATECA, fueron pagados por las líneas aéreas comercializadoras con divisas que fueron negociadas en Guatemala conforme a la legislación cambiaría vigente. Esta proposición de hecho, será igualmente demostrada en su etapa procesal oportuna, con la documentación de soporte de los pagos efectuados a AVIATECA desde el extranjero por las aerolíneas comercializadoras. Por el lado de la jurisprudencia, encontramos que la Honorable Corte Suprema de Justicia ya ha tenido la

oportunidad de pronunciarse con relación a la exportación de servicios y en relación a todo su marco jurídico. Así lo hizo la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de fecha 12 de mayo del 2013, dictada en los expedientes acumulados de casación números 01002-2013-170 y 01002-2013-173, en la que si bien se refiere a los servicios de gestión, los aborda desde la perspectiva de su exportación, que es precisamente lo que aquí se discute y de allí que se invoque, habida cuenta que el Alto Tribunal considera que: “Al analizar el tipo de servicio de que se trata, se estima que por las características de las gestiones, estas tienen una doble connotación, pues ciertamente es prestado y en ninguna medida es utilizado en Guatemala: sin embargo, quien recibe el beneficio de tales servicios y ejecuta los resultados de estos, es el cliente que se encuentra en el exterior, pues sin ellos no podría consumir sus operaciones de importación. En tal virtud, por la naturaleza de esta clase de servicios, y tomando en cuenta que el impuesto al valor agregado es un tributo que se genera por transacciones realizadas dentro del territorio nacional, y que en este caso, a quien se le prestó el servicio es a un sujeto no domiciliado en Guatemala, se establece que los relacionados servicios encuadran en la figura jurídica regulada en el artículo 2 numeral 4) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, es decir que se trata de exportación de servicios, y consecuentemente, goza del privilegio fiscal de exención contenido en el artículo 7, numeral 2 de la misma ley”. De esa cuenta, es claro que para la Corte Suprema de Justicia, la cuestión de la aplicación de la exención tipificada en el artículo 7 inciso 2) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, dependerá de 2 circunstancias: i) Que el servicio sea prestado en Guatemala; y ii) Que el mismo sea aprovechado por un sujeto no domiciliado en Guatemala; las cuales como se ha expuesto antes, tienen lugar en el caso que se somete a consideración de los , toda vez que AVIATECA prestó en Guatemala servicios de transporte aéreo a las líneas aéreas comercializadoras, que son entidades no residentes y no domiciliados en Guatemala y de allí, que al igual que el caso reseñado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, le sea aplicable también la exención prevista en el artículo 7 inciso 2) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. Ofreció las pruebas que considero pertinentes.

2.- DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

A) LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, se refirió

entre otras cosas sobre el Ajuste al Impuesto Al Valor Agregado e indicó que la Administración Tributaria le solicitó a la entidad demandante que presentara la documentación e información para verificar el adecuado cumplimiento con sus obligaciones tributarias, determinando que en los periodos mensuales auditados, el débito fiscal producto de ventas omitidas, por compras no registradas ni declaradas, por lo que la entidad demandante pretende hacer valer lo que no le asiste, argumentando que se determinó un nuevo margen bruto de utilidad con el cual no está de acuerdo por considerar que lo calculado por simples procedimientos matemáticos, existe un vicio sustancial en la determinación del margen bruto de utilidad, el cual además fue determinado utilizando información del Impuesto Sobre la Renta, para ser aplicado al Impuesto al Valor Agregado. En virtud de lo manifestado por la contribuyente y atendiendo a lo establecido en el artículo 368 y 373 del Código de Comercio; los comerciantes deben llevar su contabilidad con veracidad y claridad, en orden cronológico, por lo que la entidad demandante no ha podido demostrar fehacientemente determinándose que la recurrente ha incumplido con la obligación sustantiva y formal de enterar al disco el impuesto ajustado que en derecho corresponde, que se deriva de las ventas de dichos productos que realiza la contribuyente las cuales no facturó, no registró, ni declaró como era su obligación legal, que genera un débito fiscal omitido, por lo que la entidad demandante no ha podido demostrar en la fase administrativa como judicial con las pruebas pertinentes para dejar sin efecto dicho ajuste por lo que su representada considera que dicho ajuste debe confirmarse. En cuanto al Ajuste Al Impuesto Sobre La Renta indicó que La administración tributaria le solicita a la entidad demandante que presentara la documentación e información para verificar el adecuado cumplimiento con sus obligaciones tributarias, determinando que en los periodos mensuales auditados, ventas no registradas para la venta, determinando la administración tributaria que existe una diferencia no facturada, por lo que resultan ventas no registradas ni declaradas, por lo que de conformidad con la Ley del Impuesto Sobre la Renta “Principios Generales. Constituye renta bruta el conjunto de ingresos, utilidades y beneficios de toda naturaleza; gravados y exentos, habituales o no, devengados o percibidos en el periodo de imposición”, derivado de la función que ejerce la administración tributaria de enterar al fisco el impuesto ajustado derivado de la omisión de los ingresos por ventas no registradas ni declaradas, realizadas en su establecimiento, la cual no registra

y por ende no declaro dichas ventas realizadas, por lo que no aporta prueba fehaciente para desvirtuar lo manifestado por la administración tributaria por lo que dicho ajuste es emitido de conformidad con la ley. Dado lo anterior y para el presente caso opera el principio onus probando el incubit qui decit, non qui negat (la carga de la prueba incumbe al que afirma no al que niega) por lo que en este proceso se dan todos los presupuestos para emitir una sentencia de conformidad con la ley. La Procuraduría General de la Nación al evacuar la audiencia conferida contesta la demanda en sentido negativo y solicita al Honorable Tribunal, que emita la sentencia declarado sin lugar la demanda y conforme la resolución número seiscientos veintisiete guion dos mil quince de fecha veintiuno de diciembre de dos mil quince.

B) LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: Al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo indicó entre otras cosas que Derivado de la revisión efectuada a los servicios prestados y a la integración de ingresos por endoso de pasajeros de otras compañías por Q3,784,441.22 proporcionada por la contribuyente, los cuales no fueron facturados, se estableció que dentro de éstos se detalla que existen servicios por 03,485,155.22 que corresponden a vuelos nacionales de Guatemala a Flores (Petén) y viceversa, los cuales se consideran afectos al Impuesto al Valor Agregado, por ser servicios prestados en el territorio nacional. Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que derivado de la revisión efectuada a las integraciones por faltante y/o pérdida de inventario proporcionadas por la contribuyente, se determinó que por las pérdidas por Q2,380,817.93, no proporcionó documentación de respaldo que compruebe que la baja de inventarios corresponde a bienes perecederos, casos fortuitos, de fuerza mayor o delitos contra el patrimonio.

3.- DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA: Si de conformidad con una correcta interpretación y aplicación de la ley por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria, la resolución número cuatrocientos sesenta y ocho guion dos mil quince (468-2015) de fecha uno de octubre de dos mil quince, emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, se encuentra ajustada a Derecho.

4.- DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RECIBIDOS: Se recibió como medios de prueba con citación a la parte contraria: A) El expediente administrativo

que contiene entre otros documentos, los individualizados por las partes en los memoriales respectivos. B) Las presunciones legales y humanas. C) Auto para mejor fallar consistente en Exhibición de Libros de Contabilidad exhibición de libros de contabilidad par el efecto le fue discernido el cargo a la contadora y auditora publico Sonia Elizabeth Osorio Villagrán misma que presento su dictamen con fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis.

5.- DEL DÍA DE LA VISTA: Se señaló la audiencia del día SIETE DE OCTUBRE, A LAS NUEVE HORAS ocasión en que los sujetos procesales presentaron sus alegatos.

CONSIDERANDO I: Que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene como función principal el de ser contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, dicha función radica en el elemento principal de la juridicidad que como bien lo sostiene el tratadista Domingo Sesín en las jornadas organizadas por la carrera de especialización en Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que debe de entenderse como el **“actuar dentro del orden jurídico para Superintendencia de Administración Tributaria satisfacer el interés público, que no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido”**. Dicha función se inspira en el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus Derechos fundamentales y legales. En ese mismo orden de ideas el jurista Bartolomé A. Fiorini, citado por Julio Rodolfo Comadira, en el libro **“La anulación de oficio del acto administrativo”**, (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Páginas 31 y 32), se refiere a juridicidad y su importancia de la siguiente forma: **“La importancia que atribuimos a la vigencia de la juridicidad como principio inherente a todo desenvolvimiento de acción estatal, proviene, además del amplio sentido, que en nuestro entender, debe asignarse a dicho término. En efecto, queremos significar con él el fenómeno de la sumisión de todo el accionar del Estado a la previa autorización normativa -constitucional, legal o reglamentaria--. Englobamos así, no sólo la**

norma expresa o implícita de la Constitución o el legislador como sustento jurídico del acto estatal, como creadores de la “materia jurídica” o del acto como “objeto de Derecho”, sino también la “legalidad” como fundamento garantizador de la validez del accionar administrativo. La legalidad aparece como una consecuencia necesaria de la existencia previa de la juridicidad. La legalidad es posterior a la juridicidad.....la juridicidad es la creación de la existencia práctica de las funciones estatales, la legalidad aparece como presupuesto necesario normativo para la validez concreta de la actividad administrativa.”. De igual forma el artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, determina que procederá el proceso contencioso administrativo: 1) En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado; 2) En los casos de controversias derivados de contratos y concesiones administrativas. Para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos. Lo anterior deviene de la facultad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de conocer de los actos o resoluciones de la administración pública, tal como sucede en el presente asunto en donde la resolución impugnada fue emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria.

CONSIDERANDO II: Que la demandante fundamenta su demanda con base a su inconformidad con el contenido de la resolución número cuatrocientos sesenta y ocho guion dos mil quince (468-2015) emitida en la sesión del Directorio de la Superintendencia Administración Tributaria de fecha uno (1) de octubre del año dos mil quince (2015), y documentada en el punto número once (11) del acta número noventa y cuatro guion dos mil quince (94-2015), la cual declara con lugar parcialmente el recurso de revocatoria interpuesto por la parte actora, confirmando parcialmente ajustes al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto Sobre la Renta de enero a diciembre de dos mil doce. El Tribunal al analizar el expediente a la luz de sus constancias procesales y las originadas en el presente proceso, debe obligadamente determinar la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda, al hacerlo estima necesario indicar que debe de considerar los argumentos de la actora, de la Superintendencia de Administración Tributaria, de la Procuraduría General de la Nación y la determinación de la ley aplicable. En el caso de análisis la Superintendencia de Administración

Tributaria emitió con fecha veintidós de enero de dos mil catorce, el nombramiento de Gloria Reina Pinales Tobar de Escobar como Jefe de Sección, a Rudy Ismael Fuentes Maldonado como Supervisor y Notificador Tributario, y a Huendy Elizabeth Arriola Gudiel como Auditor y Notificador Tributario, para que conforme el alcance y los procedimientos del respectivo programa de fiscalización, en forma individual o conjunta, verifiquen el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente Aviateca, Sociedad Anónima, correspondiente a los periodos de imposición entre el uno de enero de dos mil doce y el treinta y uno de diciembre de dos mil doce, de igual forma emitió con fecha cinco de febrero de dos mil catorce, el nombramiento de Gloria Reina Pinales Tobar de Escobar como Jefe de Sección, a Maria Mercedes Cahueque Morales como Supervisor y Notificador Tributario, y a Huendy Elizabeth Arriola Gudiel como Auditor y Notificador Tributario, para que conforme el alcance y los procedimientos del respectivo programa de fiscalización, en forma individual o conjunta, verifiquen el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente Aviateca, Sociedad Anónima, correspondiente a los periodos de imposición entre el uno de enero de dos mil doce y el treinta y uno de diciembre de dos mil doce, realizando el requerimiento de información con fecha veintidós de enero de dos mil catorce, así mismo el requerimiento de información de fecha veintinueve de enero de dos mil catorce, en ese mismo orden de ideas realizó el requerimiento de información de fecha diez de marzo de dos mil catorce, y el requerimiento de información de fecha veinticuatro de abril, los cuales fueron debidamente notificados. En consecuencia de lo anterior, la Superintendencia de Administración Tributaria procedió con fecha veintinueve de agosto de dos mil catorce, a emitir la audiencia A guion dos mil catorce guion veintidós guion cero uno guion cero cero cero ciento sesenta y cuatro (A-2014-22-01-000164), y notificada con fecha nueve de septiembre de dos mil catorce; Por su parte el actor con fecha veintitrés de octubre de dos mil catorce evacuó la audiencia concedida por medio de solicitud en donde indicó su inconformidad con los ajustes formulados. Posteriormente la Superintendencia de Administración Tributaria con fecha veintisiete de enero de dos mil quince emitió la resolución GEM guion DR guion R guion dos mil quince guion veintidós guion cero uno guion cero cero cero cuarenta y ocho, por medio de la cual se confirmó los ajustes formulados al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto Sobre la Renta; En virtud

de lo anterior la actora procedió con fecha diecisiete de febrero de dos mil quince a interponer el recurso de revocatoria en contra de la resolución emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria, lo que originó a este mismo órgano a darle el trámite del recurso que corresponde de conformidad con la ley y a emitir la resolución número cuatrocientos sesenta y ocho guion dos mil quince (468-2015) emitida en la sesión del Directorio de la Superintendencia Administración Tributaria de fecha uno (1) de octubre del año dos mil quince (2015), y documentada en el punto número once (11) del acta número noventa y cuatro guion dos mil quince (94-2015), por medio de la cual éste (**DIRECTORIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**), declaró parcialmente con lugar el recurso de revocatoria interpuesto y confirma parcialmente los ajustes al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto Sobre la Renta formulado. En el presente caso la entidad actora manifiesta su inconformidad con la Administración Tributaria que declaró parcialmente con lugar el recurso de revocatoria interpuesto. Esta Sala con base a lo establecido en el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que refiere: **“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 la leyes.”**; Así mismo el artículo 175 del mismo cuerpo legal regula: **“Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.”** Ambos artículos determinan la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento legal guatemalteco, y este tribunal no puede dejar de integrar dichas normas al caso concreto. De esa cuenta esta Sala al realizar el análisis del presente caso, debe de tomar en cuenta que al tenor del artículo 221 de la Constitución Política de la República, es la encargada del control de la juridicidad de los actos emanados de la administración pública, en ese sentido es necesario analizar la resolución impugnada de la siguiente forma: **A. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO DE ENERO A SEPTIEMBRE DE 2012. .1) AL DÉBITO FISCAL OMITIDO POR SERVICIOS NO FACTURADOS POR Q373, 409.50:** La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que de conformidad al Registro Tributario Unificado (RTU), la actividad económica de la contribuyente es “transporte regular por vía aérea” y según la contribuyente se dedica a la transportación

aérea nacional e internacional de pasajeros y carga, operando vuelos en las rutas que se encuentran autorizadas por medio de la comercialización de boletos de terceros. Derivado de la revisión efectuada a los servicios prestados y a la integración de ingresos por endoso de pasajeros de otras compañías por Q3,784,441.22 proporcionada por la contribuyente, los cuales no fueron facturados, se estableció que dentro de éstos se detalla que existen servicios por 03,485,155.22 que corresponden a vuelos nacionales de Guatemala a Flores (Petén) y viceversa, los cuales se consideran afectos al Impuesto al Valor Agregado, por ser servicios prestados en el territorio nacional, procediendo la formulación del ajuste por “Q373,409.50, integrado de la manera siguiente: enero Q67,070.48; febrero Q49,972.45; marzo Q47,755.71; abril Q43,386.60; mayo Q30,966.89; junio Q26,184.09; julio Q37,941.40; agosto Q41,106.73 y septiembre Q29,025.15, todos de 2012, por los servicios gravados de dichos períodos impositivos, calculados sobre una base de Q3,111,745.72 de un total de Q3,485,155.22 de los servicios prestados en el territorio nacional. Base legal: artículos 1, 2, 3 numeral 2), 12 y 29 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 32 numeral 10) del Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 381 del Código de Comercio de Guatemala; y, 32 del Código Tributario, vigentes en los períodos auditados.” Por su parte la actora sostiene con respecto a este ajuste que **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LEGALES VIOLADOS EN LA FORMULACIÓN Y CONFIRMACION DEL AJUSTE AL DÉBITO FISCAL OMITIDO POR SERVICIOS NO FACTURADOS POR Q. 373,409.50. DEL ERROR EN LA CALIFICACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY TRIBUTARIA Y LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD.** Para el beneficio de nuestros planteamientos, conviene iniciar señalando que según GONZÁLEZ GARCÍA y SAINZ de BUJANDA, el Principio de legalidad en el ámbito tributario tiene 2 manifestaciones diferentes, una en la esfera normativa, esto es como reserva de Ley y otra en la esfera aplicativa, en este caso, como el principio de legalidad de la Administración. En lo que a nuestra Constitución se refiere, encontramos que la misma en sus artículos 152 y 154 claramente disponen que no existe actuación administrativa de la Administración Pública en General y Tributaria en particular, que sea inmune al principio de legalidad, o lo que es lo mismo, que no hay ámbito de su actuación que no se encuentre sujeta a la Ley. Las citadas cláusulas constitucionales, pues, disponen que el ejercicio del poderse encuentra sujeto a los

límites establecidos en la Constitución y la Ley, así como que los funcionarios públicos se encuentran sujetos a la Ley y no son superiores a ella. Esta circunstancia no es diferente cuando se aborda desde la perspectiva científica y jurisprudencial, pues ambos sectores coinciden en señalar que la actuación administrativa de la Administración tributaria, se encuentra sujeta a la Ley. En efecto, para GARCIA DE ENTERRÍA el principio de legalidad sujeta a DERECHO a todos los actos y disposiciones de la Administración, los cuales deben ser conformes a DERECHO. El desajuste, la disconformidad, constituyen infracción del ordenamiento jurídico y les priva actual y potencialmente de validez. El DERECHO condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no resulta válida sino responde a una previsión normativa. En el mismo orden de ideas, BALLBE ha sostenido que toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y sólo en la medida que pueda ser referida a un precepto jurídico, puede tenerse a tal acción administrativa como válida. Por el lado de la jurisprudencia, encontramos que la Corte de Constitucionalidad se ha referido al principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de la actuación administrativa de las Administraciones Públicas en General, como la de la actuación administrativa de la Administración tributaria en particular, concluyendo en ambos casos la insoslayable sujeción de la actuación administrativa a la Ley. En efecto, al referirse a la actuación de la Administración Pública en General, el Alto Tribunal ha señalado que el principio de legalidad “(...) implica que la actividad de cada uno de los órganos del Estado debe mantenerse dentro del conjunto de atribuciones expresas que le son asignadas por la Constitución y las leyes (...)” Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 22 de febrero de 1996, dictada en el expediente número 867-95. A lo que ha añadido, que el principio de legalidad también supone que la actuación de todo funcionario “(...) debe sujetarse a la ley, y como tal, debe responder de las consecuencias de sus actos. (...)” Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 19 de julio de 1995, dictada en el expediente número 26.1-93. En cuanto a la actuación administrativa de la Administración tributaria, la Corte de Constitucionalidad también ha sido enfática en señalar, que la Ley ES EL LÍMITE Y FUENTE DE LA FUNCIÓN DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA; Sentencias del Alto Tribunal de fechas 6 de marzo del 2014, dictada

en el expediente número 290-2013 y de 19 de junio del 2014, dictada en el expediente número 5509-2013. Finalmente, también debemos destacar que la sujeción de la Administración tributaria a la Ley, también viene impuesta a través del artículo 4 del Código tributario, el cual manda que en la aplicación de la Ley tributaria se observen los principios constitucionales, entre los cuales, para el beneficio de nuestros planteamientos, destacamos el de legalidad, reconocido principalmente como vimos, en los artículos 152 y 154 de la Constitución. En lo que a la formulación y confirmación de ajustes se refiere, es claro que por lo dispuesto en los artículos 146 y 150 del Código tributario, la misma constituye una actuación administrativa reglada, es decir, sujeta a la Ley. En efecto, las citadas normas legales disponen que tanto al formular y confirmar un ajuste, deben considerarse los hechos expuestos, en este caso, tanto los puestos de manifiesto por la Administración Tributaria, como los señalados por el contribuyente en el curso de las actuaciones de fiscalización. Así se desprende del segundo párrafo del artículo 146 del Código tributario, cuando manda que en la formulación de ajustes, la Administración tributaria precise los hechos; y de los incisos 5, 6 y 9 del artículo 150 del mismo Código, los cuales, respectivamente, mandan que en la resolución que confirma ajustes, se consideren los hechos y los elementos de juicio utilizados para determinar la obligación tributaria. En el caso que sometemos a consideración, es claro que la Administración tributaria tanto en la Audiencia que formuló el ajuste como en la resolución del Directorio, no sujetó su actuación a lo que manda la Ley, pues como expondremos a continuación, es evidente que en ninguno de los referidos actos administrativos se tuvieron en cuenta todos los hechos expuestos en el curso de las actuaciones de fiscalización. De lo expuesto por la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en la Audiencia, como en la resolución del Directorio, en las partes que atañen a este ajuste, se desprende que no existe controversia en cuanto al reconocimiento de que en efecto AVIATECA ha prestado en territorio nacional, servicios de transporte de pasajeros, en este caso, de la ciudad de Guatemala a la de Flores en el departamento de Peten, en los periodos impositivos del IVA, correspondientes de enero a septiembre del año 2012. Ahora bien, de ese hecho sobre el cual no existe discusión, se efectúan una serie de consideraciones, calificaciones, valoraciones y conclusiones, con las que AVIATECA no puede estar de acuerdo, habida cuenta que para el beneficio de sus planteamientos recaudatorios, al momento de formular este ajuste,

la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA decidió unilateralmente ignorar otros hechos puestos de manifiesto en las actuaciones administrativas de fiscalización, los cuales como se verá a continuación, inciden en la supuesta constitución del débito fiscal que se reclama en este ajuste. En efecto, de la explicación de este ajuste y su anexo, ambos contenidos en la Audiencia, se desprende que la Administración tributaria ha calificado incorrectamente los hechos expuestos en la revisión efectuada y al hacerlo ha aplicado también incorrectamente la Ley tributaria, en este caso el artículo 3 numeral 2 de la Ley del IVA. Ciertamente, de la citada explicación del ajuste, se establece que en este caso la Administración tributaria considera que el aspecto subjetivo del elemento objetivo del hecho generador de la prestación de servicios en el territorio nacional, estaría constituido por el servicio prestado por AVIATECA a los pasajeros beneficiarios con el servicio de transporte aéreo, lo cual como se verá a continuación es equivocado. En el mismo orden de ideas, la misma errada calificación también puede entenderse producida en el anexo que explica este ajuste (una integración de los servicios prestados localmente, identificada como Anexo de Explicación de Ajuste No. 1.1.1), ya que si se atiende a la segunda casilla del mismo, se puede constatar que se refiere al número de cada uno de los boletos emitidos, refiriéndose así, insoslayablemente a los pasajeros como los beneficiarios del servicios de transportes aéreo. El yerro en la calificación de los hechos puestos de manifiesto en el curso de la Auditoria efectuada, radica en considerar a los pasajeros como los beneficiarios de estos servicios, lo cual es un error habida cuenta que los mismos fueron prestados por AVIATECA en beneficio de las líneas aéreas comercializadoras. Desde esta perspectiva, es evidente que el aspecto subjetivo del elemento objetivo del hecho generador de la prestación de servicios en el territorio nacional, no son los pasajeros, como equivocadamente considera la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en la explicación de este ajuste y su anexo, pues es claro que el servicio se presta en beneficio de las aerolíneas comercializadoras y de allí que sean estas y no aquellos, las que constituyen el aspecto subjetivo del hecho generador al cual venimos refiriéndonos. Más adelante en esta demanda, se expondrán las razones por las que, con arreglo a la Ley y al Derecho, son las aerolíneas comercializadoras y no los pasajeros, las beneficiarías de los servicios de transporte aéreo prestados por AVIATECA. No obstante para la debida comprensión de nuestro planteamiento en esta parte

de la demanda, consideramos importante explicar nuestro planteamiento en esta parte de la demanda, consideramos importante explicar brevemente, algunos aspectos de la operación de su representada. Así, debemos iniciar señalando que AVIATECA forma parte del conglomerado de líneas aéreas mundiales que prestan servicios de transporte aéreo de personas y carga en todo el mundo, por lo que para poder cumplir con las expectativas de los clientes, las aerolíneas firman acuerdos comerciales entre ellas, con el fin de cubrir rutas a las cuales directamente no tienen acceso (bien sea por que no tienen las autorizaciones o por que el volumen de venta no amerita habilitar dichas rutas de forma directa). La Asociación del Transporte Aéreo Internacional, en lo sucesivo IATA por sus siglas en Ingles, ha regulado diferentes operaciones entre aerolíneas y compañías del sector de transporte aéreo, las cuales permiten a las aerolíneas vender por cuenta propia servicios de transporte aéreo, que se prestarán en jurisdicciones en las que por carecer de autorización no pueden prestarlos, razón por la que son prestados por otras aerolíneas (otras entidades mercantiles con personalidad jurídica propia), que operan y tienen las autorizaciones para hacerlo en las jurisdicciones donde estos servicios de transporte finalmente son prestados. Este tipo de convenios internacionales son conocidos dentro de la industria aeronáutica como acuerdo interlinea (MITA por sus siglas en inglés), definidos como un convenio en donde los pasajeros o la carga usan un solo documento estándar de viaje (por ejemplo, en el caso de los pasajeros un tiquete, y en el caso de la carga un manifiesto) para viajar en varios medios de transporte involucrados en diferentes rutas con el fin de llegar a un destino final. Estas regulaciones de la IATA, como bien señala la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en la resolución de la Gerencia y la resolución del Directorio, tienen el carácter de acuerdos entre particulares, por lo que no se invocan aquí con el fin de modificar la estructura del IVA, trayéndose a colación únicamente con la finalidad de aclarar a los , que los servicios de transporte aéreo que originaron este ajuste, en aplicación de estas regulaciones, no se prestaron en beneficio de los pasajeros como equivocadamente menciona la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en la explicación de este ajuste y su anexo, sino en beneficio de otras aerolíneas, las cuales como se indicó, en sus jurisdicciones de origen venden servicios de transporte aéreo, que finalmente serán prestados por otras aerolíneas en otras jurisdicciones. En el caso que nos ocupa, aerolíneas que no operan en Guatemala, vendieron

servicios que se prestarían en nuestro país, los cuales finalmente fueron prestados por AVIATECA en beneficio de estas aerolíneas comercializadoras y de allí que sostengamos que en este caso, el aspecto subjetivo del elemento objetivo del hecho generador previsto en el artículo 3 numeral 2 de la Ley del IVA, no esté constituido por los pasajeros, sino por las aerolíneas (comercializadoras) en beneficio de las cuales AVIATECA prestó en Guatemala servicios de transporte aéreo. Este error de calificación y aplicación de la Ley tributaria, como se expondrá en seguida, tiene repercusiones a la luz del cumplimiento del principio de legalidad en la actuación administrativa de formulación de este ajuste. Por el lado de la resolución del Directorio, encontramos que también se incurre en un error de calificación en el hecho generador y consecuentemente, en la aplicación de la Ley tributaria al caso concreto, pues aunque al final de su páginas 4 y mitad de la número 5, reconoce expresamente que las beneficiarias de los servicios de transporte aéreo son las aerolíneas comercializadoras, dando así cuenta y razón que son estas y no los pasajeros los que constituyen el aspecto subjetivo del elemento objeto del hecho imponible tipificado en el artículo 3 numeral 2 de la Ley del IVA, al aplicar en definitiva la Ley tributaria a este caso, no califica de esa forma el hecho generador, limitándose a reconocer su perfeccionamiento, pero en condiciones distintas a las realmente ocurridas, con lo que no sólo incurrió en el error de calificación y aplicación antes indicado, sino también denegó el trato fiscal que corresponde a un servicio prestado en estas condiciones, incurriendo en ambos casos en violaciones al principio de legalidad, una por acción y otra por omisión. En efecto, la resolución del Directorio al reconocer por un lado, la ocurrencia del hecho generador en nuestro país, en este caso la prestación de servicios en territorio nacional y el otro, advertir de que los beneficiarios de los mismos son las aerolíneas comercializadoras y no los pasajeros, expresamente incorporó a sus consideraciones y motivaciones, el régimen jurídico de la exportación de servicios previsto en la Ley del IVA, el cual a pesar que la propia SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en esta decisión reconoce expresamente como aplicable en este caso, se abstuvo de aplicarlo, dejando consecuentemente de aplicar normas de la Ley del IVA y por tal, violando el principio constitucional de legalidad de la Administración. Como la cuestión de la aplicación del régimen de la exportación de servicios, a los servicios de transporte ajustados, será un aspecto que será desarrollado más adelante en este demanda,

y ya que en este parte hemos concentrado nuestro argumentos en la violación al principio de legalidad, por el momento nos limitaremos a señalar, que al haber reconocido y omitido aplicar el régimen jurídico de la exportación de servicios, la resolución del Directorio efectuó una errada calificación de los hechos y violó el principio de legalidad, habida cuenta que omitió aplicar los artículos 2 inciso 4) y 7 inciso 2), ambos de la Ley del IVA. A esta violación por omisión del principio de legalidad, debemos sumar otra por acción, en este caso derivado que aunque la resolución del Directorio declara como realizado el hecho generador de la prestación de los servicios y reconoce a las aerolíneas comercializadoras como las beneficiarias de los mismos, es claro que en esta decisión administrativa la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA confirma la errada calificación y aplicación de la Ley tributaria realizada por la Gerencia de Contribuyentes Especiales Medianos, según la cual, serían los pasajeros y no las aerolíneas las beneficiarias de estos servicios, con lo cual se ha producido una errada calificación de los hechos y una equivocada aplicación de la Ley tributaria, violando así el principio constitucional de legalidad de la Administración. Es notorio y evidente que la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, tanto en la formulación como en la confirmación de este ajuste, no sujetó su actuación al principio de legalidad, habida cuenta que la Ley tributaria es clara al imponerle la obligación de observar los hechos expuestos, tanto al momento de formular como al de confirmar un ajuste, mandatos legales que evidentemente no fueron atendidos. En efecto, en lo que a la formulación del ajuste se refiere, la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA violó el principio de legalidad toda vez que en su explicación y anexó, efectuó una errada calificación y aplicación del hecho generador previsto en el artículo 3 inciso 2) de la Ley del IVA, toda vez que los beneficiarios de los servicios de transporte no son los pasajeros como mal apunta la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en la explicación de este ajuste y su anexo, sino las aerolíneas comercializadoras y de allí que no haya sujetado su actuación a los mandatos legales de establecer con precisión los hechos al formular un ajuste. De la misma manera, el principio de legalidad también resulta violado por la resolución del Directorio, ya que al confirmar la resolución de la Gerencia, tampoco consideró acertadamente los hechos expuestos en el curso de la Auditoría practicada, toda vez que confirmó una equivocada calificación y aplicación del hecho generador. De la misma manera, la resolución del

Directorio también incurre en violación al principio de legalidad, pues aunque reconoce que el caso sobre el que resuelve corresponde a una exportación de servicios, omite la aplicación de las normas que regulan el régimen jurídico aplicable a los mismos, y de allí que también viole los artículos 152 y 154 de la Constitución, los cuales como se sabe, sujetan a la Ley a toda la actuación administrativa de la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. Por lo antes expuesto y considerado, esos al desplegar su respectivo control jurisdiccional sobre este ajuste y las actuaciones administrativas que los componen, deberán revocar la Audiencia y la resolución del Directorio, en las partes que expresamente se impugnan y someten a su consideración y efectuar las demás declaraciones que en Derecho correspondan.

DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LA CONFIRMACIÓN DEL AJUSTE AL DÉBITO FISCAL OMITIDO POR SERVICIOS NO FACTURADOS PORQ. 373,409.50.

Tal como se indicó antes y será objeto de desarrollo más adelante en esta demanda, es tesis de AVIATECA que el débito fiscal que reclama la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en este ajuste, es inexigible habida cuenta de la aplicación en este caso de la exención contenida en el inciso 2 artículo 7, en los términos que se refiere el inciso 4 del artículo 2, ambos de la Ley del IVA. No obstante la única actuación administrativa de la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA que se refiere a este importante aspecto, es la resolución de la Gerencia, concretamente al final de la página número 10, en la cual señala que los servicios objeto de este ajuste no constituyen “un acto contemplado en las exenciones generales del artículo 7 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; ni el contribuyente, por prestar dichos servicios, es persona exenta conforme al artículo 8 de la misma ley”. Como esos podrán establecer al efectuar su respectivo control jurisdiccional, la referencia que en este caso hace la resolución de la Gerencia a las exenciones, constituye una simple mención, que se hizo sin más intención que descartar su aplicación, aunque sin referirse a una de ellas en particular y por tal, sin indicar las razones o motivaciones por las que no resultarían aplicables. En fin, en este caso es evidente que la resolución de la Gerencia dispone que al ajuste que nos ocupa, no sean aplicables las exenciones, pero no desarrolla a la par de esta aseveración, las motivaciones y consideraciones por las que no las considera aplicables, limitándose simplemente a decir arbitrariamente que no son aplicables. En ese orden de ideas, resulta importante traer a colación que la resolución de la Gerencia constituye una

resolución administrativa de fondo, esto es, el antecedente lógico y necesario para afectar Derechos fundamentales de los ciudadanos. Por eso, su emisión y notificación debió efectuarse de conformidad con el debido proceso, el cual es el presupuesto jurídico necesario para la afectación de Derechos fundamentales, por medio de actos administrativos resolutorios. Este principio fundamental y sus Derechos instrumentales, tal como en innumerables ocasiones ha reconocido el Tribunal Constitucional guatemalteco (Vid. por todas las importantes sentencias de fecha 6 de julio del 2000, dictada en el expediente número 272-00 y de fecha 21 de febrero del 2006, dictada en el expediente número 1281-2005), resultan aplicables a todo procedimiento en el que se afecten Derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos dentro de estos, los procedimientos administrativos tributarios de aplicación de los tributos. Por eso que una de las consecuencias más inmediatas de la aplicación del debido proceso al ámbito administrativo, la encontramos en el hecho que los actos administrativos que afecten Derechos fundamentales deben dictarse debidamente motivados y fundamentados, debiendo contener las explicaciones y justificaciones que permitirán a su destinatario, conocer la razonabilidad de la resolución que se ha emitido que lo afecta en sus Derechos fundamentales, para que así pueda ponderar y valorar si la acepta u opta por recurrir. De allí que se diga acertadamente, que una decisión administrativa de fondo estará debidamente motivada y fundamentada, cuando se explique por sí misma. Así lo ha entendido con suficiente claridad la Corte de Constitucionalidad, que ha considerado que la “fundamentación o motivación es un proceso lógico, que sirve de enlace para demostrar que unos hechos inicialmente presuntos han sido realmente realizados, y que conlleva necesariamente a la solución del caso; siendo también, garantía justiciable de que la decisión tomada no lo ha sido de manera arbitraria. En consecuencia, es obligatorio fundamentar las decisiones judiciales -no solamente las sentencias-circunstancia que deriva de las garantías del debido proceso, y por ello, en toda decisión que afecte Derechos fundamentales se debe contar con la debida motivación, de lo contrario sería una decisión arbitraria”; sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 28 de octubre del 2008, dictada en el expediente número 2822-2008. En el mismo sentido, también pueden verse las sentencias de la Corte de Constitucionalidad de fechas 17 de mayo del 2007, dictada en el expediente número 92-2007 y 6 de septiembre del 2007, dictada en el expediente número 1633-2007. Por el lado de la

legislación tributaria, encontramos que la situación no es diferente a la que plantea el Tribunal Constitucional, pues el inciso 6º del artículo 150 del Código tributario, claramente dispone que la resolución que confirme un ajuste debe contener los elementos de juicio para determinar la obligación, que en el caso del IVA, dada la aplicación del método indirecto de imposición, se traduce en que la decisión que confirme un ajuste al débito fiscal, debe dictarse debidamente motivada y fundamentada. En el caso que sometemos a consideración de ese Honorable Tribunal, es evidente que la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA al emitir la resolución de la Gerencia, incumplió la obligación de motivar y fundamentar las decisiones administrativas de fondo que emita y que por tal, afecten Derechos y libertades de los ciudadanos, habida cuenta que aunque dispone que ninguna de las exenciones previstas en el artículo 7 de la Ley del IVA resulta aplicable al caso que nos ocupa, a la par no ofrece ninguna razón o explicación por lo que considera inaplicables las exenciones, limitándose simplemente a señalar que las mismas no eran aplicables, porque así lo dice u ordena la propia SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. Al respecto, cabe señalar que un acto administrativo resolutorio que sin más, se limita a denegar el trato fiscal que conceden las exenciones porque así lo considera el órgano emisor de la decisión, no puede considerarse debidamente motivado y fundamentado, pues es evidente que no se explica por sí sola, es decir, no da cuenta y razón de las bases sobre las que se erige y fundamenta. Para que la decisión de la Gerencia fuera respetuosa con el debido proceso, habría sido necesario que incorporara o contuviera el razonamiento por el que consideraba inaplicables las exenciones previstas en el artículo 7 de la Ley del IVA. En definitiva, para que la decisión de la que hablamos, respetará el debido proceso, habría sido necesario que explicara el porqué de esa valoración, y no proceder como en efecto hizo, a resolver arbitrariamente que ninguna de las exenciones era aplicable, lo que es lo mismo a afirmar que no son aplicables porque así lo dice, o manda la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, con lo que resulta evidente que desplegó una actuación administrativa arbitraria, carente de motivación, fundamentaron o justificación y por tal, contraria a Derecho. Desde la perspectiva analizada, es evidente que la resolución de la Gerencia es contraria a Derecho, pues en ella no sólo se omiten los razonamientos por los que no se consideran aplicables las exenciones, sino también porque se

afirma que las mismas no resultan aplicables porque así lo ordena o manda la Gerencia de Contribuyentes Especiales Medianos de la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. Como resulta evidente, un acto administrativo resolutorio emitido en estas condiciones, viola el debido proceso reconocido en el artículo 12 de la Constitución y desarrollado en el artículo 150 del Código tributario, toda vez que sin ninguna motivación y fundamentación, esto es, arbitrariamente, concluye la inaplicación de las exenciones previstas en el artículo 7 de la Ley del IVA. En ese orden de ideas, con todo respeto, es importante hacer ver a los empleados y funcionarios de la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, que el debido proceso exige que las decisiones que se adopten y que afecten Derechos fundamentales de los contribuyentes, no sean arbitrarias y se emitan debidamente motivadas y fundamentadas, circunstancias que no puede decirse que se hayan cumplido en el caso que nos ocupa, toda vez que la resolución de la Gerencia se limita a señalar que las exenciones previstas en el artículo 7 de la Ley del IVA resultan inaplicables, sin ofrecer a la par las explicaciones o justificaciones de tal pronunciamiento y de allí que la misma deba revocarse por contraria al Derecho fundamental al debido proceso. DELA CORRECTA CALIFICACIÓN DEL HECHO GENERADOR Y LA IMPLICACIÓN DE LA EXENCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 7 INCISO 2 DE LA LEY DEL IVA. Efectuando un orden coherente y congruente de nuestro planteamiento, corresponde aquí, exponer la calificación y tratamiento fiscal que, conforme a la Ley y al Derecho, corresponde a los hechos que han originado los ajustes que impugnamos y sometemos a su control jurisdiccional. Como se advirtió antes en esta demanda, en el presente caso no existe controversia en cuanto a la realización en Guatemala del hecho generador de la prestación de servicios de transporte aéreo, puesto que la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA como AVIATECA reconocen que en los periodos auditados han tenido lugar los vuelos desde la ciudad de Guatemala hacia la ciudad de Flores en el departamento de Peten. Ahora bien, como se ha señalado antes también, existe controversia en cuanto a la calificación de los hechos que han dado lugar al perfeccionamiento del hecho generador previsto en el artículo 3 inciso 2 de la Ley del IVA. En efecto, mientras la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, tal como dan cuenta la explicación de este ajuste y su anexo, la resolución de la Gerencia y la resolución del Directorio, considera que el aspecto subjetivo del

elemento objetivo del hecho generador de la prestación de servicios en el territorio nacional, está constituido por los pasajeros, a los cuales consecuentemente considera como los beneficiarios, en esta demanda ha sido tesis de AVIATECA que tal calificación constituye un error y una violación al principio de legalidad, habida cuenta que en realidad los beneficiarios de estos servicios no son los pasajeros, sino las aerolíneas comercializadoras. De esa cuenta continuación se esgrimirán las razones por las que en efecto las beneficiarias de los servicios de transporte que nos ocupan, son las aerolíneas comercializadoras, a la sazón se abordarán los efectos que esa circunstancia tiene en los ajustes que aquí se discuten y someten al control judicial de ese Tribunal. En ese sentido, es importante iniciar señalando que las líneas aéreas alrededor del mundo, prestan unos servicios que, por su naturaleza y características, están sujetos a unas reglas, costumbres comerciales y prácticas que tienen carácter de Derecho internacional, en un sentido lato. Así, derivado de su afiliación a la IATA y a sus regulaciones, AVIATECA puede ser requerida por parte de otras aerolíneas igualmente afiliadas a la IATA, a prestar servicios de transporte aéreo que no haya vendido directamente, a través de los acuerdos interlínea (MITA por sus siglas en inglés), que como lo señalamos anteriormente, son definidos como un convenio en donde los pasajeros o la carga usan un solo documento estándar de viaje (por ejemplo, en el caso de los pasajeros un ticket, y en el caso de la carga un manifiesto) para viajaren varios medios de transporte involucrados en diferentes rutas con el fin de llegar a un destino final. En efecto, las citadas regulaciones permiten a las aerolíneas afiliadas a IATA, vender pasajes aunque no sean estas la que vayan a prestar efectivamente el servicio de transporte aéreo, habida cuenta que la aerolínea que vende, no opera en la jurisdicción donde el apuntado servicio se vaya a prestar, lo cual evidencia la necesidad de que sea otra, la que los preste. Así, sucedió en el caso que nos ocupa, habida cuenta que AVIATECA prestó servicios de transporte aéreo de la ciudad de Guatemala a la de Flores en el departamento de Peten, pero no vendió a los pasajeros los tickets aéreos, ya estos les fueron vendidos directamente por las aerolíneas comercializadoras en las jurisdicciones en las que operan. Los hechos descritos ponen en evidencia, la existencia de dos relaciones jurídicas mercantiles: La primera entre AVIATECA y las distintas líneas aéreas autorizadas por reglas IATA, a comercializar con los servicios que su representada presta en Guatemala; la segunda entre las aerolíneas comercializadoras y las personas que de estas hayan

adquirido directamente los pasajes aéreos. Así, resulta que cuando sus servicios son comercializados de la forma descrita. AVIATECA deviene obligada a prestarlos como consecuencia de la relación comercial que la une con las líneas aéreas comercializadoras y no porque existe alguna vinculación con los pasajeros, con quien no interactúa en ninguna de las fases o etapas de adquisición de los pasajes aéreos. En fin. AVIATECA presta sus servicios porque se encuentra obligada con las aerolíneas comercializadoras y no con los pasajeros. Esta circunstancia, es puesta en evidencia por los propios pasajes aéreos, los casuales no son emitidos por AVIATECA, sino por las propias líneas aéreas comercializadoras, las cuales consecuentemente son las únicas responsables frente a los pasajeros, con los cuales, huelga insistir, su representada no tiene ningún trato en la etapa de comercialización. En fin, el contrato de transporte aéreo se perfecciona entre el pasajero y la aerolínea comercializadora y por eso que sea esta y no AVIATECA, la que emite los pasajes en nombre propio y sea también la responsable exclusiva y directa frente al pasajero, al cual únicamente se le indica por medio de una leyenda en el pasaje (emitido por la comercializadora), que la prestadora efectiva del servicio será su representada. Esta proposición de hecho, será demostrada en su etapa procesal oportuna, con los pasajes aéreos emitidos, los cuales se aportarán a este proceso a título de prueba documental. Así las cosas, es evidente que en este caso AVIATECA simplemente es un tercero, y las la aerolíneas comercializadoras son las porteadoras de un contrato de transporte que han suscrito con los pasajeros a quienes han vendido los pasajes aéreos. Y de allí, tal como se desprende de los artículos 794 y 796 del Código de Comercio, que sean las obligadas y responsables a conducir a los pasajeros de un lugar a otro, a cambio de un precio. Lo antes expuesto y considerado, pone en evidencia que en el caso que nos ocupa, los beneficiarios de los servicios de transporte aéreo que prestó AVIATECA y que son objeto de este ajuste, fueron las líneas aéreas comercializadoras y no los pasajeros como erradamente consideró la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en la Explicación de este ajuste y su anexo y en la resolución de la Gerencia, pues es con estas y no con aquellos, con los que se encuentra obligada y vinculada por medio de una relación mercantil. Con los pasajeros, tal como se explicó antes, AVIATECA no tiene ningún trato o vinculación, debiéndolos en todo caso en cumplimiento de las instrucciones recibidas de las aerolíneas comercializadoras, trasladarlos por su cuenta y riesgo, a los lugares que

indiquen los pasajes aéreos que igualmente ellas han emitido en nombre propio. Desde esta perspectiva, es evidente que los servicios de transporte aéreo prestados por AVIATECA en nuestro país y que son objeto de ajuste por la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, han sido aprovechados en su totalidad en el extranjero por las aerolíneas comercializadoras, ya que estas al no poder operar en Guatemala por no tener las autorizaciones necesarias para hacerlo, no tienen residencia o domicilio en nuestro país. Esta proposición de hecho, igualmente será probada en su etapa procesal oportuna, con la respectiva prueba pertinente, relevante y legal. De esa cuenta, es notorio que los servicios de transporte aéreos que nos ocupan, al tenor del artículo 2 inciso 4) de la Ley del IVA constituyen una exención de servicios, ya que se han prestado en Guatemala, pero se han aprovechado totalmente en el extranjero, los cuales por consiguiente de conformidad con el artículo 7 inciso 2) de la Ley del IVA, se encuentran exentos y de allí que el débito fiscal que la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA pretende de AVIATECA sea inexistente. Así, la correcta calificación de los hechos puestos de manifiesto en el curso de las actuaciones de fiscalización, conduce a concluir que la Ley tributaria debe aplicarse en el sentido que, cuando AVIATECA prestó en Guatemala servicios de transporte aéreo, efectivamente perfeccionó el hecho generador de la prestación de servicios en el territorio nacional, tipificado en el artículo 3 inciso 2 de la Ley del IVA, pero derivado de la circunstancia que fueron aprovechados en su totalidad en el extranjero por las líneas aéreas comercializadoras, que no son residentes ni domiciliadas en Guatemala, los mismos resultan exentos, tal como se desprende de los artículos 2 inciso 4 y 7 inciso 2, ambos de la Ley del IVA. Asimismo, en este caso la exención también resulta aplicable habida cuenta que los servicios de transporte aéreo prestados en Guatemala por AVIATECA, fueron pagados por las líneas aéreas comercializadoras con divisas que fueron negociadas en Guatemala conforme a la legislación cambiaría vigente. Esta proposición de hecho, será igualmente demostrada en su etapa procesal oportuna, con la documentación de soporte de los pagos efectuados a AVIATECA desde el extranjero por las aerolíneas comercializadoras. Por el lado de la jurisprudencia, encontramos que la Honorable Corte Suprema de Justicia ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse con relación a la exportación de servicios y en relación a todo su marco jurídico. Así lo hizo la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su

sentencia de fecha 12 de mayo del 2013, dictada en los expedientes acumulados de casación números 01002-2013-170 y 01002-2013-173, en la que si bien se refiere a los servicios de gestión, los aborda desde la perspectiva de su exportación, que es precisamente lo que aquí se discute y de allí que se invoque, habida cuenta que el Alto Tribunal considera que: **“Al analizar el tipo de servicio de que se trata, se estima que por las características de las gestiones, estas tienen una doble connotación, pues ciertamente es prestado y en ninguna medida es utilizado en Guatemala: sin embargo, quien recibe el beneficio de tales servicios y ejecuta los resultados de estos, es el cliente que se encuentra en el exterior, pues sin ellos no podría consumir sus operaciones de importación. En tal virtud, por la naturaleza de esta clase de servicios, y tomando en cuenta que el impuesto al valor agregado es un tributo que se genera por transacciones realizadas dentro del territorio nacional, y que en este caso, a quien se le prestó el servicio es a un sujeto no domiciliado en Guatemala, se establece que los relacionados servicios encuadran en la figura jurídica regulada en el artículo 2 numeral 4) de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, es decir que se trata de exportación de servicios, y consecuentemente, goza del privilegio fiscal de exención contenido en el artículo 7, numeral 2 de la misma ley”**. De esa cuenta, es claro que para la Corte Suprema de Justicia, la cuestión de la aplicación de la exención tipificada en el artículo 7 inciso 2) de la Ley del IVA, dependerá de 2 circunstancias: i) Que el servicio sea prestado en Guatemala; y ii) Que el mismo sea aprovechado por un sujeto no domiciliado en Guatemala; las cuales como se ha expuesto antes, tienen lugar en el caso que se somete a consideración de los , toda vez que AVIATECA prestó en Guatemala servicios de transporte aéreo a las lineras aéreas comercializadoras, que son entidades no residentes y no domiciliados en Guatemala y de allí, que al igual que el caso reseñado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, le sea aplicable también la exención prevista en el artículo 7 inciso 2) de la Ley del IVA. Por lo antes expuesto y considerado, ese Honorable Tribunal al emitir su correspondiente sentencia, deberá revocar la Audiencia, la resolución de la Gerencia y la resolución del Directorio, en las partes que expresamente se impugnan y someten a su control jurisdiccional y resolviendo conforme a Derecho, deberán aplicar a los servicios ajustados por la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA la exención establecida en el artículo 7 inciso 2) de la Ley del IVA y consecuentemente declarar que el debido

fiscal que la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA pretende de AVIATECA es inexistente, efectuando las demás declaraciones que en Derecho correspondan. En base a lo anterior esta Sala considera necesario iniciar el análisis en base a la Ley del Impuesto al Valor Agregado específicamente en los artículos uno (1) que se refiere a la materia del impuesto, al artículo dos (2) que se refiere a las definiciones, al artículo tres (3) numeral dos que se refiere al hecho generador y en forma específica a los servicios que se prestan en el territorio nacional, al artículo doce (12) que se refiere a la prestación de servicios, y el artículo veintinueve (29) que se refiere a los documentos obligatorios y que son afectos al Impuesto al Valor Agregado, todos ellos que le son aplicables según la Administración Tributaria a la parte actora sin embargo cuando se revisa el expediente administrativo, es de resaltar que son servicios que se prestan a entidades y empresas o comercializadoras que no tienen domicilio en Guatemala, como lo regula el artículo 7 numeral 2 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, el cual se refiere a las exenciones generales, y en forma específica a las exportaciones de bienes y las exportaciones de servicios de conformidad con la definición del artículo 2 numeral 4 de esta misma ley que refiere: **“.....Por exportación de servicios: La prestación de servicios en el país, cumplidos todos los trámites legales, a usuarios que no tiene domicilio ni residencia en el mismo y que estén destinados exclusivamente a ser utilizados en el exterior, siempre y cuando las divisas hayan sido negociadas conforme a la legislación cambiaria vigente.”** En el presente caso la entidad actora presta servicios en Guatemala, sin embargo como consta en el expediente administrativo los mismos los presto a comercializadoras, según documentos presentados por la parte actora y que constan en el expediente judicial de la página trescientos cuarenta y ocho (348) a la cuatrocientos doce (412), además que fueron presentados dentro del procedimiento administrativo, de igual forma se demostró con la exhibición de libros de contabilidad que la entidad actora cumplió con integrar en su contabilidad los pagos efectuados en moneda extranjera cumpliendo las leyes que se refieren a las divisas vigentes en el periodo fiscalizado, por lo que se demostró documentalmente que la actividad de la prestación de servicios se realizó a entidades comercializadoras que no tiene domicilio en Guatemala, por lo que se encuentran dentro de la figura de exportación de servicio, la cual se encuentra exenta del impuesto al Valor Agregado, por lo que la resolución impugnada carece de fundamentación, justificación y

razonamiento legal en aplicación normativa que debe de encuadrar perfectamente con el hecho jurídico que se pretende ajustar por eso es que es necesario realizar una conceptualización de acto administrativo, que desde la perspectiva general García de Enterría sostenía: **“...que acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo. Se distinguían, por tanto, de la actuación no jurídica (actos materiales) de la Administración, de los actos jurídicos producidos por los administrados, aun siendo propios del Derecho Administrativo y de los actos jurídicos dictados por la Administración pero no sometidos al Derecho Administrativo (actos de Derecho privado, procesal, laboral, constitucional, etc.)”**. (Citado por Raúl Bocanegra Sierra, del libro Lecciones Sobre el Acto Administrativo, página 43). En el presente asunto es necesario delimitar dicha conceptualización porque de igual forma los actos administrativos emitidos por la Administración Pública, producen efectos jurisdiccionales, en ese sentido la Ley de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 19 al referirse a que procederá el Contencioso Administrativo en los casos de contienda por actos y resoluciones de la administración, se refiere a típicos actos administrativos que pueden ser fiscalizables por medio de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, y que los particulares acuden a la tutela efectiva para su revisión jurisdiccional o lo que algunos llaman control jurisdiccional, es por ello que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo al ejercer ese mecanismo de control, revisa la Juridicidad del acto administrativo, entendiéndolo como tal de conformidad con el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la siguiente forma: **“Ante tales términos, el problema se reduce a establecer el sentido de la expresión “contralor de la juridicidad”, lo cual no ofrece dificultad alguna, toda vez que por sí sola en su contexto revela claramente que el pensamiento recogido por la norma es el de atribuir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la función específica de ajustar a Derecho los actos de la administración pública, incluyendo a las entidades autónomas y descentralizadas. Tales actos recaen directa o indirectamente sobre la actividad de los administrados que integran el binomio, cuyas relaciones están basadas en la existencia de Derechos y obligaciones de observancia bilateral, determinando así la eficacia del orden jurídico. Se completa lo anterior con el mandato constitucional que señala a los tribunales la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado dentro del marco determinado**

por la Constitución Política de la República y las leyes ordinarias.” (Expediente 46-93, Gaceta de los Tribunales 1994). Es por lo anterior que el control de la jurisdicción que ejerce el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se refiere a ajustar a Derecho los actos administrativos, emitidos en su ejercicio por la Administración Pública, en el presente caso por la Administración Tributaria que se materializa por medio de la Superintendencia de Administración Tributaria, cuando en sus actos administrativos se evidencia deficiencia o ilegalidad por contravenir alguna disposición específica, es por ello que dentro del análisis respectivo se involucran los elementos contenidos en la resolución administrativa, que es el acto administrativo impugnado en el presente caso y el cual está contenido en el Código Tributario en su artículo 150 que literalmente dice: “ARTICULO 150. Requisitos de la resolución. La resolución deberá contener como mínimo los siguientes requisitos: 1. Número de la resolución e identificación del expediente. 2. Lugar y fecha. 3. Apellidos y nombres completos, razón social o denominación legal del contribuyente o responsable y en su caso, del representante legal y su número de identificación tributaria (NIT), domicilio fiscal del contribuyente o responsable, si estos extremos constaren en el expediente. 4. Indicación del tributo y del período de imposición correspondiente, si fuere el caso. 5. Consideración de los hechos expuestos y pruebas aportadas. 6. Los elementos de juicio utilizados para determinar la obligación tributaria. 7. La especificación de las sumas exigibles por tributos, intereses, multas y recargos, según el caso. 8. En su caso, determinación del crédito que resulte a favor del contribuyente o responsable, ordenando que se acredite o devuelva conforme a lo dispuesto por el artículo 111 de este código. 9. Consideración de los dictámenes emitidos, y de los fundamentos de hechos y de Derecho de la resolución. 10. La firma del funcionario que la emita. Si al dictarse la resolución se cometieren errores de carácter formal, podrán corregirse de oficio por la Administración Tributaria. La resolución corregida deberá notificarse al contribuyente o responsable y a las demás partes, si las hubiere.” La norma transcrita, contiene dentro de los elementos necesarios a numeral 6 que establece que se deben de incluir los elementos de juicio utilizados para determinar la obligación tributaria, y el numeral 9 que se refiere a la consideración de los dictámenes emitidos, y de los fundamentos de hechos y de Derecho de la resolución, dichos numerales recogen la idea general de la justificación del mismo acto administrativo matizado en la resolución impugnada, que en

doctrina se le dado en llamar la motivación del acto administrativo, de esa cuenta García de Enterría y Fernández Rodríguez sostienen que: “...la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. (...) Nuestra jurisprudencia está normalmente en esta línea (..) En la misma línea y con especial energía se sitúa la doctrina del Tribunal Constitucional (así, la Sentencia, antes citada, de 17 de julio de 1981: la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un requisito del acto de sacrificio de Derechos; lo mismo la Sentencia de 16 de junio de 1982: debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de Derechos). (Citado por Florián García Berro en su libro “Procedimientos Tributarios y Derechos de los Contribuyentes”, Pagina 138). Así mismo en ese mismo orden de ideas el Doctor Marco Morales Tobar sostiene refiriéndose a la motivación de la siguiente forma: “...es importante señalar que la misma tiene como esencia y filosofía que el administrado conozca de primera mano por voz de la propia autoridad, cuáles son las razones para dictar o emitir el acto (causa), sobre todo cuando el acto afecte los Derechos del ciudadano; la razón de ser de la motivación es que el ciudadano nunca, por desconocimiento real de los hechos, pueda quedar en indefensión, esto llevó a crear una serie de curiales, formas y formalismos, que más allá que simples ritualidades o curiales son verdaderas garantías de protección al administrado y que la más moderna doctrina del Derecho administrativo ha señalado como la motivación, por tanto ésta no es pues un requisito meramente formal sino sustancia del acto administrativo...” (Libro “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, página 155 y 156). Por lo anterior toda resolución administrativa que es un acto administrativo con el que la Administración Pública manifiesta su voluntariedad, en el caso que nos ocupa la Superintendencia de Administración Tributaria, emitió la resolución número cuatrocientos sesenta y ocho guion dos mil quince (468-2015), emitida en la sesión del Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria de fecha uno (1) de octubre del año dos mil quince (2015) y documentada en el punto once (11) del acta número noventa y cuatro guion dos mil quince (94-2015), por medio de la cual se indica que se declara parcialmente con lugar el recurso de revocatoria interpuesto por la entidad Aviateca, Sociedad Anónima, por lo que se confirma parcialmente la resolución recurrida, tanto

la original como la consecuencia que es la resolución impugnada son resoluciones en las cuales se incurre en el vicio de la falta de motivación y razonamiento lógico jurídico, porque se dejó de encuadrar el hecho ajustado con la normativa que regula el mismo y en todo caso razonar el motivo o motivos que originaron para la formulación del ajuste para que la actora no se quedara en estado de indefensión, además porque la Administración Tributaria como ente fiscalizador debe de tener claro que la motivación es necesaria para encuadrar el supuesto normativo a la situación del hecho controvertido lo cual no existe en el presente caso en donde se pretende obligar al contribuyente a retener un impuesto a un hecho que en nada encuadra con los artículos que indica como justificación legal. El dejar de motivar la Superintendencia de Administración Tributaria, dejó de considerar hechos necesarios en la emisión de la resolución y la aplicación de la norma correspondiente en ese sentido se manifiesta García de Enterría: **“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de Derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.”** (Libro “Curso de Derecho Administrativo”, Página 549.); Teniendo como hechos necesarios las justificaciones que originan la formulación del ajuste por impuesto no retenido a personas no domiciliadas en el país y como norma aplicativa el artículo 150 del Código Tributario como parte de la justificación normativa, porque si no existe artículo que regule la supuesta violación al sistema legal, se está de igual forma violentando con ello los Derechos de la actora, contenidos en el artículo 12 de la Constitución Política de la República al dejarla en estado de indefensión, ya que no supo con claridad cuáles fueron los motivos por los cuales se formuló el ajuste, en forma razonada y clara, que no deje lugar a dudas de la voluntad de la Administración Tributaria ajustada totalmente a la ley aplicable que origine el ajuste, de igual forma la motivación tiene una relación directa con la legalidad de los actos administrativos, como bien lo indica Fernández Vásquez de la siguiente forma: **“la motivación es la legalidad del acto administrativo, pues justifica el cumplimiento de los elementos normativos (aspectos reglados del acto) y de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad (aspectos discrecionales del acto) agregando que la motivación no sólo tiene por finalidad conocer con**

mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hacer posible su control o fiscalización, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el Derecho aplicable y la decisión adoptada.....” (Diccionario de Derecho Público, Páginas 506 y 507). Es por lo anterior que efectivamente la motivación del acto administrativo debe obligatoriamente ser basado en la exigencia de las normas aplicables y que fundamentan el Derecho, de esa cuenta la Honorable Corte de Constitucionalidad se ha manifestado así: **“El Derecho de petición plasmado en el artículo 28 de la Constitución impone a la autoridad la obligación de resolver dentro de un plazo las peticiones que le dirijan los gobernados. Aquél Derecho, sin embargo, no se cumple con el simple hecho de responder a lo pedido; su concreción y efectivo respeto exige que la resolución obedezca exigencias plasmadas en normas legales de imperativa observancia que la fundamenten.”** (Gaceta 50. Expediente 1028-97, sentencia de fecha 26/11/1998). Lo anterior deduce que la exigencia no es solo de resolver motivando sino que adicionalmente justificando la fundamentación de las leyes aplicables ya que en caso no suceda eso, se estaría violentando de igual forma el Derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que la fundamentación y la motivación son garantías que tienen los administrados contra la arbitrariedad, en ese sentido la Corte de Constitucionalidad con respecto al principio de seguridad jurídica determina: **“El principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2º de la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental.....”** (Gaceta No. 1258-00, sentencia 10-07-01.). Por su parte el jurista Cesar García Novoa, sostiene que el principio de seguridad jurídica se refiere a: **“la seguridad jurídica consiste básicamente en el cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación.”** (Libro: El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria, página 80.). Se debe tomar en cuenta en virtud que el artículo 4 del Código Tributario indica, que la aplicación, interpretación e integración de las normas tributaria, se harán conforme a los principios

establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala en primer orden; es por esa razón por la cual este Tribunal, debe de privilegiar como quedó apuntado anteriormente el principio de seguridad jurídica, ya que al analizar en forma integrada la aplicación de la norma cuestionada en su aplicación, se violenta el principio de seguridad jurídica ya que con él se busca proscribir la arbitrariedad de los entes públicos. En razón de todo lo anterior ejercer el control de la juridicidad, ya que ha quedado totalmente claro dentro del expediente judicial como en otros casos similares, los criterios como el vertido por la experta Licenciada Sonia Elizabeth Osorio Villagran, en donde desde el punto de vista contable llega a la conclusión en la página quinientos cuatro (504) reverso del expediente judicial que **“Con base a lo observado se concluye que en el período comprendido del 1 de enero al 31 de diciembre la contribuyente recibió y opero contablemente depósitos en dólares de los Estados Unidos, convertidos a quetzales al tipo de cambio vigente a la fecha de la recepción de los mismos.”** Todo lo anterior hace que la justificación normativa de la Administración Tributaria no le es al caso en particular, por lo que se dejó de razonar, motivar y justificar la normativa aplicable al caso concreto. De igual forma como antecedente se puede citar la sentencia fecha 12 de mayo del 2013, dictada en los expedientes acumulados de casación números 01002-2013-170 y 01002-2013-173, emitida por la Corte Suprema de Justicia que refiere: **“Al analizar el tipo de servicio de que se trata, se estima que por las características de las gestiones, estas tienen una doble connotación, pues ciertamente es prestado y en ninguna medida es utilizado en Guatemala: sin embargo, quien recibe el beneficio de tales servicios y ejecuta los resultados de estos, es el cliente que se encuentra en el exterior, pues sin ellos no podría consumir sus operaciones de importación. En tal virtud, por la naturaleza de esta clase de servicios, y tomando en cuenta que el impuesto al valor agregado es un tributo que se genera por transacciones realizadas dentro del territorio nacional, y que en este caso, a quien se le prestó el servicio es a un sujeto no domiciliado en Guatemala, se establece que los relacionados servicios encuadran en la figura jurídica regulada en el artículo 2 numeral 4) de la Ley del Impuesto al Valor -Agregado, es decir que se trata de exportación de servicios, y consecuentemente, goza del privilegio fiscal de exención contenido en el artículo 7, numeral 2 de la misma ley”**. Por lo anterior, ya quedado demostrado que la actuaciones de la Superintendencia de Administración Tributaria

no ha sido la correcta al haber dejado de motivar, razonar y justificar su actuación de conformidad con las normas aplicables al caso en concreto, y ante tal ausencia se declara con lugar la demanda y se deja sin efecto este ajuste y de esa forma deberá de resolverse.

A.2) AL DÉBITO FISCAL OMITIDO POR FALTANTE Y/O PÉRDIDA DE INVENTARIO POR Q285,698.12: Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que derivado de la revisión efectuada a las integraciones por faltante y/o pérdida de inventario proporcionadas por la contribuyente, se determinó que por las pérdidas por Q2,380,817.93, no proporcionó documentación de respaldo que compruebe que la baja de inventarios corresponde a bienes percederos, casos fortuitos, de fuerza mayor o delitos contra el patrimonio; por lo que se determinó un débito fiscal omitido de Q285,698.12, integrado de la siguiente manera: enero Q2,550.15; febrero Q366.83; marzo Q107,385.59; abril Q2,033.09; mayo Q5,605.91; junio Q58,576.13; julio Q25,654.27; octubre Q16,203.10 y noviembre Q67,323.05, todos del 2012, hecho que se hizo constar en acta de actuaciones GEM-DFI- SIA-560-2014 del 29 de mayo de 2014, procediendo formular ajuste al débito fiscal por faltante y/o pérdida de inventario. Base legal: artículos 1, 2,3 numeral 7, 4 numeral 6), 13 numeral 4) y 14 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, vigentes en los períodos auditados. Por su parte la actora sostiene que tal como lo expuso, su representada únicamente impugna y somete al control judicial de ese Tribunal, el ajustes identificado en el numeral romano V) del escrito inicial de demanda, por lo que los restantes ajustes que también fueron confirmados en la resolución del Directorio, no serán objeto de discusión en el presente proceso presente proceso contencioso administrativo, por lo que los mismos quedarán firmes. Los ajustes confirmados por la resolución del Directorio que su representada no impugna y somete al control de ese Tribunal y que por tal, quedarán firmes, son los siguientes: A. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO de enero a diciembre del 2012. A.2) Al débito fiscal omitido por faltante y/o perdida de inventario por Q. 285,698.12. Ante la declaración hecha por la parte actora en su memorial de demanda, esta Sala lo único que puede hacer el pronunciando la aceptación del ajuste formulado y de esa forma deberá de resolverse.

A3) AL DÉBITO FISCAL OMITIDO POR VENTAS NO FACTURADAS POR Q240,294.36: Sostiene la Administración Tributaria que derivado de la revisión efectuada a los registros contables, libro

de Ventas y Servicios Prestados y cifras reportadas por la contribuyente en las declaraciones juradas mensuales del Impuesto al Valor Agregado de enero a diciembre de 2012, se estableció que en la cuenta contable 240-13-10113-00000-820-000-0000 denominada "Partes Gastables Avión ATR-DLS", registró ventas de inventario por Q2,002,453.23, las cuales no facturó ni declaró como parte de las ventas gravadas en las citadas declaraciones, por lo que es procedente formular ajuste por ventas gravadas no declaradas por un valor base de Q2,002,453.23, que genera débito fiscal de Q240,294.36 para hacer un total de venta no facturada de Q2,242,747.59 por venta de inventario. Base legal: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 10,11 y 29 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 32 de su Reglamento; 381 del Código de Comercio de Guatemala; 32 del Código Tributario, vigentes en los períodos auditados. Por su parte la actora sostiene que tal como lo expuso, su representada únicamente impugna y somete al control judicial de ese Tribunal, el ajustes identificado en el numeral romano V) del escrito inicial de demanda, por lo que los restantes ajustes que también fueron confirmados en la resolución del Directorio, no serán objeto de discusión en el presente proceso presente proceso contencioso administrativo, por lo que los mismos quedarán firmes. Los ajustes confirmados por la resolución del Directorio que su representada no impugna y somete al control de ese Tribunal y que por tal, quedarán firmes, son los siguientes: A. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO de enero a diciembre del 2012. A.3) Al débito fiscal omitido por ventas no facturadas por Q. 240,294.36. Ante la declaración hecha por la parte actora en su memorial de demanda, esta Sala lo único que puede hacer es el pronunciamiento por la aceptación del ajuste formulado y de esa forma deberá de resolverse.

B. IMPUESTO SOBRE LA RENTA, RÉGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE 2012.
1) GASTOS NO DEDUCIBLES POR NO ESTAR RESPALDADOS CON LA DOCUMENTACIÓN LEGAL POR Q806,589.26: Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que derivado de la revisión efectuadas los registros contables y a la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta de enero a diciembre de 2012, se verificó que reportó en el rubro "otros gastos" Q40,474,079.00, entre los cuales incluye gastos por concepto de faltante y/o pérdida de inventario e inventario obsoleto por Q2,959,700.47, los cuales no están adecuadamente comprobados ni documentados, por lo que procede formular ajuste por Q806,589.26 que no tienen respaldo documental legal, hecho que se hizo constar en

acta de actuaciones GEM-DFI-SIA-560-2014 del 29 de mayo de 2014, no siendo posible comprobar si corresponden a la contribuyente, si son del período anual de imposición que se liquida y si tuvieron su origen en el negocio, actividad u operación que sirvieron para generar rentas gravadas. Base legal: artículos 25, 28, 38 literal ñ), 39 literales a) y b) y 49 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 15 de su Reglamento; y 381 del Código de Comercio de Guatemala, vigentes en el período auditado. Por su parte la actora sostiene que tal como lo expuso, su representada únicamente impugna y somete al control judicial de ese Tribunal, el ajustes identificado en el numeral romano V) del escrito inicial de demanda, por lo que los restantes ajustes que también fueron confirmados en la resolución del Directorio, no serán objeto de discusión en el presente proceso presente proceso contencioso administrativo, por lo que los mismos quedarán firmes. Los ajustes confirmados por la resolución del Directorio que su representada no impugna y somete al control de ese Tribunal y que por tal, quedarán firmes, son los siguientes: B. IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Régimen optativo, de enero a diciembre del 2012. B.1) Gastos no deducibles por no estar respaldados con la documentación legar por Q. 806,589.26. Ante la declaración hecha por la parte actora en su memorial de demanda, esta Sala lo único que puede hacer es el pronunciamiento por la aceptación del ajuste formulado y de esa forma deberá de resolverse.

B.2) GASTOS NO DEDUCIBLES, POR NO ESTAR RESPALDADOS CON LA DOCUMENTACIÓN LEGAL POR Q47.417.96: Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que derivado de la revisión efectuada a los registros contables y a la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta de enero a diciembre de 2012, se verificó que dentro del rubro de "otros gastos" por Q40,474,079.00 incluyó gastos por "Entrenamiento Especializado" por Q461,535.54, dentro del cual hay gastos por Q47.417.96 respaldados con documentos que no están a nombre de la contribuyente, por lo que no son utilizados para generar renta gravada, estos gastos no cumplen con los requisitos legales, por lo que se consideran gastos no deducibles; procediendo formular el ajuste correspondiente. Base legal: artículos 39 literales a) y b) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; y 381 del Código de Comercio de Guatemala, vigentes en el período auditado. Por su parte la actora sostiene que tal como lo expuso, su representada únicamente impugna y somete al control judicial de ese Tribunal, el ajustes identificado en el numeral romano V) del escrito

inicial de demanda, por lo que los restantes ajustes que también fueron confirmados en la resolución del Directorio, no serán objeto de discusión en el presente proceso presente proceso contencioso administrativo, por lo que los mismos quedarán firmes. Los ajustes confirmados por la resolución del Directorio que su representada no impugna y somete al control de ese Tribunal y que por tal, quedarán firmes, son los siguientes: B. IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Régimen optativo, de enero a diciembre del 2012. B.2) Gastos no deducibles por no estar respaldados con la documentación legar por Q. 47,417.96. Ante la declaración hecha por la parte actora en su memorial de demanda, esta Sala lo único que puede hacer es el pronunciamiento por la aceptación del ajuste formulado y de esa forma deberá de resolverse.

POR Q2,002,453.23: Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que derivado de la revisión efectuada a los registros contables y cifras reportadas en la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta de enero a diciembre de 2012, se estableció que en la cuenta 240-13-10113-00000-820-000-0000 denominada "Partes Gastables Avión ATR-DLS, la cual forma parte del rubro declarado "Otros Activos" efectuó abonos que disminuyeron el valor del inventario por ventas del mismo pendientes de facturar por Q2,002,453.23, las cuales no declaró como parte de los ingresos gravados reportados en la referida declaración, procediendo formular el ajuste respectivo. Base legal: artículos 2, 4, 7 y 8 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 103 del Código tributario y 381 del Código de Comercio de Guatemala, vigentes en el período auditado. Por su parte la actora sostiene que tal como lo expuso, su representada únicamente impugna y somete al control judicial de ese Tribunal, el ajustes identificado en el numeral romano V) del escrito inicial de demanda, por lo que los restantes ajustes que también fueron confirmados en la resolución del Directorio, no serán objeto de discusión en el presente proceso presente proceso contencioso administrativo, por lo que los mismos quedarán firmes. Los ajustes confirmados por la resolución del Directorio que su representada no impugna y somete al control de ese Tribunal y que por tal, quedarán firmes, son los siguientes: B. IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Régimen optativo, de enero a diciembre del 2012. B.3) omisión de ingresos por ventas no facturadas por Q.2, 002,453.23. Ante la declaración hecha por la parte actora en su memorial de demanda, esta Sala lo único que puede hacer es el pronunciamiento por la aceptación del ajuste formulado y de esa forma deberá de resolverse.

B.4) COSTOS Y GASTOS QUE EXCEDEN AL 97% DEL TOTAL DE INGRESOS GRAVADOS POR Q4,046,431.41: Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que de la revisión efectuada a la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta de enero a diciembre de 2012, se estableció que no efectuó el cálculo del exceso del 97% del total de ingresos gravados, de conformidad al artículo 39 literal j) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, vigente en el período auditado. Asimismo, se determinó que su margen bruto es del 100%; no obstante, obtuvo pérdidas durante dos períodos consecutivos, a partir de la vigencia del Decreto 18-04 del Congreso de la República, no cumplió con la presentación de la copia o fotocopia de la declaración jurada prestada ante notario, mediante la cual informó a la Administración Tributaria de su situación particular, lo cual se dejó constancia en el acta de actuaciones GEM-DFI-SIA-560-2014 del 29 de mayo de 2014, por lo que procede formular el ajuste por cuatro millones cuarenta y seis mil cuatrocientos treinta y un quetzales con cuarenta y un centavos (Q4,046,431.41), monto que excede al 97% del total de ingresos gravados. Base legal: artículos 39 literal j) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y 20 de su Reglamento. Por su parte la actora sostiene que tal como lo expuso, su representada únicamente impugna y somete al control judicial de ese Tribunal, el ajustes identificado en el numeral romano V) del escrito inicial de demanda, por lo que los restantes ajustes que también fueron confirmados en la resolución del Directorio, no serán objeto de discusión en el presente proceso presente proceso contencioso administrativo, por lo que los mismos quedarán firmes. Los ajustes confirmados por la resolución del Directorio que su representada no impugna y somete al control de ese Tribunal y que por tal, quedarán firmes, son los siguientes: B. IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Régimen optativo, de enero a diciembre del 2012. B.4) Costos y gastos que exceden del 97% del total de ingresos gravados. Ante la declaración hecha por la parte actora en su memorial de demanda, esta Sala lo único que puede hacer es el pronunciamiento por la aceptación del ajuste formulado y de esa forma deberá de resolverse.

RETENCIONES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA A PERSONAS NO DOMICILIADAS EN EL PAÍS. B.5) A LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE ENERO A NOVIEMBRE DE 2012, POR RETENCIONES NO EFECTUADAS A PERSONAS NO DOMICILIADAS EN EL PAÍS POR OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL

OCHOCIENTOS CUATRO QUETZALES CON VEINTISIETE CENTAVOS, Q851,804.27: Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que derivado de la revisión efectuada al rubro de “otros gastos” de Q40,474,079.00 reportados en la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta de enero a diciembre de 2012, se estableció que reportó gastos por servicios prestados por personas no domiciliadas en Guatemala por ochocientos cincuenta y un mil ochocientos cuatro quetzales con veintisiete centavos, (Q851,804.27), no efectuando la retención del Impuesto Sobre la Renta correspondiente a que estaba obligada. Según explicó la contribuyente a los auditores tributarios, los servicios prestados por personas no domiciliadas en Guatemala, corresponden a gastos necesarios para producir la renta gravable en Guatemala; consecuentemente, procede efectuar el ajuste correspondiente al impuesto omitido en las declaraciones juradas. Se tomó como soporte los estados financieros, integraciones contables, documentación de soporte y los registros contables proporcionados por la contribuyente. A los servicios prestados por personas no domiciliadas en Guatemala de ochocientos cincuenta y un mil ochocientos cuatro quetzales con veintisiete centavos, (Q851, 804.27) se le aplica el porcentaje de retención del 31% que indica la Ley del Impuesto Sobre la Renta, resultando un impuesto omitido que deberá ser pagado por la contribuyente de doscientos sesenta y cuatro mil cincuenta y nueve quetzales con treinta y dos centavos (Q264.059.32.) Base legal: artículos 1, 2,3, 4 y 45 literales b) y c) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 28, 29 y 103 del Código Tributario, vigentes en los períodos auditados. Con respecto al presente ajuste la parte actora dentro de la fase administrativa logro que se desvanecieran algunas cantidades sin embargo no acepto las retenciones que se relacionan con el ajuste a personas no domiciliadas en el país y que tienen relación con el ajuste que se refiere al Impuesto al Valor Agregado y que esta Sala se pronunció revocando el mismo en razón de lo cual la justificación es exactamente la misma al presente ajuste que en la resolución impugnada fue parcialmente desvanecido, en razón de lo cual de igual forma esta Sala revoca el presente con el objeto de están en congruencia con los antecedentes y las constancias procesales, dejando sin efecto alguno el mismo que deberá de revocarse y así deberá de resolverse.

B.6) DETERMINACIÓN DE OFICIO SOBRE BASE CIERTA, DE LA BASE IMPONIBLE POR RETENCIONES NO EFECTUADAS A

PERSONAS NO DOMICILIADAS EN EL PAÍS EN MARZO, ABRIL Y DICIEMBRE DE 2012, POR DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO QUETZALES CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS (Q234,464.65): Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que derivado de la revisión efectuada al rubro de “otros gastos” de Q40,474,079.00 reportados en la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta de enero a diciembre de dos mil doce. Se estableció que reportó gastos por servicios prestados por personas no domiciliadas en Guatemala en marzo, abril y diciembre de dos mil doce, por doscientos treinta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro quetzales con sesenta y cinco centavos (Q234.464.65), no efectuando la retención del Impuesto Sobre la Renta correspondiente a que estaba obligada. Según explicó la contribuyente a los auditores tributarios, los servicios prestados por personas no domiciliadas en Guatemala, corresponden a gastos necesarios para producir la renta gravable en Guatemala; consecuentemente, procede efectuar la determinación de oficio sobre base cierta del impuesto omitido en dichos períodos, Se tomó como soporte los estados financieros, integraciones contables, documentación de soporte y los registros contables proporcionados por la contribuyente. A los servicios prestados por personas no domiciliadas en Guatemala determinados por doscientos treinta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro quetzales con sesenta y cinco centavos (Q234.464.65) se le aplica el porcentaje de retención del 31% que indica la Ley del Impuesto Sobre la Renta, resultando un impuesto omitido que deberá ser pagado por la contribuyente de setenta y dos mil seiscientos ochenta y cuatro quetzales con cinco centavos (Q72.684.05), Base legal: artículos 1, 2, 3, 4 y 45 literales b) y c) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 28, 29, 103, 107,108 y 145 del Código Tributario, vigentes en los períodos auditados. Con respecto al presente ajuste la parte actora dentro de la fase administrativa logro que se desvanecieran algunas cantidades sin embargo no acepto las retenciones que se relacionan con el ajuste a personas no domiciliadas en el país y que tienen relación con el ajuste que se refiere al Impuesto al Valor Agregado y que esta Sala se pronunció revocando el mismo en razón de lo cual la justificación es exactamente la misma al presente ajuste que en la resolución impugnada fue parcialmente desvanecido, en razón de lo cual de igual forma esta Sala revoca el presente con el objeto de están en congruencia con los antecedentes y las constancias procesales, dejando sin efecto alguno

el mismo que deberá de revocarse y así deberá de resolverse.

CONSIDERANDO III: En base a lo analizado y considerado, se estima procedente hacer la declaración que en Derecho corresponde, en virtud de lo cual se decide eximir al vencido del pago de las costas procesales, por haberse litigado de buena fe.

LEYES APLICABLES: 203, 204, 211 y 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 5, 9, 10, 13, 15, 16, 36, 51, 52, 62, 86, 87, 88 inciso h), 113, 141, 142, 143, 153 y 159 de la Ley del Organismo Judicial; 25, 26, 27, 28, 44, 45, 51, 62, 63, 67, 71, 75, 79, 126, 127, 178, 186, 194, 195, 572, 573, 574, 577 del Código Procesal Civil y Mercantil; 1, 2, 4, 7, 8, 14, 17, 18, 19, 31, 66, 69, 71, 103, 112, 127 del Código Tributario; 17, 18, 19, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 33, 35, 38, 41, 43, 45, 47 de la Ley de lo Contencioso Administrativo. Acta 72-2016 Corte Suprema de Justicia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

PORTANTO: Este Tribunal en base a lo considerado y leyes citadas, **DECLARA: I) CON LUGAR** la demanda promovida dentro del proceso contencioso administrativo presentado por la entidad **AVIATECA, SOCIEDAD ANONIMA**, por medio de su Presidente del Consejo de Administración y Representante Legal. Por lo anterior: II) La resolución número cuatrocientos sesenta y ocho guion dos mil quince (468-2015) emitida en la sesión del Directorio de la Superintendencia Administración Tributaria de fecha uno (1) de octubre de dos mil quince (2015), y documentada en el punto once (11) del acta número noventa y cuatro guion dos mil quince (94-2015), la cual obra dentro del expediente administrativo identificado con el número dos mil catorce guion veintidós guion cero uno guion cuarenta y cuatro guion cero cero cero (2014-22-01-44-0000059) **SE REVOCA** el ajuste que se refiere al Impuesto Al Valor Agregado al débito fiscal omitido por servicios no facturados por la cantidad de trescientos setenta y tres mil cuatrocientos nueve quetzales con cincuenta centavos de quetzal (Q.373,409.50), y en consecuencia los ajustes al Impuesto Sobre la Renta, por retenciones no efectuadas a personas no domiciliadas en el país que se identifican con ajuste B.5 y ajuste B.6; III) No se hace especial condena en costas; IV) Al estar firme la sentencia devuélvase el expediente a donde corresponde. V) **NOTIFÍQUESE.**

Erwin Ivan Romero Morales, Magistrado Presidente,

Reina Isabel Teo Salguero, Magistrada Vocal Primero; Cruz Munguía Sosa, Magistrado Vocal Segundo, Secretario.

09/10/2019 - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
153-2014

Proceso Contencioso Administrativo
01144-2014-00153

Oficial y Notificador 1º.

SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: Guatemala, nueve de octubre de dos mil diecinueve.

Se tiene a la vista para dictar Sentencia el proceso que en la vía de lo contencioso administrativo, ha sido promovido por **ATLANTIS INGENIERIA & CONSTRUCCIONES, SOCIEDAD ANÓNIMA, a través de su Gerente General y Representante Legal**, quien actuó bajo la dirección y procuración del abogado Miler Estuardo Estrada Hernández, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, la cual compareció a juicio por medio de la abogada Karen Fabiola del Rosario Molina Rodríguez en su calidad de Mandataria Especial Judicial con Representación, actuando bajo su propia dirección y procuración y de los Abogados Ricardo Samuel López Chun, Berta Rubilia Zamora López, Floricelda Pozuelos Pivaral, Laura Rossana Bernal Bonilla, Gloria Alejandra Aguilar, Silvia Janeth Marine Guzmán Montufar, Paola Sabrina Macdonald Guerra y Leslie Alejandra Mérida Mazariegos, en forma conjunta, separada e indistintamente; **LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, fue representada por el Abogado Víctor Hugo Mejicanos Castañeda, quien actuó bajo su propia dirección y procuración y la de los Abogados Saúl Estuardo Oliva Figueroa, Julia Darina Ríos Rodas, Nancy Sulema García Flores y José Raúl Herrera González. Las partes son de este domicilio. De las actuaciones aparecen los siguientes resúmenes:

1.- DEL MEMORIAL DE DEMANDA: El presentado en el memorial que contiene la interposición del presente proceso contencioso administrativo, realizó una análisis de la siguiente manera: **DE LOS AJUSTES FORMULADOS Y CONFIRMADOS. AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, al crédito fiscal de enero a diciembre de dos mil once (2011), por la cantidad de setenta**

y ocho mil cuatrocientos cincuenta y tres quetzales con ochenta y nueve centavos (Q.78, 453.89); **AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, régimen optativo de enero a diciembre de dos mil once (2011)**; para lo cual el presentado realizó una transcripción de los argumentos de la Superintendencia de Administración Tributaria para la formulación de dichos ajustes. **ARGUMENTOS DE DEFENSA EN RELACION A TODOS LOS AJUSTES:** el presentado manifestó entre otras cosas que resulta incoherente que la Administración Tributaria se desgaste en una elocuente verborrea en lo relacionado en los principios que rigen el derecho tributario material y procesal y se le olvide lo más importante de sus funciones y atribuciones legales, como es el hecho de aplicar las garantías constitucionales a los hechos concretos; la Administración Tributaria, dicta una cátedra de principios de legalidad, justicia y equidad tributaria, seguridad y certeza jurídica, irretroactividad de la ley, capacidad de pago, haciendo parecer que con una simple explicación de tales principios es suficiente para sustentar la formulación de los ajustes que fueron confirmados; sin embargo, la administración tributaria en el diligenciamiento de las etapas que originaron el presente proceso administrativo, violentó flagrantemente los principios y garantías que tanto se ufana de conocer, dado que en la reunión previa para la solución de conflictos tributarios llevada a cabo de conformidad con el artículo ciento cuarenta y cinco (145) del Código Tributario, se negó a recibir la documentación con la cual se podrían haber desvanecido los ajustes formulados. Asimismo, en la auditoria nunca se percató o no lo quiso evidenciar, que la actividad comercial de su representada son los trabajos de electricidad, montaje de transformadores eléctricos, construcciones de redes eléctricas de alta, media y baja tensión, mantenimiento de postes de alumbrado, entre otros. Por consiguiente resulta más que obvio que realizar y prestar tales trabajos y servicios se hace indispensable la utilización de vehículos automotores, dado que sin los mismos serian materialmente imposible la realización de las actividades de mercantiles de su representada; dicha actividad económica de su representada, se ve en la imperiosa necesidad de realizar fletes a gran parte del interior de la República, por lo que el crédito fiscal registrado en el Libro de Compras y Servicios Recibidos y consignado en las declaraciones mensuales del Impuesto al Valor Agregado, así como los gastos registrados en la declaración jurada anual y recibió de pago del Impuesto Sobre la Renta son total y legítimamente procedente; aunado a que se cuenta con toda la documentación de respaldo legalmente exigida, tanto por las leyes mercantiles

como las tributarias. Agregó que tales fletes, su representada los lleva a cabo tanto en vehículos de su propiedad como en vehículos que eventualmente le son arrendados por terceros. En el caso de los vehículos propiedad de su representada, durante el periodo que fue auditado, tenía en propiedad cinco (5) vehículos; dichos vehículos han sido propiedad de su representada desde hace muchos años y obran en los propios registros de la Administración Tributaria, por lo que se evidencia la carencia de lógica y sentido común el argumento del fisco en cuanto a sostener que su representada no poseía vehículos a su nombre, cuando es ella misma quien administra el Registro Fiscal de Vehículos. Por otro lado los fletes que su representada lleva a cabo en vehículos propiedad de terceros, en la mayoría de los casos son en vehículos propiedad de sus clientes, quienes como una deferencia hacia su representada, les proporciona tales automotores, con la única condición que se cubra el costo de los combustibles y de los desperfectos mecánicos a que puedan verse expuestos; en otros casos, su representada se ha visto en la necesidad de arrendar vehículos automotores para poder así llevar a cabo su actividad comercial; tales arrendamientos, por lo eventual y bajos costos, muchas veces se perfeccionan de forma verbal y en otras veces a través de simples contratos que no revisten ningún tipo de formalidad, dado que ninguna norma ni mercantil ni tributaria lo exige. Considera que en el caso particular de su representada, los fletes contratados y prestados constituyen un servicio indispensable para el desarrollo de su actividad comercial, dado que sin los mismos seria materialmente imposible que pueda llevar a cabo los servicios comerciales que a los que se dedica. Argumentó que para el caso del Impuesto Sobre la Renta, de conformidad con el artículo treinta y ocho de la Ley de dicho impuesto es bastante claro que los gastos por concepto de transporte y de combustible son gastos deducibles, por lo que deviene totalmente improcedente el ajuste formulado. Sigue manifestando que la Administración Tributaria en una actitud a todas luces ilegal, dentro de la Auditoria que le fue practicada se dio a la tarea de conformar dos expedientes administrativos, en el primero que es el presente, formuló ajustes al Impuesto Sobre la Renta e Impuesto al Valor Agregado y en otro elaboró un informe de auditoría en la que hizo ajustes a los mismos impuestos y procedió a presentar denuncia penal en su contra por el supuesto delito de Defraudación Tributaria; tal actitud denota una total irresponsabilidad de parte de la Administración Tributaria, dado que dicha denuncia le ocasiona daños y perjuicios irreparables

que podrían ocasionar hasta el cierre de su empresa mercantil. Agregó que el haber conformado dos expedientes dentro de una misma auditoria, por los mismos hechos y por el mismo periodo, no solo significa una doble persecución sino que además le ha violentado su derecho de defensa y del debido proceso, dado que ha tenido que defender en dos esferas distintas y ante autoridades distintas por los mismos hechos. Solicitó que al resolver se dicte sentencia declarando con lugar el presente proceso contencioso administrativo.

2.- DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: A) LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA: Al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, manifestó entre otras cosas que derivado de la auditoria a las obligaciones tributarias de la contribuyente confirmó el ajuste al Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto Sobre la Renta del periodo de enero a diciembre de dos mil once (2011). En cuanto al Ajuste al Impuesto al Valor Agregado, al crédito fiscal de enero a diciembre de dos mil once (2011), por no proceder por adquisición de bienes y servicios que no se aplican a actos gravados o a operaciones afectas por la Ley del Impuesto al Valor Agregado, indicó que se desprende que al revisar la documentación de soporte de la entidad de compras y crédito fiscal declarado, las cuales se encuentran registradas en el libro de compras y servicios, que la parte actora propuso como medio de prueba, se estableció que respaldó las compras y crédito fiscal con facturas por compra de combustible, compra de repuestos y reparación de vehículos, que no se aplican a actos gravados o a operaciones afectas y por los cuales no existen documentos ni registros contables que la entidad contribuyente haya arrendado o alquilado vehículos por los cuales realizó dichas compras y/o servicios, por lo que es improcedente el crédito fiscal respaldado con dichas facturas; además nunca se registraron los vehículos en los libros de contabilidad de la parte actora, tal cual manda la ley ya que aumentan sus activos y debió ser registrados, sin embargo, su representada se tomó a la tarea de consultar en el Registro Fiscal de Vehículos para no perjudicar a la actora y corroboró que le aparecen únicamente cuatro vehículos, los cuales fueron registrados a nombre de la entidad el veintiuno (21) de septiembre de dos mil once (2011), con lo que no concuerda con las facturas presentada que obran en el expediente administrativo de mérito. En relación al Ajuste al Impuesto al Valor Agregado, al crédito fiscal de enero a diciembre de dos mil once (2011), por registrar y declarar compras mayores a cincuenta mil quetzales (Q.50,000.00)

que no están respaldadas con cualquier medio de pago que establezca el sistema bancario, argumentó que según nuestro ordenamiento jurídico, nadie puede alegar ignorancia de la ley, por lo que los artículos veinte (20), y veintiuno (21) de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, indican que de manera especial y especifica la forma en que se deben documentar aquellos pagos que sean mayores a cincuenta mil quetzales y que tengan efectos tributarios, como es el caso de efectuarlos por cualquier medio de pago establecido por el sistema bancario que individualice al beneficiario, distinto al efectivo, así también, se deberán conservar tales documentos en tanto no haya transcurrido el plazo de prescripción. Por lo que se determinó que derivado de la auditoría efectuada se determinó que la contribuyente registró en septiembre de dos mil once en el libro de compras y servicios recibidos, la factura serie A doce mil ciento setenta y cinco (1275), emitida el diecinueve de septiembre de dos mil once, por Proveedora Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, que ampara compras por una base imponible de cincuenta y ocho mil doscientos veintiocho quetzales con cincuenta y dos centavos (Q.58,225.52) y crédito fiscal de seis mil novecientos ochenta y siete quetzales con cuarenta y dos centavos (Q.6,987.42), la cual es mayo a los cincuenta mil quetzales (Q. 50,000.00) por lo que se le solicitó presentara lo que manda la ley y no lo realizó, por lo que nuevamente la Administración Tributaria en el ejercicio de sus funciones realizó el ajuste respectivo y la Honorable Sala debe confirmarlo. Referente al Impuesto Sobre la Renta, régimen optativo del uno (1) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de dos mil once (2011), por contabilizar y declarar compras mayores a cincuenta mil quetzales (Q.50,000.00), que no están respaldadas con cualquier medio de pago que establezca el sistema bancario que individualice al beneficiario distinto al efectivo por cincuenta y ocho mil doscientos veintiocho quetzales con cincuenta y dos centavos (Q.58,228.52); nuevamente conforme las constancias administrativas y la demanda planteada, la parte actora no presenta argumentación ni pruebas que desvanezca los ajustes formulados, sino que simplemente establece que por económica procesal y sin argumentación individual de cada impuesto, resume que no se le están respetando sus derechos, sin embargo, no aclara qué norma se le está violando y además de ello indica que la Administración Tributaria se negó a recibir las pruebas. Por lo que se determinó que la contribuyente registró en el folio veinticuatro del Libro Mayor, en la cuenta quinientos veinte mil ciento uno (520101), la factura serie A, doce mil

ciento setenta y cinco del diecinueve de septiembre de dos mil once emitida por Proveedora Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, que ampara compras por cincuenta y ocho mil doscientos veintiocho quetzales con cincuenta y dos centavos (Q.58,228.52), la cual fue emitida por un monto mayor de cincuenta mil quetzales (Q.50,000.00) que manda la ley, y por supuesto tuvo oportunidad de desvanecerlo conforme la audiencia debidamente notificada, y al no desvanecer el ajuste formulado conforme a la legislación vigente en el periodo auditado, no son deducibles los costos no respaldados con la documentación legal correspondiente y en este sentido la Ley de Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, es clara al indicar que para efectos tributarios los costos mayores a cincuenta mil quetzales deben efectuarse por cualquier medio que establezca el sistema bancario distinto del efectivo y que deberán conservar en sus archivos contables por el plazo de cuatro años cualquier otro documento que compruebe la operación efectuada. La parte actora sin argumentación ni prueba que desvanezca los ajustes y sustento legal válido, pretende que se otorgue con lugar su demanda por lo que la Superintendencia de Administración Tributaria, realizó una explicación del artículo noventa y ocho (98) del Código Tributario. Por lo que solicitó que el presente proceso contencioso administrativo sea declarado sin lugar.

B) LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION: Al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, realizó un análisis de los argumentos del actor y del demandando e indicó que la argumentación jurídica establecida por el demandante no es un argumento que ataque el fondo de los ajustes, por lo mismo deben ser confirmados en su totalidad, más la multa e intereses resarcitorios, que corresponden. Por lo que solicitó que el presente proceso contencioso administrativo sea declarado sin lugar y en consecuencia la resolución impugnada debe ser confirmada, más multa e intereses.

3.- DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA: Si de conformidad con una correcta interpretación y aplicación de la ley por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria, la resolución número cuatrocientos nueve guion dos mil catorce (409-2014), de fecha dieciocho de julio de dos mil catorce (2014), emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, se encuentra ajustada a derecho.

4.- DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RECIBIDOS: Se recibió como medios de prueba con citación a la parte contraria: A) El expediente administrativo que contiene entre otros documentos, los individualizados por las partes en los memoriales respectivos. B) Las presunciones legales y humanas.

5.- DEL DÍA DE LA VISTA: Se señaló la audiencia del día DOCE DE AGOSTO DE DOS MIL QUINCE, A LAS NUEVE HORAS, ocasión en que los sujetos procesales presentaron sus alegatos.

CONSIDERANDO I: Que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política de la República el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene como función principal el de ser contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, dicha función radica en el elemento principal de la juridicidad que como bien lo sostiene el tratadista Domingo Sesín en las jornadas organizadas por la carrera de especialización en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que debe de entenderse como el **“actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, que no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido”**. Dicha función se inspira en el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus derechos fundamentales y legales. En ese mismo orden de ideas el jurista Bartolomé A. Fiorini, citado por Julio Rodolfo Comadira, en el libro **“La anulación de oficio del acto administrativo”**, (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Páginas 31 y 32), se refiere a juridicidad y su importancia de la siguiente forma: **“La importancia que atribuimos a la vigencia de la juridicidad como principio inherente a todo desenvolvimiento de acción estatal, proviene, además del amplio sentido, que en nuestro entender, debe asignarse a dicho término. En efecto, queremos significar con él el fenómeno de la sumisión de todo el accionar del Estado a la previa autorización normativa -constitucional, legal o reglamentaria--. Englobamos así, no sólo la norma expresa o implícita de la Constitución o el legislador como sustento jurídico del acto estatal, como creadores de la “materia jurídica” o del acto como “objeto de derecho”, sino también la**

“legalidad” como fundamento garantizador de la validez del accionar administrativo. La legalidad aparece como una consecuencia necesaria de la existencia previa de la juridicidad. La legalidad es posterior a la juridicidad... la juridicidad es la creación de la existencia práctica de las funciones estatales, la legalidad aparece como presupuesto necesario normativo para la validez concreta de la actividad administrativa.”. Así mismo la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa, sostuvo la siguiente Doctrina: **“Como contralor de la JURIDICIDAD de los actos y resoluciones administrativas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe examinar, sucesiva y jerarquizadamente, la Constitución y las leyes constitucionales; las leyes ordinarias administrativas, reglamentos y acuerdos; las leyes civiles; los principios generales del derecho y los principios del Derecho Administrativo, y contrastar con ellas el acto o resolución impugnados, a fin de establecer si éstos están o no dotados de juridicidad.”.** En base a lo anterior este Tribunal tiene plenas atribuciones para conocer de la juridicidad en materia Contencioso Administrativo Tributario. De igual forma el artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, determina que procederá el proceso contencioso administrativo: 1) En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado; 2) En los casos de controversias derivados de contratos y concesiones administrativas. Para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos. Lo anterior deviene de la facultad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de conocer de los actos o resoluciones de la administración pública, tal como sucede en el presente asunto en donde la resolución impugnada fue emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria.

CONSIDERANDO II: Que la demandante fundamenta su demanda con base a su inconformidad con el contenido de la resolución número cuatrocientos nueve guion dos mil catorce (409-2014) emitida en la sesión del Directorio de la Superintendencia Administración Tributaria de fecha dieciocho (18) de julio del año dos mil catorce (2014), y documentada en el punto número ocho (8) del acta número sesenta y cuatro guion dos mil catorce (64-2014), la cual declara sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto por la parte actora, por ajustes al Impuesto Sobre la Renta,

régimen optativo, e Impuesto Al Valor Agregado de enero a diciembre de dos mil once. El Tribunal al analizar el expediente a la luz de sus constancias procesales y las originadas en el presente proceso, debe obligadamente determinar la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda, al hacerlo estima necesario indicar que debe de considerar los argumentos de la actora, de la Superintendencia de Administración Tributaria, de la Procuraduría General de la Nación y la determinación de la ley aplicable. En el caso de análisis la entidad fiscalizadora con fecha dos de julio de dos mil doce, procedió a emitir el nombramiento número dos mil doce guion dos guion doscientos diez (2012-2-210), de Rigoberto Medina Cárcamo como Jefe de Sección, a Jaime Rolando García Sop como Supervisor y Notificador Tributario, a Genaro Feliciano Cinto Castañón como Auditor y Notificador Tributario, y a Francisco Alfredo Lopez Cambran, para que conforme el alcance y los procedimientos del respectivo programa de fiscalización, en forma individual o conjunta, verifiquen el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente Atlantis Ingeniería & Construcciones, Sociedad Anónima, correspondiente a los periodos de imposición entre el uno de enero de dos mil once y el treinta y uno de diciembre de dos mil once, realizando el requerimiento de información número dos mil doce guion dos guion doscientos diez guion uno (2012-2-210-1), de fecha dos de julio de dos mil trece. En consecuencia de lo anterior, la Superintendencia de Administración Tributaria procedió con fecha catorce de diciembre de dos mil doce, a emitir la audiencia A guion dos mil doce guion cero dos guion cero cinco guion cero cero cero cuatrocientos setenta y siete (A-2012-02-05-0000477), y notificada con fecha veintiocho de diciembre de dos mil doce; Por su parte el actor no presento evidencia con el objeto de evacuar la audiencia concedida, no haciendo uso de su derecho de defensa, razón por la cual, con fecha siete de agosto de dos mil trece, la Superintendencia de Administración Tributaria emitió la resolución SGRS guion dos mil trece guion cero dos guion cero cinco guion cero cero cero ochenta y nueve (SGRS-2013-02-05-000089) por medio de la cual se confirman los ajustes a los Impuestos al Valor Agregado y al Impuesto Sobre la Renta, más las multas respectivas y los intereses resarcitorios correspondientes; En virtud de lo anterior la actora procedió con fecha veintinueve de abril de dos mil trece a interponer el recurso de revocatoria en contra de la resolución emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria, lo que originó a este mismo órgano a darle el trámite del recurso que

corresponde de conformidad con la ley y a emitir la resolución número cuatrocientos nueve guion dos mil catorce (409-2014) emitida en la sesión del Directorio de la Superintendencia Administración Tributaria de fecha dieciocho (18) de julio del año dos mil catorce (2014), y documentada en el punto número ocho (8) del acta número sesenta y cuatro guion dos mil catorce (64-2014), la cual declara sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto por la parte actora, por ajustes al Impuesto sobre la Renta régimen optativo e Impuesto Al Valor Agregado de enero a diciembre de dos mil once. En el presente caso la entidad actora manifiesta su inconformidad con la Administración Tributaria que declaró sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto. Esta Sala con base a lo establecido en el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que refiere: **“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 la leyes.”**; Así mismo el artículo 175 del mismo cuerpo legal regula: **“Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.”** Ambos artículos determinan la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento legal guatemalteco, y este tribunal no puede dejar de integrar dichas normas al caso concreto. De esa cuenta esta Sala al realizar el análisis del presente caso, debe de tomar en cuenta que al tenor del artículo 221 de la Constitución Política de la República, es la encargada del control de la juridicidad de los actos emanados de la administración pública, en ese sentido es necesario analizar la resolución impugnada de la siguiente forma:

1.1) AJUSTE AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, AL CREDITO FISCAL DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL ONCE, POR ADQUISICION DE BIENES Y SERVICIOS QUE NO SE APLICAN A ACTOS GRAVADOS O A OPERACIONES AFECTAS PRO LA LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO POR LA CANTIDAD DE SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS QUETZALES CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS DE QUETZAL (Q.71,466.47): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que al revisar las documentación de soporte de las compras y crédito fiscal declarado, las cuales se encuentran registradas en el libro de compras y servicios recibidos, se estableció que la contribuyente

respaldó las compras y crédito fiscal con facturas por compra de combustibles, compra de repuestos y reparación de vehículos, que no se aplican a actos gravados o a operaciones afectas y por los cuales no existen documentos ni registros contables que demuestren que la entidad contribuyente haya arrendado o alquilado vehículos pro los cuales realizó dichas compras y/o servicios, por lo que es improcedente el crédito fiscal respaldado con dichas facturas. La contribuyente no tiene vehículos registrados en su contabilidad; sin embargo, según consulta efectuada en el Registro Fiscal de Vehículos, le aparecen únicamente cuatro vehículos que fueron registrados a nombre de la entidad contribuyente el veintiuno de septiembre de dos mil once. Cabe indicar que se le requirió a la contribuyente los contratos de arrendamiento de vehículos, pero según nota del seis de julio de dos mil doce, firmada por el representante legal, manifiesta que la misma no es procedente, ya que en ningún momento cuenta con dicha información; así mismo, se considera que las compras de combustibles y lubricantes y reparaciones de vehículos no son razonables con la actividad económica de la contribuyente. Por lo expuesto, se formulan ajustes al crédito fiscal declarado de: junio por cinco mil seiscientos ochenta y cuatro quetzales, de julio por trece mil trescientos veintitrés quetzales con sesenta y cuatro centavos de quetzal, de agosto por diez mil doscientos sesenta y siete quetzales con cincuenta y un centavos de quetzal, de septiembre por tres mil ochocientos dos quetzales con ochenta y ocho centavos de quetzal, de octubre por diecisiete mil ochocientos noventa y dos quetzales con diecisiete centavos de quetzal, de noviembre por nueve mil seiscientos veinticinco quetzales con veintisiete centavos de quetzal, y de diciembre por diez mil ochocientos setenta quetzales con noventa centavos de quetzal, por compras de bienes y la utilización de servicios que no se aplican a actos gravados o a operaciones afectas por la Ley del Impuesto al Valor Agregado, teniendo como base legal los artículos: 10, 15, 16, 19 y 20 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 22 numeral 3) del Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; 98 numerales 1),2),3) y 4), 100 numeral 1), 112 numerales 1) y 4) del Código Tributario, vigentes en los periodos auditados. Por su parte la actora sostiene que los ajustes al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto Sobre la Renta se refieren a los mismos hechos y por economía se refiere a los mismos de forma conjunta y general. Los argumentos de defensa indicados consisten en que la Administración Tributaria, en la resolución que ahora se recurre hace un brillante y hasta conmovedoresbozo de los principios constitucionales

que rigen tanto al derecho tributario como al propio proceso administrativo, sin embargo se olvidó de un pequeño detalle, y es el simple hecho que se le olvido aplicar tales principios y garantías constitucionales al caso concreto que hoy nos ocupa. Resulta incoherente que la Administración Tributaria se desgaste en una elocuente verborrea en lo relacionado en los principios que rigen el derecho tributario material y procesal, y se le olvide lo más importante de sus funciones y atribuciones legales, como es el hecho de aplicar tales garantías constitucionales a los hechos concretos. En la resolución que ahora se recurre, la Administración Tributaria dicta un (sic) cátedra de los principios de legalidad, justicia y equidad tributaria, seguridad y certeza jurídica, irretroactividad de la ley, capacidad de pago, etc, haciendo parecer que una simple explicación de tales principios es suficiente para sustentar la formulación de los ajustes que fueron confirmados. Sin embargo la Administración Tributaria en el diligenciamiento de las etapas que originaron el presente proceso administrativo, violento flagrantemente los principios y garantías que tanto se ufana de conocer, dado que en la reunión de previa para la solución de conflictos tributarios llevada a cabo de conformidad con el artículo 145 del Código Tributario llevada a cabo de conformidad con el artículo 145 del Código Tributario, se negó a recibir la documentación con la cual se podrían haber desvanecidos los ajustes formulados. Así mismo la auditoria nunca se percató, o no lo quizo (sic) evidenciar que la actividad comercial de su representada son los trabajos de electricidad, montaje de transformadores eléctricos, construcciones de redes eléctricas de alta, media y baja tensión, mantenimiento de postes de alumbrado, entre otros. Po lo consiguiente resulta más que OBVIO que la la (sic) realizar y prestación de tales trabajos y servicios se hace indispensable la utilización de vehículos automotores, dado que sin los mismos sería materialmente imposible la realización de las actividades mercantiles de su representada. Dentro de dicha actividad económica, su representada se ve en la imperiosa necesidad de realizar fletes a gran parte del interior de la república, por lo que el crédito fiscal registrado en el libro de compras y servicios recibidos y consignado en las declaraciones mensuales del Impuesto al Valor Agregado, así como los gastos registrados en la declaración jurada anual y recibo de pago del Impuesto Sobre la Renta son total y legítimamente procedentes. Aunado a que se cuentan con toda la documentación de respaldo legalmente exigida, tanto por la (sic) leyes mercantiles como las tributarias. Tales fletes, su representada los lleva a

cabo tanto en vehículos de su propiedad como en vehículos que eventualmente le son arrendados por terceros. En el caso de los vehículos propiedad de su representada, durante el periodo que fue (sic) auditados, tenía en propiedad cinco vehículos tres pick up, un cabezal, y una motocicleta. Dichos vehículos han sido propiedad de su representada desde hace muchos años, y obran en los propiod (sic) registros de la Administración Tributaria, por lo que se evidencia la carencia de lógica y sentido común el argumento del fisco en cuento a sostente que su representa no poseía vehículos a su nombre; cuando es ella misma quien administra el Registro Fiscal de Vehículos. Por otro lado, los fletes que su representada lleva a cabo en vehículos propiedad de terceros, en la mayoría de los casos son en vehículos propiedad de sus clientes, quienes como una deferencia hacia su representada, les proporciona tales automotores, con la única condición que se cubra el costo de los combustibles y de los desperfectos mecánicos que puedan verse expuestos. En otros casos, su representada se ha visto en la necesidad de arrendar vehículos automotores para poder así llevar a cabo su actividad comercial, tales arrendamientos, por lo eventual y bajos costos, muchas veces se perfeccionan de forma verbal y en otras veces a través de simples contratos que no revisten ningún tipo de formalidad, dado que ninguna norma ni mercantil ni tributaria lo exige. Por otro lado la Administración Tributaria olvida que su representada cumplió a cabalidad todos y cada uno de los requisitos que la ley exige para el reconocimiento del crédito fiscal en el caso del Impuesto al Valor Agregado y para tener derecho a la deducibilidad del costo para efectos del Impuesto Sobre la Renta. En el caso particular de su representada, los fletes contratados y prestados constituyen un servicio indispensable para el desarrollo de su actividad comercial, dado que sin los mismos sería materialmente imposible que pueda llevar a cabo los servicios comerciales que a los que se dedica, como anteriormente se expuso, los mismos consisten en el diseño, planificación y ejecución de proyectos de ingeniería, civil, eléctrica, arquitectura, montaje de transformadores eléctricos, construcción de redes eléctricas de alta, media y baja tensión, ejecución de trabajos de línea viva, compra venta, imporacion (sic), y distribución de materiales eléctricos en alta, media y baja tensión. De esa cuenta es que los Honorables Magistrdos (sic) se podrán dara (sic) cuenta que por el objeto comercial que desarrolla su representada, el cual está claramente indicado sus patentes de comercio de empresa y de sociedad, la adquisición de los servicios de fletes constituye un elemento

indispensable. Si nos damos cuenta, en ninguna parte de las normas que se citan se requiere que para tener derecho al crédito fiscal, se deban tener vehículos a nombre del contribuyente o bien contratos de arrendamiento. Por lo que no existe fundamento legal en cuanto a la exigencia de la Administración Tributaria de requerir tales requisitos, en consecuencia el ajuste deviene ilegal. En el caso de la norma por los gastos de transporte y de combustible, son deducibles, por lo que deviene totalmente improcedente el ajuste formulado, dado que como ya se indicó, por la naturales (sic) del objeto comercial de su representada, tales erogaciones son totalmente indispensables. Su representada en la fase de prueba del presente proceso contencioso administrativo presentará todos los documentos acreditarán sus aseveraciones, con los que los Honorables Magistrados se podrán dar cuenta de la improcedencia de los ajustes formulados y confirmados por la Administración Tributaria. Finalmente, y por si eso no fuera poco, la Administración Tributaria, en una actitud a todas luces ilegal, dentro de la Auditoría que le fuera practicada, se dio a la tarea de conformar dos expedientes administrativos, en el primero, que es el presente formuló ajustes al Impuesto Sobre la Renta, e Impuesto al Valor Agregado, y en otro elaboró un informe de auditoría en la que hizo ajustes a los mismos impuestos y procedió a presentar denuncia penal en su contra por el supuesto delito de Defraudación Tributaria. Tal actitud, denota una total irresponsabilidad de parte de la Administración Tributaria, dado que dicha denuncia le ha ocasionado daños y perjuicios irreparables que podrían ocasionar hasta el cierre de su empresa mercantil. Por lo anterior es que se ve en la imperiosa necesidad de acudir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como órgano encargado de velar por la juridicidad de los actos de la Administración Tributaria, para que pueda verificar las múltiples ilegalidades e inconsistencias en que incurrió en la tramitación de ambos expedientes, los cuales fueron generados por una misma auditoría y se refieren a los mismos hechos del mismo periodo fiscal, es decir del año dos mil once, dado que ambos expedientes se originaron de una misma auditoría, toda vez que se originaron del mismo requerimiento de información. Esta Sala considera necesario iniciar el análisis respectivo del presente ajuste tomando en cuenta que el mismo se inició tomando como base un proceso de fiscalización a la parte actora, tomando en cuenta que se trata de adquisición de bienes y servicios que no se aplican a actos gravados, o a operaciones afectas, por la cantidad de setenta y un mil cuatrocientos sesenta y seis quetzales con

cuarenta y siete centavos de quetzal, documentos que desde el punto de vista de esta sala carecen de sustento vinculatorio, ya que de conformidad con las reglas de contabilidad generalmente aceptadas, todo documento debe de tener soporte respectivo y ello consiste en la vinculación con la prestación del servicio o la adquisición del producto, y que tenga relación con las operaciones afectas, en el presente caso argumenta la parte actora que muchos contratos de fletes son realizados en forma verbal y otros en documentos sin formalidad alguna, estos debieron de haber sido debidamente probados dentro de la secuela administrativa y si efectivamente no fue posible en la fase judicial, como lo manifestó la parte actora que en la fase judicial se encargaría de probar dichos argumentos situación que no sucedió, ya que la contabilidad es información complementaria de los documentos que se operan en la misma, hubiera sido interesante una exhibición de libros de contabilidad con el objeto de revisar los documentos que obran en la misma para establecer su vinculación, adicionalmente la declaración de los testigos con los cuales se realizó los contratos verbales, por lo que la parte actora tuvo a su disposición los medios de prueba respectivos, para probar sus aseveraciones como una obligación, que tuvo para demostrar sus argumentos por medio de las pruebas que se encuentran establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que son las partes las que tienen la carga de probar sus respectivas aseveraciones como bien lo indica el artículo 126 de dicho cuerpo normativo que dice: **“ARTÍCULO 126. Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impositivas de esa pretensión. Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes, los jueces apreciarán de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente, las omisiones o las deficiencias en la producción de la prueba.”** Por lo anterior este Tribunal, y ante la ausencia de medios de prueba que pudieran hacer que este tribunal que la parte actora tenía argumentos y los probó, no puede más que declarar sin lugar la demanda y de esa forma deberá de resolverse.

1.2) AJUSTE AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, AL CREDITO FISCAL DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL ONCE, POR REGISTRAR Y DECLARAR COMPRAS MAYORES A CINCUENTA MIL QUETZALES QUE NO ESTAN RESPALDADAS CON CUALQUIER MEDIO DE PAGO QUE

ESTABLEZCA EL SISTEMA BANCARIO, QUE INDIVIDUALICE AL BENEFICIARIO DISTINTO AL EFECTIVO POR SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE QUETZALES CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS DE QUETZAL (Q.6,987.42): La Superintendencia de Administración Tributaria sostiene que producto de la auditoria se determinó que la contribuyente registro en septiembre de dos mil once en el libro de compras y servicios recibidos, la factura serie A número doce mil ciento setenta y cinco emitida el diecinueve de septiembre de dos mil once, por Provedora Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, que ampara compras por una base imponible de cincuenta y ocho mil doscientos veintiocho quetzales con cincuenta y dos centavos de quetzal y crédito fiscal de seis mil novecientos ochenta y siete quetzales con cuarenta y dos centavos de quetzal, la cual es mayor a los cincuenta mil quetzales, por lo que se le solicito a través del requerimiento de información dos mil doce guion dos guion doscientos diez guion uno, que presentara los medios de pago de la misma; sin embargo, no proporciono los documentos para comprobar la operación bancaria, hechos que se hicieron constar en acta serie A siete mil doscientos catorce del treinta de octubre de dos mil doce. Al respecto, los artículos 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, indican de manera especial y especifica la forma en que se deben documentar aquellos pagos que sean mayores a cincuenta mil quetzales y que tenga efectos tributarios, como es el caso de efectuarlo por cualquier medio de pago establecido por el sistema bancario, que individualice al beneficiario, distinto al efectivo; así también, se deberán conservar tales documentos en tanto no haya transcurrido el plazo de prescripción. En virtud que la contribuyente no cumplió con la obligación de presentar los documentos que respaldan el pago de dichas compras por medio del sistema bancario, se formula el ajuste al crédito fiscal por registrar y declarar compras mayores a cincuenta mil quetzales que no están respaldadas por el medio de pago que establece el sistema bancario, que individualice al beneficiario, distinto al efectivo por seis mil novecientos ochenta y siete quetzales con cuarenta y dos centavos de quetzal, teniendo como base legal los artículos 10,15 y 18 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, 112 A numerales 1) y 2) del Código Tributario; 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, vigentes en el período auditado. Los argumentos de defensa indicados consisten en que la Administración Tributaria, en la resolución que ahora se recurre hace un brillante y hasta

conmovedores bozo de los principios constitucionales que rigen tanto al derecho tributario como al propio proceso administrativo, sin embargo se olvidó de un pequeño detalle, y es el simple hecho que se le olvido aplicar tales principios y garantías constitucionales al caso concreto que hoy nos ocupa. Resulta incoherente que la Administración Tributaria se desgaste en una elocuente verborrea en lo relacionado en los principios que rigen el derecho tributario material y procesal, y se le olvide lo más importante de sus funciones y atribuciones legales, como es el hecho de aplicar tales garantías constitucionales a los hechos concretos. En la resolución que ahora se recurre, la Administración Tributaria dicta un (sic) cátedra de los principios de legalidad, justicia y equidad tributaria, seguridad y certeza jurídica, irretroactividad de la ley, capacidad de pago, etc, haciendo parecer que una simple explicación de tales principios es suficiente para sustentar la formulación de los ajustes que fueron confirmados. Sin embargo la Administración Tributaria en el diligenciamiento de las etapas que originaron el presente proceso administrativo, violento flagrantemente los principios y garantías que tanto se ufana de conocer, dado que en la reunión de previa para la solución de conflictos tributarios llevada a cabo de conformidad con el artículo 145 del Código Tributario llevada a cabo de conformidad con el artículo 145 del Código Tributario, se negó a recibir la documentación con la cual se podrían haber desvanecidos los ajustes formulados. Así mismo la auditoria nunca se percató, o no lo quizo (sic) evidenciar que la actividad comercial de su representada son los trabajos de electricidad, montaje de transformadores eléctricos, construcciones de redes eléctricas de alta, media y baja tensión, mantenimiento de postes de alumbrado, entre otros. Po lo consiguiente resulta más que OBVIO que la la (sic) realizar y prestación de tales trabajos y servicios se hace indispensable la utilización de vehículos automotores, dado que sin los mismos sería materialmente imposible la realización de las actividades mercantiles de su representada. Dentro de dicha actividad económica, su representada se ve en la imperiosa necesidad de realizar fletes a gran parte del interior de la república, por lo que el crédito fiscal registrado en el libro de compras y servicios recibidos y consignado en las declaraciones mensuales del Impuesto al Valor Agregado, así como los gastos registrados en la declaración jurada anual y recibo de pago del Impuesto Sobre la Renta son total y legítimamente procedentes. Aunado a que se cuentan con toda la documentación de respaldo legalmente exigida, tanto por la (sic) leyes mercantiles como las

tributarias. Tales fletes, su representada los lleva a cabo tanto en vehículos de su propiedad como en vehículos que eventualmente le son arrendados por terceros. En el caso de los vehículos propiedad de su representada, durante el periodo que fue (sic) auditados, tenía en propiedad cinco vehículos tres pick up, un cabezal, y una motocicleta. Dichos vehículos han sido propiedad de su representada desde hace muchos años, y obran en los propiod (sic) registros de la Administración Tributaria, por lo que se evidencia la carencia de lógica y sentido común el argumento del fisco en cuento a sostente que su representa no poseía vehículos a su nombre; cuando es ella misma quien administra el Registro Fiscal de Vehículos. Por otro lado, los fletes que su representada lleva a cabo en vehículos propiedad de terceros, en la mayoría de los casos son en vehículos propiedad de sus clientes, quienes como una deferencia hacia su representada, les proporciona tales automotores, con la única condición que se cubra el costo de los combustibles y de los desperfectos mecánicos que puedan verse expuestos. En otros casos, su representada se ha visto en la necesidad de arrendar vehículos automotores para poder así llevar a cabo su actividad comercial, tales arrendamientos, por lo eventual y bajos costos, muchas veces se perfeccionan de forma verbal y en otras veces a través de simples contratos que no revisten ningún tipo de formalidad, dado que ninguna norma ni mercantil ni tributaria lo exige. Por otro lado la Administración Tributaria olvida que su representada cumplió a cabalidad todos y cada uno de los requisitos que la ley exige para el reconocimiento del crédito fiscal en el caso del Impuesto al Valor Agregado y para tener derecho a la deducibilidad del costo para efectos del Impuesto Sobre la Renta. En el caso particular de su representada, los fletes contratados y prestados constituyen un servicio indispensable para el desarrollo de su actividad comercial, dado que sin los mismos sería materialmente imposible que pueda llevar a cabo los servicios comerciales que a los que se dedica, como anteriormente se expuso, los mismos consisten en el diseño, planificación y ejecución de proyectos de ingeniería, civil, eléctrica, arquitectura, montaje de transformadores eléctricos, construcción de redes eléctricas de alta, media y baja tensión, ejecución de trabajos de línea viva, compra venta, importación (sic), y distribución de materiales eléctricos en alta, media y baja tensión. De esa cuenta es que los Honorables Magistrdos (sic) se podrán dara (sic) cuenta que por el objeto comercial que desarrolla su representada, el cual está claramente indicado sus patentes de comercio de empresa y de sociedad, la adquisición de los

servicios de fletes constituye un elemento indispensable. Si nos damos cuenta, en ninguna parte de las normas que se citan se requiere que para tener derecho al crédito fiscal, se deban tener vehículos a nombra del contribuyente o bien contratos de arrendamiento. Por lo que no existe fundamento legal en cuento a la exigencia de la Administración Tributaria de requerir tales requisitos, en consecuencia el ajuste deviene ilegal. En el caso de la norma por los gastos de transporte y de combustible, son deducibles, por lo que deviene totalmente improcedente el ajuste formulado, dado que como ya se indicó, por la naturales (sic) del objeto comercial de su representada, tales erogaciones son totalmente indispensables. Su representada en la fase de prueba del presente proceso contencioso administrativo presentará todos los documentos acreditarán sus aseveraciones, con los que los Honorables Magistrados se podrán dar cuenta de la improcedencia de los ajustes formulados y confirmados por la Administración Tributaria. Finalmente, y por si eso no fuera poco, la Administración Tributaria, en una actitud a todas luces ilegal, dentro de la Auditoría que le fuera practicada, se dio a la tarea de conformar dos expedientes administrativos, en el primero, que es el presente formuló ajustes al Impuesto Sobre la Renta, e Impuesto al Valor Agregado, y en otro elaboró un informe de auditoría en la que hizo ajustes a los mismos impuestos y procedió a presentar denuncia penal en su contra por el supuesto delito de Defraudación Tributaria. Tal actitud, denota una total irresponsabilidad de parte de la Administración Tributaria, dado que dicha denuncia le ha ocasionado daños y perjuicios irreparables que podrían ocasionar hasta el cierre de su empresa mercantil. Por lo anterior es que se ve en la imperiosa necesidad de acudir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como órgano encargado de velar por la juridicidad de los actos de la Administración Tributaria, para que pueda verificar las múltiples ilegalidades e inconsistencias en que incurrió en la tramitación de ambos expedientes, los cuales fueron generados por una misma auditoria y se refieren a los mismos hechos del miso periodos fiscal, es decir del año dos mil once, dado que ambos expedientes se originaron de una misma auditoria, toda vez que se originaron del mismo requerimiento de información. En el presente ajuste esta Sala considera necesario iniciar el análisis con base en a los artículos 20 y el 21 del Decreto 20-2006 que contienen las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria que literalmente dice: **“Artículo 21. Obligación de registro y archivo. Para efectos tributarios, las**

personas individuales o jurídicas que realicen transacciones comerciales por un monto mayor a cincuenta mil Quetzales (Q.50,000.00), deberán conservar en sus archivos contables por el plazo de cuatro años, los estados de cuenta de depósitos monetarios o de ahorro, los estados de cuenta en el caso de tarjetas de crédito, así como cualquier otro documento que compruebe la operación bancaria efectuada que individualice al beneficiario, sin perjuicio de la obligación de resguardar los documentos contables que establezcan otras leyes. (...). En base a dicho artículo la Corte Suprema de Justicia ha emitido fallos que no dan claridad a la interpretación de dicha norma tributaria, se decanta por el criterio de la aplicación en forma lisa y llana, y que si bien este tribunal no comparte totalmente dicho criterio, porque las normas es cierto son válidas en su aplicación, en muchos de los casos se deberá acudir a la interpretación para establecer lo que el legislador pretendió al formular el imperativo normativo, sus efectos y sus condicionamientos, o el sentido de la norma en concordancia con los principios constitucionales en materia tributaria, (el subrayado es nuestro), tal como sucede en el artículo citado, si bien es cierto impone una carga obligacional, al momento de realizar los pagos, por lo que en todo caso el no cumplimiento de la forma de pago imperativa generaría una sanción de tipo formal, y no dejar de reconocer los costos y gastos, como en el presente caso en el acreditamiento de los créditos fiscales, porque si el contribuyente pudiera demostrar por otras vías que realizó el pago correspondiente, los costos y gastos al igual que los créditos fiscales serían válidos, sin embargo con la aplicación lisa y llana, se distorsiona totalmente el sistema tributario de pagos, violentando derechos fundamentales, como lo sería la violación de principios constitucionales como la seguridad jurídica tributaria, la justicia y equidad tributaria, y la prohibición a la no confiscatoriedad en materia tributaria, acudiendo a vicios meramente formales y no analizando el fondo de la discusión que es el cumplimiento o no de la obligación tributaria, lo cual podría demostrarse por otras vías, sobre todo porque al igual que sucede en la práctica las operaciones bancarias de igual forma podrían ser objeto de análisis porque lo sean, no garantizan desde ningún punto de vista su certeza o validez ante la Ley; En ese sentido la Justicia Sajona ha acuñado la fórmula jurídica “SUSTANCE OVER FORM”, que significa la sustancia sobre la forma, y como lo menciona la UNESCO, en las sociedades frágiles y los sistemas democráticos vulnerables e inestables, aplican la forma sobre el fondo, o sea el ritualismo excesivo como una exigencia rigorista y

no resolver el conflicto en su naturaleza intrínseca, que es lo que sucede en pretender aplicar el artículo 20 y 21 de la Ley en mención, en donde un rigorismo formal está por encima del conocimiento del cumplimiento de la obligación tributaria que es imperativo para la entidad fiscalizadora sin tomar en cuenta que lo que se pretendía con la emisión de dichos artículos era buscar una solución a todas aquellas entidades ficticias o de cartón que eran creadas para defraudar al fisco, y no limitar derechos de orden constitucional. Sin embargo en el presente caso la parte actora en su demanda no presenta documentación que demuestre que realizó los pagos debidamente bancarizados, razón por la cual en aplicación efectiva de los artículos 20 y 21 de la ley anteriormente citada, se declara con lugar el ajuste formulado y de esa forma deberá de resolverse.

2.1) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL ONCE, POR CONTABILIZAR Y DECLARAR COMPRAS MAYORES A CINCUENTA MIL QUETZALES QUE NO ESTAN RESPALDADAS CON CUALQUIER MEDIO DE PAGO QUE ESTABLEZCA EL SISTEMA BANCARIO, QUE INDIVIDUALICE AL BENEFICIARIO, DISTINTO AL EFECTIVO POR LA CANTIDAD DE CINCUENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO QUETZALES CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS DE QUETZAL (Q.58,228.52): Sostiene la Superintendencia de Administración que derivado de la auditoria efectuada, determinó que la contribuyente registro en el folio veinticuatro, del libro mayor, en la cuenta quinientos veinte mil ciento uno, la factura serie A número doce mil ciento setenta y cinco del diecinueve de septiembre de dos mil once emitida por Proveedora Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, que ampara compras por cincuenta y ocho mil doscientos veintiocho quetzales con cincuenta y dos centavos de quetzal, la cual fue emitida por un monto mayor a los cincuenta mil quetzales, por lo que se le solicitó a través del requerimiento de información dos mil doce guion dos guion doscientos diez guion uno, que se presentaran los medios de pago de la misma; sin embargo la contribuyente no proporciono los documentos para comprobar la operación bancaria; hechos que se hicieron constar en acta serie A número siete mil doscientos catorce suscrita el treinta de octubre de dos mil doce. Con relación a lo anterior, los artículos 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, establecen que los pagos que realicen los contribuyentes para respaldar costos y gastos

deducibles o constituyan créditos fiscales y demás egresos con efectos tributarios, que sean mayores a cincuenta mil quetzales, deberán realizarse por cualquier medio que establezca el sistema bancario que individualice al beneficiario distinto al efectivo. En virtud que la contribuyente no cumplió con la obligación de presentar los documentos que respalden el pago de dichas compras por medio del sistema bancario, los cuales fueron requeridos legalmente, se formula el ajuste por contabilizar y declarar compras mayores a cincuenta mil quetzales que no están respaldadas con el medio de pago que establezca el sistema bancario, que individualice al beneficiario distinto del efectivo por cincuenta y ocho mil doscientos veintiocho quetzales con cincuenta y dos centavos de quetzal; en virtud que conforme la legislación vigente no son deducibles los costos no respaldados con la documentación legal correspondiente y en este sentido la Ley Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria, es clara al indicar que para efectos tributarios los costos mayores a cincuenta mil quetzales deben efectuarse por cualquier medio que establezca el sistema bancario distinto del efectivo y que deberán conservar en sus archivos contables por el plazo de cuatro años y cualquier otro documento que compruebe la operación bancaria efectuada, lo que en este caso no ocurrió, por lo que se formula el ajuste correspondiente. Teniendo como base legal los artículos 39 literal b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta; 112 A numerales 1) y 2) del Código Tributario; 20 y 21 de las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria; y 381 del Código de Comercio de Guatemala, vigentes en el período auditado. Los argumentos de defensa indicados consisten en que la Administración Tributaria, en la resolución que ahora se recurre hace un brillante y hasta conmovedor esbozo de los principios constitucionales que rigen tanto al derecho tributario como al propio proceso administrativo, sin embargo se olvidó de un pequeño detalle, y es el simple hecho que se le olvido aplicar tales principios y garantías constitucionales al caso concreto que hoy nos ocupa. Resulta incoherente que la Administración Tributaria se desgaste en una elocuente verborrea en lo relacionado en los principios que rigen el derecho tributario material y procesal, y se le olvide lo más importante de sus funciones y atribuciones legales, como es el hecho de aplicar tales garantías constitucionales a los hechos concretos. En la resolución que ahora se recurre, la Administración Tributaria dicta un (sic) cátedra de los principios de legalidad, justicia y equidad tributaria, seguridad y

certeza jurídica, irretroactividad de la ley, capacidad de pago, etc, haciendo parecer que una simple explicación de tales principios es suficiente para sustentar la formulación de los ajustes que fueron confirmados. Sin embargo la Administración Tributaria en el diligenciamiento de las etapas que originaron el presente proceso administrativo, violento flagrantemente los principios y garantías que tanto se ufana de conocer, dado que en la reunión de previa para la solución de conflictos tributarios llevada a cabo de conformidad con el artículo 145 del Código Tributario llevada a cabo de conformidad con el artículo 145 del Código Tributario, se negó a recibir la documentación con la cual se podrían haber desvanecidos los ajustes formulados. Así mismo la auditoria nunca se percató, o no lo quiso (sic) evidenciar que la actividad comercial de su representada son los trabajos de electricidad, montaje de transformadores eléctricos, construcciones de redes eléctricas de alta, media y baja tensión, mantenimiento de postes de alumbrado, entre otros. Po lo consiguiente resulta más que OBVIO que la la (sic) realizar y prestación de tales trabajos y servicios se hace indispensable la utilización de vehículos automotores, dado que sin los mismos sería materialmente imposible la realización de las actividades mercantiles de su representada. Dentro de dicha actividad económica, su representada se ve en la imperiosa necesidad de realizar fletes a gran parte del interior de la república, por lo que el crédito fiscal registrado en el libro de compras y servicios recibidos y consignado en las declaraciones mensuales del Impuesto al Valor Agregado, así como los gastos registrados en la declaración jurada anual y recibo de pago del Impuesto Sobre la Renta son total y legítimamente procedentes. Aunado a que se cuentan con toda la documentación de respaldo legalmente exigida, tanto por la (sic) leyes mercantiles como las tributarias. Tales fletes, su representada los lleva a cabo tanto en vehículos de su propiedad como en vehículos que eventualmente le son arrendados por terceros. En el caso de los vehículos propiedad de su representada, durante el periodo que fue (sic) auditados, tenía en propiedad cinco vehículos tres pick up, un cabezal, y una motocicleta. Dichos vehículos han sido propiedad de su representada desde hace muchos años, y obran en los propiod (sic) registros de la Administración Tributaria, por lo que se evidencia la carencia de lógica y sentido común el argumento del fisco en cuento a sostente que su representa no poseía vehículos a su nombre; cuando es ella misma quien administra el Registro Fiscal de Vehículos. Por otro lado, los fletes que su representada lleva a cabo en vehículos propiedad de

terceros, en la mayoría de los casos son en vehículos propiedad de sus clientes, quienes como una deferencia hacia su representada, les proporciona tales automotores, con la única condición que se cubra el costo de los combustibles y de los desperfectos mecánicos que puedan verse expuestos. En otros casos, su representada se ha visto en la necesidad de arrendar vehículos automotores para poder así llevar a cabo su actividad comercial, tales arrendamientos, por lo eventual y bajos costos, muchas veces se perfeccionan de forma verbal y en otras veces a través de simples contratos que no revisten ningún tipo de formalidad, dado que ninguna norma ni mercantil ni tributaria lo exige. Por otro lado la Administración Tributaria olvida que su representada cumplió a cabalidad todos y cada uno de los requisitos que la ley exige para el reconocimiento del crédito fiscal en el caso del Impuesto al Valor Agregado y para tener derecho a la deducibilidad del costo para efectos del Impuesto Sobre la Renta. En el caso particular de su representada, los fletes contratados y prestados constituyen un servicio indispensable para el desarrollo de su actividad comercial, dado que sin los mismos sería materialmente imposible que pueda llevar a cabo los servicios comerciales que a los que se dedica, como anteriormente se expuso, los mismos consisten en el diseño, planificación y ejecución de proyectos de ingeniería, civil, eléctrica, arquitectura, montaje de transformadores eléctricos, construcción de redes eléctricas de alta, media y baja tensión, ejecución de trabajos de línea viva, compra venta, importación (sic), y distribución de materiales eléctricos en alta, media y baja tensión. De esa cuenta es que los Honorables Magistrados (sic) se podrán dar (sic) cuenta que por el objeto comercial que desarrolla su representada, el cual está claramente indicado sus patentes de comercio de empresa y de sociedad, la adquisición de los servicios de fletes constituye un elemento indispensable. Si nos damos cuenta, en ninguna parte de las normas que se citan se requiere que para tener derecho al crédito fiscal, se deban tener vehículos a nombre del contribuyente o bien contratos de arrendamiento. Por lo que no existe fundamento legal en cuento a la exigencia de la Administración Tributaria de requerir tales requisitos, en consecuencia el ajuste deviene ilegal. En el caso de la norma por los gastos de transporte y de combustible, son deducibles, por lo que deviene totalmente improcedente el ajuste formulado, dado que como ya se indicó, por la naturaleza (sic) del objeto comercial de su representada, tales erogaciones son totalmente indispensables. Su representada en la fase de prueba del presente

proceso contencioso administrativo presentará todos los documentos acreditarán sus aseveraciones, con los que los Honorables Magistrados se podrán dar cuenta de la improcedencia de los ajustes formulados y confirmados por la Administración Tributaria. Finalmente, y por si eso no fuera poco, la Administración Tributaria, en una actitud a todas luces ilegal, dentro de la Auditoría que le fuera practicada, se dio a la tarea de conformar dos expedientes administrativos, en el primero, que es el presente formuló ajustes al Impuesto Sobre la Renta, e Impuesto al Valor Agregado, y en otro elaboró un informe de auditoría en la que hizo ajustes a los mismos impuestos y procedió a presentar denuncia penal en su contra por el supuesto delito de Defraudación Tributaria. Tal actitud, denota una total irresponsabilidad de parte de la Administración Tributaria, dado que dicha denuncia le ha ocasionado daños y perjuicios irreparables que podrían ocasionar hasta el cierre de su empresa mercantil. Por lo anterior es que se ve en la imperiosa necesidad de acudir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como órgano encargado de velar por la juridicidad de los actos de la Administración Tributaria, para que pueda verificar las múltiples ilegalidades e inconsistencias en que incurrió en la tramitación de ambos expedientes, los cuales fueron generados por una misma auditoría y se refieren a los mismos hechos del mismo periodo fiscal, es decir del año dos mil once, dado que ambos expedientes se originaron de una misma auditoría, toda vez que se originaron del mismo requerimiento de información. En el presente ajuste esta Sala considera necesario iniciar el análisis con base en los artículos 20 y el 21 del Decreto 20-2006 que contienen las Disposiciones Legales para el Fortalecimiento de la Administración Tributaria que literalmente dice: **“Artículo 21. Obligación de registro y archivo. Para efectos tributarios, las personas individuales o jurídicas que realicen transacciones comerciales por un monto mayor a cincuenta mil Quetzales (Q.50,000.00), deberán conservar en sus archivos contables por el plazo de cuatro años, los estados de cuenta de depósitos monetarios o de ahorro, los estados de cuenta en el caso de tarjetas de crédito, así como cualquier otro documento que compruebe la operación bancaria efectuada que individualice al beneficiario, sin perjuicio de la obligación de resguardar los documentos contables que establezcan otras leyes. (...)**. En base a dicho artículo la Corte Suprema de Justicia ha emitido fallos que no dan claridad a la interpretación de dicha norma tributaria, se decanta por el criterio de la aplicación en forma lisa y llana, y que si bien este tribunal no comparte totalmente

dicho criterio, porque las normas es cierto son válidas en su aplicación, en muchos de los casos se deberá acudir a la interpretación para establecer lo que el legislador pretendió al formular el imperativo normativo, sus efectos y sus condicionamientos, o el sentido de la norma en concordancia con los principios constitucionales en materia tributaria, (el subrayado es nuestro), tal como sucede en el artículo citado, si bien es cierto impone una carga obligacional, al momento de realizar los pagos, por lo que en todo caso el no cumplimiento de la forma de pago imperativa generaría una sanción de tipo formal, y no dejar de reconocer los costos y gastos, como en el presente caso en el acreditamiento de los créditos fiscales, porque si el contribuyente pudiera demostrar por otras vías que realizó el pago correspondiente, los costos y gastos al igual que los créditos fiscales serían válidos, sin embargo con la aplicación lisa y llana, se distorsiona totalmente el sistema tributario de pagos, violentando derechos fundamentales, como lo sería la violación de principios constitucionales como la seguridad jurídica tributaria, la justicia y equidad tributaria, y la prohibición a la no confiscatoriedad en materia tributaria, acudiendo a vicios meramente formales y no analizando el fondo de la discusión que es el cumplimiento o no de la obligación tributaria, lo cual podría demostrarse por otras vías, sobre todo porque al igual que sucede en la práctica las operaciones bancarias de igual forma podrían ser objeto de análisis porque lo sean, no garantizan desde ningún punto de vista su certeza o validez ante la Ley; En ese sentido la Justicia Sajona ha acuñado la fórmula jurídica "SUSTANCE OVER FORM", que significa la sustancia sobre la forma, y como lo menciona la UNESCO, en las sociedades frágiles y los sistemas democráticos vulnerables e inestables, aplican la forma sobre el fondo, o sea el ritualismo excesivo como una exigencia rigorista y no resolver el conflicto en su naturaleza intrínseca, que es lo que sucede en pretender aplicar el artículo 20 y 21 de la Ley en mención, en donde un rigorismo formal está por encima del conocimiento del cumplimiento de la obligación tributaria que es imperativo para la entidad fiscalizadora sin tomar en cuenta que lo que se pretendía con la emisión de dichos artículos era buscar una solución a todas aquellas entidades ficticias o de cartón que eran creadas para defraudar al fisco, y no limitar derechos de orden constitucional. Sin embargo en el presente caso la parte actora en su demanda no presenta documentación que demuestre que realizó los pagos debidamente bancarizados, razón por la cual en aplicación efectiva de los artículos 20 y 21 de la ley anteriormente citada, se declara con lugar el ajuste

formulado y de esa forma deberá de resolverse.

2.2) AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, REGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE DE DOS MIL ONCE, POR GASTOS QUE NO TUVIERON SU ORIGEN EN EL NEGOCIO, ACTIVIDAD U OPERACIÓN QUE DA LUGAR A RENTAS GRAVADAS, LAS CUALES FORMAN PARTE DEL RUBRO OTROS GASTOS POR QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES QUETZALES CON CUARENTA Y UN CENTAVOS DE QUETZAL (Q.595,643.41):

Sostiene la Superintendencia de Administración Tributaria que la contribuyente en la declaración jurada anual y recibo de pago del Impuesto Sobre la Renta del período auditado, la contribuyente reporto en el renglón de otros gastos ochocientos cuarenta y tres mil trescientos cincuenta y siete quetzales los cuales están registrados en los folios veintiséis y veintisiete del libro mayor. De la revisión efectuada a la documentación presentada se estableció que incluyó en dicho renglón correspondiente a los siguientes gastos y servicios a) gastos de compra de combustibles, registrado en el folio veintisiete del libro mayor en la cuenta seiscientos diez mil ciento cinco Combustibles de vehículos registrados en el libro mayor en la cuenta seiscientos diez mil ciento cuatro repuestos y reparaciones de doscientos seis mil ochenta y dos quetzales con noventa y tres centavos de quetzal, sin embargo, según consulta efectuada en el Registro Fiscal de Vehículos, le aparecen únicamente cuatro vehículos los cuales fueron registrados a nombre de la contribuyente el veintiuno de septiembre de dos mil once; así mismo, se considera que dichas compras no son razonables con la actividad económica de la contribuyente, por tal razón las mismas no se aplican a actos gravados, por lo que es improcedente el gasto respaldado con dichas facturas. Cabe indicar que en la contabilidad de la contribuyente no se encuentran registrados los vehículos citados en la literal b); además, la contribuyente no proporciono el listado de vehículos o los contratos de arrendamiento de los vehículos vinculados con la actividad generadora de renta gravada en respuesta presento nota de seis de julio de dos mil doce, firmada por el representante legal en donde manifiesta que la misma no es procedente, ya que no cuenta con dicha información. Por lo anteriormente expuesto, se formula ajuste al renglón de otros gastos que no tuvieron se origen en el negocio, actividad u operación que da lugar a rentas gravadas por la cantidad de quinientos noventa y cinco mil seiscientos cuarenta y tres quetzales con cuarenta y un centavos de quetzal, teniendo como

base legal los artículos 39 inciso a), de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, 98 numerales 1),2),3),4) y 13), 98 A numeral 2), 100 numeral 1), 112 numerales 1) y 4), 112 A numerales 1) y 2) del Código Tributario, vigentes en el periodo auditado. Los argumentos de defensa indicados consisten en que la Administración Tributaria, en la resolución que ahora se recurre hace un brillante y hasta conmovedor esbozo de los principios constitucionales que rigen tanto al derecho tributario como al propio proceso administrativo, sin embargo se olvidó de un pequeño detalle, y es el simple hecho que se le olvido aplicar tales principios y garantías constitucionales al caso concreto que hoy nos ocupa. Resulta incoherente que la Administración Tributaria se desgaste en una elocuente verborrea en lo relacionado en los principios que rigen el derecho tributario material y procesal, y se le olvide lo más importante de sus funciones y atribuciones legales, como es el hecho de aplicar tales garantías constitucionales a los hechos concretos. En la resolución que ahora se recurre, la Administración Tributaria dicta un (sic) cátedra de los principios de legalidad, justicia y equidad tributaria, seguridad y certeza jurídica, irretroactividad de la ley, capacidad de pago, etc, haciendo parecer que una simple explicación de tales principios es suficiente para sustentar la formulación de los ajustes que fueron confirmados. Sin embargo la Administración Tributaria en el diligenciamiento de las etapas que originaron el presente proceso administrativo, violento flagrantemente los principios y garantías que tanto se ufana de conocer, dado que en la reunión de previa para la solución de conflictos tributarios llevada a cabo de conformidad con el artículo 145 del Código Tributario llevada a cabo de conformidad con el artículo 145 del Código Tributario, se negó a recibir la documentación con la cual se podrían haber desvanecidos los ajustes formulados. Así mismo la auditoria nunca se percató, o no lo quiso (sic) evidenciar que la actividad comercial de su representada son los trabajos de electricidad, montaje de transformadores eléctricos, construcciones de redes eléctricas de alta, media y baja tensión, mantenimiento de postes de alumbrado, entre otros. Po lo consiguiente resulta más que OBVIO que la la (sic) realizar y prestación de tales trabajos y servicios se hace indispensable la utilización de vehículos automotores, dado que sin los mismos sería materialmente imposible la realización de las actividades mercantiles de su representada. Dentro de dicha actividad económica, su representada se ve en la imperiosa necesidad de realizar fletes a gran parte del interior de la república, por lo que el crédito fiscal registrado en el libro de

compras y servicios recibidos y consignado en las declaraciones mensuales del Impuesto al Valor Agregado, así como los gastos registrados en la declaración jurada anual y recibo de pago del Impuesto Sobre la Renta son total y legítimamente procedentes. Aunado a que se cuentan con toda la documentación de respaldo legalmente exigida, tanto por la (sic) leyes mercantiles como las tributarias. Tales fletes, su representada los lleva a cabo tanto en vehículos de su propiedad como en vehículos que eventualmente le son arrendados por terceros. En el caso de los vehículos propiedad de su representada, durante el periodo que fue (sic) auditados, tenía en propiedad cinco vehículos tres pick up, un cabezal, y una motocicleta. Dichos vehículos han sido propiedad de su representada desde hace muchos años, y obran en los propiod (sic) registros de la Administración Tributaria, por lo que se evidencia la carencia de lógica y sentido común el argumento del fisco en cuento a sostente que su representa no poseía vehículos a su nombre; cuando es ella misma quien administra el Registro Fiscal de Vehículos. Por otro lado, los fletes que su representada lleva a cabo en vehículos propiedad de terceros, en la mayoría de los casos son en vehículos propiedad de sus clientes, quienes como una deferencia hacia su representada, les proporciona tales automotores, con la única condición que se cubra el costo de los combustibles y de los desperfectos mecánicos que puedan verse expuestos. En otros casos, su representada se ha visto en la necesidad de arrendar vehículos automotores para poder así llevar a cabo su actividad comercial, tales arrendamientos, por lo eventual y bajos costos, muchas veces se perfeccionan de forma verbal y en otras veces a través de simples contratos que no revisten ningún tipo de formalidad, dado que ninguna norma ni mercantil ni tributaria lo exige. Por otro lado la Administración Tributaria olvida que su representada cumplió a cabalidad todos y cada uno de los requisitos que la ley exige para el reconocimiento del crédito fiscal en el caso del Impuesto al Valor Agregado y para tener derecho a la deducibilidad del costo para efectos del Impuesto Sobre la Renta. En el caso particular de su representada, los fletes contratados y prestados constituyen un servicio indispensable para el desarrollo de su actividad comercial, dado que sin los mismos sería materialmente imposible que pueda llevar a cabo los servicios comerciales que a los que se dedica, como anteriormente se expuso, los mismos consisten en el diseño, planificación y ejecución de proyectos de ingeniería, civil, eléctrica, arquitectura, montaje de transformadores eléctricos, construcción de redes eléctricas de alta, media y baja

tensión, ejecución de trabajos de línea viva, compra venta, importación (sic), y distribución de materiales eléctricos en alta, media y baja tensión. De esa cuenta es que los Honorables Magistrados (sic) se podrán dar (sic) cuenta que por el objeto comercial que desarrolla su representada, el cual está claramente indicado sus patentes de comercio de empresa y de sociedad, la adquisición de los servicios de fletes constituye un elemento indispensable. Si nos damos cuenta, en ninguna parte de las normas que se citan se requiere que para tener derecho al crédito fiscal, se deban tener vehículos a nombre del contribuyente o bien contratos de arrendamiento. Por lo que no existe fundamento legal en cuanto a la exigencia de la Administración Tributaria de requerir tales requisitos, en consecuencia el ajuste deviene ilegal. En el caso de la norma por los gastos de transporte y de combustible, son deducibles, por lo que deviene totalmente improcedente el ajuste formulado, dado que como ya se indicó, por la naturaleza (sic) del objeto comercial de su representada, tales erogaciones son totalmente indispensables. Su representada en la fase de prueba del presente proceso contencioso administrativo presentará todos los documentos acreditarán sus aseveraciones, con los que los Honorables Magistrados se podrán dar cuenta de la improcedencia de los ajustes formulados y confirmados por la Administración Tributaria. Finalmente, y por si eso no fuera poco, la Administración Tributaria, en una actitud a todas luces ilegal, dentro de la Auditoría que le fuera practicada, se dio a la tarea de conformar dos expedientes administrativos, en el primero, que es el presente formuló ajustes al Impuesto Sobre la Renta, e Impuesto al Valor Agregado, y en otro elaboró un informe de auditoría en la que hizo ajustes a los mismos impuestos y procedió a presentar denuncia penal en su contra por el supuesto delito de Defraudación Tributaria. Tal actitud, denota una total irresponsabilidad de parte de la Administración Tributaria, dado que dicha denuncia le ha ocasionado daños y perjuicios irreparables que podrían ocasionar hasta el cierre de su empresa mercantil. Por lo anterior es que se ve en la imperiosa necesidad de acudir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como órgano encargado de velar por la juridicidad de los actos de la Administración Tributaria, para que pueda verificar las múltiples ilegalidades e inconsistencias en que incurrió en la tramitación de ambos expedientes, los cuales fueron generados por una misma auditoría y se refieren a los mismos hechos del mismo periodo fiscal, es decir del año dos mil once, dado que ambos expedientes se originaron de una misma auditoría, toda vez que

se originaron del mismo requerimiento de información. Esta Sala considera necesario iniciar el análisis respectivo del presente ajuste tomando en cuenta que el mismo se inició tomando como base un proceso de fiscalización a la parte actora, tomando en cuenta que se trata de adquisición de bienes y servicios que no se aplican a actos gravados, o a operaciones afectas, por la cantidad de setenta y un mil cuatrocientos sesenta y seis quetzales con cuarenta y siete centavos de quetzal, documentos que desde el punto de vista de esta sala carecen de sustento vinculatorio, ya que de conformidad con las reglas de contabilidad generalmente aceptadas, todo documento debe de tener soporte respectivo y ello consiste en la vinculación con la prestación del servicio o la adquisición del producto, y que tenga relación con las operaciones afectas, en el presente caso argumenta la parte actora que muchos contratos de fletes son realizados en forma verbal y otros en documentos sin formalidad alguna, estos debieron de haber sido debidamente probados dentro de la secuela administrativa y si efectivamente no fue posible en la fase judicial, como lo manifestó la parte actora que en la fase judicial se encargaría de probar dichos argumentos situación que no sucedió, ya que la contabilidad es información complementaria de los documentos que se operan en la misma, hubiera sido interesante una exhibición de libros de contabilidad con el objeto de revisar los documentos que obran en la misma para establecer su vinculación, adicionalmente la declaración de los testigos con los cuales se realizó los contratos verbales, por lo que la parte actora tuvo a su disposición los medios de prueba respectivos, para probar sus aseveraciones como una obligación, que tuvo para demostrar sus argumentos por medio de las pruebas que se encuentran establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que son las partes las que tienen la carga de probar sus respectivas aseveraciones como bien lo indica el artículo 126 de dicho cuerpo normativo que dice: **“ARTÍCULO 126. Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impositivas de esa pretensión. Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes, los jueces apreciarán de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente, las omisiones o las deficiencias en la producción de la prueba.”** Por lo anterior este Tribunal, y ante la ausencia de medios de prueba que pudieran hacer que este tribunal que la parte actora tenía argumentos y los probó, no puede más que declarar sin lugar la demanda y de esa forma deberá de resolverse.

CONSIDERANDO III: En base a lo analizado y considerado, se estima procedente hacer la declaración que en derecho corresponde, en virtud de lo cual se decide eximir al vencido del pago de las costas procesales, por haberse litigado de buena fe.

LEYES APLICABLES: 203, 204, 211 y 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 5, 9, 10, 13, 15, 16, 36, 51, 52, 62, 86, 87, 88 inciso h), 113, 141, 142, 143, 153 y 159 de la Ley del Organismo Judicial; 25, 26, 27, 28, 44, 45, 51, 62, 63, 67, 71, 75, 79, 126, 127, 178, 186, 194, 195, 572, 573, 574, 577 del Código Procesal Civil y Mercantil; 1, 2, 4, 7, 8, 14, 17, 18, 19, 31, 66, 69, 71, 103, 112, 127 del Código Tributario; 17, 18, 19, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 33, 35, 38, 41, 43, 45, 47 de la Ley de lo Contencioso Administrativo. Acta 72-2016 Corte Suprema de Justicia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

POR TANTO: Este Tribunal en base a lo considerado y leyes citadas, **DECLARA:** I) **SIN LUGAR** la demanda promovida dentro del proceso contencioso administrativo presentado por la entidad **ATLANTIS INGENIERIA & CONSTRUCCIONES, SOCIEDAD ANONIMA**, por medio de su Gerente General y Representante Legal; Por lo anterior: II) De la resolución número cuatrocientos nueve guion dos mil catorce (409-2014) emitida en la sesión del Directorio de la Superintendencia Administración Tributaria de fecha dieciocho (18) de julio de dos mil catorce (2014), y documentada en el punto ocho (8) del acta número sesenta y cuatro guion dos mil catorce (64-2014), la cual obra dentro del expediente administrativo identificado con el número dos mil doce guion cero dos guion cero cinco guion cuarenta y cuatro guion cero cero cero trescientos cuarenta y tres (2012-02-05-44-0000343) se **CONFIRMAN** los ajustes al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto Sobre la Renta del periodo de enero a diciembre de dos mil once, de acuerdo a lo argumentado en el considerando número dos de la presente resolución; III) No se hace especial condena en costas; IV) Al estar firme la sentencia devuélvase el expediente a donde corresponde. V) **NOTIFÍQUESE.**

Erwin Iván Romero Morales, Magistrado Presidente, Sala Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Reina Isabel Teo Salguero, Magistrada Vocal Primero; Cruz Munguía Sosa, Magistrada Vocal Segunda. Secretario.

10/10/2019-CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 216-2015

Proceso Contencioso Administrativo 01144-2015-00216

Oficial y Notificador 2°.

SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Guatemala, diez de octubre de dos mil diecinueve.

Se tiene a la vista para dictar Sentencia del proceso que en la vía contenciosa administrativa promovió la entidad PRODUCTOS AVON DE GUATEMALA, OCIEDAD ANÓNIMA, a través de su Gerente Senior de Finanzas de Centro América y Representante Legal José Francisco Hernández Beza, quien actuó bajo la dirección y procuración de la abogada Aara María Waight Marroquín, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, que compareció a juicio representada por la abogada Karen Fabiola del Rosario Molina Rodríguez, en su calidad de Mandataria Especial Judicial con Representación, quien actuó bajo su propia dirección y procuración y la de los abogados Ricardo Samuel López Chun, Berta Rubilia Zamora López, Floricelda Pozuelos Pivaral, Laura Rossana Bernal Bonilla, Gloria Alejandra Aguilar, Silvia Janeth Marine Guzmán Montufar y Leslie Alejandra Mérida Mazariegos. Habiéndose emplazado además a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, representada por el abogado José Raúl Herrera González, en su calidad de Personero del Estado y Profesional de la Procuraduría General de la Nación, actuando bajo su propia dirección y procuración y la de los abogados Víctor Hugo Mejicanos Castañeda, Nancy Sulema García Flores y Julia Darina Ríos Rodas. Las partes son de este domicilio.

El objeto de la demanda es la impugnación de la resolución número cuatrocientos sesenta y cuatro guion dos mil quince emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, con fecha uno de octubre de dos mil quince, resumiéndose las actuaciones en la forma siguiente:

I. DEL MEMORIAL DE DEMANDA: Indicó que la Administración le confirió el ajuste número uno, argumentando que no procede la deducibilidad del gasto por concepto de cuentas incobrables por un monto de ocho millones veintiocho mil setecientos setenta y ocho quetzales con once centavos (Q

8,028,778.11) reportado en la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta correspondiente al período comprendido entre el uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil once, según el criterio de la Administración Tributaria dicho gasto no cuenta con los documentos que califican como requerimientos fehacientes de cobro para su deducibilidad por el método de deducción directa, adicionalmente argumentó que no se proporcionaron documentos que evidencien que la deuda le fue dada a conocer al cliente, según los procedimientos establecidos judicialmente y que den certeza razonable de que se le entregó al deudor o a persona idónea sobre la cual la Administración Tributaria sustenta su criterio es el artículo 38 inciso q) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Agregó, que su representada interpreta que el requerimiento fehaciente de cobro, no es más que la acción fidedigna y diligente de requerir el cobro de sus cuentas pendientes con sus clientes, esto se evidencia por medio de documentos que demuestran la labor de cobro realizada, los cuales fueron puestos a disposición de la Administración Tributaria a través de memorial de aportación de pruebas en el cual fue seleccionada una muestra de setenta y cinco casos que se encontraban en proceso de cobro, todos pertenecientes a clientes que entraron en mora y sobrepasaron el límite crediticio convenido al momento de negociar los productos de su presentada. Continúo individualizando las modalidades de los documentos de cobro que realiza y expuso que dichos procedimientos de cobro se llevan a cabo antes de que opere la prescripción de la deuda o que la misma sea calificada como incobrable. Así mismo que la Administración Tributaria argumentó que su representada no evidencia que la deuda le fue dada a conocer al cliente a través de los documentos respectivos, lo cual es incoherente según la lógica comercial del país, es decir, cualquier persona individual o jurídica, que adquiere un bien o servicio a cambio de una retribución y la misma no es cancelada al momento de ser entregado el bien o prestado el servicio incurre en una deuda con su proveedor, no siendo necesario notificar al cliente de la deuda contraída y con más si ha firmado un contrato de crédito. **RECONOCIMIENTO DE COSTOS Y GASTOS QUE EXCEDEN AL NOVENTA Y SIETE POR CIENTO (97%) DEL TOTAL DE INGRESOS GRAVADOS POR UN MONTO DE SIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS NUEVE QUETZALES CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (Q 7,942,509.96).** Manifestó, que se confiere el presente ajuste derivado del anterior, pues se ve afectado el reconocimiento

de costos y gastos que exceden al noventa y siete por ciento (97%) del total de ingresos gravados de su presentada que reportó en la declaración jurada anual de renta conforme lo establecido en el artículo 39 literal j) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Agregó que en el sentido de la norma anterior, la Administración Tributaria da por sentado que su representada será vencida en el presente proceso y por lo consiguiente le confiere de forma anticipada el ajuste al reconcomiendo de costos y gastos que exceden al noventa y siete por ciento (97%) del total de ingresos gravados por un monto de siete millones novecientos cuarenta y dos mil quinientos nueve quetzales con noventa y seis centavos (Q 7,942,509.96), sin embargo al desvanecer el primer ajuste, automáticamente se desvanecerá el segundo. Ofreció las pruebas que consideró pertinentes.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

A) LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN: Al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, argumentó entre otras cosas, que los argumentos expuestos en la demanda son inexactos, debido a la inexistencia de las violaciones aducidas, pues según se infiere de la exposición fáctica de la demanda, fue observado dentro del proceso administrativo, el derecho de defensa y las normas del debido proceso. **AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.** Manifestó que la Administración Tributaria le solicitó al demandante que presentara la documentación e información para verificar el adecuado cumplimiento con sus obligaciones tributarias, determinando que en los períodos mensuales auditados, ventas no registradas para la venta, determinando que existe una diferencia no facturada, por lo que resultan ventas no registradas ni declaradas. Agregó, que se le confirmó el ajuste al Impuesto Sobre la Renta correspondiente de enero a diciembre de dos mil diez, toda vez que la entidad actora declaró costos y gastos en ese período, que exceden del noventa y siete por ciento (97%) del total de sus ingresos gravados, no obstante haber obtenido un margen bruto superior al cuatro por ciento (4%) del total de sus ingresos, lo cual contraviene el artículo 39 literal j) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Ofreció las pruebas que consideró pertinentes.

B) LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, indicó: **AJUSTE POR CUENTAS INCOBRABLES DEL GIRO HABITUAL NO DEDUCIBLES POR OCHO MILLONES VEINTIOCHO MIL SETE-**

CIENTOS SETENTA Y OCHO QUETZALES CON ONCE CENTAVOS (Q 8,028,778.11). Manifestó, que el objeto de este ajuste se debe porque el contribuyente reportó en la Declaración Jurada Anual del Impuesto Sobre la Renta, Régimen Optativo, en la sección de Costos y Gastos en el rubro de “Cuentas Incobrables del giro habitual” un valor de once millones novecientos noventa y un mil ochocientos cuarenta y seis quetzales (Q 11,991,846.00) y también reportó en la Sección de Información Financiera en el rubro de “Reserva para Cuentas Incobrables” el valor de tres millones novecientos sesenta y tres mil sesenta y ocho quetzales (Q 3,963,068.00). Expuso, que se pudo determinar que el contribuyente utilizó los dos métodos de deducción de las cuentas incobrables, es decir, el directo y el indirecto; el actor trae una reserva acumulada en el período dos mil diez de cuatro millones seiscientos treinta y siete mil seiscientos setenta y cinco quetzales con doce centavos (Q 4,637,675.12), sin embargo imputó en el período dos mil once, cuentas incobrables por un monto de doce millones seiscientos sesenta y seis mil cuatrocientos cincuenta y tres quetzales con veintitrés centavos (Q 12,666,453.23), las cuales lógicamente no alcanzan la reserva acumulada para cubrirlas, por lo que registró directamente al gasto la cantidad de ocho millones veintiocho mil setecientos setenta y ocho quetzales con once centavos (Q 8,028,778.11). Aunado a lo anterior, calculó una nueva reserva de cuentas incobrables considerando el total de la cartera por el tres por ciento (3%) de reserva que permite la ley. Manifestó, que así es que el contribuyente, imputó como gasto del período en forma directa la cantidad de ocho millones veintiocho mil setecientos setenta y ocho quetzales con once centavos (Q 8,028,778.11), más la reserva de cuentas incobrables del período dos mil once por tres millones novecientos sesenta y tres mil sesenta y ocho quetzales con veintiocho centavos (Q 3,963,038.28), lo que da un total de once millones novecientos noventa y un mil ochocientos cuarenta y seis quetzales con treinta y nueve centavos (Q 11,991,846.39); siendo lo correcto, únicamente la cantidad que corresponde al tres por ciento (3%) del total de las cuentas por cobrar del período que ascienden a tres millones novecientos sesenta y tres mil sesenta y ocho quetzales con veintiocho centavos (Q 3,963,038.28), razón por la cual se ajusta la cantidad de ocho millones veintiocho mil setecientos setenta y ocho quetzales con once centavos (Q 8,028,778.11). Agregó, que se debe tomar en cuenta que el actor utilizó los dos métodos autorizados, es decir el método directo y el indirecto; y considerando que la reserva acumulada no le alcanzaba para la totalidad de la incobrabilidad real, se le pidió la contribuyente que proporcionara los documentos

de respaldo que demostraran fehacientemente que son cuentas realmente incobrables, ya que al tenor del artículo 38 literal q) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, establece como gasto deducible del referido impuesto, “Las deudas incobrables, siempre que se originen en operaciones del giro habitual del negocio y que se justifique tal calificación”. Expuso, que dicho extremo, se prueba mediante la presentación de los requerimientos fehacientes de cobro hechos, o en su caso, de acuerdo con los procedimientos establecidos judicialmente; todo ello antes de que opere la prescripción de la deuda o que la misma sea calificada como incobrable y el método indirecto indica que los contribuyentes que no apliquen el sistema de deducción directa de las cuentas incobrables, antes indicada, podrán optar por deducir la provisión para la formación de una reserva de valuación, para imputar las cuentas incobrables que se registren en el período impositivo correspondiente, sin esta reserva exceder del tres por ciento (3%) de los saldos deudores de cuentas y documentos por cobrar, al cierre de cada uno de los períodos anuales de imposición y siempre que dichos saldos se originen del giro habitual del negocio. Concluyó indicando, que en el presente caso es evidente que el saldo registrado excede del límite establecido, por lo que el ajuste formulado y confirmado es procedente. **AJUSTE AL RECONOCIMIENTO DE COSTOS Y GASTOS QUE EXCEDEN AL NOVENTA Y SIETE POR CIENTO (97%) DEL TOTAL DE INGRESOS GRAVADOS POR SIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS NUEVE QUETZALES CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (Q 7, 942,509.96).** Expuso, que el mismo no está afectando los intereses del contribuyente, puesto que lo que la Administración Tributaria le está reconociendo es que él tiene menos costos y gastos excedentes de los que declaró en la Declaración Jurada Anual del Impuesto Sobre la Renta, es decir, declaró como gasto no deducible la cantidad de ocho millones cincuenta mil trescientos veintiocho quetzales (Q 8,050,328.00) y derivado de los ajustes efectuados, únicamente debió declarar la cantidad de ciento siete mil ochocientos dieciocho quetzales (Q 107,818.00), por lo que por justicia tributaria, la Administración Tributaria lo que le está ajustando es para disminuir el total de costos y gastos que reportó como gastos no deducibles el contribuyen de acuerdo a lo establecido en la regla del noventa y siete por ciento (97%), regulada en el artículo 39 literal j) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente en el período auditado; por el contrario este reconocimiento viene a disminuir el monto de los ajustes efectuados y es a favor de la entidad actora. Ofreció las pruebas que consideró pertinentes.

III. DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA: Si de conformidad con una correcta interpretación y aplicación de la ley por parte de la Administración Tributaria, la resolución controvertida se encuentra ajustada a derecho.

IV. DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RECIBIDOS: Se recibió como medios de prueba con citación a la parte contraria: A) El expediente administrativo correspondiente y los documentos individualizados por las partes en los memoriales respectivos; B) Las presunciones legales y humanas que de los hechos probados se deriven.

V. DEL DÍA DE LA VISTA: Se señaló la audiencia del día VEINTICINCO DE MAYO DE DOS MIL DIECISÉIS, A LAS DIEZ HORAS ocasión en que los sujetos procesales presentaron sus alegatos correspondientes.

CONSIDERANDO I: Que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene como función principal el de ser contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, dicha función radica en el elemento principal de la juridicidad que como bien lo sostiene el tratadista Domingo Sesín en las jornadas organizadas por la carrera de especialización en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que debe entenderse como el **“actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, que no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido”**. Dicha función se inspira en el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus derechos fundamentales y legales. En ese mismo orden de ideas el jurista Bartolomé A. Fiorini, citado por Julio Rodolfo Comadira, en el libro **“La anulación de oficio del acto administrativo”**, (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Páginas 31 y 32), se refiere a juridicidad y su importancia de la siguiente forma: **“La importancia que atribuimos a la vigencia de la juridicidad como principio inherente a todo desenvolvimiento de acción estatal, proviene, además del amplio sentido, que en nuestro entender, debe asignarse a dicho término. En**

efecto, queremos significar con él el fenómeno de la sumisión de todo el accionar del Estado a la previa autorización normativa -constitucional, legal o reglamentaria-. Englobamos así, no sólo la norma expresa o implícita de la Constitución o el legislador como sustento jurídico del acto estatal, como creadores de la “materia jurídica” o del acto como “objeto de derecho”, sino también la “legalidad” como fundamento garantizador de la validez del accionar administrativo. La legalidad aparece como una consecuencia necesaria de la existencia previa de la juridicidad. La legalidad es posterior a la juridicidad.....la juridicidad es la creación de la existencia práctica de las funciones estatales, la legalidad aparece como presupuesto necesario normativo para la validez concreta de la actividad administrativa.”. De igual forma el artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, determina que procederá el proceso contencioso administrativo: 1) En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado; 2) En los casos de controversias derivados de contratos y concesiones administrativas. Para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos. Lo anterior deviene de la facultad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de conocer de los actos o resoluciones de la administración pública, tal como sucede en el presente asunto en donde la resolución impugnada fue emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria.

CONSIDERANDO II: La sociedad mercantil que gira bajo la razón social de Productos Avon de Guatemala, Sociedad Anónima, recurre a través del procedimiento contencioso administrativo la resolución emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria identificada con el número cuatrocientos sesenta y cuatro guión dos mil quince (464-2015), de fecha uno de octubre de dos mil quince, documentada en el punto once (11) del acta número noventa y cuatro guión dos mil quince (94-2015), del expediente identificado con el número dos mil catorce guión veintidós guión cero uno guión cuarenta y cuatro guión cero cero cero doscientos noventa y tres (2014-22-01-44-0000293). Lo resuelto confirma la resolución GEM guión DR guión R guión dos mil quince guión veintidós guión cero uno guión cero cero cero doscientos sesenta y tres (GEM-DR-R-2015-22-01-000263) de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince, emitida por la

Superintendencia de Administración Tributaria, por ajustes al Impuesto Sobre la Renta, régimen optativo, de enero a diciembre de dos mil once. El Tribunal, en consecuencia, conocerá de la solicitud planteada por la contribuyente y que le fuera denegada, la cual se contiene en el Por Tanto de la resolución del Directorio ya identificada.

Estima el Tribunal, a los efectos de emitir su decisión sobre el que versa la cuestión litigiosa, hacer acopio de los argumentos de las partes y sobre tal base precisar cuestiones de hecho y de derecho, en correspondencia con la equidad y justicia tributaria (artículo doscientos treinta y nueve constitucional) para poder arribar a una convicción sobre fundamentos jurídicos que solventen el asunto sometido a su conocimiento. Para proceder al enjuiciamiento correspondiente de la cuestión planteada, el Tribunal efectúa su razonamiento así: 1) La parte actora plantea su solicitud ante la autoridad tributaria, en los términos que a continuación se transcriben literalmente del escrito de demanda: La Administración Tributaria me confiere ajuste argumentando que no procede la deducibilidad del gasto por concepto de cuentas incobrables por un monto de “Q.8,028,778.11” reportado en la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta correspondiente al periodo comprendido entre el uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil once, según el criterio de la administración Tributaria dicho gasto no cuenta con los documentos que califican como requerimientos fehacientes de cobro para su deducibilidad por el método de deducción directa, adicionalmente argumenta que no se proporcionaron documentos que evidencien que la deuda le fue dada a conocer al cliente, según los procedimientos establecidos judicialmente y que den certeza razonable de que se le entregó al deudor o a persona idónea, la base sobre la cual la Administración Tributaria sustenta su criterio es el artículo 38, inciso q) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (Decreto 26-92), el cual se cita a continuación: “Artículo 38. Renta Imponible en el régimen optativo previsto en el artículo 72 de esta ley- Los contribuyentes del impuesto que opten por el régimen establecido en el artículo 72 de esta ley, deberán determinar su renta imponible, deduciendo de su renta bruta, solo los costos y gastos necesarios para producir o conservar la fuente productora de las rentas gravadas, sumando los costos y gastos no deducibles y restando •sus rentas exentas. Se consideran costos y gastos necesarios para producir fuente productora de rentas gravadas los siguientes: (...). q) Las deudas incobrables, siempre que se originen en operaciones

del giro habitual del negocio y que se justifique tal calificación. Este extremo se prueba mediante la presentación de los requerimientos fehacientes de cobro hechos, o en su caso, de acuerdo con los procedimientos establecidos judicialmente; todo ello antes de que opere la prescripción de la deuda o que la misma sea calificada de incobrable. En caso de que se recupere total o parcialmente una cuenta incobrable que hubiere sido deducida de la renta bruta, su importe debe incluirse como ingreso gravable en el período de imposición en que ocurra la recuperación. Los contribuyentes que no apliquen el sistema de deducción directa de las cuentas incobrables, antes indicado, podrán optar por deducir la provisión para la formación de una reserva de valuación, para imputar las cuentas incobrables que se registren período impositivo correspondiente. Dicha reserva no podrá exceder del tres por ciento (3%) de los saldos deudores de cuentas y documentos por cobrar, al cierre de períodos anuales de imposición y siempre que dichos saldos se originen del giro habitual negocio. Las entidades bancarias y financieras podrán constituir la misma reserva hasta el límite del tres por ciento (3%) de los préstamos concedidos y desembolsados, de cualquier naturaleza. Cuando la reserva exceda el total de los saldos deudores indicados, el exceso deberá incluirse como renta bruta del período de imposición en que se produzca el mismo.” En el transcurso del Proceso Administrativo se hizo del conocimiento de la Administración Tributaria que dicho artículo establece diferentes parámetros para la deducibilidad del gasto por este concepto, dentro de los cuales se le mencionaron los siguientes: a) Que el gasto se origine de operaciones del giro habitual del negocio y que se justifique tal calificación, en este sentido la Administración Tributaria constató que las cuentas incobrables que son objeto de discusión provienen de cuentas por cobrar a clientes con los cuales se tienen operaciones puramente de giro comercial y que por lo consiguiente en su oportunidad generaron renta gravada para propósitos del Impuesto Sobre la Renta, de ninguna manera provienen de otras cuentas por cobrar tales como cuentas por cobrar a empleados, anticipos por liquidar, créditos fiscales por recuperar, entre otros, esto implica que este requisito se cumple a cabalidad y por lo consiguiente no ha sido objetado por la Administración Tributaria, sin embargo, no debe restarse importancia a su debido cumplimiento. b) Que se pruebe mediante la presentación de los requerimientos fehacientes de cobro hechos, o en su caso, de acuerdo con los procedimientos establecidos judicialmente, en este sentido la Administración Tributaria debió tener en

cuenta que los “Requerimientos fehacientes de cobro” son generales, no específicos y no se encuentran conceptualizados o descritos en la Ley del Impuesto Sobre la Renta (Decreto 26-92 dando lugar a la libre interpretación y criterio, no está de más indicar que el diccionario de la Real Academia Española define estas palabras de la siguiente manera: “Requerimiento 1. M. Acción y efecto de requerir. 2. M. Der. Acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar algo. 3. M. Der. Aviso, manifestación o pregunta que se hace, generalmente bajo fe notarial, a alguien exigiendo o interesando de él que exprese y declare su actitud o su respuesta. Fehaciente (Del ant. Fefaciente. Y este de fe y el ant. Faciente, haciente). Adj. Que hace fe, fidedigno. Cobro (De cobrar)- 1. M. Acción y efecto de cobrar (como pago) • 2. M. Cineg. Acción de cobrar (una pieza de caza). 3. M. de sus. Expediente, arbitrio, providencia, medio para conseguir un fin. 4. M. ant. Lugar donde se asegura, guarda o salva algo poner en algo. 1. Loc. Verb. Hacer diligencias para cobrarlo.” Por lo anterior mi representada interpreta que el requerimiento fehaciente de cobro no es más que la acción fidedigna y diligente de requerir el cobro de sus cuentas pendientes con sus clientes, esto se evidencia por medio de documentos que demuestran la labor de cobro realizada los cuales fueron puestos a disposición de la Administración Tributaria a través de memorial de aportación de pruebas en el cual fue seleccionada una muestra de setenta y cinco (75) casos que se encontraban en proceso de cobro, todos pertenecientes a clientes que entraron en mora y que sobrepasaron el límite crediticio convenido al momento de negociar los productos de mi representada, sin embargo, creemos conveniente explicar al Honorable Magistrado de la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo la función de cada uno de estos documentos: **Contrato de Prestación de Servicios Independientes de Cobro:** Mi representada cuenta con el apoyo de compañías independientes que prestan el servicio de cobro y recuperación de carteras de crédito, dicho servicio se encuentra debidamente las condiciones pactadas tales como procedimientos, limitaciones, manejo de los fondos, informe resultados, plazo del servicio, fianza de garantía, pactos procesales, monto porcentual de las comisiones negociadas, zonas asignadas según el mapa de la república de Guatemala, y otros. Dichos contratos le dan sustancia a la actividad de cobro derivado que si no existiera el riesgo de cobrabilidad de una cuenta no tendría sentido incurrir en gastos por los servicios prestados por dichas compañías independientes, sin embargo, mi representada siempre está dispuesta a correr con

estos gastos a pesar que no existe certeza que nuestros clientes accederán a los pagos. **Mapa de la República de Guatemala:** Como parte de sus controles mi representada utiliza el mapa de la República de Guatemala para controlar la distribución y cobertura de las agencias de cobranzas que se sub-contratan para propósitos de realizar la gestión de cobro, dichos sectores se clasifican de la siguiente manera: Agencia de Cobro, Total de Cobradores: Sedro Occidente treinta y dos (32), Cordero Norte trece (13), Agradeco Oriente veintisiete (27), Tecserfin Centro quince (15). La Administración Tributaria no consideró que si existe una distribución de zonas para propósitos del control de los cobros efectuados por las compañías independientes esto le agrega sustancia a la actividad de cobranza, puesto que no se lleva un descontrol de los clientes que entraron en mora. Viñeta de Cobro: Mi representada utiliza este documento que tiene con fin llevar un control de las cuentas que se encuentran morosas, dichos documentos son llevados y retro alimentados por los cobradores, la información que colecta es la siguiente: Nombre del cliente moroso. Zona de ubicación según el mapa de la república de Guatemala indicado que identifica a la compañía sub-contratada para efectuar el cobro. Dirección comercial del cliente. Nombre de las personas referidas para cobro, Status de los pagos efectuados, así como, de las Notas de Crédito aplicadas. Saldo inicial de la cuenta por cobrar y el saldo final correspondiente. El reporte podrá indicar si el cliente canceló o abono la cuenta, así como, si solicitó convenio de pago. Por los pagos efectuados se emite un recibo de caja formal. En el caso que los cobradores efectúen visitas para labor de cobro y no encuentren la persona deudora o referida se deja en el lugar un “Aviso de Visita” para notificar sobre la deuda, los cobradores consignaran en dicho documento la fecha que se realizó la visita, el nombre y código del cliente, el monto del saldo el nombre del cobrador y su número de teléfono celular para contactarlo, sin duda este es uno de los principales documentos que demuestran los requerimientos fehacientes de cobro, sin embargo, la Administración Tributaria no consideró dicho documento, derivado que se enfoca en atacar los documentos denominados Requerimiento Urgente de Pago Prevención Jurídica y Notificación, Citatorio Jurídico”, es importante que la Administración Tributaria analice este documento y concluya que respalda perfectamente el acto denominado en la Ley como “Requerimiento Fehaciente de Pago”. Carta de Añejamiento Mayor a 60 días: Mi representada utiliza estos documentos como medio de presión para que sean cancelados los saldos deudores, en el contexto de la carta se le

indica al cliente de la preocupación por parte de compañía de la incobrabilidad de los saldos y que se otorgara un plazo de cuarenta y ocho (48) horas que el cliente se ponga en comunicación con el asesor de ventas o bien se presente a las oficinas de la compañía, adicionalmente, se menciona que el incumplimiento a este aviso genera que el expediente sea trasladado al departamento jurídico de la compañía para que sus abogados ejecuten el cobro por la vía legal y/o judicial, esto con el objetivo de aplicar el criterio de la Administración Tributaria en cuanto a que debe existir prueba que haga constar la intimidación hacia el cliente para la cobrabilidad de los saldos pendientes. Cabe mencionar que cada documento es independiente y tiene una función especial orientada hacia obligar el pago de los saldos que se encuentran morosos. **Carta de Añejamiento Mayor a 90 días:** La compañía implementa este documento cuando la carta de aflojamiento mayor a 60 días no tiene respuesta en este sentido se le hace referencia al cliente a través de esta carta que está tal razón se le otorga un plazo final de setenta y dos horas para presentarse a pagar el monto adeudado, en caso contrario se iniciaran inmediatamente las acciones ante el Ministerio Público para presentar demanda por el delito de apropiación y retención indebida según lo establecido en el artículo 272 del Código Penal y aplicar las medidas de arraigo, embargo de bienes inmuebles, cuentas bancarias y/o sueldos; se hace nuevamente con el objetivo de aplicar el criterio de la Administración Tributaria en cuanto a que debe existir prueba que haga constar la intimidación hacia el cliente para la cobrabilidad de los saldos pendientes. Estado de Cuenta: Como parte de sus controles de cartera de clientes la compañía posee un sistema electrónico mediante el cual lleva el "Estado de Cuenta" de sus clientes, este programa informático lleva el registro e historial de las facturas emitidas a los clientes pendientes de pago, adicionalmente, los abonos o pagos efectuados y la cantidad de días atrasados. La Administración Tributaria argumenta que mi representada no evidencia que la deuda le fue dada a conocer al cliente a través de los documentos anteriormente descritos, a lo cual mi representada manifiesta que dicho argumento es incoherente según la lógica comercial del país, es decir, cualquier persona individual o jurídica, que adquiere un bien o servicio a cambio de una retribución y la misma no es cancelada al momento de ser entregado el bien o prestado el servicio, incurre en una deuda con su proveedor, no hace falta notificar al cliente de la deuda contraída y con mayor razón si este ha firmado un contrato de crédito con mi representada. c) Todos los procedimientos anteriormente descritos

se llevan a cabo antes de que opere la prescripción de la deuda o que la misma sea calificada de incobrable, a lo cual agregamos que el Código Civil establece en su artículo 1514 lo siguiente: Prescriben en dos años: (...). La acción de cualquier comerciante para cobrar el precio de los objetos vendidos; En virtud de lo anterior, hacemos mención que el objeto de mi representada es comercializar con la intención de generar utilidades o ganancias, de ninguna manera se invirtió capital con la mentalidad de obtener pérdidas que lleven el negocio a la quiebra, es decir, mi representada hará todo lo que este a su alcance para recuperar las cuentas que entraron en mora, sin embargo, como en todo negocio en marcha existe el riesgo de perder un porcentaje de la cartera de clientes, lo que conlleva al registro de cuentas incobrables tal es el caso de mi representada, por lo cual era imprescindible que la Administración Tributaria analizara el giro del negocio de mi representada y que comprendiera a cabalidad como funciona de forma que bajo ese entendimiento concluya que los gastos por cuentas incobrables objeto de discusión proviene de las operaciones generadoras de renta. **A.2. Reconocimiento de costos y gastos que exceden al noventa y siete por ciento del total de ingresos gravados por un monto de siete millones novecientos cuarenta y dos mil quinientos nueve quetzales con noventa y seis centavos (Q 7,942,509.96).** La Administración Tributaria confiere su ajuste 2) argumentando que derivado del ajuste 1), es decir ajuste a las cuentas incobrables, se ve afectado el reconocimiento de costos y gastos que exceden al noventa y siete por ciento del total de ingresos gravados que mi representada reportó en la declaración jurada anual de renta conforme lo establecido en el artículo 39, literal j) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (Decreto 26-92) el cual citamos a continuación: "Artículo 39. Costos y gastos no deducibles. Las personas, entes y patrimonios a que se refiere artículo anterior no podrán deducir de su renta bruta: (...); j) A partir del primer período de imposición ordinario inmediato siguiente al de inicio de actividades, el monto de costos y gastos del período que exceda al noventa y siete por ciento (97%) del total de los ingresos gravados. Este monto excedente podrá ser trasladado exclusivamente al período fiscal siguiente, para efectos de su deducción. Esta disposición no será aplicable a los contribuyentes que, a partir de la vigencia de esta ley, tuvieren pérdidas durante dos periodos de liquidación definitiva anual consecutivos o que tengan un margen bruto inferior al cuatro Por ciento (4%) del total de sus ingresos gravados. Para que no les sea aplicable esta disposición en el período

impositivo en curso, los contribuyentes a que se refiere el párrafo anterior deberán, como mínimo dos meses previo a que venza el plazo para la presentación de la declaración jurada anual y los anexos a que hace referencia el artículo 54 de la presente ley, informar a la Administración Tributaria, mediante declaración jurada prestada ante notario, de su circunstancia particular. La Administración Tributaria podrá realizar las verificaciones que estime pertinentes. Para efectos de la aplicación del párrafo anterior, se entiende como margen bruto a la sumatoria del total de ingresos por servicios prestados más la diferencia entre el total de ventas y su respectivo costo de ventas. En este sentido la Administración Tributaria da por sentado que mi representada será vencida en el presente proceso y por lo consiguiente confiere a mi representada y de forma anticipada el ajuste al reconocimiento de costos y gastos que exceden al noventa y siete por ciento del total de ingresos gravados por un monto de siete millones novecientos cuarenta y dos mil quinientos nueve quetzales con noventa y seis centavos (Q 7,942,509.96), sin embargo, los Honorables Magistrados de la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo deberán considerar que al ser desvanecido el ajuste 1) de la Administración Tributaria, automáticamente se desvanece el ajuste 2) Por lo anteriormente expuesto mi representada concluye que los ajustes confirmados por la Administración Tributaria se basan meramente en su propia interpretación de la Ley» cerrando la brecha conceptual de lo establecido en el artículo 38, literal Impuesto Sobre la Renta (Decreto 26-92), y pasando por alto lo establecido en el artículo 10. Debe tenerse presente que mi representada en ningún momento afecto los intereses del fisco puesto que a la luz de la legislación vigente aplicó los procedimientos en base a la vez normativa legal que regula en el territorio guatemalteco; y a la realizó su operación comercial con productos de legítima procedencia, adicionalmente, ajustes conferidos por la Administración Tributaria en ningún momento generan impuesto omitido, es decir, impuesto a pagar.

La Procuraduría General de la Nación al evacuar el traslado correspondiente, se pliega al contenido de la resolución emitida por el Directorio en referencia, expresando sus argumentos de la forma siguiente: “A nuestro juicio la Honorable Sala Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativa está imposibilitada, en sentencia, de revocar una resolución administrativa, cuando lo parte actora no ha logrado desvirtuar lo aseverado por la

Administración Tributaria, toda vez que como argumento de defensa indica que el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria con su afán de declarar con lugar la procedencia, provenientes del Impuesto Sobre Renta, de lo manifestado por la entidad demandante por lo que mi representada estima procedente entrar a analizar el contenido de la misma y establecer que la actora se concreta únicamente a denunciar su inconformidad interpuesto a través de la resolución que hoy se impugna pero en ningún momento analiza los hechos para que el Juzgador logre formarse el criterio respectivo, para poder determinar la razón de su impugnación. Los argumentos expuestos en la demanda son inexactos, debido a la inexistencia de las violaciones aducidas, pues según se infiere de la exposición táctica de la demanda, fue observado dentro del proceso administrativo tributario, el derecho de defensa y las normas del debido proceso. Previo a entrar a conocer el fondo de los ajustes formulados, es importante destacar los argumentos sustentados por el demandante en cuanto a supuestas violaciones dentro del procedimiento administrativo, lo cual la Procuraduría General de la Nación no comparte, en base a lo siguiente: AJUSTE AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA: La Administración Tributaria le solicitó a la entidad demandante que presentara la documentación e información para verificar el adecuado cumplimiento de sus obligaciones tributarias, determinando que en los períodos mensuales auditados, ventas no registradas para la venta, determinando la administración tributaria que existe una diferencia no facturada, por lo que resultan ventas no registradas ni declaradas, por lo que de conformidad con la Ley del Impuesto Sobre la Renta Principios Generales. Constituye renta bruta el conjunto de ingresos, utilidades y beneficios de toda naturaleza; gravados y exentos, habituales o no, devengados o percibidos en el período de imposición, derivado de la función que ejerce la administración tributaria logra determinar que la contribuyente incumplió con sus obligaciones tributarias de enterar al fisco el impuesto ajustado derivado de la deducibilidad del gasto por concepto de cuentas incobrables reportado en la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta, por lo que dicho gasto la entidad demandante no lo pudo demostrar ya que no cuenta con la documentación de soporte para poder tener derecho a la deducibilidad por el método de deducción directo, por lo que no aporta prueba fehaciente para desvirtuar lo manifestado por la administración tributaria por lo que dicho ajuste es emitido de conformidad con la ley. La Superintendencia de

Administración Tributaria confirma el ajuste al Impuesto Sobre la Renta correspondiente de enero a diciembre de dos mil diez toda vez que la entidad actora declaró costos y gastos en ese período, que exceden del noventa y siete por ciento (97%) del total de sus ingresos gravados, no obstante haber obtenido un margen bruto superior al cuatro por ciento (4%) del total de sus ingresos, lo cual contraviene el artículo 39 literal J) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la administración tributaria determina dicho ajuste en base a la declaración jurada anual y recibo de pago del Impuesto Sobre la Renta, la norma citada es clara al regular la no deducibilidad del Impuesto Sobre la Renta de los costos y gastos que excedan al noventa y siete por ciento de los ingresos, lo cual hizo la entidad actora contraviniendo la ley. La entidad demandante pretende hacer valer un derecho que no le asiste. Argumentando que no estaba obligada al pago del impuesto relacionado, únicamente se ha limitado a indicar que manifiesta su inconformidad con el ajuste realizado por la administración tributaria ya que la aplicación del artículo 39 literal j) de Ley del Impuesto Sobre la Renta es inconstitucional y confiscatoria porque violenta garantías de equidad, justicia tributaria y capacidad de pago contempladas en el artículo 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala, de lo argumentado por la parte actora no se evidencia violación a los principios constitucionales invocados, pues no se advierte parámetro de confrontación alguno con el artículo 243 constitucional y no atenta contra la seguridad jurídica. Lo que la entidad actora tenía la obligación de informar a la Administración tributaria, mediante declaración jurada prestada ante notario. Por lo que al tenor del artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial nadie puede alegar ignorancia desuso, costumbre o práctica en contrario y 10 del mismo cuerpo legal que las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales, de estas normas se desprende la interpretación del contenido del artículo 39 literal j) de la ley del Impuesto Sobre la Renta no debe hacerse en forma aislada y buscando en sus palabras lo que favorece a cada de acuerdo a sus intereses, sino en forma integral, buscando el verdadero sentido de sus palabras. Al efectuar el análisis respectivo, es importante destacar que dentro del procedimiento administrativo, el contribuyente presenta la documentación que no es idónea para desvanecer los ajustes. Es importante destacar que al plantear el proceso Contencioso Administrativo refuta los argumentos sustentados por la Administración Tributaria, pero no presenta

documentación que los desvirtúe. Lo anterior y para el presente caso opera el principio de onus probando el incubiti qui non qui negat (la carga de la prueba incumbe al que afirma no al que niega) por lo que en este proceso se dan todos los presupuestos para emitir una sentencia de conformidad con la ley. La Procuraduría General de la Nación al evacuar la audiencia conferida contesta la demanda en sentido negativo y solicita al Honorable Tribunal, que emita la sentencia declarando sin lugar la demanda y confirme la resolución número cuatrocientos sesenta y cuatro guión dos mil quince (464-2015) de fecha uno de octubre de dos mil quince. La Superintendencia de Administración Tributaria, al oponerse a la demanda y contestarla en sentido negativo lo hace de conformidad con los hechos que constan en el expediente administrativo, por lo que de manera suscita se consignan: El objeto de este contencioso se debe a ajustes al Impuesto Sobre la Renta por Cuentas Incobrables porque el contribuyente reportó en la Declaración Jurada Anual del Impuesto Sobre la Renta, Régimen Optativo, en la sección de Costos y Gastos en el rubro de "Cuentas Incobrables del giro habitual" un valor de "Q 11,991,846.00" y también reportó en la sección de información financiera en el rubro de "Reserva para cuentas Incobrables" El valor de "Q 3,963,068.00". De lo indicado anteriormente se puede determinar que el contribuyente utilizó los dos métodos de deducción de las cuentas incobrables, es decir, el método directo y el indirecto. (...) Se debe tomar en cuenta que el actor utilizó los dos métodos autorizados por mi representada, es decir el método directo y el método indirecto; y considerando que la reserva acumulada no le alcanzaba para la totalidad de la incobrabilidad real, se le pidió al contribuyente que proporcionara los documentos de respaldo que demuestren fehacientemente que son cuentas realmente incobrables, ya que el artículo 38 literal q) de la Ley del ISR establece como gasto deducible del Impuesto Sobre la Renta que "Las deudas incobrables, siempre que se originen en operaciones del habitual del negocio y que se justifique tal calificación". Por lo que, para el caso que nos ocupa en cuanto al método directo, la Ley citada anteriormente es clara, ya que indica que las deudas incobrables, siempre que se originen en operaciones del giro habitual del negocio y que se justifique tal calificación. Este extremo se prueba mediante la presentación de los requerimientos fehacientes de cobro hechos, o en su caso, de acuerdo con los procedimientos establecidos judicialmente; todo ello antes de que opere la prescripción de la deuda o que la misma sea calificada de incobrable y el método indirecto indica

que los contribuyentes que no apliquen el sistema de deducción directa de las cuentas incobrables, antes indicado, podrán optar por deducir la provisión para la formación de una reserva de valuación, para imputar las cuentas incobrables que se registren en el período impositivo correspondiente. Dicha reserva no podrá exceder del tres por ciento de los saldos deudores de cuentas y documentos cobrar, al cierre de cada uno de los períodos anuales de imposición y siempre que dichos saldos se originen del giro habitual del negocio. Por lo anterior, el contribuyente utilizó el método directo declarando cuentas incobrables sin demostrar fehacientemente que son cuentas realmente incobrables; dicha operación provocó una disminución de la renta imponible. Se puede rebajar de los ingresos las cuentas incobrables, si solo sí, se determina que realmente son incobrables; es decir, se pruebe documentalmente la condición de incobrabilidad por medio de requerimientos fehacientes de cobro y/o procesos judiciales, lo cual permite al contribuyente no pagar impuesto sobre dicha pérdida, pero para gozar de este beneficio se debe cumplir con lo establecido en la norma, es decir que conste la calidad de incobrabilidad y se documente con los requerimientos fehacientes de cobro; entiéndase como fehaciente, reales, que demuestren que fueron entregados al cliente o que este en realidad no se puede localizar; cosa que no ha podido probar ya que únicamente en su demanda establece los controles internos y forma de operar con sus clientes; sin embargo no demuestra la cobranza individual para establecer que es incobrables las cuentas que presenta. En este método se puede deducir la provisión para la formación de una reserva de valuación a la cual imputar las cuentas incobrables que se registren en el período, la cual no podrá exceder del tres por ciento del saldo deudor de las cuentas y documentos por cobrar, que se tengan al cierre de cada período impositivo. Este método, como el anterior, debe guardar consistencia en cada período, para mostrar la razonabilidad de los saldos, de los rubros de los estados financieros; y los presupuestos que deben cumplirse en este método. Es importante recalcar que la Ley del Impuesto Sobre la Renta es clara al establecer el límite máximo permisible de deducción del tres por ciento para la constitución de la reserva, y determina la base para el cálculo de la misma al indicar que será sobre el total de cuentas y documentos por cobrar al cierre de cada período anual de imposición, y que el excederse sobre dicho porcentaje será considerado como parte de la renta bruta. Por lo que en este caso, la Ley del Impuesto Sobre la Renta tiene como finalidad que en cada

período impositivo el saldo acumulado de la reserva para cuentas incobrables, no exceda el porcentaje permitido. Del análisis efectuado al artículo 38 literal q) anteriormente indicado, se desprende que la reserva para las deudas incobrables en el presente caso que es del tres por ciento en cada período impositivo; por lo que con base en los estados financieros y registros contables de la contribuyente del período auditado, el contribuyente excedió del tres por ciento legalmente permitido en el gasto registrado como cuenta incobrable del período auditado, prueba documental que consta en las actuaciones y donde claramente se establece que excede el monto legalmente permitido, ya que al aplicarle el tres por ciento de reservas para cuentas incobrables, sobre el monto de ciento treinta y dos millones ciento dos mil doscientos setenta y seis quetzales con quince centavos (Q132,102,276.15), se establece el monto de tres millones novecientos sesenta y tres mil sesenta y ocho quetzales con veintiocho centavos (Q 3,963,068.28) que es el monto que contribuyente tenía derecho a registrar como reserva en el período del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil once, no así el monto de ocho millones veintiocho mil setecientos setenta y ocho quetzales con once centavos (Q 8,028,778.11). Por lo antes indicado y analizado el presente ajuste es consistente técnica y legalmente, al tomar en cuenta lo que establece el artículo 38 literal q) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que sustenta el ajuste, vigente en el período auditado, el cual norma: reserva no podrá exceder del tres por ciento (3%) de los saldos deudores de cuentas y documentos por cobrar, al cierre de cada uno de los períodos anuales de imposición y siempre que dichos saldos se originen del giro habitual del negocio... Cuando la reserva exceda..., el exceso deberá incluirse como renta bruta del período de imposición en que produzca el mismo. La parte actora, en su demanda establece la manera de cómo lleva el control de sus clientes, sin embargo no define qué método utiliza, y además de ello, no demuestra los requerimientos de cobro, demandas iniciadas o cualquier otro medio para comprobar que son cuentas incobrables; y si utiliza el método indirecto (3%); sobrepasa el noventa y siete por ciento lo que el ajuste por donde lo analicen, proceden los ajustes realizados por mi representada.

Al efectuar el examen correspondiente al asunto puesto en conocimiento de este Tribunal, y analizar las normas atinentes a la solución del mismo, nos encontramos los miembros de la Sala, en avenencia que toda ley debe ser entendida, interpretada y aplicada en forma sistémica, coherente y unitaria, no

pudiendo, desvirtuar el sentido de su texto, puesto ello alteraría la comprensión de cada precepto en particular. En el caso sub iúdice, es dable aceptar la tesis sostenida por la parte actora, habida cuenta que no se discute si esas cuentas por cobrar son producto del giro normal de operaciones de la empresa, pues tal extremo fue constatado por la Administración Tributaria, sino en el hecho de que el ente tributario considera que la documentación aportada por la contribuyente denominada "Requerimiento urgente de pago prevención jurídica y notificación citatorio jurídico" no reúne las calidades necesarias para ser considerada documentación fehaciente de cobro, para deducir como costos y gastos las deudas incobrables por el método de deducción directa, pues no evidencian que la deuda le fue dada a conocer al cliente, de manera que brinden certeza razonable de que se le entregó al deudor o persona idónea, conforme lo establecido en el artículo 38 q) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, vigente en el periodo auditado, el cual indica que " 38. Los contribuyentes del impuesto que opten por el régimen establecido en el artículo 72 de esta ley, deberán determinar su renta imponible, deduciendo de su renta bruta, solo los costos y gastos necesarios para producir o conservar la fuente productora de las rentas gravadas, sumando los costos y gastos no deducibles y restando sus rentas exentas. Se consideran costos y gastos necesarios para producir o conservar la fuente productora de rentas gravadas los siguientes: "q) Las deudas incobrables, siempre que se originen en operaciones del giro habitual del negocio y que se justifique tal calificación. Este extremo se prueba mediante la presentación de los requerimientos fehacientes de cobro hechos, o en su caso, de acuerdo con los procedimientos establecidos judicialmente; todo ello antes de que opere la prescripción de la deuda o que la misma sea calificada de incobrable." En la intelección del Tribunal, aparte de lo definido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua sobre la palabra Fehaciente, considera que dicha calificación se le otorga a un documento escrito con capacidad de acreditar o servir de prueba, o de dar fe, sobre alguna cuestión, certifica la veracidad o autenticidad de algo, brinda testimonio o certeza de un hecho que ha ocurrido. Y en este caso, la entidad contribuyente presentó 1) Contrato de Prestación de Servicios Independientes de Cobro; 2) Mapa de la República de Guatemala, como parte de sus controles para fiscalizar la distribución y cobertura de las agencias de cobranzas que subcontrata para su gestión de cobro; 3) Viñeta de cobro, una forma de llevar un control de las cuentas que se encuentran morosas; 4) Carta de afeñamiento mayor de sesenta días,

mecanismo de presión para que sean cancelados los saldos deudores; 5) Carta de afeñamiento mayor de noventa días, documento que le anuncia al cliente moroso que está por iniciar un proceso judicial de no presentarse cancelar la deuda que tiene pendiente en un plazo máximo de setenta y dos horas; 6) Estado de Cuenta, es un programa informático de su sistema electrónico que lleva el registro de las facturas emitidas a los clientes y pendientes de pago, adicionalmente los abonos o pagos efectuados y la cantidad de días atrasados, y afirma que todos estos procedimientos se llevan a cabo antes de que opere la prescripción de la deuda o que la misma sea calificada de incobrable. Estos documentos y procedimientos utilizados por la entidad contribuyente, a juicio de quienes juzgamos si hacen prueba incuestionable del interés que manifiesta un inversor en el campo de la comercialización de sus productos, una inversor inyecta capital a una empresa con la finalidad de mejorar el crecimiento actual de la misma, busca beneficio económico, pues con ello proporciona un impulso financiero a su negocio. Es innegable que los riesgos de pérdida siempre existirán según sea el tipo de negocio que se realice y no escapa al conocimiento de quienes juzgamos que en la comercialización de productos que como en este caso se realizan, la posibilidad de pérdidas por las ventas al crédito que realiza, están latentes siempre. Es de considerar que la entidad Productos Avon de Guatemala, Sociedad Anónima, ha cumplido con lo preceptuado en la normativa antes indicada, porque la reserva acumulada de cuentas incobrables en el presente caso no incide en la renta imponible de la entidad y por lo tanto no afecta los impuestos determinados, pues no significa deducción alguna como costo o gasto en el periodo impositivo de enero a diciembre de dos mil once, por lo que el ajuste establecido al Impuesto Sobre la Renta por ocho millones veintiocho mil setecientos setenta y ocho quetzales con once centavos (Q 8,028,778.11) por cuentas incobrables del giro habitual no deducibles, carece de sustento; como consecuencia de ello, el ajuste por reconocimiento de costos y gastos que exceden al noventa y siete por ciento (97%) del total de ingresos gravados por la cantidad de siete millones novecientos cuarenta y dos mil quinientos nueve quetzales con noventa y seis centavos (Q 7,942,509.96), queda desvanecido, pues se aparta del texto legal del artículo 38 literal q) del Decreto 26-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Impuesto Sobre la Renta.

CONSIDERANDO III: Que al dictarse la sentencia, el juez debe condenar a la parte vencida al reembolso de las costas a favor de la otra parte; sin embargo,

se podrá eximir al vencido del pago de las mismas, cuando se haya litigado con evidente buena fe como acontece en el presente caso, circunstancia por la cual no hay condena especial en costas.

LEYES APLICABLES: Artículos 203, 204, 211 y 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 5, 9, 10, 13, 15, 16, 36, 51, 52, 62, 86, 87, 113, 141, 142, 143, 153 y 159 de la Ley del Organismo Judicial; 25, 26, 27, 28, 44, 45, 51, 62, 63, 67, 71, 75, 79, 126, 128, 129, 178, 186, 194, 195, 197, 572, 573, 574 y 577 del Código Procesal Civil y Mercantil, 1, 2, 4, 7, 8, 14, 17, 18, 19, 31, 66, 69, 71, 103, 112, y 127 del Código Tributario, 17, 18, 19, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 33, 35, 38, 41, 43, 45 y 47 de la Ley de lo Contencioso Administrativo; Acta 72-2016 Corte Suprema de Justicia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis; Acta 72-2016 Corte Suprema de Justicia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

POR TANTO: Con fundamento en lo considerado y leyes aplicables, el Tribunal al resolver declara: **I) CON LUGAR** el proceso contencioso administrativo instado por la entidad mercantil de denominación social **PRODUCTOS AVON DE GUATEMALA, SOCIEDAD ANONIMA**, por intermedio de su Representante Legal, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**. **II) REVOCA** en su totalidad la resolución emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria número cuatrocientos sesenta y cuatro guión dos mil quince (464-2015), de fecha uno de octubre de dos mil quince, documentada en el punto once (11) del acta número noventa y cuatro guión dos mil quince (94-2015), expediente SAT número dos mil catorce guión veintidós guión cero uno guión cuarenta y cuatro guión cero cero cero doscientos noventa y tres (SAT 2014-22-01-44-0000293). **III)** No hay condena especial en costas procesales. **IV)** En su oportunidad, con certificación de lo resuelto, devuélvase el expediente administrativo a donde corresponde. **NOTIFÍQUESE.**

Erwin Ivan Romero Morales, Magistrado Presidente, Reina Isabel Teo Salguero, Magistrada Vocal Primera; Cruz Munguía Sosa. Magistrado Vocal Segundo. Secretario.

10/10/2019-CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 194-2014

Proceso Contencioso Administrativo 01144-2014-00194

Oficial y Notificador 2º.

SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Guatemala, diez de octubre de dos mil diecinueve.

Se tiene a la vista para dictar SENTENCIA, el proceso que en la vía contenciosa administrativa promovió la entidad **CSILEASING GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA** a través de su Gerente General y Representante Legal Sergio Sáenz Gutiérrez, quien actuó bajo la dirección y procuración de los abogados Alfredo Rodríguez Mahuad, Olga Maria Meléndez Amado, David Erales Jop, y Elías Jose Arriaza Sáenz en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, que compareció a juicio representada por su Mandatario Especial Judicial con Representación, abogada Liliana Lizeth García García quien actuó bajo su propia dirección y procuración y la de los abogados Floricelda Pozuelos Pivaral, Silvia Janeth Marine Guzman Montufar, Jorge Augusto Samayoa Mazariegos, Adriana Lucia Robles Bermúdez, Gloria Alejandra Aguilar Alemán y Ricardo Samuel Lopez Chun. Habiéndose emplazado además a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, representada por Víctor Hugo Mejicanos Castañeda quien actuó con la calidad de Personero de la Nación y agente auxiliar de la Procuraduría General de la Nación, bajo su propia dirección y procuración y la de los abogados Saúl Estuardo Oliva Figueroa, Julia Darina Ríos Rodas, Jose Raúl Herrera Gonzalez y Nancy Sulema García Flores profesionales de la Procuraduría General de la Nación. Las partes son de este domicilio.

El objeto de la demanda es la impugnación de la resolución número quinientos sesenta y tres dos mil catorce emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, con fecha veinticuatro de septiembre de dos mil catorce, resumiéndose las actuaciones en la forma siguiente:

I. DEL MEMORIAL DE DEMANDA. Manifestó entre otras cosas, que la Administración Tributaria al formular el ajuste señaló que en los registros contables, en el rubro "otros gastos" se reportó en el periodo ajustado la suma diez millones ochocientos

cincuenta y tres mil setecientos treinta y un mil quetzales (Q10,853,731.00) en la que incluye la cuenta cinco guión uno guión cero uno guión cero cero uno (5-1-01-001), denominada "costo de venta de activos arrendados" por dos millones novecientos setenta y cinco mil novecientos ochenta y siete quetzales con treinta y dos centavos (Q2,975,987.32), que se originó por activos fijos dados de baja en el período auditado en su valor en libros. Que durante el período fiscalizado se dio de baja activos fijos que no se habían depreciado totalmente, derivado a que el plazo de los contratos de arrendamiento es menor al plazo de la vida útil de los activos, por lo que financieramente CSI Leasing de Guatemala, Sociedad Anónima, determinó el valor en libros de dichos activos y los reportó como gasto deducible en el rubro "otros gastos", lo cual a juicio de la Administración Tributaria, no se considera necesario para producir o conservar la fuente productora de rentas gravadas, toda vez que corresponde al resultado contable, que no representa un gasto real para el contribuyente. De lo anterior, indicó que CSI Leasing de Guatemala, Sociedad Anónima tiene como actividad habitual y ordinaria la compra, arrendamiento y venta de equipo, maquinaria y otro tipo de bienes requeridos por sus clientes en la actividad que los mismos realizan; que adquiere los bienes a arrendar por requerimiento del arrendatario, que por decisión propia de negocios prefiere arrendar bienes, maquinaria, vehículos y equipo; sea por no contar con los fondos necesarios para adquirirlos o porque considera que el arrendamiento le es más conveniente que adquirirlo directamente. Luego del plazo del arrendamiento, y si así se dejó previsto, el arrendatario goza de la opción de compra del bien arrendado. Sin embargo, cuando se da la venta del bien al arrendatario, generalmente el arrendatario lo adquiere a valor justo de mercado al momento de la venta. Agregó que, si el arrendatario no adquiere el bien arrendado, CSI Leasing de Guatemala, Sociedad Anónima lleva a cabo la otra actividad principal que es la venta de bienes, maquinaria, equipo y vehículos usados a terceros, quienes los adquieren al valor de mercado al momento de la venta. Manifestó que en supuesto de la venta del bien, lógica y técnicamente, CSI Leasing de Guatemala Sociedad Anónima, imputa el costo del mismo, el cual está constituido por el valor no depreciado del bien o valor en libro y que el respaldo de dicho costo está constituido precisamente por la factura de la compra de los bienes. Indicó que de todo lo anterior, el ajuste no se encuentra apegado a la ley, considerando que el costo reportado si constituye un costo y gasto legítimo, debidamente respaldado y necesario para producir y conservar las rentas gravadas del

contribuyente. Continuó indicando, que de tal forma que los supuestos contenidos en el primer párrafo del artículo 38 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta en efecto se cumplen. De igual manera la literal a) del artículo 38 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta define como deducible el costo de venta de las mercancías, bienes y servicios del contribuyente. En este caso, el costo de venta de las mercancías, bienes y servicios del contribuyente. En este caso, el costo de venta de los bienes, maquinaria y equipo (el valor en libros). Por el contrario, lo dispuesto en el artículo 39, literal a), de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, es inaplicable; considerando que los costos y gastos deducidos por CSI Leasing de Guatemala Sociedad Anónima, definitivamente tiene su origen en el negocio que ella realiza (compra, arrendamiento y venta de bienes); razón por la cual, el ajuste carece de sustento legal. Asimismo, el artículo 2, numeral 5 del Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado reputa como actividad habitual, aquella que realiza el contribuyente en más de una oportunidad cada periodo mensual o que las realice con un mismo adquirente más de una vez en el transcurso de doce meses. Al ser la venta de bienes parte del giro ordinario y habitual de CSI Leasing de Guatemala Sociedad Anónima, a la venta de los mismos se les imputan los costos correspondientes de venta que es lo que legítimamente realizó CSI Leasing de Guatemala, Sociedad Anónima. Que la Administración Tributaria señala que el costo de ventas registrado contablemente por CSI Leasing de Guatemala Sociedad Anónima, no corresponde y que, al usarlo, lo que hace es aprovechar una depreciación acelerada del bien, lo cual no está permitido por nuestra legislación tributaria. Sin embargo, el criterio de la Administración Tributaria es totalmente erróneo, porque CSI Leasing de Guatemala, Sociedad Anónima si tiene un costo de venta, costo que está constituido por el costo del bien que vende. Dicho costo es determinado, reduciendo al valor de adquisición del mismo, las depreciaciones que fue objeto durante el plazo de arrendamiento. El valor en libros del bien (adquisición menos depreciaciones) constituye el costo que registra para la venta del mismo. Agregó que cuando adquiere un bien y lo da en arrendamiento lo registra contablemente como activo fijo, procediéndolo a depreciar, tal como se encuentra previsto en la legislación tributaria guatemalteca. Al momento de la venta, se da de baja al activo y la depreciación acumulada. Luego se imputa como costo del bien vendido al valor en libro del mismo. La justificación del cambio de partida contable, la da el destino del bien, respaldado con la factura de compra del bien, el contrato de arrendamiento y la factura de venta.

Contrario a como lo observa la Administración Tributaria, que pretende indicar que se da mediante un simple ajuste contable. Por otro lado, en cuanto a que la Administración Tributaria indica que el costo del bien que CSI Leasing de Guatemala Sociedad Anónima vende a su cliente no genera rentas gravadas, es totalmente equivocado, toda vez que como se ha indicado en reiteradas oportunidades en la fase administrativa y en la presente demanda contencioso administrativa, los bienes han generado rentas gravadas cuyos impuestos han sido enterados a la Administración Tributaria a cabalidad conforme la ley. Ofreció las pruebas que consideró pertinentes.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

A) LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, argumentó que el razonamiento jurídico establecido por el demandante, no ataca el fondo del ajuste, por lo que el mismo debe ser confirmado en su totalidad, más la multa e intereses resarcitorios, que corresponden. Ofreció las pruebas que consideró pertinentes.

B) LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, manifestó que la entidad impugna el ajuste al Impuesto Sobre la Renta, Régimen Optativo correspondiente al período de enero a diciembre de dos mil diez, por dos millones novecientos setenta y cinco mil novecientos ochenta y siete quetzales con treinta y dos centavos (Q2,975,985.32) por gastos no deducibles, por no ser necesarios para producir o conservar la fuente productora de rentas gravadas. Indicó que según la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta, régimen optativo, del período auditado, presentada el veinte de marzo de dos mil doce, así como de la revisión de los registros contables que integran el rubro "otros gastos", reportados por diez millones ochocientos cincuenta y tres mil setecientos treinta y un quetzales (Q10,853,731.00) se estableció que la contribuyente incluyó en este el valor de la cuenta cinco guion uno guion cero uno guion cero cero uno (5-1-01-001), denominada "costo de venta de activos arrendados", por dos millones novecientos setenta y cinco mil novecientos ochenta y siete quetzales con treinta y dos centavos (Q. 2,975,987.32), que se originó por activos fijos dado de baja en el periodo auditado en su valor en libros. Agregó que los activos fijos que originaron el gasto son propiedad de la contribuyente y se encuentran contabilizados en la cuenta uno guion dos guion

cero siete guion cero uno guion cero cero uno (1-2-07-01-001), denominada "activos entregados en arrendamiento" y el valor sobre el cual se calculan las depreciaciones, es el de costo de adquisición de los activos fijos, de conformidad con los porcentajes máximos establecidos en la normativa legal y de acuerdo al método de línea recta, adoptado por la demandante. Sin embargo, durante el período fiscalizado la actora dio de baja activos fijos que no se han depreciado totalmente, derivado a que el plazo de los contratos de arrendamiento es menor al plazo de la vida útil de los activos, por lo que financieramente determino el valor de dichos activos y los reportó como gasto deducible en el rubro "otros gastos" de la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta, régimen optativo, lo cual no está regulado en la legislación vigente. Agregó, que dicho gasto no se considera necesario para producir o conservar la fuente productora de rentas gravadas, toda vez que corresponde al resultado de una operación contable, que no representa un gasto real para la contribuyente, siendo la base legal los artículos 38 primer párrafo y 39 literal a) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 381 del Código de Comercio de Guatemala; y 103 del Código Tributario; vigentes en el periodo auditado. Citó los artículos 1, 2, 4 y 8 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta e indicó que de conformidad con las disposiciones legales citadas se concluye que la totalidad de ingresos obtenidos conforman la renta bruta y que en el presente caso, cabe destacar que si bien el arrendamiento puro no es el giro normal de las operaciones de la actora, si obtiene rentas afectas, pues a través del arrendamiento financiero no solo recupera el valor del bien adquirido, sino adicionalmente percibe ingresos por la venta que realiza como resultado de la opción de compra pactada, sin dejar de considerar el aprovechamiento que obtiene de la deducción que efectúa por la depreciación de los bienes que da en arrendamiento con la opción a compra (arrendamiento financiero). Indicó que no obstante lo anterior, el motivo del ajuste radica en que por medio de la operatoria contable que realiza pretende se le reconozca "costo de venta" cuando en principio su actividad no es la compraventa de bienes sino el arrendamiento financiero, o sea la prestación de servicios. Indicó que por otro lado, es de considerarse que la contribuyente registro los bienes como parte de su activo fijo, lo cual le permitía depreciar los mismos y en ningún momento los operó como mercadería para la venta, por lo que pretende cambiar el estatus de activo fijo por una simple partida contable es inaceptable, pues de conformidad con el artículo 38 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, se determino

que la contribuyente inicialmente al adquirir el bien que otorga en arrendamiento, carga la cuenta “activos fijos” por el valor del bien adquirido al concluir el contrato de arrendamiento, antes de trasladar el dominio del bien al arrendatario, abona la cuenta de “activo” por el valor real de adquisición de estos, con cargo a la cuenta de “depreciación acumulada” por el valor de las depreciaciones deducidas en periodos anteriores y a la cuenta de “activos para la venta” (inventarios) sin que esta obedezca efectivamente a una venta de activos que estaría sujeta a la regulación del artículo 25 de la ley referida, con lo que anula las cuentas de activo fijo y depreciaciones acumuladas; al mismo tiempo opera un abono a la cuenta “activos para la venta” cuya cuantía está compuesta por el valor no depreciado, que en ningún momento sirvió para producir o conservar la fuente productora de rentas gravadas, por lo que dicho rubro constituye un gasto no deducible. Ofreció las pruebas que consideró pertinentes.

III. DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA: Si de conformidad con una correcta interpretación y aplicación de la ley por parte de la Administración Tributaria, la resolución impugnada se encuentra ajustada a derecho.

IV. DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RECIBIDOS: Se recibió como medios de prueba por parte de las partes, con citación a la parte contraria: a) El expediente administrativo correspondiente, que contiene entre otros, los documentos individualizados por las partes en los memoriales respectivos; b) Las presunciones legales y humanas que de los hechos probados se deriven; c) Exhibición de Libros de Contabilidad que llevo a cabo el contador y auditor público Jose Gabriel García Montufar, mismo que rindió dictamen con fecha cinco de junio de dos mil quince.

V. DEL DÍA DE LA VISTA: Se señaló la audiencia del día **SEIS DE AGOSTO DOS MIL QUINCE**, a las **DIEZ HORAS**, ocasión en que los sujetos procesales presentaron sus alegatos correspondientes.

CONSIDERANDO I: Que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política de la República el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene como función principal el de ser contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, dicha función radica en el

elemento principal de la juridicidad que como bien lo sostiene el tratadista Domingo Sesín en las jornadas organizadas por la carrera de especialización en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que debe de entenderse como el **“actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, que no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido”**. Dicha función se inspira en el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus derechos fundamentales y legales. En ese mismo orden de ideas el jurista Bartolomé A. Fiorini, citado por Julio Rodolfo Comadira, en el libro **“La anulación de oficio del acto administrativo”**, (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Páginas 31 y 32), se refiere a juridicidad y su importancia de la siguiente forma: **“La importancia que atribuimos a la vigencia de la juridicidad como principio inherente a todo desenvolvimiento de acción estatal, proviene, además del amplio sentido, que en nuestro entender, debe asignarse a dicho término. En efecto, queremos significar con él el fenómeno de la sumisión de todo el accionar del Estado a la previa autorización normativa –constitucional, legal o reglamentaria--.** Englobamos así, no sólo la norma expresa o implícita de la Constitución o el legislador como sustento jurídico del acto estatal, como creadores de la “materia jurídica” o del acto como “objeto de derecho”, sino también la “legalidad” como fundamento garantizador de la validez del accionar administrativo. La legalidad aparece como una consecuencia necesaria de la existencia previa de la juridicidad. La legalidad es posterior a la juridicidad... la juridicidad es la creación de la existencia práctica de las funciones estatales, la legalidad aparece como presupuesto necesario normativo para la validez concreta de la actividad administrativa.”. Así mismo la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa, sostuvo la siguiente Doctrina: **“Como contralor de la JURIDICIDAD de los actos y resoluciones administrativas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe examinar, sucesiva y jerarquizadamente, la Constitución y las leyes constitucionales; las leyes ordinarias administrativas, reglamentos y acuerdos; las leyes civiles; los principios generales del derecho y los principios del Derecho Administrativo, y contrastar con ellas el acto o resolución impugnados, a**

fin de establecer si éstos están o no dotados de juridicidad.”. En base a lo anterior este Tribunal tiene plenas atribuciones para conocer de la juridicidad en materia Contencioso Administrativo Tributario. De igual forma el artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, determina que procederá el proceso contencioso administrativo: 1) En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado; 2) En los casos de controversias derivados de contratos y concesiones administrativas. Para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos. Lo anterior deviene de la facultad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de conocer de los actos o resoluciones de la administración pública, tal como sucede en el presente asunto en donde la resolución impugnada fue emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria.

CONSIDERANDO II: La sociedad mercantil que gira bajo la razón social de CSI LEASING GUATEMALA, SOCIEDAD ANONIMA, recurre a través del proceso contencioso administrativo, la resolución emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria identificada como número quinientos sesenta y tres guión dos mil catorce (563-2014), de fecha veinticuatro de septiembre de dos mil catorce, documentada en el punto número nueve (9) del Acta número ochenta y tres guión dos mil catorce (83-2014), expediente SAT número dos mil trece guión veintidós guión cero uno guión cuarenta y cuatro guión cero cero mil cuatrocientos treinta y ocho (SAT 2013-22-01-44-0001438). La anterior confirma la resolución GRC guión R guión dos mil catorce guión cero dos guión cero uno guión cero cero doscientos setenta y cuatro (GRC-R-2014-02-01-000274) de fecha veintidós de abril de dos mil catorce, proferida por la Superintendencia de Administración Tributaria, por ajuste al Impuesto Sobre la Renta, régimen optativo de enero a diciembre de dos mil diez. En su análisis, el Directorio del ente tributario, manifiesta: Que la Superintendencia de Administración Tributaria, derivado de auditoría a las obligaciones tributarias de la contribuyente, cuya actividad es el arrendamiento financiero de bienes con opción a compra (leasing), confirmó el ajuste siguiente: **“IMPUESTO SOBRE LA RENTA, RÉGIMEN OPTATIVO, DE ENERO A DICIEMBRE 2010, POR Q 2,975,987.32.”** Por gastos no deducibles por no ser necesarios para producir o conservarla la

fuelle productora de rentas gravadas. Según la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta, régimen optativo, del período auditado, presentada el veinte de marzo de dos mil doce, así como de la revisión de los registros contables que integran el rubro “otros gastos”, reportados por diez millones ochocientos cincuenta y tres mil setecientos treinta y un quetzales (Q 10,853,731.00), se estableció que la contribuyente incluyó en éste el valor de la cuenta “5-1-01-001”, denominada “costo de venta de activos arrendados”, por dos millones novecientos setenta y cinco mil novecientos ochenta y siete quetzales con treinta y dos centavos (Q 2,975,987.32), que se originó por activos fijos dados de baja en el período auditado en su valor en libros. Los activos fijos que originaron el gasto son propiedad de la contribuyente y se encuentran contabilizados en la cuenta “1-2-07-01-001”, denominada “activos entregados en arrendamiento”; y, el valor sobre el cual se calculan las depreciaciones, es el del costo de adquisición de los activos fijos, de conformidad con los porcentajes máximos establecidos en la normativa legal y de acuerdo al método de línea recta, adoptado por la contribuyente. Sin embargo, durante el período fiscalizado la contribuyente dio de baja activos fijos que no se habían depreciado totalmente, derivado a que el plazo de los contratos de arrendamiento es menor al plazo de la vida útil de los activos, por lo que financieramente determinó el valor en libros de dichos activos y los reportó como gasto deducible en el rubro “otros gastos” de la declaración jurada anual del Impuesto Sobre la Renta, régimen optativo, lo cual no está regulado dentro de la ley vigente. Dicho gasto no se considera necesario para producir o conservar la fuente productora de rentas gravadas, toda vez que corresponde al resultado de una operación contable, que no representa un gasto real para la contribuyente. Base legal: artículos 38 primer párrafo y 39 literal a) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta; 381 del Código de Comercio de Guatemala; y, 103 del Código Tributario, vigentes en el período auditado. Por su parte la actora, CSI Leasing Guatemala, Sociedad Anónima contradice la decisión del órgano del ente fiscal, en los siguientes términos calcados en su escrito de demanda, y que se resumen así: manifiesta que los bienes dados en arrendamiento se realizan o se venden al final del plazo del arrendamiento en un cien por ciento (100%), entonces queda demostrado que dichos bienes en ningún momento fueron operados como activos fijos de la empresa y mucho menos inmovilizados para figurar como tales (activos fijos), sino por el contrario es el giro normal y habitual el realizarlos o venderlos al final el plazo de arrendamiento, por lo

que es lógico y técnico que toda venta tiene un costo de ventas, que es el que se incurre para producir o comercializar un bien, que en su caso concreto es el valor no depreciado del bien. Que tomando en consideración que sus operaciones son del giro habitual, se tiene que liquidar como un costo o gasto de operación y no como ganancia o pérdida de capital, citando el artículo 25 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (referente a las ganancias o pérdidas de capital), así como definiciones de las palabras giro y habitual, por lo que dichas ventas constituyen ingresos ordinarios y el valor en definición de "ingreso ordinario" contenida en la "NIC 18". Por otra parte, el indicar que dichos costos (bienes) no sirvieron para producir o conservar la fuente productora de rentas gravadas y que no se encuentran documentados, es ilógico y mal intencionado, toda vez que adjuntó, las facturas por los ingresos por el arrendamiento y venta de los bienes, que pagaron Impuesto Sobre la Renta; y, el costo como tal se encuentra legal y técnicamente documentado y registrado contablemente; las facturas de compra de los bienes dados en arrendamiento, los cuales lógicamente sufrieron desgaste, por lo cual se les aplicó el porcentaje de depreciación legal; fotocopia de los contratos de arrendamiento; documentación que prueba que los bienes enajenados sí produjeron rentas gravadas. Agrega, que el auditor fiscal realizó la auditoría apegándose a un criterio que no está en para determinar con precisión la obligación tributaria, como se exige legalmente, con el propósito de cumplir con normas y principios constitucionales. En congruencia con lo anterior, el artículo 100 del Código Tributario enfatiza que se debe establecer la verdadera situación tributaria del contribuyente, aspecto que no se cumple en su caso. Adicionalmente, la base legal utilizada, el artículo 39 literal a) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, es inaplicable, ya que los costos y gastos objeto de controversia sí tienen su origen en el negocio; además, el inciso a) del artículo 38 de la misma ley, define que es deducible el costo de venta de mercancías, término que debe entenderse sentido amplio y abarca todos los bienes que el contribuyente comercializa. Menciona que al definir lo relativo a la justicia y equidad tributaria, la Corte de Constitucionalidad en gaceta treinta y siete (37), expediente "167-95", página cuarenta y cinco (45), sentencia del veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), manifestó en su parte conducente el párrafo que ella transcribe. Concluye que, de conformidad con los argumentos y los medios de prueba aportados, el ajuste es improcedente y sin sustento legal. La Superintendencia de

Administración Tributaria rebate los argumentos de la demandante, y al hacerlo refiere los artículos 1, 2, 4, y 8 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente en su momento, expresando que, de las disposiciones legales citadas, se concluye que la totalidad de ingresos obtenidos conforman la renta bruta. En este caso, cabe destacar que si bien el arrendamiento puro no es el giro normal de las operaciones de la contribuyente, sí obtiene rentas afectas, pues a través del arrendamiento financiero no solo recupera el valor del bien adquirido, sino adicionalmente percibe ingresos por la venta que realiza como resultado de la opción de deducción que efectúa por la depreciación de los bienes que da en arrendamiento con la opción de compra (arrendamiento financiero). No obstante, lo anterior, el motivo del ajuste radica en que por medio de la operatoria contable que realiza pretende se le reconozca "costo de venta", cuando en principio su actividad no es la compraventa de bienes sino el arrendamiento financiero, o sea la prestación de servicios. Por otra parte, con la operación que realiza encubre con carácter de costo de venta una pretendida depreciación acelerada, sin que la misma esté permitida en la ley, toda vez que la determinación de la depreciación conforme el artículo 18 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta estaba vinculada con la vida útil, de acuerdo a los porcentajes contenidos en el artículo 19 de la misma ley, por lo que pretender aprovechar una depreciación que aún no se ha causado, disminuyendo la base imponible, es deducir gasto que no ha tenido su origen en operaciones que den lugar a rentas gravadas. Por otro lado, hay que considerar que la recurrente registró los bienes como parte de su activo fijo, lo cual le permitía depreciar los mismos y en ningún momento los operó como mercadería para la venta, por lo que pretender cambiar el estatus de activo fijo por una simple partida contable es inaceptable. En ese orden, el artículo 38 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta indicaba: "Los contribuyentes del impuesto que opten por el régimen establecido en el artículo 72 de esta ley, deberán determinar su renta imponible, deduciendo de su renta bruta, solo los costos y gastos necesarios para producir o conservar la fuente productora de las rentas gravadas y, artículo 39 del mismo ordenamiento legal regulaba: "Las personas, entes y patrimonios a que se refiere el artículo anterior no podrán deducir de su renta bruta: a) los costos o gastos no hayan tenido su origen en el negocio, actividad u operación que da lugar a rentas gravadas (...). No es aceptable la deducción que efectúa como "costos de venta", ya no son tales al no haberse causado real y efectivamente; además, no están legalmente

documentados y por lo tanto se convierten en gastos no deducibles; adicionalmente y de conformidad con la ley y la contabilización efectuada, al comprar los bienes dados en arrendamiento, la diferencia entre el valor en libros y el valor de la venta es una pérdida de capital y en ningún momento un costo de venta; además, ya gozó de la deducción por las depreciaciones efectuadas, luego el traslado del activo a una cuenta de inventarios por una simple partida contable es anti técnico y no tiene ningún sustento legal ni está basado en normas contables generalmente aceptadas; en virtud, es oportuno indicar que la Ley del Impuesto Sobre la Renta en previsión de lo anterior, se complementa con distintos cuerpos legales, lo cual se aprecia en su artículo 46, el cual estipula: “Los contribuyentes obligados a llevar contabilidad de acuerdo con Código de Comercio, para los efectos tributarios deben cumplir con las obligaciones contenidas en dicho código, en materia de llevar libros, registros, estados financieros y comprobantes numerados”, y, en este caso, como ya se indicó la contribuyente no cuenta con la documentación legal de soporte para sustentar los “costos de venta”; por lado, el artículo 368 del Código de Comercio de Guatemala, establece que se debe llevar la contabilidad en forma organizada, de acuerdo con el sistema de partida doble y usando principios de contabilidad generalmente aceptados; y, el artículo 381 de dicho código agrega: “Toda operación contable deberá estar debidamente comprobada con documentos fehacientes, que llenen los requisitos legales y sólo se admitirá la falta de comprobación en las partidas relativas a meros ajustes, traslado de saldos, pases de un libro a otro o rectificaciones”. De las citas legales, se observa que existe dentro del Impuesto Sobre la Renta una obligación legal y técnica de documentar todas las operaciones o eventos económicos ocurridos en la actividad mercantil, todo lo cual sustenta lo indicado por la Administración Tributaria, en cuanto a que dichos costos no sirvieron para producir o conservar la fuente productora de las rentas gravadas y por consiguiente son costos no deducibles; en consecuencia, el ajuste es consistente legal técnicamente, no encontrándose las violaciones alegadas se confirma.

La contribuyente además de contradecir los argumentos de la entidad tributaria abona en su razonamiento efectuando una serie de motivaciones, explicaciones, y contra-argumentos para desvanecer el ajuste que le fuera formulado, arribando a las siguientes conclusiones: El giro habitual de “CSI” es la compra, de bienes a solicitud de sus clientes

(arrendatarios), su posterior arrendamiento y su consecuente venta al finalizar el plazo del contrato de arrendamiento, lo que ha realizado dentro del marco legal y en completo apego a las disposiciones legales tributarias, contables y mercantiles que corresponden aplicar. Tanto la actividad de arrendamiento, como la de venta de bienes usados constituyen actividades principales de su representada, al comprar un bien que destinará al arrendamiento, paga el Impuesto al Valor Agregado correspondiente y registra el bien como activo fijo. Dar en arrendamiento el bien procede a depreciarlo conforme legalmente corresponde e imputa como parte de los costos y gastos del arrendamiento la depreciación de dicho bien. –Al final del contrato de arrendamiento, y cuando corresponde la venta del mismo, se procede a descargar el activo y sus depreciaciones e imputar el costo del mismo. –Al momento de realizar la venta de bienes, maquinaria, equipos y vehículos usados, imputa el costo de dicho bien al precio de venta, como corresponde a toda venta bien, reconociendo como costo del mismo, el valor de adquisición, menos las depreciaciones (valor en libros). La venta de los bienes usados los realiza CSI Leasing Guatemala, Sociedad Anónima a valor justo de mercado, en el momento de la venta, a terceros o al arrendatario, si así se hubiere pactado y éste ejerce dicho derecho. Todas las operaciones realizadas por su representada se encuentran debidamente documentadas y forman parte de la generación y conservación de sus rentas gravadas. El procedimiento y registro de ventas es legal, válido y no contraviene ninguna norma legal. No puede reconocer como ganancia de capital la venta de los bienes que fueron previamente objeto de arrendamiento por cuanto comerciar con los mismos de su giro habitual, de forma tal que la venta de los mismos corresponde que se declaren como parte de la renta ordinaria de CSI Leasing Guatemala, Sociedad Anónima. En efecto, con base en lo que establece el artículo 38 de la Ley del Impuesto Sobre Renta (Decreto 26-92 del Congreso de la República y sus reformas) para la determinación de la renta imponible procede deducir todos los costos y gastos. Necesarios para generar o conservar la fuente de ingresos gravados del contribuyente. En el presente casi se ha utilizado como costos y gastos propios de su actividad ordinaria, entre otros, el valor de las mercancías que vende y que, como ha quedado indicado, comerciar con los mismos es de su giro habitual. De igual manera la literal a) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (Decreto 26-92 Congreso de la República y sus reformas) reconoce como costos y gastos necesarios para producir o conservar la fuente productora de rentas gravadas, el de las mercancías,

de forma tal que al reconocer tal valor como parte de los costos y gastos se ha obrado en entero apego a las normas tributarias aplicables. Otro lado, la base legal que pretende aplicar la Administración Tributaria, no corresponde en el presente caso, por cuanto en efecto se cuenta para documentar el costo de la mercancía con el respaldo legal de la factura de compra, el contrato de arrendamiento y la factura de venta, documentos que sirven de base para el registro contable del bien, primero como un activo fijo depreciable y posteriormente como parte de su inventario. Lo obrado en estricto apego a la ley y los ajustes formulados por la Administración Tributaria son injustificados, carentes de base legal y los mismos deberán desvanecerse, declarando con lugar la presente demanda y dejando sin efecto la Resolución del Directorio.

Por considerar el Tribunal necesario su procedencia, con fecha veinte de mayo de dos mil quince, y por haberse promovido el medio de prueba de exhibición de libros de contabilidad para establecer los puntos propuestos por la entidad CSI LEASING GUATEMALA, SOCIEDAD ANONIMA, a través de su representante legal, se designó al Licenciado José Gabriel García Montufar, Contador Público y Auditor, a fin de establecer los puntos que fueron propuestos en su momento procesal, habiéndosele juramentado de conformidad con la ley.

El Tribunal al ponderar sobre las cuestiones y vicisitudes establecidas por las partes dentro de la sustanciación del proceso, así como de la valoración de las pruebas adquiridas legalmente al mismo, debe considerar lo siguiente: 1) Toma como referente para elucidar el caso sometido a su conocimiento, lo expresado por el jurista Eduardo García de Enterría, en su obra "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", al manifestarse sobre el principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, diciendo: "La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación -por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos- en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate." (Página ciento uno, cuarta edición, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, España, dos mil diez). 2) Acorde a lo preceptuado por nuestra Constitución de la República, el Tribunal de lo Contencioso

tiene como función el ser contralor de la Juricidad de la administración pública. (Artículo 221). Al tenor de la norma debe tenerse como Juricidad a la: "Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones fundadas en derecho para todos los asuntos políticos y sociales. El vocablo es muy importante, pues preconiza el imperio del derecho sobre el uso de la fuerza o de la arbitrariedad. ..." (Página cuatrocientos cincuenta y dos, Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, mil novecientos ochenta y uno.) 3) Regula la Constitución de la República, en su artículo 239, el principio de legalidad de los tributos, enmarcando que éstos deben de estar de acuerdo a la equidad y justicia. Respecto a la equidad, conforme la enmarca el profesor Aristides Horacio M. Cortes, es: "...el principio de equidad constituye una especificación en el ámbito tributario de las garantías constitucionales de razonabilidad y de la propiedad." (Página doscientos noventa y dos, Estudios de Derecho Constitucional Tributario, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, mil novecientos noventa y cuatro.) 4) Las partes o sujetos procesales, durante la substanciación del proceso, han ubicado y delimitado sus posiciones fácticas y jurídicas, y sobre tal premisa, el Tribunal determina, enjuiciando aquellas, sobre la base de las pruebas adquiridas legalmente al proceso, lo siguiente: Se practicó, como medio de probanza, la diligencia de exhibición de libros de contabilidad y de comercio, actuando como profesional el Licenciado José Gabriel García Montufar, y, en su calidad de auxiliar del tribunal, emitió su dictamen, el cual tiene fecha cinco de junio de dos mil quince. El auxiliar del Tribunal en referencia, llegó a las siguientes conclusiones: "**OPINION PROFESIONAL: A)** Los libros de contabilidad y de comercio que registran las transacciones correspondientes al año dos mil diez, se encuentran debidamente habilitados y autorizados por la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT- y su Registro Mercantil, respectivamente; **B)** De acuerdo con los registros contables revisados, las compras de los bienes fueron contabilizados como parte del activo fijo de la entidad, inicialmente, en la cuenta identificada como "ACTIVOS EN LEASE" y que luego se reclasificó, por cambio de sistema contable, a la cuenta principal de "ACTIVO FIJO", y como subcuenta "BIENES DIVERSOS", en otra subcuenta identificada como "ACTIVOS ENTREGADOS EN ARRENDAMIENTO". El registro de los bienes como activo fijo, está conforme a la ley del Impuesto Sobre la Renta - ISR- ya que son propiedad de la empresa y fueron utilizados en actividades vinculadas a la producción de rentas gravadas. **C)** De acuerdo con

la información revisada, el valor en libros de los activos que fueron vendidos, quedó registrado en la cuenta de resultados "Costo de Venta de Activos Arrendados" en el período fiscal 2010, período en que se dio la baja respectiva, siendo en ambos casos por el mismo valor de Q 2,975,989.00. **D)** De acuerdo con la información revisada, la empresa realizó la venta de los activos dados en arrendamiento y le imputó como costo el valor no depreciado de los bienes, que representa a su vez el valor en libros. **E)** De acuerdo con los cálculos y registros contables revisados, la empresa determinó el costo de ventas de los activos arrendados restándole al valor de adquisición las depreciaciones acumuladas. **F)** Si existe respaldo documental del costo de adquisición del activo consistente en las facturas originales de la compra, y por consiguiente, luego de deducir las depreciaciones acumuladas, se obtiene el respectivo valor en libros de cada activo, que es el mismo valor registrado como costo de la venta de los mismos. **G)** Considerando el concepto de la acepción de legitimidad, el costo y gasto es legítimo; es decir, que no se trata de operaciones ilegales que estén fuera del contexto de Ley. **H)** Las operaciones están debidamente soportadas y a mi criterio sus costos y gastos respectivos fueron necesarios para la generación de las rentas por los arrendamientos v venta de los bienes. **I)** A mi criterio la empresa actuó de conformidad con la ley al haber asignado como costo de la venta el valor en libros, ya que la ley lo permite. **J)** Para el año 2010, la empresa emitió facturas en concepto de arrendamiento de activos y por la venta de los mismos. Los ingresos fueron reportados en el estado de resultados y también fueron reportados como rentas afectas en la declaración jurada anual del ISR de dicho año, con un impuesto de Q 853,842. **K)** De acuerdo con la información recabada del año 2010, la empresa tiene como actividad el arrendamiento financiero, en tal sentido, el arrendar bienes que luego son vendidos, constituye una actividad del giro habitual para este tipo de empresas. Lamentablemente la Ley del Impuesto sobre la Renta, que estuvo vigente en el año 2010, (Decreto No. 26-92) como la actual, (libro I del Decreto 10-2012) no tiene normado el tratamiento fiscal para lo que en la normativa contable se conoce como Arrendamiento Financiero.

Es de mencionar, que ni la Superintendencia de Administración Tributaria, como parte demandada, ni la Procuraduría General de la Nación, sujeto procesal cuya intervención es imperativa por disposición legal, atacaron, impugnaron o contradijeron, el dictamen per se, convalidándolo y, por ende, otorgándole la legitimidad en su

contenido. Al apreciar y valorar la prueba citada en su conjunto, el Tribunal arriba a la convicción que debe revocar la resolución controvertida, puesto, no hay sustento fáctico ni legal para sostenerla, habida cuenta, se desvanecen aquellos con los documentos y esencialmente con el dictamen del auxiliar del tribunal, ya mencionado, derivando con ello, que los fundamentos legales aplicados por la administración tributaria y su Directorio, no encuadran dentro de los supuestos contenidos en las normas que citan como base legal. Por ello, reiterando, al ponderar sobre todos los elemento de significación normativa, conceptos doctrinarios y valoración de las pruebas, en cuando su pertinencia y eficacia, el Tribunal sostiene la tesis que la resolución del Directorio debe revocarse, en aplicación de la equidad tributaria, sustentándose en la razonabilidad de que deben estar investidas todas las decisiones de los entes administrativos, y en cumplimiento de su función constitucional de velar por la Juridicidad de los actos de la administración pública.

CONSIDERANDO III: Este Tribunal en base a las actuaciones procesales y tomando en consideración que las partes actuaron de buena fe, procede a eximir las del pago de las costas procesales respectivas.

CITA DE LEYES: Los artículos mencionados, y los siguientes: 12, 28, 30, 153, 154, 203, 204, 211, 218, 239, de la Constitución de la República de Guatemala; 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 15, 16, 17, 23, 36, 51, 58, 62, 86, 88 inciso h, 108, 113, 141, 142, 143, 147, 159 de la Ley de Organismo Judicial; 25, 26, 27, 28, 29, 44, 45, 51, 66, 67, 71, 75, 79, 106, 126, 129, 177, 178, 186, 194, 195, 572, 573 y 574 del Código Procesal Civil y Mercantil; 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 14, 17, 18, 19, 31, 32, 121, 142 A, 150, 154, 161, 165A y 167 del Código Tributario; 18, 19, 20, 22, 26, 27, 28, 29, 32, 35, 41, 43, 45, 47 y 48 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, Acta 72-2016 de la Corte Suprema de Justicia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

POR TANTO: Con fundamento en lo considerado y leyes aplicables, el Tribunal al resolver declara: **I) CON LUGAR** la demanda incoada dentro del proceso contencioso administrativo instado por la entidad mercantil de denominación social **CSI LEASING GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA**, a través de su Representante Legal, en contra de la **Superintendencia de Administración Tributaria**. **II) REVOCA** la resolución emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria identificada como número quinientos sesenta y tres guión dos mil catorce (563-2014),

de fecha veinticuatro de septiembre de dos mil catorce, documentada en el punto nueve (9), del acta número ochenta y tres guión dos mil catorce (83-2014), expediente SAT número dos mil trece guión veintidós guión cero uno guión cuarenta y cuatro guión cero cero mil cuatrocientos treinta y ocho (SAT 2013-22-01-44-0001438). III) No se hace especial condena en costas. IV) Al estar firme la sentencia devuélvase el expediente a donde corresponde. NOTIFÍQUESE.

Erwin Ivan Romero Morales, Magistrado Presidente; Reina Isabel Teo Salguero, Magistrada Vocal Primera; Cruz Munguía Sosa, Magistrado Vocal Segundo. Secretario.

10/10/2019 - CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
125-2014

10/Proceso Contencioso Administrativo
01144-2014-00125

Oficial y Notificador 2º.

SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Guatemala, diez de octubre de dos mil diecinueve.

Se tiene a la vista para dictar **SENTENCIA**, el proceso que en la vía contenciosa administrativa promovió la entidad **ALMACENES SIMAN, SOCIEDAD ANÓNIMA** a través de su Gerente General y Representante Legal Ana Carolina Graciela Siman Dada de Aparicio, quien actuó bajo la dirección y procuración del abogado Edgar Stuardo Ralón Orellana, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, quien compareció a juicio representada por su Mandatario Especial Judicial con Representación, Abogado Ricardo Samuel López Chun, actuando bajo su propia procuración y dirección así como la de los abogados Leslie Alejandra Mérida Mazariegos, Laura Rossana Bernal Bonilla, Karen Fabiola Molina Rodríguez, Berta Rubilia Zamora López, Adriana Lucia Robles Bermudez, Lilian Lizeth García García, Silvia Jeaneth Marine Guzmán Montúfar y Jorge Augusto Samayoa Mazariegos. Habiéndose emplazado además a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, quien compareció representada por el Abogado José Raúl Herrera González, actuando en calidad de Personero de la Nación y agente auxiliar de la Procuraduría General

de la Nación, bajo su propia dirección y procuración y la de los abogados Saúl Estuardo Oliva Figueroa, Julia Darina Ríos Rodas, Víctor Hugo Mejicanos Castañeda y Nancy Sulema García Flores. Las partes son de este domicilio.

El objeto de la demanda es la impugnación de la resolución número **trescientos cincuenta y uno guión dos mil catorce**, emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, con fecha **veintisiete de junio de dos mil catorce**, resumiéndose las actuaciones en la forma siguiente:

I. DEL MEMORIAL DE DEMANDA: La parte demandante manifestó, entre otras cosas: Que la Administración Tributaria fundamentó la improcedencia de la solicitud de acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias al Impuesto Sobre la Renta con base en los artículos 1508 del Código Civil y 10 de la Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias. Indicó con relación a lo anterior, que un elemento esencial de dicha ley para no incurrir en doble tributación, es que el impuesto relacionado pagado sea acreditable al Impuesto Sobre la Renta o a la inversa. Que con base al artículo 10 inciso a) de la Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, el criterio de la Administración Tributaria es limitativo, en cuanto a que solamente se puede acreditar con el Impuesto Sobre la Renta del año calendario inmediato siguiente al período de pago, constituyendo lo anterior una evidente transgresión a la prohibición de doble tributación y vulnera el principio de capacidad de pago del contribuyente, de tal manera, que es de obligatoria observancia que la aplicación e interpretación del artículo 10) inciso a) de la mencionada ley se fundamente en la capacidad de pago del contribuyente, con la única finalidad que el impuesto no incida de manera negativa en el patrimonio del contribuyente, por lo que el criterio de la entidad fiscalizadora provoca una trasgresión directa y evidente al principio de capacidad de pago, impidiéndole al contribuyente poder acreditar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias pagado con el Impuesto Sobre la Renta determinado para realizar y gozar de una serie de deducciones. Continuó manifestando que en el presente caso, la demandante pagó más Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias del que pudo acreditar al Impuesto Sobre la Renta, generando una contribución superior a su capacidad contributiva, por consiguiente si se aplica el criterio de la demandada que el excedente no acreditado al último impuesto debe considerarse como pago definitivo, es un claro y evidente caso de doble

tributación. Expuso que la Administración Tributaria efectuó una aplicación indebida del artículo 1508 del Código Civil para fundamentar la improcedencia de la solicitud de acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias al Impuesto Sobre la Renta, puesto que la ley específica, es decir la Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, establece que el impuesto pagado es acreditable hasta su agotamiento. De lo anterior argumentó que es evidente y claro que Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias es acreditable al Impuesto Sobre la Renta y no se extingue hasta agotarlo por consiguiente no se fija ningún plazo específico, sino que dicha circunstancia se produce hasta que se agote.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

A. LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA: Al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, manifestó entre otras cosas: Que la contribuyente solicitó el acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias que pagó en el año dos mil dos, a futuros pagos del Impuesto Sobre la Renta, no obstante, dichos pagos no constituyen pagos indebidos, ni pagos en exceso, porque como se indicó fueron pagos del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias del periodo antes mencionado, el pago por dicho impuesto tenía la característica de acreditarse al pago del Impuesto Sobre la Renta, por lo en tanto no se puede refutar como un pago indebido o pago en exceso, por lo que es evidente que desde su solicitud es improcedente pues no se encuentra apegada a derecho. Citó el artículo 10 de la Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias e indicó que lo preceptuado en la normas es clara al establecer que el acreditamiento del impuesto pagado conforme a dicha ley, podía acreditarse al pago del Impuesto Sobre la Renta del período inmediato siguiente, como lo indica el literal a) del citado artículo. La norma no preceptúa que sea hasta agotarlo, sino que debe hacerse el año calendario siguiente, es decir que existe un límite de tiempo para el acreditamiento del impuesto. Manifestó que la entidad contribuyente tenía el derecho de acreditar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias al Impuesto Sobre la Renta, o deducirlo como gasto conforme al régimen del Impuesto Sobre la Renta, es decir, que tenía opciones para compensar o deducir el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, de conformidad con le ley de éste último, pero si la contribuyente no acreditó el impuesto pagado al pago del Impuesto Sobre la Renta en el año calendario

inmediato siguiente como le ley indica, los pagos realizados constituyen pagos definitivos de dicho impuesto. Continuó manifestando que el artículo 47 del Código Tributario contempla el plazo que tienen los contribuyentes para ejercitar su derecho de repetición por pagos indebidos o pagos en exceso, por lo que al tratarse del pago de un impuesto, pero al no encuadrar el supuesto como un pago indebido o pago en exceso y menos aún se trata del pago de un impuesto susceptible de devolución, por tal motivo, dicha norma no le es aplicable al caso concreto, por lo que es necesario analizar su petición, al amparo de la legislación civil artículo 1508 del Código Civil que regula lo relativo a la prescripción extintiva estableciendo que la misma se verifica en todos los casos no mencionados en disposiciones especiales por el transcurso de cinco años por lo que al computar el plazo de prescripción del derecho de la contribuyente para hacer efectivo el acreditamiento, el uno de enero de dos mil tres, el plazo de prescripción vencía a los cinco años, el cual concluyó el treinta y uno de diciembre de dos mil siete, por lo que al presentar su solicitud el uno de diciembre de dos mil once, se hizo fuera del plazo legal. Ofreció las pruebas que consideró pertinentes.

B. LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Al evacuar la audiencia conferida y contestar la demanda en sentido negativo, manifestó entre otras cosas: **AJUSTE POR ACREDITAMIENTO IMPROCEDENTE, UN MILLÓN CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SIETE QUETZALES CON DIECINUEVE CENTAVOS (Q. 1,049,607.19) POR CADA UNO DE LOS TRIMESTRES DEL UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL UNO AL TREINTA DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DOS:** que la entidad actora, dedujo del impuesto a pagar, los pagos trimestrales del Impuesto Sobre la Renta efectuados en los trimestres indicados para la declaración jurada anual del impuesto antes referido de octubre de dos mil uno a septiembre de dos mil dos, dicha operación se encuentra dentro del marco legal, sin embargo al haber acreditado todos los pagos trimestrales al mismo impuesto, el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias no fue satisfecho al no tener ya pagos trimestrales del Impuesto Sobre la Renta que acreditar, con lo cual se convirtió en omiso de dicho impuesto. Lo normal hubiese sido que hubiera acreditado a la liquidación anual del Impuesto Sobre la Renta de octubre de dos mil uno a septiembre de dos mil dos, el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, pagado con los acreditamientos del periodo de octubre de dos mil uno a septiembre de dos mil dos, el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias pagado

en el año dos mil dos, pero siempre y cuando no hubiere acreditado los pagos trimestrales del Impuesto Sobre la Renta a dichos periodos, pues de lo contrario y como lo efectuara la entidad contribuyente ha acreditados dos veces los pagos trimestrales del Impuesto Sobre la Renta efectuados. De manera que los argumentos sustentados por la entidad demandante carecen de sustento legal. Ofreció las pruebas que consideró pertinentes.

III. DE LOS HECHOS SUJETOS A PRUEBA: Si de conformidad con una correcta interpretación y aplicación de la ley por parte de la Administración Tributaria, la resolución impugnada se encuentra ajustada a derecho.

IV. DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RECIBIDOS: Se recibió como medios de prueba: a) El expediente administrativo correspondiente, que contiene entre otros, los documentos individualizados por las partes en los memoriales respectivos; b) Las presunciones legales y humanas que de los hechos probados se derivan.

V. DEL DÍA DE LA VISTA: Fue señalada la audiencia del día **NUEVE DE JULIO DE DOS MIL QUINCE**, a las **DIEZ HORAS**, ocasión en que la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Administración Tributaria presentaron sus alegatos correspondientes.

CONSIDERANDO I: Que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política de la República el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene como función principal el de ser contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, dicha función radica en el elemento principal de la juridicidad que como bien lo sostiene el tratadista Domingo Sesín en las jornadas organizadas por la carrera de especialización en derecho administrativo económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que debe de entenderse como el **“actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, que no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido”**. Dicha función se inspira en el principio de control jurídico de los actos de la administración, de manera que sus resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus derechos

fundamentales y legales. En ese mismo orden de ideas el jurista Bartolomé A. Fiorini, citado por Julio Rodolfo Comadira, en el libro **“La anulación de oficio del acto administrativo”**, (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Páginas 31 y 32), se refiere a juridicidad y su importancia de la siguiente forma: **“La importancia que atribuimos a la vigencia de la juridicidad como principio inherente a todo desenvolvimiento de acción estatal, proviene, además del amplio sentido, que en nuestro entender, debe asignarse a dicho término. En efecto, queremos significar con él el fenómeno de la sumisión de todo el accionar del Estado a la previa autorización normativa –constitucional, legal o reglamentaria--.** Englobamos así, no sólo la norma expresa o implícita de la Constitución o el legislador como sustento jurídico del acto estatal, como creadores de la **“materia jurídica”** o del acto como **“objeto de derecho”**, sino también la **“legalidad”** como fundamento garantizador de la validez del accionar administrativo. La legalidad aparece como una consecuencia necesaria de la existencia previa de la juridicidad. La legalidad es posterior a la juridicidad... la juridicidad es la creación de la existencia práctica de las funciones estatales, la legalidad aparece como presupuesto necesario normativo para la validez concreta de la actividad administrativa.”. Así mismo la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa, sostuvo la siguiente Doctrina: **“Como contralor de la JURIDICIDAD de los actos y resoluciones administrativas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe examinar, sucesiva y jerarquizadamente, la Constitución y las leyes constitucionales; las leyes ordinarias administrativas, reglamentos y acuerdos; las leyes civiles; los principios generales del derecho y los principios del Derecho Administrativo, y contrastar con ellas el acto o resolución impugnados, a fin de establecer si éstos están o no dotados de juridicidad.”**. En base a lo anterior este Tribunal tiene plenas atribuciones para conocer de la juridicidad en materia Contencioso Administrativo Tributario. De igual forma el artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, determina que procederá el proceso contencioso administrativo: 1) En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado; 2) En los casos de controversias derivados de contratos y concesiones administrativas. Para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos. Lo

anterior deviene de la facultad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de conocer de los actos o resoluciones de la administración pública, tal como sucede en el presente asunto en donde la resolución impugnada fue emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria

CONSIDERANDO II: La sociedad mercantil que gira bajo la razón social de Almacenes Siman, Sociedad Anónima, recurre a través del procedimiento contencioso administrativo, la resolución emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria número trescientos cincuenta y uno guión dos mil catorce (351-2014), de fecha veintisiete de junio de dos mil catorce, documentada en el punto seis (6) del acta número cincuenta y seis guión dos mil catorce (56-2014), expediente SAT número dos mil once guión cero tres guión cero uno guión cero uno guión cero cero treinta y siete mil diecisiete (2011-03-01-01-0037017).--- La resolución de mérito confirma la resolución SAT guión GCEM guión DRG guión R guión dos mil catorce guión veintiuno guión cero uno guión cero cero cero doscientos seis (SAT-GCEM-DRG-R-2014-21-01-000206) de fecha veintiocho de febrero de dos mil catorce, emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria, por denegatoria al acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuaria de julio de dos mil uno a septiembre de dos mil dos a futuros pagos del Impuesto Sobre la Renta. Para los efectos de dilucidar el objeto de la cuestión litigiosa, precisa el Tribunal hacer acopio de las cuestiones de hecho y de derecho argumentadas por los sujetos procesales, en correspondencia con la equidad y justicia tributaria (artículo 239 de la Constitución Política de la República de Guatemala) para poder arribar a una decisión sobre fundamentos jurídicos que solventen el asunto sometido a su conocimiento, valorando las pruebas producidas e incorporadas legalmente al proceso, así como tomando el principio de adquisición probatoria. En tal sentido, el desglose de los elementos de hecho y derecho, en relación a los ajustes formulados se realiza así: ANTECEDENTES. El uno de diciembre de dos mil once, la contribuyente solicitó el acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias pagado durante julio de dos mil uno a septiembre de dos mil dos, por la cantidad de un millón cuarenta y nueve mil seiscientos siete quetzales con diecinueve centavos (Q 1,049,607.19) a futuros pagos del Impuesto Sobre la Renta, según formulario SAT dos mil ciento veintitrés espacio cero cero setenta y un mil ciento ochenta y tres (SAT 2123 0071183). El nueve de enero de dos mil doce,

la Administración Tributaria emitió la resolución SAT guión GCEG guión DRG guión R guión dos mil doce guión veintiuno guión cero uno guión cero cero cero cero dos, que declaró improcedente la solicitud planteada; misma que fue anulada en resolución seiscientos treinta y tres guión dos mil trece, emitida el veinte de agosto de dos mil trece por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria. Con fecha veintiocho de febrero de dos mil catorce, la Superintendencia de Administración Tributaria emitió la resolución SAT guión GCEM guión DRG guión R guión dos mil catorce guión veintiuno guión cero uno guión cero cero cero doscientos seis, denegando la solicitud de mérito por haber prescrito su derecho. La resolución fue notificada el trece de marzo de dos mil catorce. Con fecha veintiuno de marzo de dos mil catorce, la contribuyente interpuso recurso de revocatoria contra la resolución citada, misma que fue resuelta desfavorablemente bajo el argumento de que es improcedente autorizar el acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias de octubre de dos mil uno al treinta de septiembre de dos mil dos, y a futuros pagos del Impuesto Sobre la Renta, en virtud que los pagos que pretende acreditar fueron realizados el treinta de enero, el veinticinco de abril y el veintinueve de julio de dos mil dos, en formularios SAT mil treinta y dos espacio cero cero sesenta y cinco mil trescientos treinta y siete, cero trescientos treinta y cinco mil once, cero trescientos treinta y cinco mil trece y cero trescientos treinta y cinco mil treinta y uno respectivamente, bajo el amparo del Decreto 99-98 del Congreso de la República vigente a partir del uno de enero de mil novecientos noventa y nueve, el cual contemplaba una limitación en cuanto al acreditamiento, pues únicamente el Impuesto pagado bajo el amparo y vigencia de los Decretos 32-95 y 116-97 del Congreso de la República podían acreditarse hasta que se agotaran. A partir del uno de enero de dos mil tres, podían empezar a acreditar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias pagado durante el dos mil dos y comenzó a computarse el plazo del derecho de utilización a través de la acreditamiento al Impuesto Sobre la Renta, mensual, trimestral como al que determine en la liquidación definitiva anual, prescribiendo el treinta de diciembre de dos mil siete, conforme el artículo 1508 del Código Civil.

La entidad contribuyente en su memorial de demanda plantea sus argumentos de inconformidad con respecto a la resolución emitida por el ente tributario de la manera siguiente: 1) El Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias debe

ajustarse a los principios constitucionales de equidad y justicia tributaria, de igualdad y generalidad, que no sean confiscatorios y que no hagan incurrir a los contribuyentes en doble tributación, y que en aplicación de los principios constitucionales de equidad y justicia tributaria y para no incurrir en doble tributación, se establece que el pago del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias será acreditable al pago del Impuesto Sobre la Renta o a la inversa según el régimen que adopte el contribuyente. De tal manera, un elemento esencial de la Ley del Impuesto a las empresas mercantiles y agropecuarias, para no incurrir en doble tributación, es que el impuesto a las empresas mercantiles y agropecuarias pagado sea acreditable al Impuesto Sobre la Renta o a la Inversa. Es muy claro y evidente el vicio de inconstitucionalidad que opera si no se acredita el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias pagado con el Impuesto Sobre la Renta, como lo previó el propio órgano legislativo, que en el CONSIDERANDO respectivo señala: “Que para concretar los principios y objetivos citados, de acuerdo con la experiencia obtenida en la Aplicación de las leyes tributarias recientes, es necesario establecer los mecanismos que aseguren el pago de un impuesto mínimo por parte de las personas individuales o jurídicas domiciliadas en el país que desarrollan actividades mercantiles o agropecuarias, pero que no pagan Impuesto Sobre la Renta o declaran reiteradamente pérdidas fiscales en el régimen de este impuesto. Y que para neutralizar señalamientos de inconstitucionalidad por doble tributación, sea acreditable al pago del Impuesto Sobre la Renta o a la inversa, según el régimen que adopte el contribuyente.” 2) Enfatiza que el artículo 10, inciso a) de la Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, para no incurrir en violación de los principios de capacidad de pago y prohibición de doble o múltiple tributación, claramente regula que los contribuyentes que opten por el régimen de pagar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias y acreditarlo al pago del Impuesto Sobre la Renta pueden acreditarlo hasta agotarlo. Es importante señalar que el criterio limitativo de la Administración Tributaria, en cuanto a que solamente se puede acreditar con el Impuesto Sobre la Renta del año calendario inmediatamente siguiente al periodo de pago constituye una evidente transgresión a la prohibición de doble tributación y vulnera el principio de capacidad de pago del contribuyente. Bajo la consideración limitativa de la Administración Tributaria, efectivamente opera una doble tributación y quebrante el principio constitucional de capacidad de pago, ya que el

contribuyente paga el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias y paga el Impuesto Sobre la Renta, y no puede acreditar totalmente el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias. La Administración Tributaria infringe el artículo 4 del Código Tributario el cual prescribe: “La aplicación, interpretación e integración de las normas tributarias, se hará conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los contenidos en este código, en las leyes tributarias específicas y en la Ley del Organismo Judicial.”. La manifestación y consideración de la Administración Tributaria de que, si la contribuyente no acreditó el impuesto a las empresas mercantiles y agropecuarias pagado al pago del Impuesto Sobre la Renta en el año calendario inmediato siguiente como la ley lo prescribía, constituyen pagos definitivos de dicho impuesto, implica una clara inobservancia al artículo 4 referido. La entidad contribuyente al abundar en su criterio, hace referencia a los principios constitucionales de capacidad de pago en materia tributaria y sistema tributario justo y equitativo, contenido en el artículo 243 párrafo primero de la Constitución Política de la República de Guatemala, complementándolo con contenidos de sentencias de la Corte de Constitucionalidad, afirmando con base en ellos, que es de obligatoria la observancia que la aplicación e interpretación del artículo 10, inciso a) de la Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias se fundamente en la capacidad de pago del contribuyente, con la única finalidad que el Impuesto no incida de manera negativa en el patrimonio del contribuyente. La aplicación e interpretación que la Administración Tributaria hace al artículo 10 a) de la Ley del “IEMA”, conlleva infracción del artículo 243 de la Constitución – que regula el principio de capacidad de pago- dado que la determinación del excedente del “IEMA” que no se pudo aplicar al Impuesto Sobre la Renta determinado del año, constituye un cálculo que efectivamente recae sobre los ingresos brutos o activo neto, con lo cual se desatiende, el hecho de la relación utilidad-pérdida que la persona obligada hubiera causado en sus operaciones mercantiles. Y es que, la capacidad de pago para afectar ingresos de personas que dedican su actividad al lucro –el caso de las que son propietarias de empresas mercantiles o agropecuarias- debe medirse en atención, precisamente, de las utilidades o ganancias que generen, es decir, que el producto a gravar sea, sus ganancias o utilidades, que no sean necesarios para su sobrevivencia como empresa rentable y no deberá gravar los ingresos o activos sin permitir deducción alguna, ya que dichos ingresos o activos

sin deducción alguna, no constituyen una base razonable para implementar el Impuesto. (...) en el presente caso, el IEMA pagado y que no pudo ser compensado con el ISR, constituye de hecho, un impuesto pagado únicamente sobre los ingresos brutos, sin que a mi representada se le haya permitido deducir ningún tipo de costo o gasto, por lo cual el monto de "IEMA" así pagado y calculado con base en el artículo 10 inciso a) de la Ley del "IEMA", viola el principio de capacidad de pago, el cual se agrava en todo caso al no poder acreditar la totalidad del "IEMA" pagado con el ISR del periodo inmediato siguiente. La regulación contenida en el artículo 10 inciso a) de la ley del "IEMA", genera el absurdo de que las empresas puedan llegar a dedicar su actividad, no solo para contribuir al fisco con la totalidad de sus ganancias y utilidades, sino que al no reportar éstas, deben adquirir deudas o prescindir de parte de sus activos y patrimonio para poder cumplir con la obligación tributaria, tal es el caso de mi representada que al tener pérdidas realmente se vio obligada a utilizar su capital de trabajo para realizar los pagos del "IEMA", que hoy solicita se acrediten al Impuesto Sobre la Renta. El artículo 243 de la Constitución Política de la República establece en su segundo párrafo que se prohíben los tributos confiscatorios y la doble tributación interna. Hay doble tributación, cuando un mismo hecho generador atribuible al mismo sujeto pasivo, es gravado dos veces, por uno o más sujetos con poder tributario y por el mismo evento o periodo de imposición. Por lo cual el criterio de la Administración Tributaria de que el acreditamiento del impuesto pagado de "IEMA" solo podía acreditarse al pago del Impuesto Sobre la Renta del período inmediato siguiente y que si la contribuyente no lo acreditó en el período inmediato siguiente constituyen pagos definitivos al pago de "IEMA", provoca una transgresión directa y evidente al principio constitucional de doble tributación. La aplicación e interpretación gramatical del artículo 10 inciso a) realizado por la Administración Tributaria implica una evidente violación a la Ley, y a la Constitución Política de la República. La entidad contribuyente considera que en el presente caso, la aplicación e interpretación del artículo 10 inciso a) de la Ley del "IEMA", viola el principio constitucional de prohibición de la doble o múltiple tributación, por las siguientes razones: 1) Tal y como se ha podido observar, la Administración Tributaria sostiene que el artículo 10 inciso a) de la Ley del "IEMA", únicamente permite que los pagos de "IEMA" solamente puedan acreditarse al pago de "ISR" del año inmediato siguiente. En consecuencia podemos inferir que la Administración señala que la norma

no contempla el supuesto en el que el pago de "IEMA", por el monto realizado y la actividad del contribuyente, requieran acreditarse a más de un año (como se establece claramente en el segundo párrafo del propio artículo 10, inciso a), tal limitación transgrede el principio de que las leyes tributarias deben estructurarse en un sistema tributario justo y equitativo. En el presente caso, mi representada pagó más de "IEMA" del que pudo acreditar al Impuesto Sobre la Renta, generando una contribución superior a su capacidad contributiva. Si se aplica el criterio de la administración tributaria que establece que el excedente no acreditado al Impuesto Sobre la Renta debe considerarse como un pago definitivo, nos encontramos ante un claro y evidente caso de doble tributación. Tal y como se ha establecido anteriormente, el hecho generador del "IEMA" era igual o similar al del "ISR", además, concurría la igualdad de elementos para que pudiera ser alegada la doble o múltiple tributación entre dichos impuestos. Tal es la similitud del hecho generador, que el legislador al crear la ley del "IEMA", previó tal circunstancia en el primer considerando del Decreto 99-98: "Que para fortalecer la recaudación tributaria, posibilitar una mayor inversión social y dar cumplimiento a los compromisos asumidos en los Acuerdos de Paz, es necesario decretar impuestos que se ajusten a los principios constitucionales de equidad y justicia tributaria, de igualdad y generalidad, que no san confiscatorios y que no hagan incurrir a los contribuyentes en una doble tributación." Asimismo en el segundo considerando, el legislador estableció: "que para concretar los principios y objetivos citados... Y que para neutralizar señalamientos de inconstitucionalidad por doble tributación, sea acreditable el pago del Impuesto Sobre la Renta a la inversa según el régimen que adopte el contribuyente. De dichos considerandos, se infiere que el legislador tenía el conocimiento que era necesario que el "IEMA" pudiera ser acreditable al "ISR" (en su totalidad) so pena que dicho impuesto fuera impugnado por violar el principio de doble o múltiple tributación ya que su hecho generador y demás elementos eran similares a los del "ISR". En este orden de ideas, en los casos como los de mi representada, en los cuales el "IEMA" efectivamente pagado resultó ser mayor que el "ISR", y que por lo tanto no se pudo acreditar en su totalidad, es necesario que dicho "IEMA", pagado por el contribuyente se le permita seguir acreditando con el "ISR" hasta agotarlo, toda vez que el Impuesto pagado y no acreditado de ninguna manera puede conceptuarse como pago definitivo, ya que estaríamos ante un caso de evidente doble

tributación, lo cual es prohibido por el artículo 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En consecuencia, la aplicación e interpretación del inciso a) del artículo 10 de la Ley del "IEMA" realizado por la Administración Tributaria viola la prohibición de doble o múltiple tributación para el presente caso, toda vez que si se aplica la norma en la forma textual establecida, mi representada estaría incurriendo en un caso de doble tributación, ya que por una parte estuvo afectada al pago del "ISR" y por la otra parte también estuvo afectada al pago del "IEMA", el cual no pudo acreditar al "ISR", aun cuando el hecho generador y las bases legales de ambos impuestos son las mismas.

DE LA APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 1508 DEL CÓDIGO CIVIL, EN LA QUE SE FUNDAMENTA LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA PARA LA IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD. En primer lugar debemos establecer que el artículo 1508 del Código Civil es inaplicable al caso concreto, toda vez que la ley específica, Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, establece que el impuesto pagado es acreditable hasta su agotamiento, ello en virtud de neutralizar cualquier señalamiento de inconstitucionalidad por doble tributación, como claramente lo previó el propio órgano legislativo, en el segundo CONSIDERANDO: Que para concretar los principios y objetivos citados, de acuerdo con la experiencia obtenida en la aplicación de las leyes tributarias recientes, es necesario establecer los mecanismos que aseguren el pago de un impuesto mínimo por parte de las personas individuales o jurídicas domiciliadas en el país que desarrollan actividades mercantiles o agropecuarias, pero que no pagan Impuesto Sobre la Renta o declaran reiteradamente pérdidas fiscales en el régimen de este impuesto. Y que para neutralizar señalamientos de inconstitucionalidad por doble tributación sea acreditable al pago del Impuesto sobre la Renta o a la inversa, según el régimen que adopte el contribuyente. En segundo lugar, debemos enfatizar que, en aplicación de la prescripción constitucional que obliga a que los tributos al fisco sean justos y equitativos, la naturaleza del Impuesto a las Empresas Mercantiles o Agropecuarias es que sea acreditable al Impuesto Sobre la Renta, o a la inversa. En tal sentido, el contribuyente paga uno u otro, y lo acredita entre sí. Bajo tales premisas, el segundo párrafo del artículo 10, inciso a) es congruente al señalar que el pago del impuesto a las empresas mercantiles y agropecuarias debe acreditarse con el impuesto sobre la renta hasta agotarlo, ello en una aplicación conforme con la prohibición de

doble tributación. En tal virtud, al ser evidente y claro que el impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias es un impuesto acreditable al Impuesto Sobre la Renta, hasta agotarlo, para que se extinga tiene que existir una ley que lo regule, fuera de lo que establece el Código Tributario. En ese sentido cabe mencionar que por disposición de la propia ley, al ser acreditable hasta agotarlo no se fija ningún plazo específico, sino se produce hasta que se agote, como claramente se determina en el artículo 8 del Decreto 32-95, Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias. Debemos señalar que tal disposición es conforme con el Decreto número 116-97, que contiene Reformas a la Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, que prescribe: "Artículo 8. DE LOS ACREDITAMIENTOS. El monto del Impuesto pagado durante los cuatro trimestres del año, podrá ser acreditado al pago del Impuesto Sobre la Renta del año calendario inmediato siguiente, tanto al que debe pagarse en forma mensual o trimestral, como al que se determine en la liquidación definitiva anual, según corresponda, o a los sucesivos periodos del Impuesto Sobre la Renta. Es evidente que el espíritu de la Ley y bajo la interpretación de la historia fidedigna de su institución, congruente con los principios constitucionales de capacidad de pago y prohibición de doble tributación, y la naturaleza del Impuesto es que el pago de "IEMA" sea acreditable al Impuesto Sobre la Renta, o a la inversa, y en tal consideración todo pago de "IEMA" que supere el pago del "ISR" debe agotarse, en periodos sucesivos, sin que exista normativa que contradiga o establezca lo contrario. Entonces, al no existir normativa prohibitiva, la acreditación del pago de "IEMA" en periodos sucesivos del "ISR", hasta agotarse, se fundamenta en el principio constitucional de libertad de acción, por la cual "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la Ley no prohíbe". De tal manera que la aplicación del artículo 1508 del Código Civil es indebida para el caso en concreto, ya que bajo una interpretación de la historia fidedigna de su institución, el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias debe ser acreditable al Impuesto Sobre la Renta, hasta agotarse. Concluye su argumentación la entidad contribuyente expresando que en aplicación debida del artículo 10 inciso a), párrafo segundo, la cual debe aplicarse conforme a los principios de la Constitución, en materia tributaria, debe declararse con lugar el presente proceso contencioso administrativo promovido por Almacenes Siman, Sociedad Anónima, en contra de la Superintendencia de Administración Tributaria por haber emitido la resolución del Directorios número trescientos cincuenta y uno guión dos mil

catorce (351-2014), de fecha veintisiete de junio de dos mil catorce, notificada a mi representada el veintiocho de julio de dos mil catorce, y ordenarse a la Administración Tributaria que se autorice a mi representada el acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, pagado y acumulado en los periodos de octubre de dos mil uno, a septiembre de dos mil dos, por un monto de un millón cuarenta y nueve mil seiscientos siete quetzales con diecinueve centavos, a futuros pagos del Impuesto Sobre la Renta, hasta agotarlo.

La entidad tributaria al refutar los argumentos de la entidad contribuyente manifiesta: 1) Que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 10 del Decreto 99-98 del Congreso de la República, claramente se puede establecer que el acreditamiento del Impuesto pagado conforme a las disposiciones de los Decretos números 32-95 y 116-97 del Congreso de la República, al Impuesto Sobre la Renta de los años calendarios siguientes, hasta agotarlo. Lo preceptuado en esta norma, claramente se puede establecer que el acreditamiento del impuesto pagado conforme la presente ley, podría acreditarse al pago del Impuesto Sobre la Renta del periodo inmediato siguiente, como se establecía en la literal a) del artículo citado. La norma en ningún momento da la pauta que sea hasta agotarlo, sino que claramente indica que debe hacerse el año calendario siguiente, es decir, existe un límite de tiempo para el acreditamiento del impuesto, y no como lo indica la demandante en su memorial de demanda, al indicar que es una disposición de mi representada, por el contrario, la misma ley señala el plazo para su acreditamiento, la misma ley señala en que momento debió realizarse el acreditamiento, por lo que la misma entidad, debió tomar en cuenta lo señalado por la ley, en cuanto al periodo para su acreditamiento, que se entiende por periodo inmediato siguiente. Que debió acreditarlo en el año dos mil tres, momento en que la entidad debió acreditar dicho saldo del Impuesto a las empresas mercantiles y Agropecuarias al Impuesto Sobre la Renta. El Legislador reguló un margen de tiempo para el acreditamiento de los respectivos impuestos, así mismo, la norma aclara que únicamente el impuesto pagado bajo la vigencia de los Decretos 32-95 y 116-97 podía acreditarse al Impuesto Sobre la Renta hasta agotarse, pero nótese que al hacer esa aclaración hace más evidente que para el impuesto pagado bajo la vigencia del Decreto 98-99 del Congreso de la República, esa condición estaba siendo modificada, porque solo permitía acreditarlo en el año calendario inmediato siguiente, es decir, en el dos mil tres para este caso. Mi representada

en ningún momento ha indicado que no se puede acreditar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias al Impuesto Sobre la Renta o viceversa, por el contrario como bien lo indica la contribuyente, la característica del "IEMA" es que era acreditable, a la luz de la presente norma, la misma pretendía que los contribuyentes que no pagaran Impuesto Sobre la Renta pudieran pagar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, es decir, pagaran uno o si otro, por ello eran acreditables entre sí. De esa cuenta, si la contribuyente no acreditó el impuesto pagado al pago del Impuesto Sobre la Renta en el año calendario inmediato siguiente como la ley lo prescribía, los pagos realizados constituyen pagos definitivos de dicho impuesto. También, el último párrafo del artículo 10 de la referida ley regulaba: "y podrán considerar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias como un gasto deducible conforme el régimen del Impuesto Sobre la Renta", entendiéndose este párrafo que pudo también deducirlo como gasto de Impuesto Sobre la Renta, procedimiento que aplicaba para ambas formas de acreditamiento, pero la contribuyente tampoco la hizo. Por lo tanto podemos concluir que, la entidad contribuyente tenía el derecho de acreditar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias al Impuesto Sobre la Renta, o deducirlo como un gasto conforme el régimen del Impuesto Sobre la Renta, es decir, que la entidad contribuyente tenía opciones para compensar o deducir el "IEMA", todo de conformidad con la citada ley. Y en ningún momento mi representada está limitando el derecho de ejercicio de la entidad. El artículo 47 del Código Tributario contemplaba el plazo que tienen los contribuyentes para ejercitar su derecho de repetición por pagos indebidos o pagos en exceso; por lo que, al tratarse del pago de un impuesto, pero al no encuadrar supuesto como un pago indebido o un pago en exceso, y menos aún se trata del pago de un impuesto susceptible de devolución, por tal motivo, dicha norma no le es aplicable al caso de recurrente, siendo necesario analizar su petición, al amparo de la legislación civil, por lo que en el artículo 1508 "La prescripción extintiva se verifica en todos los casos no mencionados en disposiciones especiales, por el transcurso de cinco años, contados desde que la obligación pudo exigirse; y si ésta consiste en no hacer, desde el acto contrario a la obligación", es decir que se trata de una norma que a falta de una disposición especial, regula el plazo máximo en que se puede liberar de una obligación, lo que es congruente con el principio de seguridad jurídica; porque pone un límite al ejercicio de un derecho; por ello se toma como referencia para iniciar el cómputo del plazo

de prescripción de su derecho para hacer efectivo el acreditamiento, el uno de enero de dos mil tres, por lo que el plazo de prescripción vencía a los cinco años, el cual concluyó el treinta y uno de diciembre de dos mil once, se hizo fuera del plazo legal. En virtud, que se ha considerado necesario establecer plazos dentro de los cuales deben ejercerse los derechos y las obligaciones, otros en los que la inactividad de su titular determine la privación o desprotección de aquello que jurídicamente le corresponden. La razón de ello ha sido dotar de seguridad jurídica los actos de las personas en sociedad, en referencia a quien es el titular efectivo de los derechos y también el garantizar a quien tiene un deber o una deuda, que la responsabilidad de cumplir con una obligación no pesará indefinidamente sobre él y/o sus herederos, ya que la sola posibilidad de que algo sea eternamente exigible plantearía al Derecho gravísimos problemas y, probablemente, haría imposible no sólo la vida en sociedad sino también la administración de justicia. Por otro lado, el derecho espera cierta diligencia de parte de quien goza de una protección jurídica determinada y la mide en unidades de tiempo denominadas plazos. Si una persona en su calidad de titular, no ejercita aquello que el derecho le protege dentro del lapso correspondiente, se entiende o bien que no tienen interés en ello, o bien que su negligencia no debe ser más amparada y que en adelante debe procederse a beneficiar al deudor o a quien tiene el deber correspondiente eximiéndolo formalmente del cumplimiento del deber. En ese orden de ideas, puede decirse que la prescripción extintiva o liberatoria acaece por la despreocupación del sujeto activo para exigir su derecho durante un plazo determinado al sujeto pasivo de la relación jurídica. Ese derecho es la facultad o poder que se tiene para exigir el cumplimiento de alguna obligación que le es de su beneficio, a diferencia de la acción que constituye la atribución que la persona ejerce ante los tribunales o la autoridad administrativa correspondiente para hacer valer su derecho. Por lo tanto, la entidad contribuyente dejó inactivo su derecho de acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias al Impuesto Sobre la Renta, dicha actividad no es imputable a mi representada.-

Por la época a la que corresponde la solicitud de acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, de los periodos trimestrales comprendidos del uno de octubre de dos mil uno al treinta de septiembre de dos mil dos, que fuese denegada y confirmada por medio de la resolución que se impugna en esta instancia, este

Tribunal debe analizar la juridicidad y legalidad del mismo a la luz de las disposiciones que se encontraban vigentes para entonces, razón por la cual en el presente fallo se examinará el asunto sometido al conocimiento del Tribunal con atracción de normas legales que ya no se encuentran vigentes a la fecha, lo cual se halla sustentado en lo dispuesto en el artículo 7 del Código Tributario y 36 de la Ley del Organismo Judicial que facultan al Tribunal para revisar el caso con aplicación de dicha normativa. Y conviene a tales efectos hacer las consideraciones siguientes: 1) El Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias pagado es acreditable al Impuesto Sobre la Renta o a la inversa según el régimen que adopte el contribuyente. 2) Ha sido criterio reiterativo de éste Tribunal, que el Estado como garante de la justicia y equidad tributaria, consignado en su artículo 243 Constitucional, debe velar porque la justicia y equidad tributaria sean principios debidamente garantizados, en razón de ello, no resulta viable la negativa de compensarle los pagos de impuestos ya pagados y que resultan en cantidades mayores a las debidas, con el agotamiento de esas sumas, siempre en la compensación de los impuestos debidos. Es claro que ello debe de hacerse dentro de los plazos previstos por las leyes, si esta así lo regulan, a efecto de evitar que sus derechos prescriban por la negligencia o desidia de su actuar. 3) Es claro que si el pago del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias no fuera acreditable al Impuesto Sobre la Renta, su exceso se constituiría en una renta irrecuperable que redundaría en perjuicio y afectación del principio de doble tributación, que haría inútil el objeto que persigue la ley, y considerarlo pago definitivo, implicaría una confiscación de dicho bien, y un despojo de parte de su patrimonio. 4) El artículo 8 del Decreto 32-95, Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias consignó "DE LOS ACREDITAMIENTOS: El monto pagado por este impuesto será acreditable al pago del Impuesto Sobre la Renta, hasta agotarlo. 5) La Ley específica que regula para examinar y analizar el asunto puesto en conocimiento, es la ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias, en cuyo contenido normativo se estableció que el impuesto pagado es acreditable hasta su agotamiento, previendo la posibilidad de existir remanentes que no podrían cubrirse en un periodo sucesivo, evitando con ello afectar la capacidad contributiva del contribuyente, y la posibilidad de inconstitucionalidad por evidenciarse una doble tributación. 6) En las reformas efectuadas a la Ley del Impuesto a las Empresas Mercantiles y

Agropecuarias a través del Decreto 116-97, quedó prescrito en el artículo 8: “El monto del Impuesto pagado durante los cuatro trimestres del año, podrá ser acreditado al pago del Impuesto Sobre la Renta del año calendario siguiente, tanto al que deba pagarse en forma mensual o trimestral, como al que se determine en la liquidación definitiva anual, según corresponda, o a los sucesivos periodos del Impuesto Sobre la Renta”, el legislador previó la posibilidad de que en algún momento el Impuesto fuese mayor y la posibilidad de agotarlo en un solo período no era posible. De ahí que, el espíritu que se le impregnó es congruente con los principios constitucionales de capacidad de pago y prohibición de doble tributación. 7) La entidad tributaria afirma en sus argumentos que en ningún momento ha indicado que no se pueda acreditar el Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias al Impuesto Sobre la Renta o viceversa, pero que al no haberlo hecho el contribuyente en el año calendario siguiente como la ley lo prescribía, los pagos realizados constituyen pagos definitivos de dicho Impuesto. Y que por otro lado, es necesario revisar lo que al respecto establece la ley con relación a la figura de la prescripción, y a tales efectos el artículo 47 del Código Tributario contempla el plazo que tienen los contribuyentes para ejercitar su derecho de repetición por pagos indebidos o pagos en exceso; por lo que al tratarse del pago de un impuesto, pero al no encuadrar supuesto como un pago indebido o un pago en exceso y menos aún se trata del pago de un impuesto susceptible de devolución, por tal motivo dicha norma no le es aplicable al caso del recurrente, siendo necesario según su criterio analizar su petición al amparo de la legislación civil, concretamente desde la perspectiva del artículo 1508 del Código Civil. El Tribunal, al ponderar y enjuiciar los argumentos de las partes y darles valor conforme a la ley, establece: **A)** Que la entidad Almacenes Siman, Sociedad Anónima, con fecha uno de diciembre de dos mil once solicitó a la Superintendencia de Administración Tributaria el acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias -IEMA- pagado durante los trimestres comprendidos del uno de octubre de dos mil uno al treinta de septiembre de dos mil dos, al régimen de Impuesto Sobre la Renta, por el monto total pagado de un millón cuarenta y nueve mil seiscientos siete quetzales con diecinueve centavos (Q1,049,607.19), en periodos futuros y hasta agotarlo. **B)** Establece el tribunal que la norma adecuada para resolver la controversia es el artículo 47 del Código Tributario contenido en el Decreto número 58-96 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establecía: “...El derecho de la

Administración Tributaria para hacer verificaciones, ajustes, rectificaciones o determinaciones de las obligaciones tributarias, liquidar intereses y multas y exigir su cumplimiento y pago a los contribuyentes o los responsables, deberá ejercitarse dentro del plazo de cuatro (4) años. En igual plazo deberán los contribuyentes o los responsables ejercitar su derecho de repetición, en cuanto a lo pagado en exceso o indebidamente cobrado por concepto de tributos, intereses, recargos y multas...”. C) Del contenido de la norma antes transcrita, se establece que dicho precepto legal regula un plazo de cuatro años para que la Administración Tributaria pueda hacer verificaciones, ajustes, rectificaciones o determinaciones de las obligaciones tributarias, liquidar intereses y multas y exigir su cumplimiento y pago a los contribuyentes o los responsables. De igual forma regula el mismo plazo para que estos puedan ejercitar su derecho de repetición, en cuanto a lo pagado en exceso o indebidamente cobrado por concepto de tributos, intereses, recargos y multas; sin embargo, tal precepto legal no regula plazo alguno para que los contribuyentes puedan realizar su solicitud de devolución de crédito fiscal. D) De los argumentos expuestos tanto por la Administración Tributaria, como por la Procuraduría General de la Nación, estima el tribunal en su intelección, que no pueden ser tomados en consideración, al carecer de sustento legal, dado que, ambos persisten en su interés de que opere la prescripción de la solicitud de acreditamiento del Impuesto a las Empresas Mercantiles y Agropecuarias -IEMA- pagado durante los trimestres comprendidos del uno de octubre de dos mil uno al treinta de septiembre de dos mil dos, al régimen del Impuesto Sobre la Renta, pues tal y como la misma entidad tributaria lo ha afirmado en sus argumentaciones, si se puede acreditar el Impuesto de las Empresas Mercantiles y Agropecuarias -IEMA- al Impuesto Sobre la Renta y viceversa, y además porque el derecho que le asiste a la entidad contribuyente para ello, no ha prescrito, toda vez que al haber realizado su solicitud el uno de diciembre de dos mil once, confirma que la norma vigente cuando se generó el derecho a la solicitud, no contemplaba un plazo límite para que los contribuyentes pudiesen ejercer su derecho de petición, pues aún no había cobrado vigencia el Decreto 4-2012, el cual en su artículo 36 reformó el artículo 47 del Código Tributario referente a la prescripción del derecho tanto del acreditamiento como a la devolución de créditos fiscales, al cobrar vigencia éste el veinticuatro de febrero de dos mil doce; en tanto que el artículo vigente en el momento en que se solicitó el acreditamiento del crédito fiscal

no establecía un plazo para ello, por lo que en lo concerniente a la solicitud, como norma de carácter procedimental, está bajo el amparo del artículo 7 del Código Tributario, y al modificarse este procedimiento o actuación, se aplica la ley vigente en la fecha en que ocurra el acto que inicia las actuaciones administrativas. Y siendo que, la solicitud de acreditamiento fue presentada con fecha uno de diciembre de dos mil once, y la norma reformada cobró vigencia el veinticinco de febrero de dos mil doce, debe regir en tal caso la norma vigente al momento de su presentación.

CONSIDERANDO III: Que al dictarse la sentencia, el juez debe condenar a la parte vencida al reembolso de las costas a favor de la otra parte; sin embargo, se podrá eximir al vencido del pago de las mismas, cuando se haya litigado con evidente buena fe como acontece en el presente caso, circunstancia por la cual no hay condena especial en costas.

CITA DE LEYES: Artículos y leyes citados y artículos 12, 154, 203, 204, 221, 239 de la Constitución Política de la República; artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 17,, 18, 19, 31, 98, 103, 112, 121, 127, 145, 165 A, 167, 168 del Código Tributario, Decreto número 6-91 del Código Tributario; artículos 18, 26, 41, 45, 48 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 119-96 del Congreso de la República; artículos 1,2,3, 5, 9, 10, 16, 23, 51, 52, 57, 58, 87, 141, , 142 bis, 143, 147, 155, 159 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República; artículos 25, 27, 28, 44, 45, 50, 51, 62, 63, 67, 75, 79, 106, 126, 177, 178, 186, 194, 195, 572, 573 y 574 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 39, literal a) de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en la época de conocimiento y Acta 72-2016 Corte Suprema de Justicia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

POR TANTO: Con fundamento en lo considerado y leyes aplicables, el Tribunal al resolver declara: **I) CON LUGAR** el proceso contencioso administrativo instado por la entidad mercantil de denominación social **ALMACENES SIMAN, SOCIEDAD ANÓNIMA**, por intermedio de su Gerente General y Representante Legal, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**. **II) REVOCA** la resolución emitida por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria número trescientos cincuenta y uno guión dos mil catorce (351-2014), de fecha veintisiete de junio de dos mil catorce, documentada en el punto seis (6) del acta número

cincuenta y seis guión dos mil catorce (56-2014), expediente SAT número dos mil once guión cero tres guión cero uno guión cero uno guión cero cero treinta y siete mil diecisiete (2011-03-01-01-0037017). III) No hay condena especial en costas procesales. IV) En su oportunidad, con certificación de lo resuelto, devuélvase el expediente administrativo a donde corresponde. NOTIFÍQUESE.

Erwin Ivan Romero Morales, Magistrado Presidente; Reina Isabel Teo Salguero, Magistrado Vocal Primero; Cruz Munguía Sosa, Magistrado Vocal Segundo; Secretario.

***ARTÍCULOS
SOBRE
TEMAS JURÍDICOS***

La responsabilidad del contenido de cada artículo es única y exclusivamente de su autor. El CENADOJ no se responsabiliza de las opiniones vertidas.

PROCEDIMIENTO PARA DELITOS MENOS GRAVES*

Luis Alberto Fernández Ramírez

**Adaptación del artículo publicado originalmente en la Revista DiscereMagis Iuris de la Comunidad Jurídica de Occidente. Año 1, Semestre 2. Edición: julio-diciembre de 2018.*

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I) INTRODUCCIÓN

La Comunidad Jurídica de Occidente, se ha constituido en un grupo de profesionales dedicados al estudio y profundización de diversos temas del sistema penal, procesal y penitenciario; *"aportando ideas para la mejora de la justicia en Guatemala y a la vez, realizando acciones para la obtención de ese*

*fin, ... buscando consolidar una postura correcta de los mismos y una aplicación acertada en la práctica forense."*¹

Se trae a colación lo anterior, en virtud que algunas de esas ideas y acciones para la mejora de la justicia penal de Guatemala, la constituyen los decretos 18-2010 y 7-2011 ambos del Congreso de la República de Guatemala (reformas al Código Procesal Penal), cuyos fundamentos y nociones básicas son resultado del pensamiento e influencia de nuestro coordinador, el profesor Erick Juárez.

En ésta ocasión se aborda uno de los temas de los que dichas reformas contienen, el Procedimiento Para Delitos Menos Graves. Tal inquietud surge por tres razones principales:

- 1) La Comunidad Jurídica de Occidente cuenta con la persona que ideó y estructuró dichas reformas (prueba de ello la exposición de motivos del decreto 7-2011), por ende es oportuno que los integrantes de dicha Comunidad socialicen las verdaderas razones y sentidos de las mismas (pues se analizaron y discutieron en su seno previo a que fueran conocidas por todos), así

como la interpretación adecuada de cada uno de los institutos que contienen.

- 2) Se ha observado que en la práctica no se ha comprendido en lo absoluto dicho procedimiento y por ende se ha rechazado por unos (tachándolo de

inconstitucional, sin éxito alguno, según las propias sentencias de la Corte de Constitucionalidad lo evidencian, a guisa de ejemplo expedientes: Inconstitucionalidad general parcial 3610-2012; inconstitucionalidad en caso concreto 4807-2014; inconstitucionalidad en caso concreto 4774-2014; inconstitucionalidad en caso concreto 764-2016);o desnaturalizándolo por completo por otros convirtiéndolo en un procedimiento común que se sustancia en la sede de paz, lo cual es incorrecto. Lo que ha provocado gran confusión tanto en la academia y principalmente en la práctica dentro de las judicaturas que diariamente lo sustancian, lo que a su vez se sigue replicando en otras Judicaturas de Paz en la medida que se implementa progresivamente

La Comunidad Jurídica de Occidente, se ha constituido en un grupo de profesionales dedicados al estudio y profundización de diversos temas del sistema penal, procesal y penitenciario.

1 Revista *DiscereMagis Iuris*, año 1, semestre 1. Página 1.

dicha competencia (mucho de esto debido al manual de procedimientos para delitos menos graves, versión USAID y a los propios Acuerdos de la honorable Corte Suprema de Justicia.)

- 3) Una última intención por escribir sobre este tema, es debido a la invitación hecha ya hace algunos años por miembros de la Asociación de Jueces y Magistrados del Organismo Judicial para dialogar sobre este tema con los Jueces de Paz de los departamentos de la región de Occidente. Se espera que este artículo constituya una herramienta útil de discusión y crítica sobre la temática que aborda a efecto que cada persona en uso de su racionalidad pueda arribar a las conclusiones más certeras en aplicación del recto Derecho, así como transmitir con la mayor pureza y claridad posible la postura que desde la Comunidad Jurídica de Occidente se tiene respecto a dicho procedimiento.

II) ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL ARTÍCULO 465 Ter DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El procedimiento para delitos menos graves, es un procedimiento específico (distinto al procedimiento común algo que debe tenerse claro desde el inicio para su adecuada comprensión pues de lo contrario se comete el grave error de asimilar dicho procedimiento a un procedimiento común sustanciado en la Judicatura de Paz.). Este procedimiento específico pretende dar un tratamiento distinto al común a las causas que son diferentes, en éste caso las causas menores (delitos contenidos en el Código Penal cuya pena máxima de prisión no es superior a 5 años.). Tal y como la exposición de motivos refiere: *“El tratamiento procesal específico de las causas diferentes, constituye una condición ontológica fundamental para establecer procedimientos o juicio con regulación diferente...”*²

Para ese efecto el artículo 13 del decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala adicionó el artículo 465 ter al Código Procesal Penal. Un solo artículo que establece el proceder para la sustanciación del procedimiento para delitos menos graves, el cual es definido como:

Un procedimiento basado en reglas del juicio –contrario al

*sistema de dogmas procesales-, idóneo para la solución del conflicto subyacente a los delitos menos graves mediante una estructura procedimental menos compleja. No tiene paralelo ni antecedentes en el sistema jurídico procesal iberoamericano y es propia al pensamiento de su autor.”*³

Para su debido análisis y comentarios, se irá desglosando el contenido de dicho artículo en sus partes esenciales.

“Artículo 465 Ter. Procedimiento para delitos menos graves. El procedimiento para delitos menos graves constituye un procedimiento especial que se aplica para el juzgamiento de delitos sancionados en el Código Penal con pena máxima de cinco años de prisión. Para este procedimiento son competentes los jueces de paz, y se rige, aparte de las normas procesales generales, por las especiales siguientes:”

Ya se indicó más por su importancia se recalca que este procedimiento es un procedimiento específico, distinto al común. Esto desde ya rompe la falsa idea e intención de encajar el mismo en las fases o etapas del procedimiento común. De hecho la intención de los procedimientos específicos es precisamente la supresión de una o más fases del proceso común. Para ilustrar lo anterior basten tres ejemplos: 1) El procedimiento abreviado mantiene la etapa preparatoria e intermedia pero suprime el juicio dictándose sentencia por el propio Juez que controló la investigación. 2) El juicio para delitos de acción privada suprime las etapas preparatoria e intermedia y va directamente al juicio luego de presentada la querrela y agotada la vía conciliatoria. 3) El procedimiento simplificado suprime la etapa preparatoria y va directamente a la discusión de la acusación para luego ir a juicio en el evento que se declare la apertura del mismo.

Lo anterior nos brinda una idea base del por qué no es aplicable al procedimiento para delitos menos graves, la primera declaración, el auto de procesamiento o la etapa preparatoria ni la etapa intermedia; debe quedar claro que no se trata de un error normativo o de una laguna legal por falta de regulación, por el contrario, es un aspecto que fue suprimido a propósito por no ser necesario para su sustanciación. Como Juárez Elías comenta:

La declaración del imputado constituyó, desde el siglo XIV,

2 Exposición de Motivos, Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala. Página CI

3 Juárez, Erick. *Manual Para la Aplicación del Procedimiento Para Delitos Menos Graves*. Pág. 2

el acto inicial y principal del proceso, por una simple razón: la confesión constituía plena prueba o prueba suficiente para la condena. Hasta antes de 1994, la confesión del acusado aún se regulaba como elemento probatorio suficiente para fundamentar la condena. El cambio de sistema procesal, expulsa ese concepto y en consecuencia transforma la declaración del imputado como un medio de defensa, sin embargo, en la estructura procesal se siguió utilizando como el acto inicial y principal del proceso, por lo cual el artículo 81 lo regula de esa forma, así como las disposiciones establecidas en los artículos 334, 370, 371 y 372 del Código Procesal Penal; esa confusión es corregida en el procedimiento para delitos menos graves, en el cual se suprime la vetusta figura procesal de "declaración del imputado", siendo evidente que en ninguna audiencia imperativa se establece la misma, y ello no implica que se haya dejado de regular, sino por el contrario, es la más clara y enérgica forma de expulsar tal figura procesal del procedimiento.

En cuanto al ámbito de aplicabilidad de dicho procedimiento la ley claramente refiere que son los delitos sancionados en el Código Penal con pena máxima de 5 años de prisión. De lo anterior es importante dejar en claro dos puntos: Primero, que por principio de taxatividad de la ley penal no puede interpretarse que también son aplicables los delitos contenidos en leyes especiales, pues la norma es clara al referir que son únicamente los contenidos en el Código Penal. Esto es útil para refutar lo señalado en el artículo 6 del Acuerdo 26-2011 que con idénticos términos replica el artículo 5 del Acuerdo 40-2017 ambos de la honorable Corte Suprema de Justicia que establecen:

"Los juzgados de paz penal a que se refieren los artículos anteriores, tendrán competencia para conocer de los delitos cuya pena máxima de prisión sea hasta de cinco años, que se encuentren contemplados en el Código Penal y leyes penales especiales, siempre y cuando no tengan competencia especializada..."

No obstante, a primera vista esto podría ocasionar confusión respecto a si el procedimiento es aplicable para los delitos contenidos en leyes penales especiales, por la contradicción entre ambas disposiciones (antinomia, doctrinariamente hablando), su solución realmente es elemental, es simple aplicación de jerarquía normativa {artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial} lo que fácilmente permite

establecer que la normativa que debe prevalecer es la ordinaria por sobre la reglamentaria.

Segundo, todas las figuras delictivas reguladas en el Código Penal, tienen una sanción asignada con parámetros mínimos y máximos (salvo el delito nominado de los hechos sacrílegos, que tiene penas fijas), por lo que nuevamente en observancia del principio de taxatividad de la ley penal este procedimiento es aplicable solamente a delitos con pena máxima de 5 años de prisión; por ende resulta incorrecta una interpretación de aplicabilidad a delitos con pena máxima superior a este parámetro bajo el argumento de "la pena que se espera en el caso concreto" o "una interpretación *in bonam partem*," etc.... Además es oportuno señalar que los 5 años de prisión a los que la norma hace referencia, es la pena descrita en cada tipo penal y aplicable para el autor de delito consumado (art. 62 Código Penal); por ende cualquier modificación de la misma por aplicación de figuras concursales, formas agravadas o atenuadas, grados de ejecución consumados o tentados, delitos continuados o imputación de dos o más delitos (salvo que alguno supere la pena máxima descrita), no modifica en esencia la aplicabilidad de dicho procedimiento a esos delitos y por ende la competencia establecida.

En cuanto a la competencia dicho procedimiento se sustancia y resuelve en las judicaturas de paz, cuya aplicación se dará progresivamente, según lo regula el artículo 14 del decreto 7-2011. Un aspecto importante a tomar en cuenta es que la ley literalmente refiere "para este procedimiento son competentes los jueces de paz", ello implica que a los Jueces de Paz se les confirió una competencia de tipo procesal (para juzgar a través de ese procedimiento los delitos cuya pena máxima no supere los 5 años de prisión) pero en ningún momento se les confirió competencia para conocer de esos delitos a través del procedimiento común-competencia material- (que se sustancia ante los Jueces de Primera Instancia). Lo que nuevamente evidencia el error de pretender aplicar normas o fases procesales del mismo a este procedimiento específico, extremo que se comenta a continuación.

Un último aspecto que se considera sumamente importante de explicares la parte final del pasaje transcrito donde se señala: "se rige, aparte de las normas procesales generales, por las especiales siguientes."

Ello porque es lo que ha provocado la mayor parte de la confusión en la sustanciación de este procedimiento. Este apartado ha servido de base a muchos para malinterpretar que las disposiciones del procedimiento común son totalmente aplicables a este procedimiento y con ello desnaturalizar el mismo utilizando la primera declaración, el auto de procesamiento o el plazo de investigación entre otros (como ejemplo ver páginas 9a 14 del manual versión USAID, o las páginas 102 a 104 de la Revista del Defensor número 9), lo cual no es correcto, esa no es la intención de dicha regulación y tampoco es jurídicamente viable puesto que como se indicó anteriormente el Juez de Paz tiene una competencia meramente procesal respecto a este procedimiento, más no material⁴. Dicho de modo simple, el Juez de Paz es competente para aplicar el procedimiento regulado para delitos menos graves (procesal), más no para juzgar delitos hasta de 5 años aplicando el procedimiento común (material), que son aspectos totalmente distintos.

Cuando la norma se refiere a la aplicabilidad de las normas procesales generales se refiere a aquellas que no contradigan o tergiversen el sentido del procedimiento específico, el cual precisamente por el principio de especialidad tendría preferencia sobre las restantes normas generales (art. 13 Ley del Organismo Judicial.) A guisa de ejemplo -no es un listado taxativo o limitativo- se refiere a: normas referentes a la persecución penal (actos introductorios, citaciones, conducciones, órdenes de detención, autorizaciones judiciales -allanamiento, información personas particulares-, etc.), salidas alternas al procedimiento y sustitutivos penales (criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, conversión de la acción, conmuta, conversión de multa, suspensión condicional de la ejecución de la pena, etc.), audiencias potestativas (planteamiento de excusas, revisión de medida de coerción en el evento que sea impuesta -lo cual se explicará más adelante-, medidas cautelares o de seguridad para protección de la víctima), normas de la actividad procesal (idioma, lugar y tiempo de los actos, forma oral de las audiencias, modo de pedir audiencias y de informar de las decisiones de las mismas, etc.), obstáculos a la persecución penal, normas referentes a la prueba, derecho de reparación digna en el evento

de condena, medidas cautelares para asegurar dicha reparación, etc...

Como puede apreciarse todos los institutos procesales antes enumerados son meramente complementarios, pero en ningún momento desnaturalizan o modifican el diseño normativo original del procedimiento para delitos menos graves; por eso es que la definición del procedimiento para delitos menos graves antes transcrita, señala "procedimiento basado en reglas del juicio", pues se presupone está dirigido a profesionales de Derecho que ya conocen el proceso penal, por lo cual no es necesario regular nuevamente todos los institutos que son de aplicación general. Como ya se dijo antes, pero es necesario insistir por su importancia e incomprensión, este es un procedimiento específico, por lo que es un grueso

Cuando la norma se refiere a la aplicabilidad de las normas procesales generales se refiere a aquellas que no contradigan o tergiversen el sentido del procedimiento específico.

error el pretender convertirlo en un procedimiento común sustanciado en la Judicatura de Paz.

Para confirmar lo antes expuesto, se transcribe un extracto de lo manifestado por la Corte de Constitucionalidad al referirse a la aplicación de una norma de carácter general dentro de este procedimiento específico cuando existe incompatibilidad entre su regulación. La Corte señaló: *Es de resaltar, en cuanto a lo argumentado por el postulante relativo a la inobservancia del artículo 118 del Código Procesal Penal que indica que la solicitud de acusador adhesivo deberá efectuarse siempre antes de que el Ministerio Público requiera la apertura del juicio o el sobreseimiento, se advierte que ese precepto legal no resulta aplicable al presente caso, pues, como se dijo, se trata de un procedimiento especial que cuenta con reglas específicas que, en todo caso, prevalecen sobre las normas generales del procedimiento común, especialmente porque sería inviable exigir que la constitución de querellante adhesivo sea previo a que el Ministerio Público requiera la apertura a juicio,*

⁴ Op. Cit. Página 9

cuando este tipo de procedimiento inicia, precisamente, con la presentación de la acusación o la querrela...⁵

Continuemos:

"1) Inicio del proceso: El proceso da inicio con la presentación de la acusación fiscal o querrela de la víctima o agraviado;"

Es oportuno clarificar que lo que inicia a través de la presentación de la acusación fiscal (que debe cumplir con los requisitos del artículo 332 bis CPP) o de la querrela (que debe cumplir con los requisitos de los artículos 302 y 332 bis del CPP) es el proceso propiamente ante la Judicatura de Paz. Sin embargo, ello no necesariamente coincide con el inicio de la persecución penal, la cual pudo haber comenzado con mucha antelación en la sede fiscal mediante la presentación de los actos introductorios (salvo la querrela por obvias razones) por lo que la misma sigue la ruta normal establecida en la sede fiscal, hasta que se presenta la acusación respectiva, con el control de la judicatura para los actos que requieren autorización judicial (Art. 308 CPP)

Comentario especial merece el hecho que la normativa abre la posibilidad para el agraviado de forma directa dé inicio al procedimiento sin necesidad de auxilio fiscal. La intención fue:

*Facilitar el libre acceso de las víctimas de delitos ante una judicatura para requerir la tutela judicial efectiva... ,asegurar a la víctima, que ante la indiferencia del Ministerio Público a su denuncia, pueda tener una vía directa para requerir un juicio justo, sin depender de esa Institución para ello; y potencializar el uso de la conversión, ya establecida normativamente en el artículo 26 del Código Procesal Penal, pero insignificadamente utilizada."*⁶

En éste punto parece necesario comentar un aspecto que ha traído serias confusiones en la práctica como lo es la detención flagrante, o bien el cumplimiento de la orden de detención girada. Cabe señalar desde un inicio que tales situaciones no son eventos que den inicio propiamente al procedimiento por delitos menos graves y en consecuencia no modifican en lo absoluto el diseño normativo del mismo. Toda vez

que al momento en que se pone a disposición de la judicatura de paz a la persona detenida (bien por cumplimiento de la orden de detención girada o bien por detención flagrante) lo que debe realizarse es imponer al fiscal o al querellante según el caso de la obligación de presentar la acusación o querrela respectiva y fijar la audiencia de conocimiento de cargos, dentro del plazo máximo de 24 horas que la ley fija. (arts. 6 y 9 de la Constitución Política de la República de Guatemala, art. 87 del Código Procesal Penal.) Dicha circunstancia desde un inicio se hallaba claramente explicada en la exposición de motivos respectiva al señalar:

*Sí, justificadamente el Ministerio Público o, en caso de querrela, la víctima, acredita el primer supuesto del artículo 266 del Código Procesal Penal, el Juez puede ordenar la aprehensión para que la persona del imputado sea presentado ante el Juzgado, en cuyo caso la audiencia se llevará a cabo dentro de las 24 horas siguientes de la aprehensión, convocando inmediatamente a los demás sujetos procesales y sus abogados; de igual forma debe procederse en los casos de flagrancia, para cuyo efecto el fiscal o la víctima, deben presentar su acusación o querrela en un plazo menor de 24 horas, a efecto de realizarse la audiencia de conocimiento de cargos dentro del plazo máximo que establece la Constitución Política de la República, para escuchar a los detenidos."*⁷

Razón por la cual sorprende que en la práctica se haya tergiversado tal situación y se haya aplicado erróneamente la declaración del acusado contenida en los artículos 81 y 82 del Código Procesal Penal y la toma de una serie de decisiones (vinculación procesal, medida de coerción y plazo de investigación, lo cual abre la etapa preparatoria) que en este procedimiento no son aplicables. Aun y cuando se reconoce que tal error muy probablemente sea generado por el contenido de los Acuerdos 26-2011 y 40-2017 ambos de la honorable Corte Suprema de Justicia, los cuales serán objeto de análisis posteriormente; y en consecuencia dicho error sea replicado y mantenido en el Manual versión USAID.

Oportuno resulta indicar que si dentro del plazo indicado (24 horas máximo) no fuera presentada la acusación fiscal o la querrela respectiva, el Juez de Paz deberá resolver la situación jurídica de la persona detenida puesta a su disposición, en éste caso decretando su libertad por no haberse iniciado

5 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de Amparo. Expediente 2555-2015, sentencia de fecha 11-11-2015.

6 Exposición de Motivos. Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala. Páginas CIV y CV

7 Ibid. Pág. CV

la acción en su contra (recordar el axioma de Luigi Ferrajoli “*nullum iudicium sine accusatione*” –no hay juicio sin acusación-); sin menoscabo que en un futuro pueda ser presentada hasta en tanto no transcurra el lapso de prescripción (art. 107 del Código Penal), pero estando en libertad la persona contra quien se formula la misma. Debe considerarse que en el escenario práctico dicha incidencia difícilmente sucederá si se toma en cuenta que la fiscalía tiene conocimiento de la detención de forma inmediata y acceso a las evidencias que fueran obtenidas por parte de la Policía Nacional Civil al momento de la detención ya que las mismas son entregadas directamente al ente fiscal, lo que se potencializa aún más si la detención obedece a una petición fiscal previamente realizada.

Como ilustración se señala este caso análogo: ¿Que procede en el evento que se ponga a disposición de una judicatura de paz a una persona detenida en flagrancia, por el señalamiento de un delito clasificado como de acción privada? (art. 24 quater CPP). Evidentemente en ese supuesto no se comete el error antes mencionado, (declaración, auto de procesamiento, medida de coerción, plazo de investigación), porque dicha acción no se ventila mediante el procedimiento común, sino mediante otro procedimiento específico –para delitos de acción privada- y su iniciación solo ocurre mediante la presentación de la querrela en el tribunal de sentencia competente, por lo que la decisión seguramente será poner en libertad al sujeto e indicar a la persona agraviada que acuda a la vía legal correspondiente. Si esto fácilmente puede comprenderse sorprende sobremanera que hoy todavía no se entienda que el procedimiento para delitos menos graves solo inicia con la presentación de la acusación o querrela de la víctima, por lo que la flagrancia o cumplimiento de orden de detención no altera el diseño normativo del procedimiento como erróneamente plantean tanto los Acuerdos de la honorable Corte Suprema de Justicia como el manual versión USAID.

A forma de conclusión como reiteradamente se ha mencionado el procedimiento para delitos menos graves es un procedimiento específico con reglas propias distintas a las del procedimiento común y que tienen preferencia de aplicación en virtud del principio de especialidad. El no entender dicha circunstancia y querer convertir el procedimiento para delitos menos graves en un procedimiento

común seguido en la sede de Paz, atenta contra la naturaleza del mismo y vulnera la garantía del debido proceso. Así lo ha expuesto, la Corte de Constitucionalidad al referirse a la modificación del diseño normativo de dicho procedimiento:

Con base en la ilación fáctica que precede, resulta oportuno indicar que si bien es cierto el acto cuestionado en amparo es la decisión por la que el Juez reprochado declaró sin lugar el recurso de reposición, instado contra la resolución mediante la que se fijó fecha para que el Ministerio Público presentara acto conclusivo referente al delito de Uso de información, no puede obviarse, por parte de este Tribunal que la autoridad refutada no solo varió el procedimiento para juzgar los delitos menos graves sino también contravino su naturaleza rápida y sencilla... Atendiendo a lo expuesto ut supra, esta Corte concluye que todo lo actuado con posterioridad a la decisión referida deviene violatorio al os principios jurídicos de imperatividad y debido proceso, por lo que es procedente otorgar la protección constitucional solicitada.⁸

Prosigamos:

“2. Audiencia de conocimiento de cargos: Esta audiencia debe realizarse dentro de los diez (10) días de presentada la acusación o querrela, convocando al ofendido, acusador, imputado y su abogado defensor, desarrollándose de la siguiente manera:

- a. En la audiencia, el juez de paz concederá la palabra, en su orden, al fiscal o, según el caso, a la víctima o agraviado, para que argumenten y fundamenten su requerimiento; luego al acusado y a su defensor para que ejerzan el control sobre el requerimiento;
- b. Oídos los intervinientes, el juez de paz puede decidir:
 - I. Abrir a juicio penal el caso, estableciendo los hechos concretos de la imputación;
 - II. Desestimar la causa por no poder proceder, no constituir delito o no tener la probabilidad de participación del imputado en el mismo;”

El desarrollo de esta audiencia sigue la lógica de todo sistema adversarial, posee una estructura simple, que permite la discusión de los aspectos esenciales en el caso; que en un primer momento se refieren a la imputación fáctica y jurídica, es decir, los hechos por los cuales se acusa y los fundamentos con que se cuenta para sustentar la acusación, así como la opinión sobre el derecho aplicable (que necesariamente

⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de Amparo. Expedientes acumulados 5090-2015, 5105-2015, 5217-2015, sentencia de fecha 31-03-2016.

tendrá que ser una norma jurídica contenida en el Código Penal, cuya pena máxima de prisión no sea superior a 5 años). Para ello el Juez inicia la audiencia, verifica la presencia de los sujetos procesales y hace las advertencias preliminares, confiere audiencia en principio al fiscal y al querellante o agraviado para que fundamenten el requerimiento (acusación o querrela) y luego al acusado y a su defensor para que argumenten respecto al requerimiento planteado, ejerciendo el control del mismo, instando incluso a su desestimación. En este punto surgen dos situaciones especiales que merecen comentario, ya que no están reguladas explícitamente, pero que son parte integrante y esencial de todo sistema adversarial: una de ellas es la posibilidad de uso de réplica fundado en el principio contradictorio que los sujetos procesales poseen; y la segunda es el hecho de dar oportunidad para que víctima y acusado se manifiesten, lo cual no debe confundirse con una declaración como hoy la entendemos, sobre todo para éste último, sino el ejercicio de su derecho de opinión en el caso del agraviado (artículo 6 de los Principios Mínimos de las Naciones Unidas para las Víctimas de Delitos Comunes y Abuso de Poder; artículo 117 literal d) del CPP) y el derecho de ser oído para caso del acusado (artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.)

Luego de ello en base a los argumentos realizados y evidencias presentadas para sustentar los mismos, el Juez debe decidir si abre a juicio o desestima la causa (siendo estas las únicas decisiones que puede tomar), por lo que es incorrecto que el mismo resuelva aspectos distintos como sobreseimiento o clausura provisional por ejemplo, por ser figuras jurídicas inaplicables en éste procedimiento.

“c. Si abre a juicio, concederá nuevamente la palabra a los intervinientes, a excepción de la defensa, para que en su orden ofrezcan la prueba lícita, legal, pertinente e idónea a ser reproducida en debate, asegurando el contradictorio para proveer el control de la imputación probatoria. Seguidamente, el juez de paz decidirá sobre la admisión o rechazo de la prueba ofrecida, señalando la fecha y hora del debate oral y público, el que debe realizarse dentro de los veinte días siguientes a la audiencia en que se admite la prueba;”

Este punto es el segundo aspecto de discusión en la audiencia de conocimiento de cargos, referente a

la imputación probatoria, se circunscribe a discutir y ejercer control (por parte de la defensa) sobre la admisibilidad de la prueba de cargo. Para el efecto inicialmente se concede la palabra al ente fiscal y a la víctima o querellante para que en su orden ofrezcan los medios probatorios con los que cuentan y que desean sean admitidos para ser diligenciados en el debate respectivo. Una vez ofrecidos se concede la palabra a la defensa pero no para ofrecer prueba (pues la prueba de descargo no se discute como se comenta más adelante), sino para que ejerza el control sobre la prueba ofrecida por el ente fiscal o querellante, señalando los vicios de los que pudiera adolecer (ilicitud, ilegalidad, impertinencia, no idoneidad, abundancia.)

Es importante señalar de forma expresa que por previsión normativa directa y en atención a los principios de concentración, economía procesal y celeridad, esta discusión se lleva a cabo en la propia audiencia de conocimiento de cargos, no en una distinta, por lo que es erróneo considerar que deba señalarse una audiencia de ofrecimiento de prueba como sucede en el procedimiento común. Por lo que no resulta adecuado, el esquema que la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) presenta en el anexo 2 de la revista que trata el tema.⁹

Además luego de ello se fija día y hora para el debate, el cual debe llevarse a cabo dentro de los 20 días siguientes. Algo que se espera que en la práctica diaria pueda ser observado y cumplido por las Judicaturas de Paz; y no suceda lo mismo que ocurre en el procedimiento común, donde no obstante el plazo normativo es de 10 a 15 días posterior a la audiencia de ofrecimiento de pruebas, en la realidad los debates se señalan mucho tiempo después (meses e incluso años.)

Otro aspecto que resulta en este punto importante comentar, por cuanto es parte integrante de la audiencia de conocimiento de cargos es lo relativo a las medidas de coerción. Cuando se ha resuelto lo relativo a la apertura a juicio, se ha discutido la admisión probatoria de cargo y han quedado debidamente convocados a la audiencia de debate, el fiscal o víctima tienen la oportunidad de pedir se

⁹ Asociación de Investigación y Estudios Sociales. Revista ASIES. Agilidad Judicial Para Delitos Menos Graves. No. 3, 2,017. Página 101.

impongan una o más medidas de coerción a efecto de asegurar la presencia del acusado al debate respectivo; o por el contrario no solicitar ninguna medida de coerción y que el acusado enfrente el juicio en libertad simple (algo con lo que están familiarizados los Jueces de Paz que comúnmente le denominan caución juratoria, -art. 264 Código Procesal Penal-.)

La decisión que se emita en todo caso siempre debe tener presente los parámetros de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida que se adopte, privilegiando la libertad sobre la privación de ésta, máxime si se toma en consideración que se trata de causas menores a las que les son aplicables la mayoría de beneficios y sustitutos procesales. Tal y como desde hace varios años se encuentra regulado en el artículo 261 del CPP que establece: *“En delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción.”*

“d. Las pruebas de la defensa, cuando así se pida en la audiencia, serán comunicadas al juzgado por lo menos cinco días antes del juicio, donde serán puestas a disposición del fiscal o querellante;”

Este es otro aspecto que ha generado controversia, confusión y diversidad de opiniones, pues se considera que el mismo vulnera el derecho de igualdad y de contradictorio, en virtud que no existe la oportunidad para que el ente fiscal ni el querellante puedan ejercer el control sobre la prueba ofrecida por la defensa. Sin embargo, para dar claridad a la intención de dicha regulación, prudente es señalar dos circunstancias: Uno, debe tenerse presente la garantía constitucional de presunción de inocencia, plasmada en el artículo 14 de nuestra Constitución; dicha garantía implica no solo el derecho del acusado a ser considerado y tratado como inocente, sino sobre todo que el mismo no está obligado a probar su inocencia o no participación en el hecho por el cual se le acusa, motivo por el cual no está obligado a ofrecer prueba. Claro está que no lo tiene prohibido por eso si es su deseo puede ofrecerla, más no es su obligación. Por esta razón es que la norma no le obliga a ofrecer y discutir o ejercer control sobre su prueba, como si lo

exige con la prueba de cargo. Cuando se edifica un procedimiento (menos graves) sobre la base de una garantía constitucional (presunción de inocencia), la norma ordinaria debe ser coherente con la garantía descrita y permitir su plena observancia y aplicación.

Dos, el hecho que en audiencia el fiscal o querellante puedan pedir que las pruebas de la defensa sean presentadas a la judicatura a efecto de conocer las mismas, en aplicación de los principios de “igualdad y lealtad de armas”, es lo que en el derecho comparado se conoce con el nombre de “revelación o descubrimiento probatorio”, que no es más que una corriente doctrinaria de la cual existe un amplio tratamiento sobre todo en el sistema sajón o de *common law*, donde dicho instituto es ampliamente conocido y utilizado en la forma que aquí se regula. Lo que persigue es que se conozca si la defensa va a proponer en juicio algún medio probatorio (recordemos que no está obligada a ello). Es una facultad que tiene el fiscal y el querellante para pedir dicho descubrimiento probatorio, por lo que en el evento de ser pedido la defensa si está obligada a “descubrir sus pruebas” por los menos cinco días antes del juicio (dentro de los veinte que la norma señala.) Como comentario final es importante señalar que en el caso que dicho descubrimiento probatorio sea solicitado y la defensa no cumpla con ello, tendrá vedado el poder diligenciar la prueba en debate.

“e. A solicitud de uno de los sujetos procesales, se podrá ordenar al juez de paz más cercano, que practique una diligencia de prueba anticipada para ser valorada en el debate.”

La norma prevé la posibilidad de practicar actos jurisdiccionales de anticipo de prueba en éste procedimiento, media vez cumplan con los requisitos establecidos en los artículos 317 y 318 del Código Procesal Penal, siendo competente para decidir lo relativo a su práctica el Juez de Paz que conoce del proceso y siendo competentes para su diligenciamiento el propio Juez de Paz que conoce del asunto o los Jueces de Paz que sean comisionados por el titular de la causa, teniendo preferencia el del lugar más cercano en que haya de practicarse el acto o recibirse la declaración.

“3. Audiencia de debate: Los sujetos procesales deben comparecer con sus respectivos medios de prueba

al debate oral y público, mismo que se rige por las disposiciones siguientes:

- a. Identificación de la causa y advertencias preliminares por parte del juez de paz;
- b. Alegatos de apertura de cada uno de los intervinientes al debate;
- c. Reproducción de prueba mediante el examen directo y contra-examen de testigos y peritos, incorporando a través de ellos la prueba documental y material;
- d. Alegatos finales de cada uno de los intervinientes al debate;
- e. Pronunciamiento relatado de la sentencia, inmediatamente de vertidos los alegatos finales, en forma oral en la propia audiencia;"

Este pasaje de la norma, describe la forma de desarrollar la segunda audiencia imperativa en éste procedimiento, la audiencia de debate. Sigue la misma lógica de toda audiencia en un sistema adversarial, según se describe. El Juez realiza la identificación de la causa, la verificación de la presencia de los sujetos procesales y las advertencias preliminares referentes al poder de disciplina, luego de ello en su orden acusador y acusado emiten ante el Juez sus alegatos iniciales o de apertura, que no son más que la exposición de su respectiva teoría del caso. Finalizado lo anterior se realiza la recepción del material probatorio que es la -actividad esencial de todo debate-, donde la función de la judicatura se limita a la identificación del perito o testigo y a la protesta respectiva de cada uno de ellos y posterior moderación del examen y contra examen a efecto que sea en principio la parte proponente la que proceda al examen directo del mismo para luego ser contra examinado por la contraparte.

Un aspecto importante a señalar es el hecho que los medios de prueba documentales y materiales deben ingresar por intermedio de la prueba personal (peritos o testigos), según la norma claramente establece, por lo que es a estos a quienes deben ponérseles a la vista previa descripción, a efecto que informen lo que les conste sobre los mismos o lean la parte conducente respectiva. Ello implica que no existe un momento específico para lectura de documentos o exhibición de elementos materiales sino como se señaló estos deben ingresar por conducto de un perito o testigo.

Culminada la recepción de los medios probatorios los sujetos procesales deben emitir sus alegatos finales

como una propuesta de sentencia, argumentando y explicando según su teoría del caso cómo deben ser ponderados los medios probatorios diligenciados e indicando la normativa jurídica que consideran aplicable al caso concreto según la visión de cada uno de ellos. En este punto (al igual que en la audiencia anterior) surgen dos situaciones especiales que merecen comentario, ya que no están reguladas explícitamente, pero que son parte integrante y

No existe un momento específico para lectura de documentos o exhibición de elementos materiales sino, como se señaló, estos deben ingresar por conducto de un perito o testigo.

esencial de todo sistema adversarial: una de ellas es la posibilidad de uso de réplica fundado en el principio contradictorio que los sujetos procesales poseen; y la segunda es el hecho que previo a clausurar el debate debe darse oportunidad para que víctima y acusado se manifiesten.

Concluido el debate, el Juez debe emitir la sentencia respectiva relatando en el acto su decisión, para lo cual puede tomar un tiempo prudencial a efecto de revisar algunos puntos que considere pertinentes o estructurar el contenido del relato. La sentencia escrita debe entregarse dentro del quinto día posterior a la emisión de la sentencia (art. 390 Código Procesal Penal.) Por último, si la sentencia a emitir fuera de carácter condenatorio y existiera víctima determinada, el Juez debe correr audiencia a los sujetos procesales para que se pronuncien respecto a la reparación digna (si es su deseo ejercitarla o se renuncia a ella; si desean ejercitarla en el acto -concentración-; o si se acogen al plazo de tres días que la ley prevé para su desarrollo.)¹⁰

¹⁰ Pueden consultarse como referencias complementarias, tanto para la audiencia de conocimiento de cargo como para la audiencia de debate; el Manual Para la Aplicación del Procedimiento Para Delitos Menos Graves, escrito por Erick Juárez, páginas 3, 4, 5, 6 y 7. Además la Exposición de Motivos del Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, páginas CV, CVI y CVII.

“En todos estos casos, cuando se trate de conflictos entre particulares, el Ministerio Público puede convertir la acción penal pública en privada.”

Este instituto procesal se encuentra regulado en el artículo 26 del Código Procesal Penal y consiste en convertir la acción de pública a privada, su efecto principal es desvincular al Ministerio Público de la persecución penal (recuérdese que el ente fiscal es el titular de la acción penal pública y está obligado a su promoción de oficio) –arts. 24 bis y 285 del Código Procesal Penal-, facultando a que la misma sea promovida con exclusividad por el querellante en éste caso. Sin embargo en este punto es sumamente importante expresar que para estos casos la continuidad de la acción no debe darse mediante el procedimiento específico de acción privada (Arts. 474 a 483 CPP), sino a través del mismo procedimiento para delitos menos graves ante los Jueces de Paz, en atención a las consideraciones filosófico-finalistas que inspiran dicho procedimiento, como lo son la ampliación de la competencia de los Jueces de Paz y la posibilidad que el querellante inicie de forma directa el proceso a través de la presentación de la querrela, sin depender de la institución fiscal para ello; lo que pone de manifiesto que es totalmente factible dilucidar este procedimiento sin la intervención del ente fiscal.

Si por el contrario se considerase en pleno rigor de la norma jurídica señalada, que una vez realizada la conversión el caso debe pasar al tribunal de sentencia correspondiente, se estaría provocando un efecto adverso a la intención por la cual este procedimiento (delitos menos graves) fue ideado. Por ello es que el efecto de la conversión en éste procedimiento es simplemente desvincular al ente fiscal y permitir la promoción del caso únicamente por el querellante, según se apuntó anteriormente, puesto que si la norma le confiere la facultad para iniciar el proceso por sí solo, lógico resulta que tenga la facultad de proseguirlo del mismo modo una vez realizada la conversión.

Oportuno merece señalar que este instituto procesal (conversión) tiene como única limitación que el conflicto debe ser entre personas particulares, por lo que en consecuencia estaría imposibilitada su aplicación para todos aquellos casos en que la víctima del delito no es determinada con exactitud, lo cual

deviene lógico puesto que en dichos casos no existiría titular legitimado para continuar por sí mismo la acción penal.

III) COMENTARIOS CRÍTICOS

El procedimiento para delitos menos graves, ha sido objeto de diversidad de opiniones por varios sectores –la mayoría de ellas totalmente contradictorias entre sí-, lo cual lejos de dotar de claridad y comprensión respecto al mismo, ha provocado confusión e incompreensión sobre sus fundamentos, aplicación y forma de desarrollo, tanto para el gremio de profesionales litigantes (fiscales y defensores) e incluso para los propios Jueces de Paz, tengan o no asignada la competencia respectiva; provocando en ellos incluso temor y ansiedad respecto a este procedimiento, lo cual no debería suceder máxime si se recuerda que el mismo posee una estructura procedimental menos compleja y su naturaleza es rápida y sencilla, según se ha explicado anteriormente.

La intención de este apartado estriba en comentar algunas de esas opiniones emitidas y compararlas con los sustentos que dieron origen a dicho procedimiento y con lo regulado por la norma Constitucional y por los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos; no con la intención de criticar destructivamente las opiniones contrarias –pues nadie es dueño de la verdad absoluta-, sino con el afán de abrir el panorama lo más ampliamente posible en búsqueda de la más adecuada y correcta interpretación de la norma que hoy se analiza, con la intención de provocar como efecto positivo una litigación e impartición de justicia de mayor y mejor calidad. Con la especial intención que los Jueces de Paz en éste caso en uso de su independencia judicial tengan mayores herramientas para hacer una interpretación adecuada del cuerpo normativo que hoy les corresponde aplicar como vía procesal para la sustanciación de las causas menos graves.

A) Acuerdos 26-2011 y 40-2017, ambos de la honorable Corte Suprema de Justicia.

La honorable Corte Suprema de Justicia, en uso de las facultades que la ley le confiere para emitir acuerdos, circulares, reglamentos, etc., (artículos 54 y 55 de la Ley del Organismo Judicial), en concordancia con lo preceptuado en el artículo 14 del Decreto 7-2011 del Congreso de la República y en aplicación del

artículo 52 del Código Procesal Penal, emitió los Acuerdos antes enunciados (más los acuerdos 86-2017 y 58-2018 que simplemente modifican las fechas de implementación de la segunda y tercera fase y asignan la competencia para conocimiento de la vía recursiva), cuyo contenido central se refiere al procedimiento que venimos comentando.

Dichos Acuerdos en esencia, establecen la implementación del procedimiento para delitos menos graves en las Judicaturas de Paz que en ellos se mencionan, es decir, fijan la temporalidad en que se iniciará a aplicar por las Judicaturas de Paz y además fijan las circunscripciones territoriales que tendrán dicha competencia. Debe recordarse que la implementación del procedimiento para delitos menos graves, se hace de una forma progresiva, según el artículo 14 del decreto 7-2011 establece, tomando en cuenta los acuerdos interinstitucionales (Organismo Judicial, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal) que previamente se realicen, -de hecho al momento todavía no se cuenta con dicha competencia en todas las judicaturas de paz del país-.

De lo anterior se advierte que la honorable Corte Suprema de Justicia, tiene plena competencia y facultades legales para ir estableciendo de modo progresivo las circunscripciones territoriales a las que se les asignará competencia a las Judicaturas de Paz para aplicar el procedimiento para delitos menos graves, así como la fecha a partir de la cual pueden realizarlo. Sin embargo, al analizar el contenido de los Acuerdos antes mencionados, puede apreciarse que la honorable Corte Suprema de Justicia de aquel entonces no solo estableció los puntos antes enunciados, sino además en su contenido giró instrucciones a los Jueces de Paz de cómo debe procederse en situaciones determinadas (casos de flagrancia y aplicación del artículo 81 del Código Procesal Penal, adición de los delitos contemplados en leyes penales especiales, privilegiar otras medidas sobre la prisión preventiva, procedencia del criterio de oportunidad o cualquier otra salida alterna, facultad de realizar diligencias de las establecidas en los artículos 108 y 108 bis del Código Procesal Penal, facultad para decretar medidas de seguridad para mujeres y medidas de protección para niñez víctima) pretendiendo reglamentar o interpretar el artículo 465 ter del Código Procesal Penal, o bien suplir las eventuales o supuestas lagunas legales que

en el mismo existan (como el caso de la apelación, el cual ya ni siquiera mencionan en el último Acuerdo emitido -58-2018-). Aspectos estos que se considera son inadecuados por las razones siguientes:

Primero, en una visión de Estado Democrático de Derecho, un requisito indispensable es la separación e independencia de los poderes públicos¹¹, según la concepción a la que estamos acostumbrados (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en los cuales no debe existir intromisión de funciones o subordinación alguna entre los mismos. Ello implica que cada órgano de Estado debe cumplir el rol que constitucionalmente tiene asignado sin usurpar la esfera de competencia de los demás. Por ende, el órgano encargado de legislar única y exclusivamente es el Organismo Legislativo, por lo que la honorable Corte Suprema de Justicia no puede válidamente legislar o complementar la legislación que el órgano legislativo ha realizado, máxime si se toma en consideración que la norma de la que venimos hablando es una adición al Código Procesal Penal, no una ley que necesite de desarrollo o de complemento reglamentario (de hecho esa es la principal diferencia entre Código y Ley.) Por lo que a lo sumo reglamentariamente puede desarrollarse lo regulado por la norma ordinaria, pero nunca contrariar a la misma o desnaturalizar su sentido original que parece ser es lo que dichos Acuerdos provocaron.

Segundo, el hecho de instruir o girar directrices sobre el modo de proceder en casos o situaciones determinadas a los Jueces de Paz con competencia para este procedimiento, puede vulnerar la independencia judicial de cada Juez. Debe recordarse que esa garantía es el pilar fundamental de toda la administración de justicia para el desarrollo de un juicio justo y del debido proceso, la cual debe ser objeto de protección por parte del Estado. La independencia judicial además se encuentra plenamente garantizada tanto en el ámbito nacional y principalmente en el escenario internacional donde dicha garantía cobra mayor valor y es entendida de un modo más amplio del que nosotros estamos acostumbrados.

Como simple ilustración se señalan los siguientes cuerpos normativos que la regulan y protegen: Artículos 140, 141, 203, 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 10 de la

¹¹ Artículo 3 Carta Democrática Interamericana.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura. Principio 4º, de las Reglas Mínimas de Mallorca. Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial. Artículos 1 al 6 del Estatuto del Juez Iberoamericano. Artículos 1 al 3 del Estatuto Universal del Juez (actualizado en 2017).

Adicional a lo ya expuesto, es necesario señalar que el Juez no necesita ninguna sugerencia u orientación de cómo resolver o aplicar una forma procesal (aun con la mejor de las intenciones), toda vez, que el mismo al momento de emitir sus decisiones está sujeto únicamente a la Constitución y a las leyes, mismas que tienen la obligación de conocer y aplicar debidamente según el conocido aforismo “*iura novit curia*.”

En este punto es oportuno citar al Doctor Cesar Barrientos, que desde el año 1,998 cuando se desempeñaba como asesor del Congreso de la República, escribió un artículo referente a la independencia judicial en Guatemala, y en su parte conducente comentó:

El concepto de Independencia Judicial claramente definido por la Corte de Constitucionalidad no es comprendido. En reiteradas ocasiones, ha sostenido que nadie puede inferir en la decisión de los jueces. Frente al indebido ejercicio de la judicatura y la desesperación para enfrentar los males de la institución, se recurre a imposiciones morales, a sugerencias, circulares, instrucciones y controles que se traducen en presiones. Todo ello, claro está, se encuentra fuera de las fuentes del derecho. Aunque las “recomendaciones” se hicieran de buena fe, se causa un daño mayor que el que quiere evitar...¹² (Paradójicamente a lo antes expuesto, durante la gestión del doctor Barrientos como presidente de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, fue el período durante el cual más circulares y acuerdos fueron emitidos.)

Tercero, la existencia y vigencia conjunta de los Acuerdos que se comentan (26-2011 y 40-2017), lejos de brindar claridad (aun y cuando tal aspecto no es válido según se consideró anteriormente), puede crear confusión sobre el contenido de los mismos,

12 Barrientos Pellecer, Cesar. Seminario Independencia Judicial. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Instituto de Jueces y Magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial. Año 1,998. Página 17.

pues inicialmente si son diferenciables respecto a la asignación de competencia, toda vez, que el primero señala la primera fase de implementación del procedimiento para delitos menos graves; en tanto el segundo señala la segunda, tercera, cuarta y quinta fase de implementación. Sin embargo los restantes artículos regulan con casi idéntico contenido las directrices que se comentaron en el punto anterior, pero en ningún momento el acuerdo 40-2017 (que es el más reciente) derogó el primero en dichas partes, por lo que ambos siguen vigentes; cuando se estima que lo correcto es que el Acuerdo más reciente derogase lo normado por el anterior, tal y como la mayoría de disposiciones transitorias realiza, a efecto de evitar confusiones de aplicabilidad.

El concepto de Independencia Judicial, claramente definido por la Corte de Constitucionalidad, no es comprendido.

B) Manual de procedimientos para delitos menos graves, versión USAID.

Respecto a éste manual, el cual fue difundido ampliamente dentro del gremio de Jueces de Paz e incluso se han realizado múltiples capacitaciones para su explicación, cabe mencionar inicialmente que fue redactado por las Juezas que integraban el Juzgado Primero Pluripersonal de la ciudad de Guatemala, creado a través del acuerdo 58-2012 mediante la fusión del Juzgado Primero y Quinto de Paz de la ciudad de Guatemala, que fueron los Juzgados de Paz a los que se les asignó la competencia para conocer del procedimiento para delitos menos graves (art. 2 del acuerdo 26-2011.) Tal y como el mismo manual refiere “*se pretende compartir las experiencias que en la aplicación del procedimiento para delitos menos graves, han facilitado la gestión del despacho judicial que puede facilitar su aplicación en las distintas judicaturas de paz*”¹³ “*Las observaciones contenidas en este documento se fundamentan en la experiencia adquirida durante el desarrollo de las audiencias realizadas en el Juzgado Primero Pluripersonal de Paz Penal en aplicación de este procedimiento especial, que pretenden brindar orientaciones*

13 Manual versión USAID. Página 6.

del procedimiento en aplicación del apriorismo científico sujeta revisión y mejora.”¹⁴

Lo cual da una idea clara de dos puntos centrales: primero, lo que se comparte en dicho manual es el modo en que se realiza la sustanciación de dicho procedimiento en ciudad de Guatemala, lo cual en ningún momento garantiza que sea el modo correcto de sustanciar el mismo, por el contrario, de su contenido fácilmente puede establecerse que en dicha sede jurisdiccional se comete el error garrafal de desnaturalizar por completo el procedimiento para delitos menos graves, no comprendiéndolo y convirtiéndolo (según la interpretación que realizaron-“*constituye la oportunidad para que el Juez de Paz conozca el proceso penal que estuvo reservado para los Jueces de Primera Instancia*”-¹⁵) en un procedimiento común sustanciado en la Judicatura de Paz, lo cual ya fue ampliamente explicado en el inicio de éste artículo, acerca de las razones por las cuales tal práctica no es acertada.

Sumado al hecho que se observa una incomprensión e inadecuada interpretación no solo de la normativa que regula dicho procedimiento (art. 465 ter CPP), sino sobretodo de la normativa en su conjunto, es decir, con una visión de sistema. Lo anterior se comenta porque en dicho manual tanto en su presentación como en su desarrollo se afirma lo relativo al “control jurisdiccional”¹⁶ que la Judicatura de Paz tiene respecto a los delitos, fundamentado en el artículo 44 literal b) del Código Procesal Penal, olvidando por completo que aún y cuando dicha norma en la formalidad está vigente, la misma surge con ocasión del Decreto 51-2002 del Congreso de la República que para el caso de los Jueces de Paz, lo que pretendía era la emulación del procedimiento común en la Judicatura de Paz, mediante la implementación del Juez de Paz como contralor de la investigación y la creación de la figura del Juez de Paz de Sentencia (algo que nunca se llevó a cabo en la realidad). Ello implica que ese control jurisdiccional al que la norma hace alusión, no tiene nada que ver con la competencia del procedimiento para delitos menos graves, sino era inspirado en lo antes expuesto. Debe recordarse que las normas jurídicas no solo se derogan de forma

expresa, sino su inaplicación deviene además de la incompatibilidad del restante cuerpo normativo, tal y como lo señala el artículo 8 literal b) de la Ley del Organismo Judicial; por lo que no es correcto la referencia o sustento jurídico hecho en ocasión de tal norma.

Segundo, confirma la razón por la cual en las Judicaturas de Paz donde se implementó posteriormente este procedimiento (segunda, tercera, cuarta y quinta fase), según lo fijado por la honorable Corte Suprema de Justicia en los Acuerdos respectivos, se replica el mismo error y la confusión de los Jueces de Paz respecto al mismo –algo que me consta directamente gracias a la invitación que me fue hecha por la Asociación de Jueces y Magistrados del Organismo Judicial para dialogar respecto a este tema con los Jueces de Paz de la región de Occidente en el año 2018.- Lo que permite verificar objetivamente lo dicho con antelación: Lejos de proveer claridad y comprensión respecto a la adecuada interpretación del procedimiento específico para delitos menos graves, se genera confusión e interpretaciones erróneas.

Sin menoscabo de lo anterior, vale la pena mencionar que no sería correcto reprochar a las profesionales que redactaron el manual versión USAID, de las críticas antes señaladas, mucho menos a la institución que lo publicó. Por el contrario, debe tomarse en consideración que fueron ellas –las Juezas- quienes en primer momento y sin experiencia ni antecedente alguno, tuvieron que llevar a la práctica un contenido normativo nuevo y hasta ese momento desconocido en el país, lo cual es sumamente plausible. Sin embargo, ello no implica que los errores o malas prácticas deban seguirse replicando hoy por hoy en el resto de las Judicaturas de Paz del país (incluidas las futuras), por el contrario, es tiempo de superar las deficiencias anteriores y buscar aplicar de forma recta y correcta dicho procedimiento, a través de su comprensión y adecuada interpretación.

C) Exposición de motivos del decreto 7-2011

El documento nominado: “Fundamentos de las Reformas al Código Procesal Penal, Contenidas en el Decreto Legislativo 07-2011”, escrito por Erick Juárez, contiene las razones, así como las finalidades o intenciones por las cuales se emite el Decreto 7-2011 por parte del Congreso de la República, indicando

¹⁴ Ibid página 12.

¹⁵ Ibid, página 5.

¹⁶ Ibid, páginas 5 y 11.

las consecuentes modificaciones que el mismo implica (derogatorias, reformas y adiciones) para la normativa preexistente.

Su existencia inicialmente deviene obligatoria por el requisito legal impuesto en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo el cual al referirse a los proyectos de ley refiere:

“Forma de las Iniciativas de Ley. Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo una cuidadosa, y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifiquen la iniciativa. La presentación de la iniciativa se hará por escrito, en hojas numeradas y rubricadas por uno o varios de los ponentes y, además, en formato digital que deberá ser en formato de texto editable, para que inmediatamente después que el Pleno tome conocimiento de la iniciativa por la lectura de la exposición de motivos, se ponga en disponibilidad de todos los diputados al Congreso de la República por los medios electrónicos existentes, para su información y consulta...”

Sin embargo, además de cumplir un requisito meramente formal en el proceso de creación normativa, la exposición de motivos tiene una importantísima utilidad interpretadora, habida cuenta que en la misma inicialmente se expresan las razones por las que se hace necesaria la modificación a la normativa existente, también se explica e interpreta cada instituto jurídico que el proyecto de ley contiene, lo que implica que es esa la fuente primaria para comprender e interpretar adecuadamente la legislación respectiva, cuando ésta ya esté vigente, también a través de la exposición de motivos se señala la finalidad que se persigue, es decir, el cambio que pretende lograrse en el mundo real a través de la nueva regulación.

Tal y como lo expresa el autor Manuel Ossorio al definir a la exposición de motivos de la manera siguiente: *“Preámbulo que suele acompañar a algunas leyes para explicar el alcance y significación de la nueva norma o de las razones jurídicas o políticas que las fundamentan o justifican. Se ha de tener presente que la exposición de motivos no forma parte del texto de la ley, por lo que carece de fuerza obligatoria. Puede sin*

*embargo, servir para la mejor interpretación del contenido de aquella.”*¹⁷

Definición esta que es coherente con el tratamiento que en el ámbito internacional se hace de las respectivas exposiciones de motivos, a guisa de ejemplo se cita lo siguiente:

A menudo se recurre en los tribunales el valor normativo de la exposición de motivos o preámbulos de las normas legales aprobadas, sin embargo, esta cuestión es pacífica en nuestro derecho por cuanto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diferentes sentencias sobre la significación jurídica de esta parte del texto legal, a saber:

- *Sentencia 36/1981, de 12 de noviembre, en cuyo Fundamento Jurídico 7º declaró que “el preámbulo no tiene valor normativo aunque es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las Leyes”...A nivel interpretativo, la exposición de motivos tiene un papel fundamental ya que recoge las decisiones políticas más importantes contenidas en el texto dispositivo de la norma en forma de principios o reglas en la que prima el criterio interpretativo de dar unidad y coherencia al articulado que recoge la norma aprobada, es decir, nos va a ayudar a entender el ánimo de legislador y cómo debemos aplicar lo regulado en la norma, esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista.*¹⁸

Como puede apreciarse cualquier exposición de motivos resulta sumamente útil en la labor interpretadora de cualquier jurista, por lo cual aún y cuando la misma carece de valor normativo su función interpretadora es innegable. Por lo que en el presente caso, para tener una visión más amplia y mucho más acorde a la verdadera finalidad normativa del procedimiento para delitos menos graves, se propugna adecuado tener como material de consulta la exposición de motivos antes descrita, por sobre los manuales o artículos doctrinarios que puedan redactarse (incluyendo el presente).

¹⁷ Ossorio y Florit, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L., año 1,982, página 305

¹⁸ <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-constitucional/valor-de-la-exposicion-de-motivos-y-rango-normativo-2012-05-24/>

IV) VÍA IMPUGNATIVA

Por último, estimo oportuno comentar someramente lo relativo a la vía recursiva con la que los sujetos procesales cuentan dentro de éste procedimiento, a efecto de impugnar las decisiones que el Juez de Paz emita. Lo anterior en virtud de lo regulado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 11 del Código Procesal Penal.

Para tal efecto debe recordarse que este procedimiento inicia con la presentación de la acusación fiscal o querrela por parte de la víctima. Al recibir la misma el Juez de Paz fija audiencia de conocimiento de cargos dentro del plazo de 10 días. En dicha audiencia luego de escuchar a los sujetos intervinientes, puede resolver abrir a juicio o desestimar la causa. En el evento que suceda lo segundo (desestimación), la parte afectada, puede impugnar la decisión mediante el recurso de reposición, regulado en los artículos 402 y 403 del Código Procesal Penal. Así lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad, cuando en torno al tema ha señalado:

Como cuestión previa es importante indicar que si bien nuestra normativa vigente no precisa un medio de impugnación que se pueda emplear dentro de una audiencia oral distinta al debate, con fundamento en el principio pro actione que informa que las normas de carácter procesal se deben interpretar en el sentido más favorable para la admisibilidad de una acción, debe entenderse que si alguna de las partes plantea reposición dentro de una audiencia, la impugnación se viabiliza, pues de lo contrario se estaría privando a los sujetos procesales de la posibilidad de recurrir una decisión judicial que consideran agravante, lo que provocaría vulneración a sus derechos de defensa, a recurrir y a la tutela judicial efectiva. Criterio que ha sostenido esta Corte en sentencias de veinticuatro de julio de dos mil trece, once de septiembre de dos mil trece y veinticinco de octubre de dos mil trece, dictadas dentro de los expedientes 442-2013, 1175-2013 y 3126-2013 respectivamente. En el caso concreto se concluye que la reposición planteada en audiencia por la entidad querellante –ahora postulante–, contra la desestimación dictada en ese mismo acto por la autoridad cuestionada, era viable, en concordancia con lo indicado en el párrafo anterior,

*haciendo aplicación analógica de lo normado en el artículo 403 del Código Procesal Penal.*¹⁹

En la situación que el Juez decida abrir a juicio, se proseguirá la audiencia discutiendo lo relativo a la admisibilidad o rechazo de la prueba ofrecida por el fiscal y por el querellante (prueba de cargo), en el evento que el Juez rechace algún medio de prueba ofrecido, la parte afectada puede impugnar la decisión mediante el recurso de reposición, regulado en los artículos 402 y 403 del Código Procesal Penal. Así lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad, cuando en torno al tema ha señalado:

*La decisión de la autoridad cuestionada de no admitir determinados medios de convicción ofrecidos por la abogada de la querellante adhesiva, fue emitida durante la etapa de preparación para el debate, en un procedimiento para delitos menos graves; es decir, ya en la fase de juicio oral de ese proceso penal, por cuanto que, se ha estimado que, cuando el juez analiza la admisibilidad de los medios de convicción ofrecidos, se encuentra dentro de una etapa de preparación para el juicio –esto en el proceso común–, situación que resulta equivalente en el tipo de proceso específico que se promovió, aun cuando en este último, varias etapas se concentran en una misma audiencia denominada, para conocimiento de cargos. Derivado de la etapa en que se encontraba la causa penal, la reposición planteada resultaba idónea de conformidad con lo establecido en el Artículo 403 del Código Procesal Penal...*²⁰

En el desarrollo de la audiencia de debate, cualquier decisión que el Juez adopte será impugnabile a través del recurso de reposición tal y como lo señala el artículo 403 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia que el Juez de Paz dicta en el procedimiento para delitos menos graves; a primera vista pareciese que no existe previsto un medio impugnativo para tal efecto, pues el artículo 465 ter del Código Procesal Penal no hace relación a ninguno en su contenido de forma expresa. Sin embargo, puede concluirse que dicha sentencia es impugnabile a través del recurso de apelación (genérico como comúnmente se le conoce), regulado

¹⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de amparo. Expedientes acumulados 3606-2014 y 3670-2014, sentencia de fecha 12-02-2015.

²⁰ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de amparo. Expediente 2623-2016, sentencia de fecha 19-06-2017.

en los artículos 404 al 411 del Código Procesal Penal. Así lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad, cuando en torno al tema ha señalado:

En el procedimiento para delitos menos graves, al igual que en el proceso penal común, el legislador estableció como medio de impugnación idóneo para cuestionar la sentencia emitida por el juez de paz, el recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el artículo 466 del Código Procesal Penal, por lo que carece de sustento el argumento del incidentante respecto a que en el aludido procedimiento no se contempló ningún medio de impugnación.²¹

Y en concordancia con el precepto citado, el Artículo 466 del mismo cuerpo legal dispone que: "...Contra la sentencia será admisible el recurso de apelación, interpuesto por el Ministerio Público, o por el acusado, su defensor y el querellante por adhesión. La acción civil no será discutida y se podrá deducir nuevamente ante el tribunal competente del orden civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de apelación, con las limitaciones establecidas y sólo en la medida en que la sentencia influya sobre el resultado de una reclamación civil posterior...", pudiéndose apreciar que en su oportunidad se refería únicamente al proceso abreviado, pero dadas las adiciones contenidas en los Artículo 465, Bis y Ter, de la ley procesal penal, debe entenderse que también es aplicable a lo resuelto en los procedimientos regulados en esas normas...el caso concreto, para el tipo de proceso penal que se está ventilando, como para los otros regulados en el Título I, del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, no está establecida la apelación especial, sino su equivalente, es decir, apelación genérica.²²

Es importante tener presente que la resolución impugnada, se trata de una sentencia proferida el órgano jurisdiccional, luego de llevado a cabo un debate; por lo que es adecuado que el trámite de la apelación como vía impugnativa idónea sea el contemplado en el segundo párrafo del artículo 411 del CPP, es decir el que se aplica para la sentencia del procedimiento abreviado –según la equiparación que la Corte de Constitucionalidad hace de la sentencia en procedimiento para delitos menos graves-. Ello implica que exista una audiencia en segunda instancia para dar oportunidad a todos los sujetos procesales

21 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente 764-2016, sentencia de fecha 20-07-2017.

22 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de amparo. Expediente 2623-2016, sentencia de fecha 19-06-2017.

a exponer sus alegaciones; y no se aplique la que se regula en el trámite genérico, (interposición en tres días con indicación del motivo en que se funda y posterior resolución del tribunal en tres días), pues en tal escenario no hay posibilidad de argumentar ante el Juez de Segundo Grado.

V) CONCLUSIONES

- El procedimiento para delitos menos graves, es un procedimiento específico, por ende no debe confundirse convirtiéndolo en un procedimiento común sustanciado en la Judicatura de Paz, pues ello desnaturaliza el propio procedimiento y la intención por el cual fue creado (dar un tratamiento distinto a las causas diferentes.) Lo cual implica que las etapas procesales del procedimiento común no son aplicables a éste procedimiento derivado de su incompatibilidad, teniendo prevalencia de aplicación lo normado específicamente para la sustanciación de este procedimiento –principio de especialidad-, (art. 13 LOJ)
- Debe tenerse presente que todo Juez está sometido únicamente a la Constitución y a las leyes (art. 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala), quienes gozan además de independencia judicial no como un privilegio personal, sino como una garantía de todo justiciable, pues son responsables por las decisiones que emitan. Lo anterior implica que ningún Acuerdo, Circular, Manual, artículo doctrinario –incluyendo el presente- u opinión alguna pueden imponerles o instruirles acerca de la forma de proceder en los casos sometidos a su conocimiento, pues ello iría en detrimento de su independencia judicial.
- Según el criterio de jerarquía normativa en el caso de existir contradicciones entre cuerpos normativos dentro de un ordenamiento jurídico, debe aplicarse la norma jurídica que resulta jerárquicamente superior; por ende, ninguna norma inferior puede válidamente contrariarla, careciendo de validez en el evento que esto suceda. (Art. 9 LOJ)
- La exposición de motivos de cualquier regulación legal, no tiene carácter normativo o vinculante, pero si una utilidad interpretadora muy valiosa,

puesto que contiene lo que en doctrina se denomina la (voluntad del legislador o espíritu de la norma), que es uno de los parámetros de interpretación de la ley, según lo establecido en el artículo 10 literal a) de la Ley del Organismo Judicial. Por lo cual, la exposición de motivos del Decreto 7-2011 para el presente caso, se constituye en una herramienta útil, para todo Juez de Paz (que es a quien va especialmente dirigido el presente artículo) al momento de interpretar el verdadero sentido del artículo 465 ter del Código Procesal Penal.

Sobre el autor

LUIS ALBERTO FERNÁNDEZ RAMÍREZ. Ph. D.

Juez del Tribunal Segundo de Sentencia Penal,
Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del
Departamento de Quetzaltenango

DERECHO NEGATIVO, UNA INTRODUCCIÓN*

Luis Alberto Fernández Ramírez

**Para profundizar en cuanto a la temática abordada, así como para ampliar los argumentos que aquí tan solo se mencionan brevemente, se sugiere consultar la obra titulada: Derecho Negativo, una propuesta de Derecho Liberal, del propio autor.*

RESUMEN:

El presente artículo tiene por propósito realizar una breve introducción acerca de lo que es el Derecho Negativo como la perspectiva jurídica del Liberalismo¹. Se trata de una propuesta totalmente distinta respecto a la visión que tradicionalmente se ha tenido del Derecho; de ahí, que pueda resultar de particular interés tanto para los estudiantes como para los profesionales del Derecho a efecto de obtener una visión holística de la temática jurídica. Se propone concebir al Derecho de un modo contrario al que ordinariamente se ha realizado, donde sobresale:

1. Que el Derecho es una institución social de carácter espontáneo que está conformado por normas que también existen de modo espontáneo, es decir, que no son creadas deliberadamente y que evolucionan constantemente, las cuales revisten una forma negativa por cuanto no prescriben a las personas lo que deben realizar, sino que únicamente imponen prohibiciones de aquello que no debe realizarse, esto con la única finalidad de proteger los derechos legítimos de las demás personas.

¹ Por esta razón el Derecho Negativo resultará más familiar y comprensible para todas aquellas personas que conocen con antelación la Filosofía de la Libertad; en tanto que para el resto de personas podrá parecer un sistema jurídico extraño o atípico. En todo caso constituye un tema que se invita a leer con mente abierta, el cual es capaz de romper los paradigmas que el *mainstream jurídico* ha fijado en la mente de las personas, principalmente de los Abogados.

2. El Derecho tiene como único propósito el servir como medio para resolver las controversias que puedan suscitarse entre las personas derivado de las relaciones que sostienen. Lo cual difiere totalmente de la finalidad que tradicionalmente se le ha asignado al Derecho, esto es como regulador de las conductas de los sujetos, ya que dicha situación vulnera la libertad individual de toda persona.

Palabras Clave:

Liberalismo, Libertad, Derecho, Derecho Negativo, Ley, Legislación.

El Derecho Negativo es una
propuesta totalmente distinta
respecto a la visión que
tradicionalmente se ha tenido
del Derecho.

1.- INTRODUCCIÓN

Los países catalogados de *Civil Law* o Derecho Continental adoptan como fuente principal del Derecho a la legislación,

entendida como toda manifestación emanada del Órgano Legislativo. Sobre esa base toda disposición que promulgue el Congreso, Parlamento o Asamblea será considerada "ley" y el conjunto sistematizado de dichas disposiciones es a lo que desde esa visión se le denomina Derecho u Ordenamiento Jurídico; desde esta perspectiva el Derecho es algo eminentemente creado. Esta concepción jurídica es la que se conoce como Positivismo Jurídico, la cual predomina en la mayoría de países.

Tal perspectiva jurídica tiene importantes implicaciones respecto a la libertad individual de las personas, toda vez, que la legislación ha sido el instrumento utilizado por los gobernantes para dirigir la conducta de los individuos imponiéndoles lo que deben, pueden o tienen prohibido realizar con la intención de alcanzar objetivos concretos y particulares, esto es, lograr un orden creado o artificial donde se utilizan dichas medidas intervencionistas como medios para obtener el fin buscado por quien

ejerce el poder político en un país, muchas veces en detrimento de los derechos legítimos de las personas que son desplazados.

En contraposición a lo anterior, la Filosofía de la Libertad propugna por el respeto irrestricto de los derechos de las personas, entendidos como aquellas facultades propias de todo individuo que son inherentes al mismo y que no dependen del reconocimiento de los gobernantes. De esa cuenta, desde dicha perspectiva resulta ilegítimo que cualquier persona –especialmente la autoridad– pueda imponerle a otro sujeto el modo en que deba actuar o comportarse en sus relaciones con los demás, por ende, se califica lo anterior como un acto arbitrario.

En ese contexto surge la noción del Derecho Negativo –en contraposición al Positivismo Jurídico– en donde la función principal del Derecho no está en regular lo que las personas dentro de un conglomerado social deben realizar, sino en establecer un conjunto de prohibiciones o límites indispensables para propiciar una armónica y pacífica convivencia entre dichas personas; así como servir de parámetro objetivo para la solución de las controversias que eventualmente puedan suscitarse. Debe añadirse que dichas prohibiciones no son antojadizas o arbitrarias sino que se circunscriben estrictamente a la protección de los derechos de las demás personas, es decir, son los derechos de los demás individuos los que marcan el límite del ejercicio de libertad individual, a efecto de evitar externalidades o daños que otros puedan provocar.

Para la perspectiva liberal las instituciones sociales –incluido el Derecho– no son creadas deliberadamente, sino que surgen de un orden espontáneo y evolutivo derivado de la interacción de las personas cuando viven en sociedad. Esta es una característica fundamental que permite diferenciar al Positivismo Jurídico y al Derecho Negativo, ya que mientras el primero es un Derecho impuesto “de arriba hacia abajo” y creado deliberadamente como producto de la ingeniería social, el segundo es un Derecho que se forma en el seno de la propia población –no deliberadamente–, es decir, “de abajo hacia arriba”² que de modo natural y espontáneo evoluciona.

2.- LA VISIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO

El Derecho en su sentido objetivo ha sido ordinariamente entendido de conformidad con la perspectiva Positivista, esto es, como un conjunto de normas de tipo jurídico que tienen como objetivo regular la conducta de las personas que viven en sociedad. A pesar que dicha visión del Derecho le resulta cotidiana a la mayor parte de estudiantes y estudiosos de la ciencia jurídica y es aceptada por la mayor parte de ellos, la misma tiene importantes implicaciones sobre todo con relación a la libertad de las personas.

Desde dicha perspectiva jurídica las relaciones sociales no son espontáneas, voluntarias o libres, sino guiadas o impuestas, ya que las personas deben someterse a las normas que han sido emitidas por el poder político, lo cual limita o hasta anula la posibilidad que los sujetos actúen de conformidad con sus particulares conocimientos, preferencias y propósitos; extremo que desde un inicio evidencia una intromisión ilegítima en las acciones que las personas realizan dentro de las distintas clases de relaciones que sostienen con sus semejantes, los cuales son escenarios estrictamente íntimos o privados tales como los familiares, laborales, contractuales o comerciales e incluso los criminales.

A lo señalado debe añadirse el componente coactivo y sancionador que caracteriza a las normas jurídicas, el cual es ejercido con exclusividad por quienes desempeñan las funciones de Gobierno, a través del cual imponen su voluntad hacia el resto de las personas, lo que hace que el cumplimiento y observancia de lo normado devenga obligatorio puesto que de no ser así puede ser compelido coactivamente su cumplimiento o sancionado el infractor.

Ello permite evidenciar que a pesar que las personas se han acostumbrado a entender el Derecho de esta forma, considerándolo “lo normal”, en realidad el Positivismo Jurídico es un Derecho impuesto (esto significa el término *positum*), es decir, regula la conducta de las personas para que se comporten de conformidad con lo normado, esto es, con lo establecido por la legislación creada, lo que claramente vulnera la libertad de todo sujeto.

Lo anterior, permite establecer además que desde esta perspectiva el Derecho es creado de modo artificial por la autoridad. De esa cuenta, el único Derecho válido y legítimo es el emanado por el Gobierno que además se encuentre vigente, toda vez, que esa misma autoridad tiene la facultad de modificar, derogar o abrogar el Derecho creado. En suma, desde

² Debo la comprensión de dicha distinción al Dr. Walter Hillermann Braham.

esta perspectiva el Derecho es lo que la autoridad legislativa disponga, por el tiempo que lo establezca o lo mantenga.

Como (Hayek, 2006) señaló:

Cualquier cosa que el <cuero legislativo> decidiera tomaba el nombre de <ley>, de suerte que ya no se llamaban cuerpos legislativos porque promulgaban leyes, sino que se llamaba <ley> todo lo que emanara de los cuerpos legislativos. El venerable término de <ley> perdió todo su antiguo significado y se convirtió en un término para designar mandatos que los padres del constitucionalismo habrían ligado a la práctica del gobierno arbitrario.

Comprender de este modo el Derecho, distorsionó por completo su propio concepto ya que aquella institución que de modo espontáneo surgió en la sociedad derivado de las acciones que las personas realizaban y que paulatinamente eran descubiertas por los jueces (el verdadero Derecho), pasó a ser un producto de ingeniería social que era creado, modificado o eliminado según la voluntad de quienes ejercen el poder político (la legislación). Esto ha traído como consecuencia que las normas jurídicas lejos de proteger los legítimos derechos de las personas pasaron a ser un instrumento para que el gobernante impusiera su voluntad. Tal y como (Bastiat, 2009) lo explicó: *“La ley ya no es el refugio del oprimido, sino el arma del opresor.”*

Al aceptar que desde la visión Positivista el Derecho es una institución creada artificialmente de modo exclusivo por el órgano legislativo del Gobierno, se pone de manifiesto que el Derecho Positivo es formado de arriba hacia abajo, desde el Gobierno se impone hacia las personas quienes en su elaboración no han participado, por ende, lo desconocen³ en su gran mayoría y sin embargo deben obedecerlo, por el simple hecho de ser emitido por la autoridad, sin importar el propio contenido del mismo, el cual en muchas ocasiones va en detrimento de los derechos legítimos de las personas.

Al cotejar los argumentos esbozados con la realidad contemporánea puede establecerse que tanto Guatemala como muchos otros países adoptan un modelo jurídico de tipo Positivista donde la gran mayoría de profesionales de la legislación – abogados- consideran a esa legislación como el único Derecho que existe, sin ser capaces de distinguir entre ambos, o al menos darse cuenta que se trata de

conceptos diferentes. Lo cual es una visión miope del Derecho, misma que convierte a la generalidad de profesionales en meros legalistas. Término que a decir de (Cabanellas de Torres, 1993) significa: *“Intérprete de cortos alcances que no admite otro sentido que el literal de la ley. Partidario resuelto de aplicar el Derecho positivo...”*

Lo anterior, puede verificarse en que el afán de estudio y preparación académica de los estudiantes y profesionales en estos ámbitos se centra en el análisis de la legislación. Esta actividad intelectual la realizan principalmente a través de aprender y memorizar lo que la norma jurídica establece, el resultado es ser capaces de recitarla literalmente; también se esmeran por ubicar los artículos que citan dentro de los textos legales que los contienen y en el mejor de los casos lo anterior se extiende además a tratar de comprender el significado de la normativa jurídica, es decir, a lograr interpretar o desentrañar el significado de las normas positivas, auxiliándose para dicho efecto de las diversas opiniones doctrinarias dadas por los autores, así como de las decisiones que se emiten en las judicaturas tanto nacionales como internacionales al momento que estas aplican la legislación a los casos particulares que son sometidos a su conocimiento⁴.

Como puede apreciarse todo gira y gravita en torno a la norma del legislador⁵, que es la esencia del Positivismo Jurídico, de ahí, que resulte comprensible la confusión de la gran mayoría de los profesionales respecto a lo que es el Derecho y lo que es la legislación, llevándoles erróneamente a considerar que se trata de lo mismo, aunque con diferente nombre.

Sobre dicho fenómeno (Leoni, 2013) refirió:

Para saber en qué consiste el derecho seguimos todavía hoy refiriéndonos a la autoridad de determinadas personas. Se acepta una norma simplemente en cuanto proviene de una determinada autoridad. La formación de las normas jurídicas se pide exclusivamente a una autoridad constituida. Concebir el derecho como emanación del poder político es una actitud moderna... Mientras que el jurista positivo se contenta con tener un punto de partida que no discute, y que está formado por las proposiciones normativas emanadas directa

³ En este punto se hace evidente la ficción absurda y contraria a la realidad creada por el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial.

⁴ Esto se hace particularmente evidente en el análisis y estudio que hacen de las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad o por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde son usuales los cursos y actividades académicas que se ofrecen para dicho cometido.

⁵ El término legislador es utilizado para hacer referencia a quien emite cualquier tipo de normativa jurídica. De esa cuenta se incluyen tanto las normas constitucionales, ordinarias, reglamentarias e incluso internacionales.

o indirectamente del poder político, el filósofo del derecho no puede contentarse con este punto de partida.

Para demostrar las afirmaciones realizadas basta poner la mirada en la realidad jurídica contemporánea. Al verificar los pensum de estudios de la carrera de Derecho⁶ de cualquiera de las Universidades del país puede establecerse que un alto porcentaje de las asignaturas que se cursan a lo largo de la carrera corresponden a la enseñanza y aprendizaje de la normativa Positivista, es decir, a los códigos y demás cuerpos legales que se encuentran vigentes en el país. En tanto varios cursos más se dedican al mismo cometido pero de la normativa de carácter internacional tales como Tratados, Convenios, Pactos, Protocolos entre otros, es decir, continúan el estudio de la normativa jurídica con la diferencia en este caso que el ámbito territorial de aplicación de la misma es más amplio. Por esta razón (Rojas, El Derecho y la Escuela Austríaca de Economía, 2018) critica la función que realizan actualmente las universidades “*quienes ya no preparan abogados, sino a técnicos en la legislación*”.

Se añade como evidencia que la gran mayoría de los libros que se escriben, poseen como contenido central la descripción y el análisis de la normativa jurídica vigente de la materia a la cual se refiera la obra, es decir, que la mayor parte de las ideas doctrinarias expuestas se vuelven dependientes de la normativa positivista, esto es, que su contenido se torna legicentrista. Por esta razón sentenciaba (Kirchmann, 1983), que: “*tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura...*” Precisamente por el hecho que las obras se refieren casi con exclusividad a la exposición, análisis e interpretación de la normativa positivista, por lo que cuando esta es modificada se produce como efecto que dichas obras también pierden su utilidad y vigencia, relegándolas a una función meramente histórica.

Similar situación se observa en la práctica del ejercicio profesional, es decir, en la actividad tanto de los abogados como de los notarios, en las oficinas públicas, en los juzgados y tribunales, así como en los distintos registros u otras dependencias donde prácticamente toda la discusión jurídica gira en torno a lo que la normativa positivista establece y solo residualmente se abordan otros conceptos jurídicos distintos a la legislación en muchos de los casos sin considerarlos como Derecho propiamente. Con base en lo anterior se afirma que este es el paradigma

jurídico, la realidad jurídica de Guatemala⁷ así como de muchos otros países, donde impera casi con exclusividad la visión Positivista del Derecho, que en esencia lo equipara con los mandatos del legislador, es decir, con la normativa jurídica creada, la legislación.

El fenómeno anteriormente descrito ha distorsionado el propio contenido y significado del Derecho, toda vez, que aquella institución que propugnaba por los más altos ideales de justicia, hoy en día fue modificada para alcanzar los deseos y mandatos del gobernante en detrimento y vulneración de los derechos legítimos de las personas; extremo que el autor se atreve a afirmar no ha sido percibido por la mayoría de abogados quienes en un genuino deseo de alcanzar el primer ideal (justicia) mediante la obediencia y cumplimiento de las normas que a su entender es el Derecho, terminan coadyuvando a la consecución de este último (despotismo o incluso totalitarismo), sin ser conscientes de ello, ya que de serlo seguramente lo rechazarían de modo enérgico y lucharían en pro de la justicia contra la legislación arbitraria como uno de los “mandamientos del abogado” escritos por Couture propone⁸.

Como (Jouvenel, 1998) refirió:

La ley de la concurrencia explica por qué el poder altera el Derecho y por qué acaba reduciéndose todo Derecho al derecho positivo, el gran instrumento del totalitarismo, degradando el Derecho, que en lugar de ser un medio securitario, se convierte en una fuente de incertidumbre... constituye una ilusión buscar en el Derecho una protección contra el Poder. Pues, como dicen los juristas, el Derecho es ‘positivo’. Es decir, se reduce a la masa de las leyes y normas emanadas del Poder; a un conjunto de órdenes... La ley se ha convertido en la expresión de las pasiones del momento, crea la situación más ventajosa para el déspota, que puede imponer sus opiniones. El Derecho ha perdido su alma y ha devenido bestial, decía ¡todavía en 1945! Desde entonces es puro instrumento de manipulación, pudiendo llegar a ser admitida la definición totalitaria del Derecho...

⁷ Además de las evidencias expuestas, el autor llega a esta conclusión con base en su propia experiencia resultado del ejercicio profesional, del desempeño de la judicatura y de la docencia universitaria de pregrado y posgrado, dentro de las cuales confirma los argumentos esbozados.

⁸ **Comentario personal:** La única razón por la cual escribo y comparto el presente artículo es precisamente un intento de hacer ver a los estudiantes y profesionales el error en el que estamos inmersos actualmente, con la esperanza que tal situación pueda ser primeramente entendida y luego corregida, para poder retornar al análisis y aplicación del verdadero Derecho.

⁶ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

La legislación ha hecho del Derecho – medio de seguridad y garantía de la libertad – una especie de arma de guerra – instrumento de inseguridad y de coacción – ... Esa radical alteración del Derecho pervierte la libertad.

En suma, puede concluirse que el Derecho Positivo convierte a la sociedad en una estructura donde algunos pocos mandan y el resto obedece; y esa situación hace propicio el establecimiento de órdenes autoritarios, ilegítimos y despóticos.

Creo que el humilde aporte que aquí se intenta puede recordar a los abogados que su verdadera misión es abogar (*ad auxilium vocatus* – el llamado para auxiliar-) por los derechos de las personas, no cumplir ciegamente las órdenes que los gobernantes emiten a través de la legislación.

3.- EL DERECHO NEGATIVO COMO PROPUESTA DE DERECHO LIBERAL

Totalmente opuesta a la concepción jurídica antes descrita, el autor propone una forma distinta de comprender el Derecho, un sistema jurídico acorde y respetuoso de la libertad individual de las personas. En este punto es preciso señalar que coherente con la idea de las instituciones sociales que surgen de modo espontáneo – mercado, dinero, lenguaje, derecho, etc...- el autor no inventa nada por sí mismo, ni crea nada nuevo con la propuesta que aquí expone, es decir, no es una construcción mental o planificada la que realiza. Simplemente describe aquello que ya existía con antelación, lo cual a lo sumo cree haber descubierto luego de un proceso de investigación y búsqueda en torno a lo que puede ser el Derecho Liberal.

La distinción entre la propuesta que aquí se realiza y la forma tradicional de comprender el Derecho se hace evidente desde un inicio con la propia denominación con que se identifica la propuesta. El

autor optó por titularlo con el nombre de “Derecho Negativo”⁹ por 2 razones específicas:

1. Las normas que conforman el Derecho Negativo, son exclusivamente de tipo prohibitivo, es decir, que no regulan ninguna pauta de actuación, sino que tan solo fijan límites de lo que las personas y principalmente el Gobierno no pueden hacer; prohibiciones que tienen como único y exclusivo propósito proteger los derechos legítimos de las demás personas.
2. Para dejar totalmente clara la postura de que se trata de una propuesta diametralmente opuesta al Positivismo Jurídico.

El término negativo significa ausencia o inexistencia de algo (como lo define el DLE) y de ese modo se utiliza aquí dicho término. Cuando se hace referencia al Derecho Negativo lo que se indica es que el mismo carece de prescripciones, mandatos u órdenes específicas que impongan determinado modo de obrar a las personas. Ausencia necesaria para generar un ambiente donde sea propicio el ejercicio de la libertad individual, donde las personas puedan actuar del modo que les parezca más adecuado para alcanzar los fines que libremente escogen y persiguen, únicamente limitados por el derecho de libertad que también les asiste al resto de personas.

Corresponde a continuación presentar brevemente sus fundamentos y características más sobresalientes.

3.1 Definición del Derecho Negativo

El primer aspecto a tener en cuenta es que el Derecho Negativo es resultado de la aplicación dentro del campo jurídico de los principios fundamentales

⁹ Es necesario desterrar desde un inicio el falso nexo entre la palabra negativo y malo o perjudicial. Este punto es relevante para evitar cualquier confusión que hiciese considerar al Derecho Positivo como algo bueno o beneficioso y al Derecho Negativo como algo malo o perjudicial, por el simple nombre con el cual son denominadas ambas perspectivas jurídicas sin descender a sus respectivos contenidos, ni a las implicaciones que ambas perspectivas jurídicas conllevan.

El término “negativo” significa ausencia o inexistencia de algo (como lo define el DLE) y de ese modo se utiliza aquí dicho término. Cuando se hace referencia al Derecho Negativo lo que se indica es que el mismo carece de prescripciones, mandatos u órdenes específicas que impongan determinado modo de obrar a las personas. Ausencia necesaria para generar un ambiente donde sea propicio el ejercicio de la libertad individual, donde las personas puedan actuar del modo que les parezca más adecuado para alcanzar los fines que libremente escogen y persiguen, únicamente limitados por el derecho de libertad que también les asiste al resto de personas.

que caracterizan al Liberalismo¹⁰ como corriente de pensamiento, esto es, una filosofía dentro de la cual el valor preponderante es el reconocimiento y defensa de la libertad individual de las personas, lo que aparece como necesaria consecuencia la fijación de limitaciones y restricciones al poder y a las funciones que ostenta el Gobierno principalmente. Responde a una visión donde la persona individualmente considerada tiene una posición preeminente, se le considera un fin en sí mismo, no un medio, una pieza o parte de algo mayor que pueda ser utilizado a voluntad del planificador social.

En ese contexto, (Ossorio y Florit, 1982), respecto al sentido individualista del Derecho, señaló:

Son varios los autores que se han expresado acerca del sentido individualista del Derecho. Si nos atenemos a la apreciación de Kant, es "el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el criterio de todos los demás, según una ley universal de libertad"... Todavía es más acentuada, en esa misma dirección, la idea de Wolff, quien afirma que el Derecho, como deber perfecto que es, tiene por objeto eliminar cuanto impida el recto uso de la libertad humana.

El Derecho como institución social propicia un ambiente de pacífica convivencia entre los seres humanos, condiciones que son generadas por una "ley universal de libertad" como señaló Kant. Esta ley universal de libertad es entendida como una norma de recta conducta que permite que todas las personas puedan hacer uso de la libertad en la misma medida, como un derecho inherente a todo ser humano. Dicha ley es universal por cuanto le asiste a todas las personas, la cual no corresponde a una disposición creada por el ente gubernamental que tenga dicha función (como el Congreso para el caso de Guatemala), sino que es anterior incluso a la existencia de los Estados organizados políticamente como hoy se conocen.

Para posibilitar el ejercicio de la libertad de las personas, el contenido de esa ley no es prescriptiva, es decir, no contiene instrucciones positivas sobre lo que cada persona debe realizar, ya que si así fuera

no podría hablarse de libertad por cuanto dichas prescripciones se convertirían en intervenciones a la libre acción de las personas; por ende, la ley universal de libertad a la que Kant hace referencia solo contiene prohibiciones que las personas deben abstenerse de realizar para permitir el goce del derecho de la libertad de los demás sujetos. De ahí, que fácilmente pueda inferirse que un sistema jurídico respetuoso de la libertad de las personas, no debe prescribirles lo que deben hacer, sino tal solo fijar límites para proteger los

El Derecho, como institución social, propicia un ambiente de pacífica convivencia entre los seres humanos, condiciones que son generadas por una "ley universal de libertad", como señaló Kant.

derechos de los demás, que es en esencia el sustento básico de las normas del Derecho Negativo.

Esto es además lo que Wolff expresa al señalar que el Derecho busca "eliminar cuanto impida el recto uso de la libertad humana." Lo cual nuevamente evidencia que el Derecho no debe prescribir o regular ningún tipo acción particular para los individuos, solamente debe hacer de lado todas aquellas intervenciones -normas positivas- que estorben el ejercicio de la libertad individual de las personas. Esto implica que solamente se deben prohibir las conductas que causen daño o afectación a los derechos de otras personas ya que estas serían las que impedirían su respectiva libertad. Por ende, se confirma que el Derecho así entendido está esencialmente conformado por prohibiciones o normas negativas donde los sujetos tienen libertad de actuar sin interferencia alguna, sometidos únicamente a límites que protegen los derechos legítimos de las demás personas.

De lo esbozado con antelación, (Hayek, 2006) expuso:

Para los fundadores del constitucionalismo el término <derecho> {law} tenía un significado muy preciso y estricto. Sólo mediante las limitaciones impuestas al gobierno por el <derecho> en ese sentido podría esperarse que la libertad individual estuviera protegida. En el siglo XIX los filósofos del derecho lo definieron como un conjunto de normas que regulan la conducta de los individuos respecto a los demás, aplicables a un número desconocido de casos futuros, y que contienen prohibiciones que delimitan (pero naturalmente no especifican) el ámbito de la esfera de autonomía de todo

10 De ahí, que para poder comprender de mejor modo el Derecho Negativo sea necesario que previamente se conozcan temas básicos como:

- Libertad individual.
- Distinción entre Libertad negativa y Libertad positiva.
- Distinción entre Orden espontáneo (cosmos) y Orden creado (taxis).
- Distinción entre Normas de conducta (nomos) y Normas de organización (thesis).

individuo o grupo social. Tras largas discusiones, en las que especialmente los juristas alemanes llegaron a elaborar esta definición de lo que ellos llamaban <derecho en sentido material>... Estas normas son casi todas negativas en el sentido que prohíben en lugar de aprobar determinados tipos de acciones, que lo hacen así para proteger ámbitos de derecho dentro de los cuales es libre de actuar como decida... No nos equivocáramos mucho si, para nuestros fines, afirmásemos que todas las normas de recta conducta revisten carácter negativo.

Por su parte, (Rojas, *El Orden Jurídico Espontáneo*, 1990) al distinguir entre normas positivas y normas negativas explicó:

Las normas jurídicas pueden ser clasificadas en positivas o negativas, de acuerdo con su finalidad. Aquellas que tienen por objeto imponer la realización de una conducta determinada, aun en contra de la voluntad del sujeto actuante, son normas de contenido positivo. Las normas negativas, en cambio, son las que "más que prescribir, prohíben determinados actos; que pretenden proteger unos marcos específicos dentro de los cuales el individuo seguirá siendo libre de actuar como mejor le parezca." Las leyes positivas indican lo que se debe hacer obligatoriamente. Las negativas indican lo que no se debe hacer. Un orden espontáneo se organiza sobre la base de normas de contenido negativo, que al prohibir la violación de los derechos, permite que la sociedad se organice siguiendo las decisiones individuales de sus integrantes.

El Derecho Negativo exige además que las prohibiciones resulten legítimas, esto es, que tengan como único y exclusivo propósito el proteger los derechos legítimos de las demás personas. Ello implica que el Derecho Negativo busca evitar que las acciones de cualquier persona, incluidas especialmente las acciones de las personas que ejercen funciones de Gobierno le causen daño a otra. Dicho propósito se fundamenta en el aforismo "neminem laedere" propuesto por Ulpiano que significa "No hacer daño a otro", principio básico del Derecho y de la Justicia misma¹¹.

Al cual se le debe agregar el "Axioma de No-Agresión" propuesto por (Rothbard, 1978), quien sobre el mismo explicó:

11 Como (Smith, 1997) señaló:

La mera justicia no es, en la mayor parte de los casos, otra cosa que una virtud negativa que nos prohíbe dañar a nuestros semejantes. El hombre que se abstiene simplemente de perjudicar a la persona, la propiedad o la reputación de sus vecinos, seguramente tiene muy poco mérito positivo. Cumple, sin embargo, con todas las reglas de los que peculiarmente se llama justicia.

Ningún hombre ni grupo de hombres puede cometer una agresión contra la persona o la propiedad de alguna otra persona. A eso se lo puede llamar el "axioma de No-Agresión". "Agresión" se define como el inicio del uso o amenaza de uso de la violencia física contra la persona o propiedad de otro. Por lo tanto, agresión es sinónimo de invasión. Si ningún hombre puede cometer una agresión contra otro; si, en suma, todos tienen el derecho absoluto de ser "libres" de la agresión, entonces esto implica inmediatamente que el libertario defiende con firmeza lo que en general se conoce como "libertades civiles".

Por ende, es preciso dejar en claro que no toda prohibición forma parte del Derecho Negativo, no basta que simplemente adopten la forma de normas negativas, es esencial analizar su contenido por cuanto también existen prohibiciones arbitrarias, estas son aquellas que si bien es cierto prohíben conductas, tal prohibición no busca proteger los derechos de las personas, sino limitar la libertad de los individuos al impedirles una serie de acciones que tienen toda la facultad de realizar, es decir, buscan que las personas no realicen lo que el gobernante no desea que hagan. Su objetivo no es proteger los legítimos derechos de las demás personas sino cumplir los designios de la autoridad.

Con base en lo expuesto, el autor define el Derecho Negativo como:

Conjunto de leyes formadas por el uso constante y la aceptación de las personas, que evolucionan y son descubiertas progresivamente. Las cuales poseen un contenido negativo que exclusivamente prohíben conductas y tienen como único propósito proteger los derechos de las demás personas; así como servir de parámetro para dirimir los conflictos que se susciten.

3.2 Características del Derecho Negativo

- **Espontáneo:** El Derecho desde la perspectiva Liberal, no es una creación de la autoridad gobernante mucho menos un monopolio de este, de ahí, que sea erróneo equiparar los términos Derecho y Estado -como Kelsen propuso- por cuanto el Derecho existe independientemente al Gobierno. El Derecho Liberal es una institución que se forma espontáneamente a través del uso reiterado que se hace del mismo por parte de las personas mediante de sus acciones de modo no deliberado, el cual evoluciona constantemente según cambian las conductas sociales, lo que le distingue además de las posiciones Iusnaturalistas que estiman al Derecho como algo fijo e inmutable.

- **Evolutivo:** El Derecho desde la perspectiva Liberal está conformado por una serie de normas que están en constante evolución, lo que denota el carácter dinámico de la sociedad. Dichas normas son descubiertas y articuladas progresivamente por parte de los jueces (que actúan en un sistema de *Common Law*) al pronunciarse sobre los asuntos sometidos a su conocimiento. Dichas decisiones sirven además como precedente no obligatorio para casos futuros, lo que permite su ajuste y evolución continua.
- **Prohibitivo:** El contenido básico de las normas antes señaladas presentan una naturaleza negativa, porque no prescriben ningún modo de actuar determinado respecto a los sujetos a quienes van dirigidas ya que estos son libres de actuar del modo que consideren más oportuno. Dichas normas solamente contienen prohibiciones que establecen los límites necesarios con el único y exclusivo propósito de evitar que se cause daño a los demás y con ello proteger los derechos legítimos de las demás personas y además permitir que todos los sujetos puedan ejercitar su respectiva libertad en la misma medida. En este punto es esencial precisar que no toda prohibición forma parte del Derecho Negativo, sino solamente aquellas prohibiciones legítimas, es decir, las que protegen los derechos de los demás.
- **Preventivo y Reparador:** Las normas negativas o prohibiciones que conforman el Derecho Negativo tienen como función esencial evitar los conflictos entre las personas para que a través de su observancia pueda propiciarse una pacífica y armónica convivencia entre los miembros de la sociedad. Además en el evento que surja un conflicto entre las personas, dichas normas proveen las bases para resolverlos, es decir, tienen como función dotar de parámetros objetivos para la decisión de los casos o reclamaciones que se presenten jurisdiccionalmente. Esto pone de manifiesto la verdadera función del Derecho, que consiste en resolver los conflictos de las personas, no en regular sus conductas.

3.3 Las fuentes del Derecho Negativo

Como antes se indicó, para la perspectiva liberal las instituciones sociales –incluido el Derecho– surgen de modo espontáneo y evolutivo, es decir, que no son creadas deliberadamente por nadie en particular. Congruente con ello, en este punto es necesario

exponer someramente los factores o circunstancias (fuentes) que dan origen al Derecho Negativo. Es necesario señalar desde el inicio que enérgicamente se rechaza la idea de que la legislación sea la fuente del Ordenamiento Jurídico¹² como supone el Positivismo Jurídico, por cuanto es una afirmación contraria a la realidad, que no tiene respaldo alguno más que en el propio designio del legislador.

3.3.1 Las acciones de las personas.

Lo primero a considerar es el hecho que el ser humano es el protagonista principal de todo proceso social, por ende, resulta esencial comprender que son las personas individualmente consideradas quienes a través de sus acciones moldean su entorno social sobre la base de las opiniones e ideas que comparten y principalmente de las acciones que realizan. Esas acciones que las personas llevan a cabo de modo libre y voluntario en su trato con los demás –relaciones sociales– son las que generan de modo inconsciente y no deliberado las normas de conducta que rigen en determinada sociedad, esto es, lo que comúnmente se conoce como costumbres, las cuales se forman a través de los comportamientos que los sujetos realizan de modo repetitivo y constante.

Lo anterior brinda un panorama totalmente distinto al que el Positivismo Jurídico plantea, toda vez, que son las propias personas que integran la sociedad quienes forman lo que con posterioridad será entendido como Derecho, no el legislador¹³ *ex ante*. De ahí, que desde la perspectiva Liberal dichas acciones sean una de las principales fuentes del Derecho. Como (Casadiegos Cáceres, 2005) al citar a Justiniano señaló:

El Derecho no escrito (Ius non scriptum), a decir de Justiniano, es aquel que el uso ha hecho válido, “porque la costumbre repetida diariamente y aprobada por el consentimiento de los que la siguen, equivale a leyes”: Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitatur... El derecho no escrito, por consiguiente, funda su autoridad en el consentimiento tácito del pueblo... La costumbre ha sido la primera y más antigua fuente de derecho.

Sin embargo, es importante hacer notar que las conductas que forman esa costumbre son realizadas por las personas de un modo inconsciente, no deliberado, sin perseguir como objetivo que las

12 Otra ficción absurda, sin fundamento y contraria a la realidad que se encuentra regulada en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial.

13 Por esta razón desde el inicio se indicó que se trataba de un Derecho que se forma de abajo hacia arriba, es decir, dentro del seno de la propia población, no por el designio de la autoridad.

mismas constituyan el Derecho, puesto que de lo contrario sería exactamente lo mismo que el Positivismo Jurídico, sería un Derecho creado artificialmente con la única distinción que no sería el legislador quien creara el Derecho, sino el pueblo.

De ahí, que se afirme que el Derecho es una institución social que de modo natural y espontáneo surge y evoluciona progresivamente, como sucede por ejemplo con el mercado, el dinero o el lenguaje, los cuales tienen como base las acciones de las personas pero no la intención de estas en que sus acciones sean la causa del resultado que producen. En suma, se trata de un orden evolutivo, no de una planificación constructivista como la propuesta por Descartes.

Además de las costumbres existe otro tipo de conductas que las personas realizan en su trato con los demás que también se constituyen en una fuente del Derecho desde esta perspectiva, las cuales además son útiles como parámetros para la solución de conflictivos controversias que puedan surgir entre las personas con ocasión de dichas relaciones. Aquí se hace referencia a los pactos o contratos que las personas libremente realizan entre sí, los cuales son considerados "ley entre las partes" precisamente porque son las reglas que rigen los negocios jurídicos que realizan. Cabe hacer notar que el único requisito que se impone a la validez de tales pactos o contratos es que se realicen sin coacción, violencia o engaño alguno, es decir, que sea resultado de la libre voluntad de los sujetos intervinientes, esto es, que se lleven a cabo por consentimiento.

De esa cuenta, deviene ilegítima toda disposición de un tercero ajeno al asunto que pretenda forzar pactos que los sujetos no quieren realizar (como sucede por ejemplo en el caso de la expropiación donde alguien es obligado a vender contra su voluntad a un precio fijado por otros bajo una supuesta justificación de utilidad social); o que pretenda impedir pactos que los sujetos directamente involucrados si desean realizar (como sucede por ejemplo en el caso de las relaciones laborales donde se impone un precio mínimo del trabajo por debajo del cual nadie puede pactar, bajo una supuesta justificación de tutelaridad de los trabajadores).

Debe comprenderse y sobre todo respetarse que los pactos realizados con pleno consentimiento por las personas directamente involucradas, de forma libre y voluntaria, resultan necesariamente justos así como legítimos independientemente de los resultados que produzcan, precisamente porque tiene como base la voluntad y el consentimiento emitido por cada uno

de los sujetos directamente involucrados¹⁴. Ello tiene un fundamento básico: ningún trato o pacto hecho de modo libre y voluntario se realizaría a menos que las partes involucradas estuvieran en total acuerdo en su celebración y esto por considerar subjetivamente cada uno de ellos que resultarán beneficiados con el pacto realizado, es decir, que ganan con la celebración del mismo, ya que reciben más de lo que dan.

El Derecho es una institución social que de modo natural y espontáneo surge y evoluciona progresivamente, como sucede por ejemplo con el mercado, el dinero o el lenguaje.

Como Adam Smith, citado por (Milton Friedman y Rose Friedman, 2008), señaló:

¹⁴ Con total acierto el Dr. Ricardo Manuel Rojas señaló: "cada persona es el mejor juez de su propia preferencia." Esto es, que cada quien sabe mejor que nadie lo que es mejor para sí mismo, a pesar que pudiera cometer errores (como cualquier ser humano). Lo anterior conlleva el reconocimiento y pleno respeto tanto de la dignidad como del valor de toda persona, el ejercicio de su mayor tesoro, su LIBERTAD DE ELEGIIR. Lo que en otros ámbitos se conoce como *libre albedrío*, algo que hasta el propio Dios como Supremo Creador concede a los seres humanos y respeta.

Lo cual ningún intervencionista -de izquierda o de derecha- comprende ni respeta y por el contrario en una muestra de arrogancia creen saber lo que es mejor para todas las personas y bajo ese falso supuesto buscan imponer sus juicios de valor a los demás. De ahí, su deseo por que las personas hagan lo que ellos consideran que es lo mejor según su plan, según su visión (el megalómano al que hace referencia el Dr. Ludwig Von Mises), por ello se empeñan en regular la conducta de los demás, que es el objetivo concreto del Positivismo Jurídico.

Sobre dichos intervencionistas el Dr. (Ayau Córdón, *Sentido Común*, 2013) explicó: "quien pretende sustituir con sus propios juicios valorativos el juicio de sus conciudadanos, y no tiene reparo en utilizar el poder coercitivo del Gobierno para imponer su criterio, es un dictador."

A lo cual (Bastiat, 2009) añadió: "¡Miserables! ¿Os creéis tan grandes que juzgáis a la humanidad tan pequeña que queréis reformarlo todo? ¡Basta que os reforméis a vosotros mismos!"

Y más sutilmente, Jesús (Mateo 7; 3-5) expresó:
¿Y por qué miras la paja que está en el ojo de tu hermano, y no echas de ver la viga que está en tu propio ojo? ¿O cómo dirás a tu hermano: Déjame sacar la paja de tu ojo, y he aquí la viga en el ojo tuyo? ¡Hipócrita! saca primero la viga de tu propio ojo, y entonces verás bien para sacar la paja del ojo de tu hermano.

Todo intercambio voluntario genera beneficios para las dos partes y que, mientras la cooperación sea estrictamente voluntaria, ningún intercambio se llevará a cabo, a menos que ambas partes obtengan con ello un beneficio. No es necesaria una fuerza externa, la coerción o la violación de la libertad para conseguir una cooperación entre individuos de la que se pueden beneficiar.

Para dotar de certeza a las transacciones o pactos que las personas realizan dentro de las relaciones que sostienen con otros, tanto las de cumplimiento inmediato así como las de tracto sucesivo, se hace necesario garantizar el efectivo cumplimiento de lo pactado, esto es, lo que significa el principio "*pacta sunt servanda*". Dicha tarea ordinariamente está encomendada al Gobierno¹⁵ como ente que ostenta el monopolio de la coacción. Es importante señalar que en este caso el uso de la coacción resulta legítimo ya que tiene como único propósito el proteger los derechos legítimos de la parte contratante afectada con el incumplimiento de la otra.

Por último, cabe hacer notar que las estipulaciones realizadas por las partes dentro de los pactos o contratos se constituyen en la base para dirimir las diferencias o incumplimientos que puedan ocurrir entre las personas involucradas con ocasión de dicho acuerdo, de ahí, que sean también una fuente de Derecho aunque limitada solamente al asunto particular dentro de la cual se emiten.

3.3.2 Las decisiones jurisdiccionales

El primer aspecto a tener en cuenta es que para la perspectiva liberal el Derecho no tiene como finalidad el regular las conductas de los individuos dentro de las relaciones que sostienen con los demás ya que ello vulnera la libertad individual de las personas como antes se ha indicado; por el contrario, la función principal del Derecho es la de resolver las controversias o conflictos que surjan entre las personas derivado de las relaciones que libre y voluntariamente sostienen unas con otras.

Aquí queda evidenciada la diametral distinción que existe entre la visión que del Derecho tienen la perspectiva Positivista y la perspectiva Liberal. Para la primera, el Derecho es una herramienta de dominación y control que el gobernante ejerce sobre las personas que conforman la sociedad a efecto que estos hagan lo que desea. En tanto para la segunda, el Derecho es una herramienta de pacificación, por ende, se constituye en un medio o instrumento

que está al servicio de las personas para resolver los conflictos que puedan surgir como resultado de las relaciones sociales que sostienen, extremo que resulta imprescindible para lograr una armónica convivencia entre las personas, condición que a su vez resulta esencial para el progreso social¹⁶. Dichas reglas son útiles tanto para resolver los conflictos interpersonales entre los sujetos que conforman una sociedad, pero principalmente para limitar el poder que ejerce el Gobierno sobre los individuos.

Comprender el Derecho como una herramienta de pacificación social pone de manifiesto la gran importancia que tienen las decisiones de los jueces al momento de resolver los casos sometidos a su conocimiento, toda vez, que es a través de dichas decisiones mediante las cuales se descubren y articulan paulatinamente las reglas de recta conducta preexistentes, las cuales se hacen explícitas al momento de su aplicación a situaciones particulares, es decir, dentro de los casos concretos donde son emitidas dichas decisiones. Por ello, se afirma que para la perspectiva liberal las decisiones jurisdiccionales son una fuente importante de donde surge el Derecho, el cual los jueces "descubren" progresivamente, situación que es contraria a la visión tradicional que considera que es el legislador quien "crea" el Derecho y que los jueces son solamente los encargados de su aplicación.

Esto a su vez permite identificar dos formas totalmente distintas y contrapuestas de concebir la función jurisdiccional. La que se realiza dentro de un orden creado como el sistema de Civil Law por ejemplo, donde el juez no es más que un mero aplicador de las disposiciones legales emitidas por el legislador, es decir, su función se circunscribe y limita a resolver las controversias sometidas a su conocimiento según lo estatuido previamente en los códigos y demás cuerpos legales independientemente de la justeza de la decisión para los sujetos involucrados. Y aquella que se realiza dentro de un orden espontáneo como

¹⁶ Como el Dr. (Pérez de Antón, 2004) enfatizó:

La paz es el humus de la convivencia. Y convivencia significa vivir con, no contra los demás. En contraposición a quienes identifican en la lucha el fermento de la sociedad, el sistema social de libre empresa parte de la premisa de que la paz es el origen de la vida social. La paz es lo que distingue al hombre de las fieras y sólo en paz se puede lograr bienestar material y espiritual... La división del trabajo es la matriz de la cooperación social. Cuando ambas operan libremente, encajan entre sí como dos poderosos engranajes, dando lugar a una verdadera explosión de riqueza y productividad que penetra hasta los últimos resquicios de la sociedad. «La división del trabajo transforma a los enemigos en amigos, hace surgir la paz de la guerra y convierte a los individuos en sociedad.» La razón de ello, resume Mises, se debe a que esa distribución voluntaria de oficios permite a los hombres considerarse a sí mismos compañeros en la búsqueda del bienestar en lugar de enemigos en la lucha por la sobrevivencia.

¹⁵ Aunque esta tarea también podría ser realizada dentro de la esfera privada a través de agencias de seguridad y justicia por ejemplo, como el anarcocapitalismo propugna.

el Common Law por ejemplo, donde el juez tiene la función esencial de descubrir progresivamente el Derecho en su sentido objetivo y articularlo expresamente para así hacer explícitas las normas que lo conforman, lo que a su vez sirve como precedente no obligatorio para otros jueces en casos futuros. Es esta segunda forma de concebir la función jurisdiccional la que el Derecho Liberal adopta.

Sobre dicha función jurisdiccional, así como la importancia de las normas que descubren los jueces (Rothbard, 1978) señaló:

El cuerpo troncal del derecho anglosajón, el justamente célebre derecho común (common law), fue desarrollado durante centurias por jueces competentes que aplicaban principios sancionados a lo largo del tiempo en lugar de los cambiantes decretos del Estado. Estos principios no fueron decididos en forma arbitraria por ningún rey o legislatura; evolucionaron por siglos mediante la aplicación de principios racionales –y muy a menudo libertarios– a los casos que se presentaban. La idea de seguir los precedentes no fue un mero tributo al pasado; tuvo su origen en que todos los jueces de épocas pasadas habían tomado sus decisiones aplicando los principios del derecho común, generalmente aceptados, a casos y problemas específicos. La opinión unánime era que los jueces no hacían el derecho (como suele suceder hoy); su tarea, su experiencia, consistía en encontrar la ley dentro de los principios aceptados del derecho común, y luego aplicar ese derecho a casos específicos o a nuevas condiciones tecnológicas o institucionales. La permanencia del derecho común a lo largo de siglos es testimonio de su éxito. Los jueces del derecho común, además, actuaban de manera muy similar a los árbitros privados, como expertos en derecho a los cuales acudían con sus pleitos las entidades privadas. No había ninguna “corte suprema” arbitrariamente impuesta cuya decisión fuera obligatoria, ni ningún precedente.

Por último, resulta necesario abordar la afirmación que desde la perspectiva del Derecho Liberal los precedentes, jurisprudencia o doctrina legal (como quieran denominarlos) deben ser meramente guías o pautas de interpretación para casos futuros pero que no deben ser de obligatoria observancia para el resto de los jueces. Esta afirmación descansa en dos razones básicas: La primera, es que al hacer obligatorias las decisiones que otros jueces han emitido en casos anteriores indefectiblemente se estanca y congela el Derecho en esas decisiones, por cuanto los jueces restantes no tienen la posibilidad de seguir descubriendo las normas de recta conducta, sino que deben ajustarse a la interpretación y argumentos

hechos en los casos precedentes, lo cual es totalmente contrario a la idea de evolución del Derecho. La segunda, radica en el hecho que el aceptar decisiones previas que devengan obligatorias en lo futuro para el resto de jueces implica que no cualquier juez puede crear dicha obligatoriedad respecto al resto sino solo alguna judicatura en específico, como las Supremas Cortes,¹⁷ por ejemplo. Sin embargo, tal situación llevaría inexorablemente a transformar el Derecho pasándolo de una institución social de carácter espontáneo hacia una institución creada deliberadamente, similar al Positivismo Jurídico, en donde solamente cambiaría el emisor de las normas que los restantes jueces deberían obedecer, ya no sería el legislador, sino la judicatura superior, lo cual desnaturaliza por completo el Derecho propuesto desde la perspectiva liberal.

3.3.3 La legislación.

Para el Positivismo Jurídico la legislación conforma la totalidad del Derecho, para ello es necesario que exista un órgano político de Gobierno que con exclusividad cree ese Derecho y defina su contenido, así como sus ámbitos de aplicación –personal, material, territorial y temporal- tanto en lo referente al Derecho Privado como al Derecho Público. Sin embargo, el Derecho Liberal tiene su propia perspectiva respecto a lo que es la legislación, así como la función que esta realiza dentro de una sociedad de hombres libres¹⁸.

Contrario a lo que podría suponerse el Liberalismo no busca un mundo sin leyes¹⁹ o sin Gobierno, de hecho, para Liberalismo Clásico así como para el Minarquismo es importante la existencia del Gobierno, por ende, no se propugna por la eliminación total del mismo, ni tampoco por la eliminación total de la legislación. En todo caso la discusión se centra en torno al tamaño de dicho Gobierno, las funciones que debe realizar, así como

17 En Guatemala este fenómeno se evidencia con las decisiones que emite la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

18 En Guatemala este fenómeno se evidencia con las decisiones que emite la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

19 Nótese que no se dice que la legislación o incluso el Positivismo Jurídico sean malos o perjudiciales *per se* (ya que no son personas, no pueden actuar, pensar o sentir por sí mismos, tal vicio de pensamiento sería un error antropomórfico), es el uso que las personas hacen de ellos lo que repercute en el orden social resultante. Análogamente como podría pasar con una piedra o un cuchillo no son buenos o malos en sí mismos, sino que dependen del uso que las personas hagan de ellos lo que determina tal situación.

la fijación de límites al ejercicio del poder que le ha sido conferido.

Si se considera que la existencia del Gobierno es importante como una estructura artificialmente creada que funciona dentro de un orden espontáneo mayor denominado sociedad; lo siguiente es reconocer que ese Gobierno requiere de un marco jurídico específico que le permita organizarse, así como establecer sus canales de actuación para poder cumplir con las funciones que le son asignadas y sobre todo fijar los límites necesarios al ejercicio del poder que le es conferido a efecto de evitar que abuse del mismo en beneficio de las personas que ejercen las funciones públicas o sus allegados y en detrimento del resto de personas.

Dicho marco jurídico debe estar conformado precisamente por la legislación. Estas normas conforman lo que tradicionalmente se ha denominado como Derecho Público, un conjunto de normas legislativamente creadas que deben ser dirigidas exclusivamente a las personas que dirigen las instituciones que conforman el Gobierno, no a las personas particulares. Aquí puede evidenciarse la importante función que cumple esa legislación, esto es, como el conjunto de normas de organización que regulan la estructura y funciones de los distintos órganos que conforman el Gobierno para establecer y fijar su marco de acción, así como sus límites.

En este punto resulta importante clarificar que las normas que organizan al Gobierno, es decir, la legislación, no deben ser consideradas como Derecho propiamente. Ello en virtud que esta clase de normas no poseen las características *de abstracción y de generalidad*, toda vez, que ese marco normativo si tiene un objetivo concreto y específico el cual es regular la estructura de las distintas dependencias de Gobierno, así como establecer sus funciones y límites; además que sus disposiciones no son aplicables a la generalidad de individuos sino tan solo a las personas que ejercen las funciones de Gobierno en un momento determinado. La comprensión de lo anterior permite distinguir entre lo que es Derecho y lo que es legislación, conceptos totalmente distintos y claramente diferenciables.

De esa cuenta puede evidenciarse que existe una esfera privada en la cual la persona individualmente considerada goza de libertad y no está obligada a ningún marco de actuación predeterminado puesto que actúa sobre la base de sus preferencias y fines particulares por lo que solamente es legítimo prohibirle a través de normas negativas aquellas

conductas que pueden causar daño a otros. Y además existe una esfera pública en la cual las personas que ejercen las funciones de Gobierno no son libres para actuar como deseen, por el contrario, solamente pueden hacer aquello que le es permitido por la legislación que regula su actuación, esta es la idea básica de lo que significa un Gobierno Limitado. Lo cual puede ser explicado fácilmente en los términos de una máxima de Derecho que establece: *“La persona puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, el funcionario solo lo que la ley le permite”*.

Ciertamente la función que realiza Gobierno puede ser importante para el mantenimiento del orden espontáneo de la sociedad en la medida que proteja los derechos legítimos de las personas a través del poder que le ha sido conferido (coacción legítima), pero situación muy diferente es suponer que pueda hacer cualquier cosa que desee utilizando ese mismo poder (coacción arbitraria).

Como el Dr. (Mises, 2002), afirmó:

El Estado es una institución necesaria e indispensable, y, adecuadamente administrado, base de la sociedad, de la cooperación humana y de la civilización. Es el instrumento más beneficioso y más útil que ha encontrado el hombre en sus esfuerzos para promover la felicidad y el bienestar de la humanidad. Pero es únicamente un instrumento, un medio, no un fin. No es Dios²⁰. Es simplemente compulsión y coerción, fuerza policial.... El Estado es una institución humana, no un ser sobrehumano.

En suma, para la perspectiva liberal la legislación tiene un papel muy importante cuyo único objetivo es la organización de las dependencias del Gobierno, así como la fijación precisa de las funciones que el mismo debe realizar; y sobre todo del establecimiento de límites que el Gobierno no puede sobrepasar a efecto de evitar que este se convierta en la principal amenaza de la libertad individual. Como (Panebianco, 2009) señaló: *“Necesitamos la protección del gobierno, pero también la protección frente al gobierno.”*

20 Noción totalmente opuesta a la Estatolatría de la cual el Dr. Axel (Kaiser, 2016) expuso:

La estatolatría, que no es más que una adoración irreflexiva de la idea llamada Estado, ha reemplazado, enseñó Carl Jung, a la religión con su promesa de una trascendencia y recompensa más allá de éste mundo. El Estado se ha convertido así en el objeto de culto, en la figura a la que se recurre cada vez que hay algún problema, en el poseedor de todas las respuestas a los dilemas de la existencia social. Su sabiduría, enseñaba Rousseau, es infalible y su esencia, argumentó Hegel, la expresión del espíritu divino sobre la tierra. Probablemente ninguna fe sea más inquebrantable y contagiosa que la fe en el Estado... El estatólatra jamás podrá romper el paradigma de que el Estado es la solución.

4.- CONCLUSIONES

- El Positivismo Jurídico considera al Derecho y la legislación como sinónimos. Desde esa perspectiva la legislación es la fuente principal del Ordenamiento Jurídico, por ello, concibe al Derecho como una institución creada con exclusividad por el Gobierno. Esto ha hecho perder el verdadero significado de los conceptos de Derecho y de Ley.
- El Positivismo Jurídico tiene como principal objetivo regular la conducta de las personas en sus relaciones sociales, lo cual implica que las personas no actúan conforme sus planes o preferencias, sino sometidos a los mandatos impuestos por la autoridad a través de la legislación. Esto indefectiblemente vulnera la libertad individual de todos los sujetos.
- El Derecho Negativo es una institución que surge de modo natural y espontáneo dentro del orden social el cual evoluciona constantemente, se conforma por normas de tipo negativo –prohibiciones- cuyo único propósito es proteger los derechos de las personas y con ello crear las condiciones para lograr una pacífica convivencia social, esto es, mantener el orden espontáneo donde se desenvuelven.
- El Derecho Negativo tiene como fuentes: las acciones de los individuos a través de las costumbres que comparten y los acuerdos que realizan; el descubrimiento que los jueces hacen de las normas de recta conducta a través de sus decisiones; y la legislación de un modo supletorio a través de la regulación de la estructura, funciones y límites del Gobierno.
- Las normas que conforman el Derecho Negativo establecen los parámetros objetivos y racionales para la dirimencia de conflictos que surjan entre las personas derivado de las relaciones sociales que sostienen. Por ende, la función del Derecho desde la perspectiva liberal es resolver conflictos, no regular la conducta de las personas.
- La perspectiva liberal concibe al Derecho como una herramienta de pacificación que permite una pacífica y armónica convivencia entre los individuos, el Derecho está al servicio de las personas como medio para alcanzar sus propios fines; en tanto la perspectiva Positivista concibe el Derecho como una herramienta de dominación y control que el gobernante

ejerce sobre el resto de personas al regular sus conductas, a efecto que estos hagan lo que este desea.

5.- REFERENCIAS

- Ayau Cordón, M. F. (2013). *Sentido Común*. Guatemala : Universidad Francisco Marroquín.
- Bastiat, F. (2009). *Obras escogidas*. Madrid: Unión Editorial. Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta S.R.L.
- Casadiegos Cáceres, F. (2005). *Curso de Derecho Romano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.
- Hayek, F. A. (2006). *Derecho Legislación y Libertad*. Madrid : Unión Editorial.
- Jouvenel, B. (1998). *Sobre el Poder*. Madrid: Unión Editorial.
- Kaiser, A. (18 de 10 de 2016). *Diario Financiero*. Recuperado el 16 de 07 de 2020, de <https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/la-estatolatria/2016-10-17/212344.html>
- Kirchmann, J. V. (1983). *La Jurisprudencia no es una Ciencia*. Madrid: Civitas.
- Leoni, B. (2013). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Madrid : Unión Editorial.
- Milton Friedman y Rose Friedman. (2008). *Libertad de Elegir*. Madrid: Fundación FAES S.L.U.
- Mises, L. V. (2002). *Gobierno Omnipotente [En nombre del Estado]*. Madrid: Unión Editorial.
- Ossorio y Florit, M. (1982). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina: Heliasta S.R.L.
- Panebianco, A. (2009). *El Poder, El Estado, La Libertad*. La frágil constitución de la sociedad libre. Madrid: Unión Editorial.
- Pérez de Antón, F. (2004). *La Libre Empresa*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.
- Rojas, R. M. (1990). *El Orden Jurídico Espontáneo*. Revista Libertas. Instituto Universitario ESEADE.

- Rojas, R. M. (2018). *El Derecho y la Escuela Austríaca de Economía*. México, México.
- Rothbard, M. (1978). *Hacia una Nueva Libertad*. El Manifiesto Libertario. Madrid: Unión Editorial.
- Smith, A. (1997). *Teoría de los Sentimientos Morales*. Madrid: Alianza Editorial.

Sobre el autor

LUIS ALBERTO FERNÁNDEZ RAMÍREZ. Ph. D.

Juez del Tribunal Segundo de Sentencia Penal,
Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del
Departamento de Quetzaltenango.

¿CÓMO VALORAN LOS MECANISMOS Y ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS EL RESPETO Y LA PROTECCIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN GUATEMALA?

Gissel Stephanie Beatriz López Melgar

Introducción

El Estado de Guatemala reconoce y sobre todo ha ratificado que la libertad de expresión es catalogada como un derecho humano fundamental, logrado a través de las aspiraciones de la humanidad, y sobre todo que está basada en valores humanos.

En Guatemala es deber del Estado garantizar a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; al igual que garantizar la libertad de acción, de opinión y actos, toda vez no impliquen infracción a la ley.

Para el Estado de Guatemala es fundamental el fortalecimiento de la democracia a través del ejercicio de esa libertad de expresión por los medios no tradicionales y tradicionales de comunicación y sobre todo la utilización de las nuevas tecnologías de la información.

Se hace necesario también acotar que esa libertad de expresión a través de la difusión de ideas o frases ofensivas o ultrajantes que no tienen nada que ver con el fin de este derecho, permitiría la vulneración de los derechos humanos y valores jurídicos superiores como la dignidad y la igualdad de la persona.

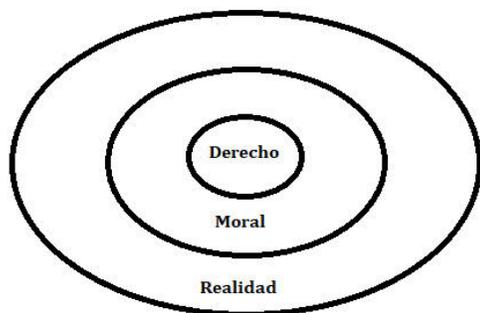
Además es menester resaltar que el derecho a la libertad de expresión abarca no solo el recibir información o ideas de toda índole sino también buscarla por cualquier medio sin considerar las fronteras, y que la participación efectiva de la sociedad en la toma de decisiones democráticas depende de esa

información; es importante que la información con la que se cuente y sobre todo el acceso a la información permita que los ciudadanos asuman un papel efectivo y activo en la toma de decisiones para fortalecer el Estado democrático de derecho.

En Guatemala, entre los deberes del Estado está garantizar a los habitantes de la república la libertad de acción, de opinión y actos, toda vez no impliquen infracción a la ley.

¿Cómo valoran los Mecanismos y Órganos de Derechos Humanos el respeto y la protección a la libertad de expresión en Guatemala?

Antes de realizar un breve análisis de cómo los mecanismos y órganos de derechos humanos apuestan al respeto y a la protección a la libertad de expresión en Guatemala, es de suma importancia definir a través del Derecho interno el mismo.



Gráfica tomada de la clase impartida por la Doctora Diana Cañal; (Argentina)

Indicando que según la Constitución Política de la República de Guatemala establece que la libertad de expresión le corresponde a toda persona que puede acceder, recibir y difundir la información e ideas de cualquier tema o persona; pudiendo conseguir dicha información de manera escrita o verbal, impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Estableciendo que el Estado de Guatemala reconoce y más aún ratifica que la libertad de expresión es un derecho humano fundamental llevándolo a su máxima expansión a través de la misma humanidad; se puede basar en un hecho además íntimamente ligado a la moral en virtud, que también está ligada al entorno familiar y se validan de cierta forma las emociones y creatividad del pensamiento humano. Fortaleciendo vínculos para la convivencia en cada una de las familias, mermar los conflictos puesto que se aprende a escuchar no solo una sino por el contrario varias opiniones sobre un mismo tema o comportamiento para luego llegar a un acuerdo o inclinarse por algún argumento. Llegando así a una realidad inminente, puesto que, de no existir la libertad de expresión, a todas las personas únicamente les quedaría resignarse a un único discurso de la "verdad" o de la "propaganda" difundida y no tendrían opción a replicar ninguna de estas.

Y cada persona dentro de una sociedad debe luchar por hacer promover la libertad de expresión, contribuyendo con el desarrollo de campañas además de concientización ciudadana.

Teniendo este amplio panorama prácticamente en el derecho interno guatemalteco, es importante rescatar que el derecho a la libertad de expresión tiene aparejados además de una serie de derechos, se debe tener en cuenta de las obligaciones que conlleva este, como lo es el hecho de investigar o recibir información fidedigna para ser difundida y

no solo en un territorio sino traspasando fronteras por cualquier tipo de medio.

Por lo que es necesario además tomar en cuenta la opinión de la Corte Interamericana, que ha destacado de manera consistente la importancia de este derecho al sostener:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quien desee influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opiniones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.¹

Ante la opinión de la Corte Interamericana sobre el derecho a la libertad de expresión, se puede realizar un especial énfasis en que en Guatemala se debe fortalecer dicho derecho y esto conllevará un desarrollo pleno de la democracia y sobre todo el pleno ejercicio de otros derechos humanos que van aparejados a este.

El derecho a la libertad de expresión afianza o conlleva el resto de libertades fundamentales facilitando así la participación efectiva de los ciudadanos en los procesos de decisión asumiendo la obligación de querer vivir en una sociedad más estable, empática y tolerante tratando de dignificar a las personas a través de intercambiar opiniones, ideas e información.

Es importante resaltar que el rol de la libertad de expresión es esencial en la gestión gubernamental ya que puede exponer de cierta manera los abusos de poder, infracciones a la ley cometidos por los altos funcionarios en perjuicio de los ciudadanos dentro de una sociedad.

La Comisión y su Relatoría para la Libertad de Expresión han dado especial atención al estado de la libertad de expresión en Guatemala a través de sus informes anuales, el Quinto Informe de la CIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala de 2001, el Informe de Seguimiento de las Recomendaciones Formuladas por la CIDH de 2003,

¹ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 70.

comunicados de prensa y de una visita realizada por la Relatoría a Guatemala en el año 2000.²

La situación político-social de Guatemala presenta un impacto directo sobre el derecho a la libertad de expresión y sobre todo al acceso a la información, siendo este uno de los pilares más básicos de esos sistemas democráticos además del respeto a los derechos fundamentales de los guatemaltecos apuntando a los principios de igualdad y la no discriminación.

Una situación que afecta el derecho a la libertad de expresión en el pueblo de Guatemala es la pobreza y sobre todo la marginación, toda vez que estas personas se encuentran olvidadas y más aún con un acceso casi nulo para un debate político.

En múltiples opiniones de la Comisión sobre el tema se ha destacado que la existencia de prácticas discriminatorias dirigidas a los pueblos vulnerables en Guatemala quebranta en sobremanera los Acuerdos de Paz firmados, limitando el pleno ejercicio del derecho a la libre expresión.

Esta discriminación o marginación a ciertos sectores de la sociedad guatemalteca, implica el no ejercicio a estos derechos y sobre todo a no formar parte del desarrollo de políticas nacionales afectando directamente a la nación.

El Estado al haber firmado los Acuerdos de Paz se compromete a garantizar la no discriminación a ningún grupo vulnerable y a ningún ciudadano y sobre todo prestar mayor interés en implementar las políticas nacionales necesarias para garantizar el libre ejercicio al derecho de la libertad de expresión, y aún más en este tiempo que es año electoral, puesto que, como ya se ha mencionado las candidaturas invierten mucho dinero en campañas que para las necesidades de este país son obsoletas; alejándose de un verdadero enfoque que sería el dar a conocer de una y mil formas y a través de todos los canales de comunicación sus planes de gobierno para así fortalecer las políticas gubernamentales y coadyuvar a un Estado democrático.

² La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión es una oficina de carácter permanente con independencia funcional y presupuesto propio que fue creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro de la esfera de sus atribuciones y competencias y que opera dentro del marco jurídico de ésta. La Relatoría ha recibido el apoyo institucional de los Jefes de Estado y de Gobierno, tanto en la Cumbre que tuvo lugar en Santiago, Chile en abril de 1998, como la celebrada en Quebec, Canadá, en abril de 2001.

Por otro lado, también es importante rescatar que en Guatemala se han perdido vidas tratando de ejercer este derecho; puesto que no obstante este ejercicio a la libertad de expresión conlleva una gran responsabilidad y es que como sucede con los medios de comunicación deben expresar ideas de forma libre, pero sin sufrir consecuencias arbitrarias o peor aún intimidatorias.

Al tenor de lo expresado en el párrafo que precede, es menester indicar también que muchas veces el propio gobierno guatemalteco limita este derecho obstaculizando la información o peor aun ocultando la realidad de las actividades realizadas por estos a la población desinformando para evitar así entregar cuentas a la sociedad de lo que pudo o no haber prometido en campaña electoral.

El Estado de Guatemala al tenor de su Constitución debe garantizar de una u otra manera el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ya que de no hacerlo puede constituir una amenaza infalible para la convivencia democrática y el fortalecimiento y desarrollo del Estado de Derecho.

Otro tema relevante es la impunidad con la que se han venido trabajando las denuncias de la limitación a este derecho en Guatemala, puesto que la Fiscalía encargada de la investigación de estos delitos refleja un desinterés total para desvanecer los hechos que se le presentan como ciertos, creando un ambiente de intimidación para el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Entonces: ¿Cómo accede un guatemalteco a la información?; especialmente y en el tema de mérito es importante mencionar que no solo las candidaturas están obligadas a manifestar en los medios que más les convenga la información, si no al mismo tiempo el Estado debe garantizar que dicha información lleve aparejada el derecho a la confidencialidad de quien divulga dicha información.

Ya que en repetidas ocasiones en Guatemala se le es obligado a los periodistas y narradores a revelar las fuentes de información, limitando así su aporte como periodistas, y si la problemática que se acarrea en este espacio es que se debe garantizar el derecho a la libertad de expresión esto conlleva el libre ejercicio de otros derechos que también ante los órganos internacionales son catalogados como derechos humanos.

La confidencialidad profesional tiene todo que ver con ese otorgamiento de garantías legales para evitar

las represalias por alguna información divulgada por alguno de estos; lo cual puede ser contraproducente puesto que entonces como se llegaría a informar a los grupos que se encuentran más vulnerables dentro de la sociedad guatemalteca y peor aún a personas que sufren de sordera o mudéz.

A pesar que la Constitución de la República de Guatemala reconoce y contempla el derecho a la libertad de expresión y pensamiento, recae en el Estado una gran responsabilidad para que efectivamente se puedan ejercitar estos derechos, en virtud que a la vista de la sociedad guatemalteca esos son vulnerados ya sea a los medios de comunicación por informar de forma para ellos “incorrecta” o “no adecuada”, o en su defecto porque al querer obtener dicha información se restringe la misma y esto es lo que no coadyuva a fortalecer una democracia estatal; ya que, existen actos o acciones que en gran parte intimidan a las personas por dicha información o acceso a la misma.

Haciendo un énfasis especial en que la sociedad guatemalteca debería de exigir y no solo su derecho a la libre expresión si no también exigir el derecho de estar bien informado, puesto que, el guatemalteco ¿Cómo obtiene la información?; si bien es cierto en la actualidad existe un sinfín de opciones para la obtención de la información carecen de ser fidedignos, ya que, como es sabido Guatemala, ha violentado el derecho de los ciudadanos que son parte de los medios de comunicación y periodistas quienes tienen la responsabilidad de divulgar dicha información. Como es de conocimiento público los medios de comunicación y periodistas en especial han sufrido violaciones en los derechos de libertad de expresión y pensamiento puesto que estos se les han limitado enormemente; lo más triste es que esta situación se escapa de un manejo nacional e internacional, ya que, quienes ejercen el poder en Guatemala dominan casi todos los medios de comunicación y esto lo que conlleva es a que los guatemaltecos dejen de creer en las personas que se postulan a las candidaturas. En un año de elecciones populares como lo es el 2023 para Guatemala, las candidaturas tienen la obligación de trasladar a través de los medios autorizados toda la información necesaria para que la población se encuentre más que informada al día con las eventualidades de cada uno, haciendo esto se considera que tal y como ha sucedido en otros Estados se pueda garantizar una democracia real.

Por eso se plantea en este trabajo que el derecho a la libertad de expresión debe coadyuvar a la sociedad democrática y más en un año tan crítico como lo

es este; se apunta a que las candidaturas deberían invertir más en destinar los fondos que utilizan para contaminar la ciudad con propaganda, en comprar láminas para regalar, en obsequiar refacciones, etc. a invertir de forma consciente en divulgar por todos y cada uno de los medios, cerciorándose de que la información que sea transmitida no pierda la esencia y sobre todo el fin primordial gire en torno a establecer si es que no existe o fortalecer el existente Estado de Derecho.

A lo largo de la historia las candidaturas pierden su objetivo principal que es el Estado de Guatemala, y al hablar de ello debe prevalecer la sociedad como fin único de un Estado de Derecho, y sobre todo garantizar el libre ejercicio de los derechos apegados a su Carta Magna.

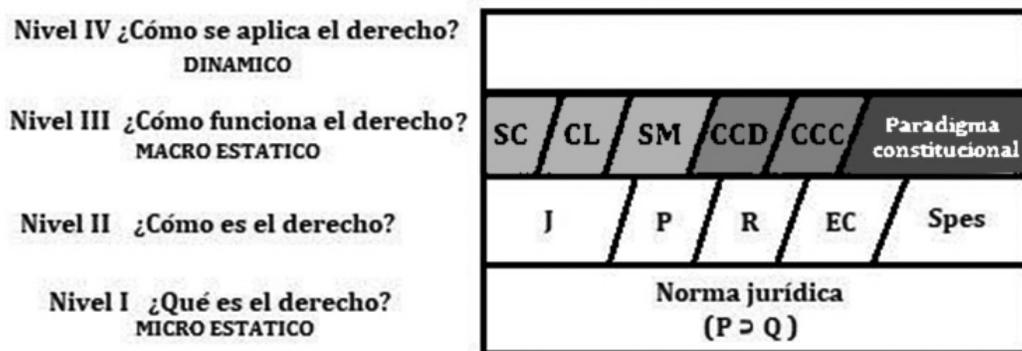
Se considera necesario para una mayor comprensión del ¿Por qué es necesario que las candidaturas inviertan en el derecho a la libertad de expresión?, el abordaje con el proceso electoral, por lo que a continuación se detalla.

Proceso Electoral

La Constitución Política de la República de Guatemala otorga deberes y derechos cívicos y políticos, pues estos constituyen derechos inherentes a la persona humana, tal como lo establece el artículo 135 de la Carta Magna, al indicar que todos los guatemaltecos tienen derecho a elegir y ser electos, velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral, optar a cargos públicos, participar en actividades políticas, entre otros derechos.

Proceso Electoral es el conjunto de actos realizados en fases y que la Constitución Política de la República, la Ley Electoral y de Partidos Políticos y su Reglamento mandatan a las autoridades electorales, los partidos políticos, Comité Cívicos Electorales y los ciudadanos para renovar periódicamente a los integrantes de los Poderes Legislativos y Ejecutivo, de las Corporaciones Municipales y del Parlamento Centroamericano (PARLACEN).

Además de saber que es un proceso electoral y lo que conlleva, es aún más importante reconocer que todo ciudadano guatemalteco tiene y goza del derecho a la libertad de pensamiento que trae aparejado directamente el derecho a la libertad de expresión; comprendiendo este como la libertad a la búsqueda, recepción, difusión y divulgación de ideas e información de toda índole, pero especialmente para lo que compete en el trabajo que se realiza se habla de la información de las candidaturas



Gráfica tomada de la clase impartida por la Doctora Diana Cañal; (Argentina)

populares; sin considerar las fronteras que pudiesen existir, de forma oral, por escrito, impresa o no y por cualquier otro procedimiento que le sea grato al ciudadano guatemalteco.

El Estado de Guatemala reconoce y ratifica que la libertad de expresión es una garantía fundamental basada en los valores humanos, asegurando un Estado de Derecho y fortaleciendo a las Instituciones Democráticas. Si no existiera la libertad de expresión, los ciudadanos guatemaltecos estarían condenados al discurso oficial, a las mentiras discursivas, a la propaganda sin derecho a oposición, a réplica o a cualquier otra crítica.

Es menester realizar una relación del contenido abordado con el siguiente gráfico de niveles:

NIVEL I:

Los derechos humanos, en la forma que hoy presentan y con las características que los distinguen, surgen en la escena al término del siglo XVIII, con hondas raíces laicas y religiosas. Es entonces que inicia la gran "revolución del ser humano", insumiso frente al poder absoluto, y es entonces, por lo tanto, que cunden las proclamas de derechos y libertades "naturales", "radicales", "básicos", "fundamentales", inherentes a la dignidad humana, que no dependen de la buena voluntad o del arbitrio del poder político; y adquieren presencia los medios de garantía, judicial o no judicial, de esos derechos y libertades. De poco servirían las puras proclamaciones si no hay instrumentos para que las promesas se trasladen a la vida cotidiana de los hombres y los pueblos.

NIVEL II:

La aparición del ser humano como sujeto del Derecho internacional –que en un tiempo sólo se ocupó de los Estados– se concreta en instrumentos adoptados por el mundo entero o por regiones del planeta. En orden cronológico, el primer documento de

ese carácter fue la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, 1948. Pocos meses más tarde, también en 1948, apareció la Declaración Universal de Derechos del Hombre, que brindaría el cimiento para el futuro desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos.

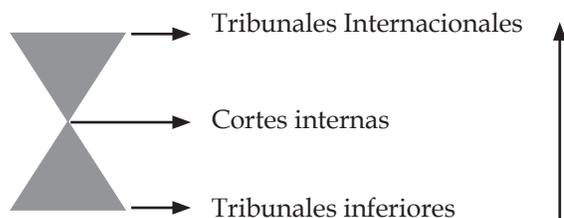
NIVEL III:

En el Sistema intervienen organismos de importancia y trascendencia decisivas, creados mediante acuerdos gubernamentales y tratados internacionales, que han cumplido durante décadas la misión histórica, política, ética y jurídica que se les ha conferido: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que inició tareas en 1959, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instalada en San José, Costa Rica, en 1979. De ambos órganos provienen orientaciones, impulsos y decisiones –estas últimas, con inequívoco carácter vinculante para los Estados– que paulatinamente han abierto nuevos espacios para la tutela de los derechos y las libertades y fijado, por lo tanto, las fronteras actuales –siempre en movimiento– de esa tutela.

NIVEL IV:

El catálogo de los derechos y las libertades es muy amplio y se halla en constante incremento, como consecuencia de la evolución de las sociedades y de los requerimientos que implica el desarrollo del ser humano en diversas circunstancias. En ese catálogo extenso tiene un lugar –verdaderamente central, crucial, determinante– la libertad de expresión, profundamente vinculada con el desarrollo de la democracia.

Se puede afirmar con toda certeza que la Corte ha forjado, en el curso de tres décadas de incesante labor como tribunal permanente de su especialidad, atendida sin pausa, una importante doctrina sobre



Gráfica tomada del relato por la Doctora Diana Cañal *¿Existe un uso debido del derecho?*; (Argentina)

libertad de expresión. Ésta ha merecido la atención de los gobiernos, la consideración de la sociedad civil y la meditación de los estudiosos. Ciertamente, la Corte no ha concluido sus reflexiones en torno a este tema, como a otros de su competencia, pero ha dado pasos adelante significativos y esclarecedores.

Ejemplificando el tema abordado, se considera pertinente incluir las opiniones de los órganos internacionales ante el caso del periodista José Rubén Zamora³ analizándolas a través de un gráfico:

“Las organizaciones internacionales hemos alertado en múltiples ocasiones acerca de los ataques reiterados, la persecución y **la criminalización contra operadores de justicia, periodistas y defensores de derechos humanos en Guatemala**. Estos ataques forman parte de un patrón generalizado que ha venido agravándose, y que tiene como denominador común, la utilización del sistema de justicia penal para perseguir a las voces críticas y a quienes han contribuido a desentrañar las redes de corrupción en el país”⁴

“Convocamos a los organismos internacionales de protección de derechos humanos y a la comunidad internacional para que se pronuncien decididamente en rechazo de estos actos, **que ponen en entredicho la integridad del sistema democrático en el país y en grave peligro a sus periodistas**”⁵.

El caso contra Zamora, un periodista de 66 años cuyo trabajo ha sido reconocido a escala internacional, ha sido un duro golpe contra el periodismo en Guatemala y una advertencia para los reporteros, según defensores de derechos humanos.

3 <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/doce-organizaciones-internacionales-rechazan-persecucion-y-criminalizacion-contrajose-ruben-zamora/>

4 Ibid.

5 Ibid.

El juicio contra el fundador de *el Periódico* ha generado un gran interés a nivel internacional. Organizaciones de derechos humanos critican el proceso por considerar que el sistema judicial carece de independencia.

Las organizaciones internacionales promueven la defensa y protección de los derechos humanos y en particular la libertad de expresión.

Bibliografía

Leyes:

- Asamblea Nacional Constituyente (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Editorial ServiPrensa

Convenios Internacionales:

- Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*. Artículos 1, 2 y 62 numerales 1 y 3
- Organización de las Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Artículos 26 y 27

Electrónicas:

- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- <https://drive.google.com/drive/folders/1j2t9AjmNRphtlwIZmRBoRoaeL4mcbuU->
- <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf>
- <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/doce-organizaciones-internacionales-rechazan-persecucion-y-criminalizacion-contrajose-ruben-zamora/>
- <https://relatsargentina.com/documentos/RA.1DTSS/RELATS.A.DTSS.Ca%C3%B1al.pdf>

Sobre la autora

GISSEL STEPHANIE BEATRIZ LÓPEZ MELGAR

Notificadora III Juzgado Duodécimo Pluripersonal de Trabajo y Previsión Social

LA NORMATIVIZACIÓN PROCEDIMENTAL DE LOS PROCESOS SOMETIDOS A CONOCIMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SALA CONSTITUCIONAL

Alma María Chávez Raymundo

INTRODUCCIÓN

El presente artículo trata de la necesidad de la normativización procedimental de los procesos sometidos a conocimiento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Sala Constitucional, debido a la necesidad de una verdadera tutela judicial efectiva, que no solamente debe operar en el ámbito interno de cada Estado parte sino en todos los niveles que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, como última instancia para conocer de los procesos sometidos a su conocimiento, por ende debe cumplir con la efectivización de una justicia, no únicamente pronta sino también cumplida y que tanta celeridad ha tenido para emitir sus fallos y asimismo el debido cumplimiento de sus sentencias.

Palabras claves

Celeridad, plazo, justicia, pronta, cumplida, principios, sencillez, terceros, derechos, decretos, constitución, ley, acuerdos, reglamento, instituciones públicas, obligaciones.

Desarrollo

La ley suprema de Guatemala regula que, una ley constitucional desarrollará lo relativo al amparo, a la exhibición personal y a la constitucionalidad de las leyes; (Const, 1993, art. 276); ésta regulación

constitucional da vida al Decreto Número 1-86 que es la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; regula entre otros que todos los días y horas son hábiles, toda notificación debe ser practicada al día siguiente de la fecha de la respectiva resolución (LAEPYC, 1986, art 5); salvo por el

término de la distancia, asimismo establece que los tribunales deberán tramitarlos y resolverlos con prioridad a los demás asuntos; de los cuales se desprende la estricta observancia que deben manejar los operadores de justicia, sin excepción alguna más que por razones de distancia se extiende el plazo.

Existe una necesidad de una verdadera tutela judicial efectiva, que no solamente debe operar en el ámbito interno de cada Estado parte sino en todos los niveles que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, debe plantearse el amparo dentro de los 30 días siguientes al de la última notificación; en caso de omisión de requisitos en la petición debe fijarse el plazo de tres días al solicitante, los amparos deben ser tramitados el mismo día en que fueron presentados, para que sea rendido el informe circunstanciado o remitir los antecedentes en un plazo de 48 horas, recibidos los informes o antecedentes se dará vista a los sujetos procesales por el término de 48 horas, se puede abrir a prueba por el término de 8 días, también se puede relevar de la prueba, vencido este plazo se dicta audiencia por el término común de 48 horas y se hayan o no pronunciado se dictará sentencia dentro de tres días, de conformidad con la ley precitada (LAEPYC, 1986, arts. 20, 22, 33, 35 y 37).

La norma precitada, también contempla que la Corte de Constitucionalidad conocerá de todos los recursos de apelación que se interpongan en materia de amparo, entre otros contra las sentencias y autos que pongan fin al proceso, apelación que deberá ser tramitado dentro de un plazo de 48 horas siguientes a la última notificación; de los cuales se desprende la normativización procedimental de los procesos en materia constitucional en Guatemala, aunado a ello, se deben llenar ciertos requisitos, que de ser posible fijan un plazo de tres días al amparista, para que subsane los requisitos faltantes, o en su caso, la puede subsanar hasta antes de que se dicte sentencia, ello con el propósito de no retardar la justicia constitucional (LAEPYC, 1986, art. 60).

Medios recursivos contra lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad

En Guatemala hay asuntos de los que conoce la Corte de Constitucionalidad en única instancia y en segunda instancia; pero contra lo resuelto en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad sólo procede la aclaración y ampliación; asimismo deberá plantearse dentro del plazo de las veinticuatro horas de notificada la resolución cuya ampliación o aclaración se pretende y bajo ninguna circunstancia se rechazan o declararlas inadmisibles más que por razones de falta de legitimidad para su planteamiento o la falta de requisitos, pero en este último caso son subsanables previo a continuar o bien se decreta que hasta antes de dictar sentencia, esos requisitos pueden ser subsanados bajo la advertencia de tener por desistido tácitamente del mismo (LAEPYC, 1986 art. 69).

Medios recursivos contra lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Asimismo está establecido que el fallo de la Corte será definitivo e inapelable, en caso de que exista duda sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte interpretará a solicitud de cualquiera de las partes y en ese sentido si existe plazo y para el efecto la solicitud puede plantearse dentro del plazo de noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo cuya interpretación se pretende; lo que significa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tiene ningún órgano superior a quien someter la inconformidad de los solicitantes sobre el sentido o alcance del fallo de la Corte IDH (CADH, 1978, art. 67); lo cual no es congruente con lo que norma la misma convención, (CADH, 1978, art. 8 Numeral 2) Inciso h), tampoco se ajusta a lo que denomina plazo razonable.

Sujetos que puede iniciar un proceso ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

A diferencia de la normativa interna son; a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; b) o un Estado parte (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, 2010), lo que significa que ni el abogado director, representante legal, gestor o la presunta víctima pueden iniciar el proceso ante la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia del Estado de Guatemala, puede actuar un gestor judicial, el Ministerio Público y Procurador de los Derechos Humanos o quien tenga la legitimación activa; mismo que a lo largo de los más de 53 años que tiene la Corte IDH, no ha sido modificada o considerada próximamente en atención a los principios de progresividad que el operador de justicia internacional debe observar (LAEPYC, 1986, art. 23 y 25).

Plazos razonables que manejan los tribunales constituidos en tribunal de amparo

A lo largo de la secuela de los asuntos constitucionales, prevalece la celeridad y prioridad en la normativa interna; cuyos plazos son reducidos a cuarenta y ocho horas, o menos y solo puede ampliarse por razón de la distancia; la vista en caso fuera solicitada la misma y la emisión de la sentencia que es un plazo de tres y cinco días si se trata de la Corte de Constitucionalidad, tal como lo establece la ley de la materia y solo surge la mora judicial por razones administrativas como en el caso de la falta de personal para el cumplimiento de los plazos fijados; donde tiene cabida la palabra “plazo razonable”, que no establece un plazo definido y en ocasiones se presta para justificar cualquier mora judicial, con argumentos que se alejan de la realidad, (LAEPYC, 1986, arts. 33, 35, 37, 38 y 39).

El plazo razonable que norma la Convención Americana Sobre Derechos Humanos

La palabra plazo es el “Tiempo o lapso fijado para una acción”. Vencimiento del mismo, o término propiamente dicho. (...), (Cabanelas de la Torre, 1979). Si la palabra plazo significa tiempo fijado para una acción, se entiende que es un tiempo con límites específicos, en los diccionarios del habla hispana no se encuentra la palabra razonable; pero si se habla de “plazo razonable” estas palabras las encontramos en una norma internacional (CADH, 1978, arts. 7.5 y 8.1); los mismos tienen su enfoque en las garantías que tiene todo detenido o retenido de ser puesto sin demora ante una autoridad autorizada por su derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; sin que dichos artículos cumplan con lo que para el efecto es la definición de la palabra plazo.

Avances del llamado plazo razonable

Uno de los primeros casos que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue contra el Estado de Nicaragua, en dicho caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decidió por unanimidad que el Estado nicaragüense transgredió la ley (CADH, 1978, art. 8.1). Debido a que se computan los plazos a partir de la detención hasta la emisión de la sentencia respectiva, en caso de estar bajo otras medidas no privativas de libertad, para el efecto el plazo razonable inicia a computarse a partir del conocimiento de la cuestión por parte del órgano jurisdiccional, plazo que debe estimarse en función de la duración del trámite del proceso hasta que esté firme la sentencia, que incluye las incidencias que pudiesen generarse durante la secuela procesal, siempre que no sean atribuibles al Estado.

Elementos que actualmente conlleva un plazo razonable

Hasta la presente fecha, se ha establecido que para justificar un plazo razonable deben concurrir ciertos elementos que son: a) “la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (Corte IDH, caso Geniel Lacayo vs Nicaragua 1997, párrafo 77) y (Corte IDH, 2008); los cuales a la presente fecha siguen intactos, lo que significa que los llamados plazos razonables no han sufrido ninguna normativización procedimental o reglamentaria por parte de la Corte IDH, lo que no es acorde con la normativa interna y al no ser así, se infringe la celeridad procesal bajo la justificación de los casos difíciles, como los llamó Ronald Dworkin (Atienza,1997).

Complejidad del asunto

Para mayor enfoque en lo que se refiere la complejidad del asunto es “La complejidad del proceso penal tiene que determinarse en función de las circunstancias del caso concreto, asimismo, alternativamente, pueden estar compuestas por: a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos en cada caso; b) el análisis jurídico del caso en concreto por los cuales se gestó el proceso penal; c) entre otros puede ser difícil, prolongada o de complicada actuación por la particularidad del caso; y d) la pluralidad de sujetos procesales, con sus respectivas defensas, entre otros elementos (Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia Lima, Constituida en Tribunal Constitucional de Lima, 2010); los cuales se reflejan en la secuela procesal de cada caso en concreto e ininterrumpida actuación de los órganos de justicia.

En cuanto al inciso a) cuando los casos son de alto impacto y concurre normalmente en los mismos un análisis más profundo y esa parte intelectual de quien juzga, para la debida fundamentación intraprocesal y extraprocesal, puede que sea un caso nuevo por la: a) forma de cometer el delito; b) por la capacidad económica de la persona que comete el delito; c) por el poder que ostenta quien comete el delito y d) por los vínculos sociales que posee el victimario, que a su vez puede ser nacional o internacional; donde el juzgador hasta acude al diálogo jurisprudencial entre Tribunales internacionales (Trucco, 2021, pág. 3) y para ello, se requiere de un tiempo prolongado si el juzgador no está actualizado con lo que resuelven los tribunales a nivel internacional.

Actividad procesal de interesado

En este caso; se resalta la denominada “defensa obstruccionista”, como el caso de la suspensión de elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Apelaciones 2019 – 2024; la comisión de postulación, para la Corte Suprema de Justicia en plena votación para integrar la nómina de candidatos, cuando el Ministerio Público, dio a conocer un eventual caso de corrupción; para el efecto, la Fiscal General de la República de Guatemala, presentó un amparo ante la Corte de Constitucionalidad, en la que solicitó la suspensión de la elección de magistrados en el Congreso de la República y fue otorgado el amparo provisional; y se otorgó en definitiva el amparo, hasta hoy en día septiembre de dos mil veintidós, la elección de magistrados sigue suspendida (CC, 2020, 6 de mayo).

Actuación de los órganos jurisdiccionales

De la actuación de los órganos jurisdiccionales; influyen varios factores tales como; a) la solicitud de una extradición activa (Pérez Marroquín, 2022, 20 de enero); b) la integración del tribunal ante la falta de magistrados suplentes en ausencia del titular; c) fallas en el Sistema de Gestión Penal entre otros. En el caso de la extradición, mientras la persona que se pretende juzgar no esté en el país, el avance es cero en el proceso; en el caso de la falta de integración de un tribunal, por razones de excusas, recusaciones o por imposibilidad material de los titulares; debido a la suspensión de la elección de magistrados, hay pocos suplentes para integrar los Tribunales Constitucionales, que dificulta la integración aludida; asimismo las fallas constantes en el Sistema de Gestión Penal, que aún está pendiente de ser resuelto (CC. 2020, 6 de mayo).

Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

Aunado a lo anterior; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manejado la razonabilidad del proceso judicial hasta en el año dos mil ocho, de ahí que se incorporó un cuarto elemento consistente en la "afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en él; entre otros elementos se debe considerar la materia objeto de controversia; del cual se hace alusión al: a) daño psicológico a que es sujeta la persona que se juzga; b) la repercusión de esa mora sobre los ingresos económicos del procesado cuando de éstos ingresos dependen personas en concepto de alimentación y lo que conlleva ser el proveedor del sustento de una familia; c) trata pues de no menoscabar los derechos del procesado y de quienes dependen de la persona procesada, (Cubides Cárdenas, Castro Buitrato y Andrea Barreto Cifuentes pág. 22); para que realmente se humanice más el sistema de justicia (Corte IDH, 1012, párrafo 234).

De lo anterior se desprende que, para considerar un plazo razonable, a la presente fecha, concurren cuatro elementos que son: a) la complejidad del asunto; b) la actividad del interesado; c) actuación de los órganos jurisdiccionales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso; del tal manera que progresivamente se ha ido cerrando cualquier justificación en la tramitación morosa judicial; pero en el cuarto elemento se refleja la humanización del quehacer judicial en la esfera del procesado, que no es más que brindar seguridad jurídica al afectado para lograr su proceso judicial de forma razonable y se estudie su entorno social y existan daños psicológicos para el procesado y daños colaterales para quienes dependen del imputado.

Plazo razonable reparativo

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también al emitir su sentencia, fija plazos razonables a su criterio cuando se trata del denominado plazo razonable reparativo, que no, es más que el plazo que otorga para que un Estado parte dé exacto cumplimiento a un punto resolutivo cuya finalidad es resarcir ya sea un daño o perjuicio causado a la víctima, cuando el Estado parte haya sido condenado en tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizó éste término de "plazo razonable reparativo" por vez primera en el año 1993; que no es de carácter financiero, pero tampoco es un plazo determinado y, es así ya que no solamente se refiere a lo pecuniario sino la seguridad de que jamás se vuelvan a repetir; cuya justificación no concuerda con la llamada justicia pronta y cumplida, por demás que

se intente de justificar bajo esas circunstancias (Corte IDH, 1993).

Supervisión de cumplimiento de sentencias

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se puede ejecutar en el Estado parte, por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (CADH, 1978, art. 68.2); para el efecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no ha normado la supervisión en un plazo determinado (Corte IDH, 2004, caso Barrios Altos vs. Perú, párrafo 7), al Estado se le otorgó el plazo de un año, para la construcción de un monumento, en resolución de fecha 7 de septiembre de 2012, según la resolución de cumplimiento que hasta en esa fecha, el monumento referido no había sido edificado, del cual se desprende que la supervisión se practicó 9 años después, lo cual no está dentro de un plazo razonable, al menos así justificado (Cubides Cárdenas, Castro Buitrato y Barreto Cifuentes, Desafíos Contemporáneos de la protección de los DDHH en el SI. Pág. 25).

Los plazos que maneja la Corte Interamericana de los Derechos Humanos para emitir sus sentencias en los casos sometidos a su conocimiento

El 17 de noviembre de 1969, se dio la Conferencia especializada (Trucco, 2021); en reunión en San José Costa Rica, para discutir la adopción de la Convención americana, en tal conferencia decidió crear la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención logró establecer el procedimiento de la CIDH y guiar la Corte IDH, para el cumplimiento de lo normado en la Convención Americana de los Derechos Humanos; a partir de esa fecha de 1969 a la presente fecha, han pasado 53 años; más de medio siglo; desde sus inicios a la presente fecha, los casos sometidos a su conocimiento y previo el filtro que tiene que pasar ante la Comisión como en el siguiente caso; Kawas Fernández contra Honduras, que fue presentado ante la Comisión el 13 de enero de 2003, se admitió el 13 de octubre de 2005, remitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 4 de febrero de 2008, las sentencia se dictó el 3 de abril de 2009.

Asimismo el caso de la Última tentación de Cristo (Olmedo Busto y otros vs Chile), fue presentado este caso el 3 de septiembre de 1997, la fecha del informe de admisibilidad fue el 5 de mayo de 1998, fecha de informe de fondo fue el 29 de septiembre de 1998, se remitió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 15 de enero de 1999, la sentencia fue emitida el 5 de febrero de 2001; la fecha de la última resolución data del 28 de noviembre de 2003, en ésta

última resolución, se declaró que el Estado de Chile dio cumplimiento a la sentencia de la fecha aludida; de estos datos se desprende que desde la presentación del caso, que fue el 3 de septiembre de 1997, ante la Comisión y ésta última remite el expediente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 15 de enero de 1999, pasaron 4 años para lograr una sentencia, eso sin sumar su cumplimiento (Corte IDH, 2005, 5 de febrero. La última tentación de Cristo, Olmedo Busto y otros vs Chile).

Consideraciones finales

Siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la última interprete de los derechos humanos, entre otros, demanda el cumplimiento de sus sentencias; asimismo señala que los plazos en que los procesos judiciales deben ser resueltos dentro de un plazo razonable, toda vez se justifiquen esos plazos con los cuatro elementos ya señalados; pero también la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, progresivamente debe normativizar la secuela procedimental de los procesos sometidos a su conocimiento; desde la presentación de cada caso judicial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta dictar la resolución mediante la cual dan por cumplidos los efectos de sus sentencias; ya que después de 53 años de iniciadas sus actividades tiene que normativizar su secuela procesal, como órgano que se constituye como el máximo interprete en materia de derechos humanos.

Como se evidencia de la presente investigación; la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus inicios, hasta la presente fecha que han pasado 53 años, no ha normado la fase procedimental de los casos sometidos a su conocimiento, lo que da lugar a que pasen años sin tener una sentencia; también se da la mora judicial en la Comisión, como ejemplo en los casos de Kawas Fernández contra Honduras y la Última Tentación de Cristo (Olmedo Busto y otros vs Chile); lo cual afecta sin duda la justicia pronta para las víctimas si no se tiene un plazo para emitir sentencia; tampoco existe un órgano superior que vele por el cumplimiento de las sentencias que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos que obligue a la misma Corte, a velar por que el Estado parte Condenado, cumpla con los efectos de la Sentencia que dicta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe normar el procedimiento de los procesos sometidos a su conocimiento, a efecto que sean emitidas en plazos definidos, a 53 años después de los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe haber progresividad; asimismo, en la normativa que

se decreta para el efecto, se norme también que los casos deben ser presentados directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a efecto los casos no tengan que sufrir filtros ante la Comisión previo a su remisión ante dicha Corte; en igual sentido se debe normar el plazo para la supervisión de cumplimiento de sentencias y; esté a Cargo de una Sala Constitucional que debe ser creada por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, con un número equivalente al tercio del total de Estados Partes, para dar mayor representación a los Estados Partes.

Después de normar los plazos sometidos a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es muy importante y positivo innovar su estructura administrativa para el cumplimiento de las garantías establecidas en la Convención; asimismo la supervisión del cumplimiento de las sentencias que dicta; tomando en cuenta que los Estados Partes, son los que sufren los efectos de las sentencias aludidas, ya que los efectos no son únicamente para el Estado Parte condenado sino causa jurisprudencia y de observancia obligatoria para todos los Estados Partes; consecuentemente la Sala Constitucional al ser creada debe ser integrada con un número equivalente a una tercera parte del total de Estados Partes, entre profesionales que los Estados Partes asignen al efecto y finalmente la elección sea mediante sorteo, para un periodo de cinco años no renovables.

Efectos de la falta de la normativa procedimental en la era de la alta tecnología

Las notificaciones electrónicas judiciales en Guatemala, han cobrado vigencia, mismas que han hecho que la justicia sea más pronta en observancia de los plazos que rigen la materia; no solo se ha ahorrado tiempo sino un aporte tan digno para todos los sujetos procesales dentro del proceso judicial; pero a la presente fecha, no existe normativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que haga uso de la tecnología de manera obligatoria cuyo propósito sea acelerar los procesos sometidos a su conocimiento, en coherencia con los plazos razonables; como ejemplo de ello, las notificaciones electrónicas en Guatemala, están rindiendo frutos positivos, también es un punto fundamental que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe considerar, para reducir los plazos en la tramitación de los casos sometidos a su conocimiento; pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe desde más de medio siglo y su función debe ser reestructurada administrativa y progresivamente conforme los constantes cambios sociales y la tecnología.

Referencias

- Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. (2010). *Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (dos ed.). Desconocida.
- Atienza, M. (1997, abril). Los límites de la investigación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 6, 134.
- Constitución Política de la República de Guatemala [Const.]. (1993). Artículo 276 [Capítulo VI Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]. Diario de Centro América .
- Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. (1978, 13 de julio). Artículo 67 [Capítulo VIII La Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Diario de Centro América.
- Corte de Constitucionalidad [CC]. (2020, 6 de mayo). Expediente número 1169-2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2005, 5 de febrero). *La última tentación de Cristo*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (1012). *Caso Uzcátegui vs Venezuela*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (1993). *Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (1997, 29 de enero párrafo 77.). *Caso Genie Lacayo vs Nicaragua* .
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos [Corte IDH]. (2008). *Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia*.
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos [Corte IDH]. (2004, párrafo 7). *Caso Barrios Altos vs. Perú*.
- Decreto Número 1-86 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad [LAEPYC]. (1986). Artículo 5 [Título uno Protección Constitucional, Capítulo Único Normas fundamentales y Disposiciones Generales]. Diario de Centro América.
- Jaime Cubides Cárdenas, Carlos Eduardo Castro Buitrato y Paula Andrea Barreto Cifuentes. (s.f.). Desafíos Contemporáneos de la protección de los DD HH. *SI*, 22.
- Pérez Marroquín, C. (2022, 20 de enero). *Prensa Libre*. Obtenido de <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/mp-solicita-tramite-de-extradicion-de-thelma-aldana-senalada-de-irregularidades-en-compra-de-edificio-por-q35-millones-breaking/>
- Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia Lima, Constituida en Tribunal Constitucional de Lima. (2010). *Caso Julio Rolando Salazar Monroe vs Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia Lima* .
- Trucco, M. (2021). "Balance y perspectiva de la Corte Interamericana Interamericana de Derechos Humanos a 40 años de su vigencia". 11. Obtenido de <https://diccionario.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/balence>

Sobre la autora

ALMA MARÍA CHÁVEZ RAYMUNDO

Oficial III, Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Guatemala.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL

Marta Claudette Domínguez Guerrero

1. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES BÁSICAS

La teoría de la imputación objetiva es el producto de una progresiva tendencia a la normativización de la teoría del tipo, de cara a superar los múltiples problemas suscitados desde una perspectiva de signo puramente causalista a la que se aferraba el Derecho penal de inicios del siglo pasado¹.

En tal sentido, la imputación objetiva se erige, en términos generales, en un sistema dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal que se derivaría de la sola causación de un resultado lesivo². Por ello, se puede afirmar que este instrumento normativo ha venido a convertirse en la actualidad en una teoría general que se ocupa de la «determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable»³; o como también la ha denominado JAKOBS, una «teoría del significado del

comportamiento»⁴, para convertirse decididamente en una teoría general de la conducta típica⁵.

Y es que, en realidad, lo que busca la imputación objetiva a través de sus diversos filtros normativos es interpretar un determinado comportamiento en su respectivo contexto social para poder así establecer si el mismo tiene un significado objetivamente delictivo. No obstante, para la consecución de dicho fin, la moderna teoría de la imputación

Lo que busca la imputación objetiva es interpretar un determinado comportamiento en su respectivo contexto social para establecer si el mismo tiene un significado objetivamente delictivo.

objetiva se funda en nociones básicas sobre las que precisamente se construye el edificio normativo de imputación. En esa línea, la conducta imputable sólo puede ser obra de la persona en Derecho⁶, esto es, aquella que se desarrolla e interacciona con base a un papel concreto en la sociedad. Es por ello que resulta necesario referirse a continuación al rol social como criterio normativo básico para la atribución de responsabilidad jurídico-penal.

1.1 El rol social como presupuesto delimitador en la imputación penal

El punto de partida para el sistema de imputación y el entorno social donde cualquier construcción dog-

1 Cfr. al respecto, con mayor detalle, REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 51 ss., con amplias referencias bibliográficas.

2 JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. (trad. Olmedo Cardenete), Comares, Granada, 2002, § 28 I. 2.

3 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. (trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997, 7/4, quien no limita su utilidad dogmática a los problemas de la Parte Especial (7/4b, nota 2b).

4 JAKOBS, Günther, «La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma» (trad. Sánchez Vera y Gómez-Jara Díez), en GÓMEZ-JARA DÍEZ (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara Editores, Lima, 2007, p. 238.

5 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 321, n.m. 699.

6 CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, p. 26.

mática de esa naturaleza pretende tener aplicación es necesariamente la persona autorresponsable a partir de la posición social que ésta ocupa en su entorno y que la determina a desarrollar determinado papel en la sociedad⁷. Y es que cada sujeto no es responsable de la totalidad de los sucesos del mundo social en que se desenvuelve, sino tan sólo de una parcela muy limitada de realidad. Este segmento parcial se asigna a cada persona como miembro de la comunidad y el que está sometido enteramente a su vigilancia, de modo tal que deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas. Por ello, se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción (v. gr. taxista, padre, policía, juez, profesor, médico, etc.) define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social⁸.

Esto resulta lógico en la medida en que dicha posición social configura un ámbito de libertad de organización que permite saber, tanto a los demás miembros de la sociedad como al propio titular de dicho ámbito, qué es lo que se espera socialmente que haga o deje de hacer; esto es, concretamente, define las expectativas sociales de comportamiento que habrá de cumplir conforme al papel que le corresponde desarrollar en la sociedad⁹. Y son precisamente estas expectativas esenciales para la convivencia social las que han de garantizarse jurídico-penalmente. De ahí que el Derecho penal y el marco social en que aquél tiene lugar sean inescindibles¹⁰.

En tal virtud, la importancia del rol radica no sólo en su capacidad para identificar a cada persona en el mundo social, sino también en su utilidad social para exteriorizar y dar a conocer a los demás a qué está o no obligada ella en los múltiples contactos

que establezca¹¹; o lo que es lo mismo, determina las incumbencias —lo que le compete jurídicamente realizar o no— de acuerdo a su posición social. De esta noción básica nace la conocida frase «no todo es asunto de todos» acuñada hace casi dos décadas por JAKOBS¹² y que comporta la idea, también fundamental para el sistema de imputación jurídico-penal, de la separación de ámbitos de responsabilidad. En efecto, no se puede esperar de un taxista que sepa qué actividades realizará en su destino el pasajero que transporta, ni tampoco se puede esperar que un médico obligue violentamente a su paciente consciente y responsable a quedarse en el hospital. En tal sentido, del mismo modo en que la sociedad premia a título de mérito a quien se comporta dentro de los márgenes de su posición social (reputándolo como buen padre, un magistrado probo, un respetable policía, etc.), también le recriminará su conducta a través de un juicio de imputación cuando la infrinja, esto es, cuando defraude las expectativas que se derivan de su posición social¹³.

Por ello, a cada ámbito de organización le corresponde todo un conjunto de derechos y obligaciones a los que indefectiblemente están sujetos los ciudadanos en tanto ejerzan y pretendan ejercer dicho papel. Éste es el contenido material del rol social y el que, como se viene sosteniendo, delimita las esferas de responsabilidad perteneciente

7 De ahí que JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996, pp. 50 ss., se refiera a que este papel de persona en sociedad no es sino una «máscara» que porta cada sujeto en un interrelación con los demás; mientras que su discípulo POLAINOORTS, Miguel («Imputación objetiva: esencia y significado», en KINDHÄUSER/POLAINO ORTS/CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 20 ss.) recurra al símil de «una etiqueta en la solapa» para caracterizar al rol social.

8 *Cfr.* POLAINO-ORTS, «Imputación objetiva», pp. 19 ss.

9 CARO JOHN, *La imputación objetiva*, pp. 28 s.

10 En palabras de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 21 s.: «la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad...».

11 Como lo señala, POLAINO-ORTS, «Imputación objetiva», p. 22: «el rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás sepan a qué atenerse».

12 Como lo explica JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”», en ÍDEM, *Estudios de Derecho penal* (trad. Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles), Civitas, Madrid, 1997, p. 211: «La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía...».

13 Este quebrantamiento del rol constituye para JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 54 s., «el requisito mínimo de una defraudación».

a cada ciudadano¹⁴. Aunque, por lo demás, ciertas objeciones provenientes de algunos sectores doctrinales se hayan dejado oír alegando la falta de claridad e inclusive arbitrariedad en la definición de los roles sociales¹⁵, no cabe duda de que los alcances conceptuales y consecuencias teóricas que se desprenden de la noción del rol sientan las bases necesarias para un sistema de imputación que pretenda fijar como punto de partida la existencia de personas autorresponsables a las que les corresponde esferas de competencia individuales.

1.2 Implicancias dogmáticas en el marco de la imputación objetiva

De acuerdo a lo expuesto, para el sistema de imputación objetiva el carácter autónomo de la persona juega un papel fundamental de modo tal que se constituye en un punto de referencia de la construcción dogmática en sí misma; con ello, por consiguiente, para el sistema de imputación resulta medular tomar como punto de partida la administración autónoma de la esfera de organización que le corresponde a cada ciudadano en su condición de persona, y es sobre esa base que se fundamenta la imputación objetiva en tanto mecanismo de delimitación de ámbitos de responsabilidad¹⁶. Por consiguiente, el sistema de

imputación toma como eje referencial siempre a una persona autónoma que es titular de una esfera de responsabilidad que ésta administra en ejercicio de su libertad y cuyas consecuencias lesivas tendrá que asumir a título de imputación¹⁷. Esto no es sino lo que se conoce como el sinalagma libertad de *actuación/responsabilidad* por las consecuencias¹⁸.

La posición social ocupada por cada persona, entonces, se erige en un factor normativo con una doble función. Por un lado, constituye una garantía para las personas, pues demarca el espacio en el cual puede organizarse y ocuparse de sus asuntos con total libertad, sin más límite que el impuesto por el respeto a las demás esferas jurídicas¹⁹. Por otro lado, establece las bases de la imputación objetiva, puesto que una vez infringidos los deberes de la posición social, se defrauda a la sociedad poniendo en tela de juicio la norma como modelo de orientación²⁰. Pero ya que es un deber derivado de dicho rol el que se ha inobservado, la imputación no puede ir más allá del ámbito inherente a esa posición social. Por ello, únicamente podrá imputarse al sujeto la infracción de un deber inherente a su rol y no algún otro que exceda tal ámbito vital de organización. Así, por ejemplo, no podría imputarse a un magistrado la muerte de su hija, producida mientras aquél se encontraba laborando, por el solo hecho de ser su padre, habiendo éste delegado dicha función de garante a una niñera que se quedaba con la menor durante el día²¹. Aquí, aun cuando nadie niegue el vínculo paterno-filial, no puede imputarse al magistrado el quebrantamiento de su rol de padre pues el resultado lesivo no es una concreción del incumplimiento de algún deber derivado de dicho rol; este último no era ejercido al momento de producirse el suceso, sino que el magistrado se encontraba desenvolviéndose precisamente como

14 Es por ello que se predica una doble faz del rol, uno de carácter formal y otro de carácter material. El formal lo constituye la posición concreta ocupada por la persona en el conglomerado social, la «máscara» o «etiqueta» a las que se hizo alusión con anterioridad. El aspecto material, como se acaba de mencionar en el texto, se refiere precisamente a ese haz de expectativas sociales que se vinculan en una determinada sociedad al comportamiento de los portadores de roles. Cfr. con mayor detalle al respecto, POLAINO-ORTS, «Imputación objetiva», pp. 22 ss. A partir de esta consideración, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 43, nota 3, extrae la diferencia entre rol y posición. La posición es el lugar que ocupa el sujeto en la red de interrelaciones sociales (v. gr. músico, marido, profesor, etc.), mientras que el rol es el conjunto de expectativas asociadas a esa posición.

15 Cfr. sólo a título de ejemplo las consideraciones abiertamente críticas de SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 142 ss., 144 ss., quien no hesita al sostener que criterios normativos como el «rol» o «injusto» no son más que «conceptos formalizados faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad», al punto de afirmar que «en ellos todo cabe» (p. 144). Vid. también las críticas de MIR PUIG, «Sociedad, norma y persona en Jakobs», en DPC N° 2, 2003, enero-marzo, Bogotá, Legis, pp. 130 ss., no ya centradas en conceptos concretos, sino desde una perspectiva más general acerca de la concepción dogmática de Jakobs.

16 Vid. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 66 s.

17 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 284: «El ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es equivalente a su ámbito de responsabilidad».

18 Cfr. desde la perspectiva de los deberes institucionales, JAKOBS, PG, 29/58; también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 38, 40 ss. y passim.

19 Cfr. POLAINO-ORTS, «Imputación objetiva», pp. 38 s.

20 Por ello es que esa defraudación constituye en JAKOBS (Sociedad, norma y persona, p. 18) una comunicación defectuosa del autor del hecho ante la sociedad.

21 Cfr. en ese sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 175.

tal. En consecuencia, el rol de padre se halla fuera de la interacción que dio lugar al resultado lesivo²².

En esa línea, cabe resumir la función dogmática de la imputación objetiva como la determinación del carácter socialmente perturbador de la conducta enjuiciada, es decir, establecer si ésta altera gravemente el orden jurídico-social, que es lo que se ha dado por denominar, incluso ya desde WELZEL, como una expresión (típica) de sentido²³. Esta idea, sin duda, dota a la teoría de la imputación objetiva de un componente social que permite concebirla como una *herramienta de interpretación jurídico-penal de los sucesos sociales*, esto es, como un sistema cuyos contenidos «designan esferas de responsabilidad para la configuración del mundo social»²⁴.

Ello guarda plena coherencia con la misión social del Derecho penal de asegurar determinadas expectativas de conducta que resultan esenciales para el mantenimiento de la identidad de la sociedad; en tal virtud, la solución de los problemas que se le presentan al Derecho penal —que son también, evidentemente, sociales— «tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad»²⁵. De ahí la capacidad que tiene esta construcción dogmática para determinar el injusto penal, ya que sólo aquella persona que comunica socialmente a través de su actuación una negación

de la norma puede interesarle al Derecho penal, en tanto sistema también social²⁶.

2. NIVELES DE IMPUTACIÓN

Desde el esquema normativo aquí descrito, la imputación objetiva se divide en dos niveles: por una parte, la calificación del comportamiento como típico (*imputación objetiva del comportamiento*); y por otra, situado en el ámbito de los delitos de resultado, la verificación de que el resultado lesivo producido tiene como explicación el comportamiento objetivamente imputable (*imputación objetiva del resultado*).

En el primero de ellos se ubican las instituciones dogmáticas desarrolladas con particular énfasis —si bien concediendo mayor profundidad a unos con relación a otros— por la dogmática funcionalista del profesor JAKOBS; es a través de estas proyecciones que se construye el juicio de tipicidad, pues constituyen en efecto filtros normativos por los que debe atravesar el análisis de las conductas sometidas a dicho examen de tipicidad. Por tanto, se trata aquí de comprobar que el comportamiento en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo²⁷.

El segundo nivel de imputación, también denominado como el de *realización de riesgos*, presupone ya la existencia de un riesgo no permitido, por lo que el examen radica aquí en determinar si el resultado lesivo es precisamente la materialización de aquél riesgo no permitido creado por el autor²⁸. Por tanto, para que el resultado pueda reputarse de típico debe constituir una consecuencia, una realización

22 Otro ejemplo sumamente gráfico, propuesto por PIÑA ROCHEFORT, en *El funcionalismo en Derecho penal*, pp. 47 s., puede ilustrar mejor lo acabado de señalar: que el Presidente de la República ingrese a una panadería no significa necesariamente que en dicho lugar se le deba tratar como tal (los demás no están jurídicamente obligados a hacerlo), esto es, como la máxima autoridad pública, aun cuando los presentes sepan muy bien que ostenta dicho cargo. Pues en dicho contexto de interacción el Presidente no ejerce su rol de funcionario público, sino el de un ciudadano común. Como lo explica el citado autor: «Mientras el sistema no actualice y reconozca como válido ese rol, el señor Presidente deberá hacer fila como cualquier ciudadano y no será acreedor de ningún trato preferente» (p. 48).

23 Que, en clave funcionalista, ha de ser comprendido como la contradicción de la norma como modelo vigente de orientación de los contactos sociales. Cfr. JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción» (trad. Cancio Meliá), en *Estudios*, p. 113, poniendo de manifiesto cómo ya Welzel realizó los «trabajos preparatorios» de la moderna teoría de la imputación objetiva con la noción —ciertamente de corte normativo— de la adecuación social.

24 Vid. MÜSSIG, Bernd, «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», en *Teoría de sistemas*, p. 251: «... y con ello, también caracterizan a la atribución jurídico-penal de vulneraciones del ordenamiento jurídico».

25 JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 21 s.

26 O, en palabras de MÜSSIG (en *Teoría de sistemas*, p. 254), la imputación objetiva es un proceso social global conforme al cual puede demostrarse la existencia de «un plano constitutivamente común de Derecho y sociedad».

27 CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 98.

28 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, 11/59 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 165 ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general, 7ª ed.*, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 257. Como lo pone de relieve CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 71, este segundo nivel de imputación tiene en la construcción dogmática de Jakobs un peso menor respecto del concedido al primero, lo que es fácilmente constatable a partir de la profundidad con la que ha desarrollado principalmente los diversos contenidos de la imputación del comportamiento y de la profusa bibliografía que le ha seguido.

del riesgo prohibido y, consiguientemente, éste deberá explicar dicho resultado²⁹.

En tal sentido, en caso concurren varios riesgos alternativos, sólo podrá considerarse como explicación del resultado aquel riesgo cuya omisión hubiera evitado de modo planificable el resultado³⁰, pues es perfectamente posible —y ciertamente frecuente— que en la producción de un resultado concurren diversos riesgos atribuibles a diversas personas (v. gr. las lesiones o muerte de quien cruza descuidadamente la calle y es atropellado, pueden explicarse también por la imprudencia del conductor). En síntesis, sólo aquella conducta que aparezca como el factor causal determinante del resultado será el que permita explicarlo en clave de imputación objetiva y, por tanto, el que revista relevancia jurídico-penal³¹.

Esta bipartición de los niveles de imputación objetiva, propia del esquema aquí adoptado, obedece a dos raíces distintas. Por un lado, pretende determinar si la conducta realizada por el presunto autor se corresponde con la hipótesis prevista por el tipo penal, lo cual es inherente a la finalidad del Derecho penal de garantizar normativamente las expectativas sociales de conducta de los ciudadanos³². Y esto es así dado que es en el primer nivel de imputación, la del comportamiento, donde se establece antes de nada si el suceso enjuiciado comporta un *output lesivo*, una arrogación de otras esferas jurídicas, esto es, si defrauda alguna expectativa garantizada jurídico-penalmente invadiendo ámbitos de organización ajenos.

Y, por otro lado, en el terreno de los delitos de resultado, se presupone ya la existencia de un comportamiento típico, por lo que aquí se trata de comprobar si el resultado lesivo, conectado en un plano causal con la conducta típica, puede reconducirse normativamente a esta última. Sólo así

podrá afirmarse, a la vez, la tipicidad del resultado en cuestión³³.

3. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS DE LA IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO

En este apartado se aborda modo sucinto las estructuras normativas que conforman el ya aludido primer nivel de imputación, es decir, el del comportamiento³⁴. Como se advertirá al hilo de la exposición esbozada en este apartado, estas instituciones conforman un verdadero sistema caracterizado fundamentalmente por dos rasgos inherentes a la construcción dogmática en sí misma³⁵. Por una parte, no han de ser comprendidos de forma aislada o asistemática, sino como partes de un todo esquemático de imputación que permite afirmar la tipicidad de una determinada conducta. Por otra parte, y, en consecuencia, han de ser apreciados como escalones sucesivos de análisis que se hallan ordenados, no de forma arbitraria o aleatoria, sino progresiva y sistemáticamente; más exactamente, establecidas de modo secuencial en una clasificación que se inicia a partir de lo más genérico hasta llegar a lo más específico. Como corolario de esta caracterización, resulta evidente que en cada institución dogmática se van introduciendo paulatinamente cada vez más datos pertenecientes al contexto que rodea el comportamiento concreto analizado.

Habida cuenta que la virtualidad dogmática de cada una de estas instituciones es la de establecer el carácter defraudatorio de expectativas normativas —y con ello la tipicidad de la conducta—, si es que al final del análisis sistemático a realizarse de la mano de los criterios normativos en mención ninguno de ellos encuentra cabida, deberá afirmarse finalmente la tipicidad del comportamiento enjuiciado. Todo ello resulta congruente con los fines que persigue el propio Derecho penal, pues no cabe duda de que los principios de la imputación objetiva surgen de la finalidad de garantizar expectativas normativas de comportamiento³⁶.

29 En palabras de RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva* (trad. López Díaz), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 30 s.: «un resultado antijurídico causado por una conducta humana, sólo es imputable si esta conducta ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y si ese peligro también se ha realizado en el hecho concreto causante del resultado» (con cursivas en el original).

30 Cfr. JAKOBS, PG, 7/4b ss., 7/72 ss. Vid. asimismo, la exposición analítica realizada por PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Un nuevo sistema de Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación* de Günther Jakobs, Grijley, Lima, 1998, pp. 86 ss., 94 s.; y CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 71.

31 Cfr. JAKOBS, PG, 7/72; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 131.

32 JAKOBS, PG, 7/4b.

33 Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 97 s.

34 Que no son sino tendencias o proyecciones en que se ha manifestado la teoría de la imputación objetiva en la dogmática penal moderna, como lo pone de relieve POLAINO-ORTS, «Imputación objetiva», p. 43.

35 Cfr. en lo que sigue, CANCIO MELIÁ, Manuel, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», en PEÑA CABRERA FREYRE/MONTES FLORES/SÁNCHEZ MERCADO (coord.), *Libro Homenaje al profesor Peña Cabrera, I*, Ara Editores, Lima, 2006, p. 146.

36 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 266.

a) El riesgo permitido

El riesgo permitido es considerado, en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva, como un instituto dogmático liberador de la responsabilidad penal. En concreto, permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo³⁷. En atención a ello, la importancia de esta categoría dogmática ha venido siendo sostenida, desde diversas perspectivas y con algunos matices, como medular para la teoría de la imputación objetiva³⁸, aunque ciertamente no ha estado exenta de críticas o cuestionamientos³⁹. Su fundamento reside en los riesgos ínsitos en toda interacción social, por más cotidiana o inofensiva que ésta parezca. Por ello, es acertado afirmar que una sociedad sin riesgos no es posible y que, sin embargo, no por tal razón se plantea siquiera la posibilidad de renunciar a ella⁴⁰ o a la realización de algunas actividades que, aunque riesgosas, son necesarias para la convivencia y el funcionamiento de la sociedad actual. En suma, «no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del Derecho Penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción»⁴¹.

Sintetizando la exposición, puede decirse a grandes rasgos que bajo el rótulo de riesgo permitido se

agrupan dos bloques de supuestos⁴²: por una parte, casos en que una determinada actividad riesgosa es jurídico-penalmente permitida en atención a ciertas circunstancias, ya sea en virtud de una positivización o reglamentación expresa (como sucede en el tráfico viario, el ámbito industrial, competiciones deportivas, juegos autorizados de apuestas, etc.), ya sea en ausencia de dicha reglamentación (los clásicos deberes de cuidado traducidos en la *lex artis*, por ejemplo, en la práctica médica). Por otra parte, se encuentran aquellas conductas que, aunque generadoras de riesgos, se hallan caracterizadas por su evidente normalidad social (conductas con insignificancia jurídico-social o con una conexión muy débil con el resultado lesivo posterior, como el doctrinalmente conocido caso del sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta o que le aconseja viajar en un avión en el que luego parece tras un accidente aéreo)⁴³.

La determinación de los alcances del riesgo permitido es una tarea bastante complicada en ámbitos no positivizados o reglamentados en los que sus contornos se muestran, sin duda, mucho más laxos o difusos que en otros ámbitos. No obstante, la legitimación de los riesgos inmanentes a algunas actividades sociales viene dada en virtud de las valoraciones y características que definen a una sociedad concreta en un determinado contexto histórico.

Esto es lo que se ha dado por denominar como riesgo permitido por legitimación histórica⁴⁴, el cual se manifiesta en contactos sociales tan cotidianos como el tráfico rodado, fiestas tradicionales populares, medidas de seguridad en el trabajo, etc.; o tan necesarios como la práctica médica y las relaciones económicas. Todas ellas, pues, tienen el común denominador de hallarse toleradas por ser inherentes a la propia evolución e identidad sociales. Esto quiere decir que es la sociedad la que se encarga de reconocer progresivamente tales riesgos como estereotipados en un determinado contexto normal de interacción. Vale decir, la sociedad —como

37 Aunque, dada la compleja evolución dogmática de la que ha sido objeto, su ubicación sistemática ha sido muy variable; su desarrollo ha tenido lugar no sólo en sede de tipicidad, sino también a nivel de antijuricidad e inclusive en la culpabilidad. Cfr. al respecto, MARAVER GÓMEZ, «Riesgo permitido por legitimación histórica», en *El funcionalismo en Derecho penal*, pp. 214 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 100 ss.

38 Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 26 ss., 41 ss.; ÍDEM, «La imputación objetiva», en *Estudios*, pp. 213 ss.; ÍDEM, PG, 7/35 ss., 7/39 ss.; ROXIN, PG, 11/39, 11/45 ss.; ÍDEM, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal», en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), Edit. Reus, Madrid, 1976, pp. 130 ss.; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá/de la Gándara Vallejo/Jaén Vallejo/Reyes Alvarado), Colex, Madrid, 1995, pp. 95 ss., considerándola fundamental para la existencia de una conducta típica.

39 Así, por ejemplo, MAIWALD, *De la capacidad de rendimiento del concepto de «riesgo permitido» para la sistemática del Derecho penal* (trad. Sancinetti), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 11 ss., 14 ss., cuestiona al riesgo permitido como categoría autónoma excluyente de la tipicidad o antijuricidad, pues en su opinión se trataría de un concepto formal que «se agota en la referencia al carácter de “estar permitidas” de determinadas acciones riesgosas» (pp. 13-14). No obstante, su alegada carencia de contenido material, el autor prefiere no renunciar a la figura dada la función sistemática que cumple al agrupar supuestos de conductas peligrosas en los que se excluye (únicamente) el desvalor de acción.

40 JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 41 s.

41 BACIGALUPO, PG, p. 265.

42 Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 99 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 117 ss., 121 ss.

43 Retomando el clásico ejemplo propuesto originariamente por WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. Cerezo Mir), reimpresión, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2002, p. 86, en su formulación dogmática sobre el criterio de adecuación social.

44 Planteada en estos términos por JAKOBS, PG, 7/36: «Determinadas formas de actividad permitida han sido consagradas por el uso históricamente (...), y por ello se aceptan como socialmente adecuadas». Elemental a este respecto es el trabajo de MARAVER GÓMEZ, en *El funcionalismo en Derecho penal*, pp. 209 ss.

consecuencia del constante desarrollo evolutivo del que inexorablemente es objeto— es la que decide configurarse a sí misma, estableciendo la identidad y legitimación de cada ámbito social parcial⁴⁵.

Por ello el Derecho Penal no puede ser ajeno a la evolución de la sociedad ni a los riesgos que definen su propia configuración; por el contrario, ha de garantizar esta identidad normativa si pretende que las expectativas que se generen tengan lugar en un contexto de armonía entre Derecho y sociedad, y no de desorden o coerción⁴⁶. Así pues, detrás de la permisón de un riesgo se encuentra el reconocimiento jurídico-social del comportamiento que lo produce.

En ese sentido, aquellas actividades que logren superar los límites impuestos por el propio uso social y por las ventajas que ofrecen, al no estar abarcadas por la configuración social tolerada, comportará un «riesgo jurídicamente relevante»⁴⁷, «jurídicamente desaprobado»⁴⁸ o «típicamente relevante»⁴⁹. De este modo, lo socialmente adecuado a través del denominado riesgo permitido queda en buena cuenta legitimado no tanto por el Derecho como por la propia configuración de la sociedad⁵⁰, en atención a las posiciones jurídicas de las personas que la conforman.

b) El principio de confianza

En tanto ser social, la persona se interrelaciona en sociedad siempre sobre la base de un mínimo de confianza. Ésta, por consiguiente, resulta necesaria para la interrelación social de las personas y, si el Derecho Penal pretende facilitar y promover los contactos sociales anónimos y no entorpecerlos, resulta congruente erigirla como un eje normativo en el sistema de imputación. El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, se autoriza

a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquéllos⁵¹. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa pero —desde luego— lícita les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídico⁵².

Por ello no es la confianza en sentido coloquial, psicológico o sentimental la que se manifiesta en la teoría de la imputación, sino la confianza de carácter social, esto es, aquella que posibilita los contactos sociales: el ciudadano racional, fiel al ordenamiento jurídico confiará en que los demás se comporten del mismo modo, es decir, cumpliendo las expectativas sociales que les atañen y respetando a los demás como personas⁵³. El ejemplo clásico viene dado en el ámbito del tráfico viario⁵⁴ —donde inicialmente surgió este criterio—, cuando el conductor que atraviesa un cruce en luz verde, confía en que los conductores de la vía perpendicular se detendrán ante la señal de stop. Se trata, por consiguiente, de una confianza en sentido normativo, en tanto comporta una permisón jurídica para confiar en terceros⁵⁵.

Sobre la ubicación sistemática de este principio en el marco de la teoría de la imputación objetiva no existe unanimidad doctrinaria. A este respecto, es posible advertir cuando menos tres posiciones. La primera defiende, si bien en ocasiones de un modo relativo, la autonomía sistemática del principio, de modo tal que se le asigna una ubicación propia en

45 JAKOBS, La imputación objetiva, pp. 44 s.; BACIGALUPO, PG, p. 267.

46 JAKOBS, «Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», en RPDJP N° 1, 2000, p. 129: «Un Derecho penal que se dirija contra el arraigado espíritu de los tiempos, no produce una cohesión con sentido, sino una mezcla de manifestaciones individuales incoherentes. En tal Derecho penal la configuración externa... se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo —que ya no se corresponde más con la Sociedad—...».

47 JESCHECK/WEIGEND, PG, § 28 IV. 1.

48 *Cf.*: REYES ALVARADO, Imputación objetiva, pp. 106 ss.

49 Que es la expresión por la que opta MIR PUIG, PG, p. 257, a fin de evitar confusiones con aquellas permisiones que provienen de las causas de justificación.

50 JAKOBS, La imputación objetiva, p. 45.

51 JAKOBS, PG, 7/51; GARCÍA CAVERO, Derecho penal económico. Parte general, I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, pp. 371 ss.

52 CANCIO MELIÁ, Líneas básicas, p. 104; FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 280 ss.: «en un Estado de Derecho no impera el principio de desconfianza como principio orientador de las relaciones sociales sino todo lo contrario: se parte como principio de que los otros respetarán las normas que regulan los contactos sociales...».

53 POLAINO-ORTS, «La imputación objetiva», p. 57.

54 Sobre el principio de confianza en este ámbito: ROXIN, PG, 24/21 ss.; REYES ALVARADO, Imputación objetiva, pp. 151 ss.

55 Así, expresamente, JAKOBS, PG, 7/51.

el sistema de imputación⁵⁶. La segunda le niega tal autonomía y lo concibe como un criterio dogmático de determinación del riesgo permitido o como una manifestación del mismo⁵⁷. Finalmente, la tercera línea de opinión, con total prescindencia de la cuestión referida a su autonomía, rechaza su naturaleza jurídica en tanto componente de una teoría general de la imputación, y la considera como un criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito de los delitos imprudentes⁵⁸.

Por lo demás, la distinción sistemática de las diversas instituciones en la teoría de la imputación objetiva constituye a mi juicio un aspecto elemental y sobre todo necesario para delimitar de forma palmaria no sólo sus alcances conceptuales sino también sus efectos dogmáticos para la solución de casos en la práctica⁵⁹.

Más allá de estas controversias sistemáticas, ha de llamarse la atención sobre la principal restricción de esta proyección dogmática de la imputación objetiva: el ordenamiento jurídico sólo autoriza a confiar en el comportamiento socialmente correcto de los demás en la medida en que no existan motivos objetivos y fundados para suponer lo

contrario⁶⁰. En otras palabras, por regla general no se ha de responder penalmente por la incorrección de las conductas ajenas (ya sean éstas dolosas o imprudentes), si es que no se puede confiar en que todos cumplirán con sus respectivos deberes. Así, por ejemplo, continuando en el ámbito viario, si quien conduce hacia un cruce vial advierte que otro conductor se acerca efectuando maniobras temerarias, no está autorizado a confiar en que éste actuará adecuadamente frenando ante la luz roja⁶¹.

Una segunda limitación del principio de confianza se refiere a la forma de proceder del propio sujeto a quien se dirige la imputación, de modo que si éste no ajusta su comportamiento a los niveles de riesgo permitido no podrá ser amparado por el principio de confianza. Esta precisión resulta trascendental para comprender su verdadero significado y alcances, y no concebirlo erróneamente como una forma de permisión para que las personas sean indiferentes o actúen displicentemente confiando en el cuidado de otros. Como lo expresara ya STRATENWERTH, «quien crea una situación oscura o peligrosa no puede abandonarse a que otros compensarán este peligro incrementando el cuidado»⁶². Y es que aquí se pone de manifiesto una vez más el fundamento de este criterio de imputación, que no es sino la autorresponsabilidad, pues cada uno es competente de los riesgos que genera y no puede esperar normativamente que otro los neutralizará y que se

56 Si se indica que esta postura tiene un carácter «relativo» es en razón de que en no pocas ocasiones se concibe en parte al principio de confianza como una derivación o especie del riesgo permitido. Así, por ejemplo, JAKOBS, PG, 7/51, lo entiende como un «supuesto particular» no sólo del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso; también, en ese sentido, STRATENWERTH, Derecho penal. Parte General I. El hecho punible (trad. de la 4ª ed. a cargo de Cancio Meliá y Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 15/65 ss. Por su parte, FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 293 ss., 298 ss. y 329 ss., opta más decididamente por conceder autonomía al principio de confianza en relación a los demás institutos de la imputación objetiva, en razón, principalmente, de su diverso fundamento; sin embargo, también lo considera como un criterio para «determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas». Y entre nosotros, según lo entiendo, GARCÍA CAVERO, PG, p. 370, parece decantarse por esta línea al resaltar una diferencia de especificidad entre el principio de confianza y el riesgo permitido: «Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas».

57 Así, ROXIN, PG, 24/22, opinión a la que califica de absolutamente dominante (Ibid., nota 29); de hecho, este autor estima que el principio de confianza constituye un supuesto de prohibición de regreso, y éste a su vez del riesgo permitido (vid. Ibid., 24/27 ss.); asimismo, en esa dirección, por nuestras latitudes, REYES ALVARADO, Imputación objetiva, pp. 141 ss., 145 s., 149 s.

58 Cfr. por todos, JESCHECK/WEIGEND, PG, § 55 I. 3., quienes lo conciben como una regla de origen consuetudinario propio del ámbito del tráfico viario.

59 Cfr. al respecto infra IV.

60 La doctrina se ha referido a tales motivos como «indicios». Cfr. ROXIN, PG, 24/21 ss.; STRATENWERTH, PG, 15/66; CANCIO MELIÁ, Líneas básicas, p. 104. Por su parte, según lo afirma FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, p. 313, estos motivos han de ser objetivos, sólidos y concluyentes, por lo que no basta con una simple intuición o presagio.

61 Al respecto, se ha planteado que no puede tener lugar un principio de confianza cuando ya ha surgido un peligro por la infracción de deberes de cuidado (como en el ejemplo viario propuesto en el texto), o cuando circunstancias especiales desaconsejan confiar y determinan una eventual lesión (v. gr. caso de menores de edad, ancianos, impedimento corporal, ebriedad, etc.), actividades de alta complejidad o peligrosidad (como en situaciones de tráfico particularmente complicadas o, paradigmáticamente, una operación quirúrgica delicada). Finalmente, se ha introducido gracias a la jurisprudencia alemana el factor de la frecuencia de infracciones viarias que hagan razonable contar con ellas. Cfr. en tal sentido, con amplias referencias, ROXIN, PG, 24/23; y STRATENWERTH, PG, 15/66. Sin embargo, me parece acertada la precisión que formula REYES ALVARADO (Imputación objetiva, p. 147 con nota 113) de que para la referida restricción del principio de confianza no basta la sola presencia de un niño, anciano o minusválido, sino que han de existir «concretos puntos de referencia que indiquen que esas u otras personas se comportarán de una manera diversa a cómo deberían hacerlo», con lo cual dicho autor se muestra abiertamente contrario a un pretendido «principio de defensa» que limitaría el principio de confianza a la simple presencia, aun inactiva, de tales personas.

62 STRATENWERTH, PG, 15/69.

hará responsable de ellos⁶³. Por ejemplo, si el jefe de un equipo de obreros que laboran en la vía pública no cumple con proporcionarles a éstos uniformes u otros instrumentos de seguridad, infringe ya su deber de cuidado y no puede esperar que no se produzcan accidentes de trabajo o lesiones de los peatones que transitan cerca de la obra, con total independencia de si los obreros se comporten, a su vez, imprudentemente.

Entonces, esta confianza socio-normativa que se manifiesta idealmente de forma generalizada es sobre la que se desarrolla la sociedad y, con ella, los diversos contactos entre sus miembros; es por esto que el ámbito en que tiene aplicación el principio de confianza lo constituyen aquellos contextos de interacción en que intervienen una pluralidad de sujetos y en los que existe una división jerarquizada de trabajo⁶⁴. Esta característica es inherente a las actividades sociales de nuestros tiempos, en los que es ya infrecuente la intervención en solitario de un único actor.

Los complejos contactos anónimos propios de la sociedad moderna se basan en una división funcional en la que cada interviniente tiene que desarrollar una determinada tarea, de cara a cumplir determinados fines comunes. Si el Derecho penal pretende hacer posible tales fines, no se puede exigir a cada persona que ejerza un absoluto control sobre los deberes de cada uno de sus co-intervinientes⁶⁵. Este reparto de incumbencias, entonces, es necesario para garantizar las expectativas normativas de conducta de todos los actores⁶⁶. Ejemplos cotidianos de ello lo representan los equipos médico-quirúrgicos que realizan complejas operaciones, grupos de técnicos encargados del mantenimiento de maquinarias pesadas o aeroplanos, la fabricación de artefactos en división de trabajo, etc.)⁶⁷.

63 FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 310 ss.

64 POLAINO-ORTS, «La imputación objetiva», p. 57. Sobre ello, con profundidad, FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 303 ss., con amplias referencias.

65 Como lo expresa claramente FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, p. 297: «Si el que persigue una finalidad en un determinado ámbito social puede contar con que los otros van a comportarse de forma correcta, ello tiene como consecuencia que se pueda organizar la consecución del interés que se persigue (...) de una forma más racional. Por tanto, el principio de confianza posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales».

66 JAKOBS, PG, 7/53: «... sería imposible una división de trabajo eficaz (...), si cada uno debiera controlar todo lo controlable».

67 Cfr. al respecto, JAKOBS, PG, 7/53; FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, p. 297.

Una regla básica de valoración en supuestos de reparto vertical de trabajo viene dada por la preparación de quien recibe órdenes. De este modo, cuanto menores sean la experiencia y preparación del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, por lo que, en esa misma medida, menor será el alcance del principio de confianza⁶⁸. No será lo mismo, entonces, encomendar una determinada tarea a una enfermera recién iniciada profesionalmente que, a un médico experimentado, aun cuando ambos ocupen posiciones subordinadas.

Finalmente, sólo cabría dejar en claro que, contrariamente a lo que se pensó en su origen de corte jurisprudencial, el principio de confianza no ve limitado su alcance dogmático al ámbito del tráfico viario. Lo expuesto en líneas anteriores ya debe haber dejado entrever que el principio de confianza despliega sus efectos en todos los contextos de interacción en que confluyen deberes plurales de actuación⁶⁹. En tal sentido, este principio conforma asimismo una garantía normativa del ciudadano que se comporta correctamente dentro de los límites de su posición social, en la medida en que no podrá atribuirse responsabilidad penal a quien confió de forma socialmente estandarizada en que los demás cumplirán la norma⁷⁰.

c) La prohibición de regreso

Si existe una institución que ha sido objeto de una verdadera evolución dogmática en el marco de la teoría general de la imputación es la prohibición de regreso⁷¹. Su concepción actual dista mucho de su inicial formulación planteada por FRANK⁷², para

68 FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 305 ss.

69 En tal sentido, CANCIO MELIÁ, Líneas básicas, p. 105. De hecho, para GARCÍA CAVERO, PG, p. 372, el principio de confianza frente a terceros se exige de modo especialmente determinante en las organizaciones empresariales.

70 Como lo expresa STRATENWERTH, PG, 15/66, la doctrina ha convenido en aprobar la ampliación del principio de confianza «predominantemente, a todos los ámbitos de la vida social en los cuales se combinan las formas de conducta de varias personas».

71 Naturalmente, aquí no es posible ahondar en el aspecto histórico de la figura, por lo que, al igual que en el caso de los demás criterios normativos, se intentará esbozar una panorámica conceptual de la prohibición de regreso. Un detenido estudio sobre la evolución de esta institución puede encontrarse en ROXIN, «Observaciones sobre la prohibición de regreso» (trad. Sancinetti), en La prohibición de regreso en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 151 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 353 ss.; y ROBLES PLANAS, La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 82 ss.

72 Quien entendía que todo favorecimiento imprudente de un comportamiento doloso y culpable es necesariamente impune. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 355 ss.; CARO JOHN, La imputación objetiva, pp. 68 ss.

llegar a ser entendida como un criterio normativo de limitación de la participación criminal. No cabe duda que ha sido JAKOBS quien con mayor acuciosidad ha protagonizado la reformulación de esta figura normativa para delimitar el ámbito de la tipicidad tanto para delitos dolosos como imprudentes⁷³. Este autor sostiene que no es jurídico-socialmente congruente que el carácter delictivo de una actividad sea impuesto arbitraria y unilateralmente por el autor del hecho, aun cuando el posterior resultado lesivo producido se halle conectado causalmente con la aportación prestada por un tercero⁷⁴: «quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida»⁷⁵.

Y es que, en efecto, en este nivel de análisis se debe partir de la noción básica de que el Derecho Penal no puede reprimir acciones socialmente inocuas o estereotipadas que, por tanto, carecen de sentido delictivo, aun cuando posteriormente otra persona anude a tales actos fines ilícitos o los emplee para realizar conductas no permitidas⁷⁶. Según lo entiendo, una consideración de esta naturaleza no es exclusiva, como se suele entender comúnmente, de un pensamiento funcional-normativista y, por el contrario, puede ya apreciarse, en su contenido material, en argumentaciones de origen metodológico diverso⁷⁷. Ello se debe, una vez más, a que el Derecho Penal, en tanto sub-sistema social, no puede ser ajeno a los rasgos expresivos y a las necesidades de la sociedad donde pretende regir, con independencia de la concepción jurídico-penal

que se adopte⁷⁸. Pues no se puede hacer a alguien penalmente competente de las consecuencias lesivas producidas por el autor de un hecho delictivo gracias a las aportaciones del primero; ello comportaría una grave restricción de los espacios de libertad legítimamente conferidos a los ciudadanos y que les resultan imprescindiblemente necesarios para su desarrollo personal y para la convivencia social en general.

Por ello, conforme a lo que se viene afirmando, la prohibición de regreso se basa en la idea de que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación que es en sí misma cotidiana y socialmente inofensiva, y que sólo por la puesta en marcha de planes de terceros puede adquirir el sentido de un curso dañoso⁷⁹.

Es, entonces, la idea básica y político-criminalmente necesaria de frenar una excesiva responsabilidad «hacia atrás» la que subyace a la prohibición de regreso y la que se halla actualmente generalizada en la doctrina⁸⁰. Una vez más, pues, la causalidad se muestra abiertamente insatisfactoria para la resolución de casos como el del taxista⁸¹, el de la gasolinera⁸² o el del acreedor homicida⁸³ (por mencionar algunos de los más conocidos y empleados doctrinalmente), en los que es innegable el nexo causal entre la aportación inicial y el posterior

73 Al punto que PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema de Derecho penal*, p. 90, afirman que este replanteamiento de la prohibición de regreso la convierte en la «institución más original de la imputación objetiva».

74 JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 77.

75 JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 30 (cursivas en el original).

76 Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 30 ss.; GARCÍA CAVERO, PG, pp. 376 s.

77 A título de ejemplo, puede verse las consideraciones de STRATENWERTH, PG, 15/70 ss., quien, aunque sin comprender a la prohibición de regreso como una institución autónoma perteneciente a un sistema normativo como la imputación objetiva, sostiene que «no puede estar prohibida toda acción en la cual sea pensable, con todo, que ella motivará a otro a cometer un delito, o que podría hacerla posible o facilitarla...», pues ello es a su juicio «manifiestamente inaceptable» (15/71).

78 Esto es así a tal punto que incluso para autores manifiestamente críticos al sistema normativista, el principio de dependencia recíproca entre Derecho penal y sociedad es ya un lugar común. Cfr., así, MIR PUIG, en DPC N° 2, 2003, p. 132, lo considera como un principio plenamente aceptado por la doctrina jurídico-penal.

79 JAKOBS, PG, 24/13.

80 FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 349.

81 Que, como es sabido, nuestra jurisprudencia ya tuvo ocasión de resolver a través de la sentencia N° 4166-99-Lima emitida por la Corte Suprema de Justicia. El supuesto de hecho trata de un taxista que transportó a unos delincuentes, quienes, en el lugar de destino, deciden perpetrar un delito patrimonial. Vid. el amplio análisis sobre este caso jurisprudencial efectuado por CARO JOHN, *La imputación objetiva*, passim.

82 El empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un vehículo, percatándose que éste se halla en tan mal estado que es evidente que se va a producir un accidente con ulteriores resultados lesivos, lo cual en efecto sucede posteriormente. Cfr. al respecto, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 111 s.

83 Planteado por JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado», en *Estudios*, pp. 243 ss., y que consiste en aquel deudor que cumple con pagar una deuda dineraria, con lo cual el acreedor se propone cometer un delito, haciéndoselo saber al deudor. Con suma claridad explica al respecto JAKOBS, «La imputación objetiva», p. 216: «la comunidad con el acreedor se limita a la transferencia del dinero; lo que el acreedor se proponga hacer con él importa tan poco al deudor como lo que ha de interesarse el acreedor por el modo en que el deudor se haya procurado el dinero con el que efectúa el pago...».

resultado lesivo. Por tanto, la prohibición de regreso define los límites de lo que ha comprenderse como una actividad conjunta con un mismo significado objetivamente delictivo para los intervinientes, esto es, si el suceso proyecta el sentido de una organización delictiva conjunta⁸⁴. En efecto, como ya se señaló, este significado normativo no puede venir impuesto unilateralmente por el sentido que le imprime el autor a una aportación socialmente estandarizada.

Una cuestión que ha merecido incesantes comentarios y análisis es la de los conocimientos de quien presta la aportación, lo cual resulta trascendental a la hora de trazar los límites de la institución dogmática en mención⁸⁵. No cabe duda de que en ciertos contextos de interacción se muestra patente la falta de un sentido común de la actividad y, por ende, de su significado como participación delictiva en la posterior conducta.

Así sucede en el caso del acreedor ya aludido o del —también conocido— caso de quien anuncia en una reunión social que en un determinado mes y lugar de una montaña se presentan las condiciones meteorológicas y climáticas ideales para realizar una excursión, lo cual es tomado como base por un tercero para hacerlo, resultando éste posteriormente lesionado o muerto. Aun cuando el deudor y el sujeto de la reunión sepan de las intenciones del acreedor y del tercero respectivamente de realizar las ulteriores actividades lesivas, no podrían responder por éstas dado que no se trata de actos jurídicamente desaprobados dirigidos a favorecer hechos ilícitos⁸⁶.

Y ello tiene su principal fundamento, como no podía ser de otro modo, en una razón de raigambre social: posibilitar y promover los contactos sociales anónimos propios de nuestros tiempos, pues amenazar penalmente a quien presta una actividad socialmente cotidiana, desviada por un tercero, conllevaría a imponer obligaciones de conocer las

intenciones del destinatario de tales servicios⁸⁷; en otras palabras, «si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada», puesto que «la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares»⁸⁸.

Sin embargo, aunque la cuestión de los límites de una construcción de esta naturaleza amerita un desarrollo más prolijo, aquí me ceñiré a destacar dos restricciones de la prohibición de regreso. Por un lado, no podría invocar una prohibición de regreso quien desvíe su actuación de cualquier modo, adaptando su conducta inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho⁸⁹. Esto quiere decir que si el taxista acelera y conduce con más rapidez para asegurar los fines de los delincuentes o si el deudor entrega una suma mayor a la debida al acreedor, conociendo sus planes delictivos, ya no ajustaría su proceder a su rol social. Por otro lado, si existe un deber de garante que obliga a evitar eventuales daños tampoco podrá operar una prohibición de regreso⁹⁰. Si el sujeto de la reunión que hace comentarios sobre las condiciones climáticas es el encargado de la protección y defensa civil de la zona, su aportación podría vincularse normativamente con el posterior curso lesivo⁹¹. Lo propio en el caso del acreedor, en el supuesto de que éste exprese su intención de emplear el dinero para asaltar el Banco donde labora la esposa del deudor, resultando ésta, en efecto, posteriormente herida.

84 CARO JOHN, *La imputación objetiva*, p. 82.

85 *Cfr.* sólo los análisis y comentarios de JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 58 ss. y 83 s.; ÍDEM, «*La imputación objetiva*», pp. 214 s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 113 ss.; CARO JOHN, *La imputación objetiva*, pp. 46 ss.

86 CARO JOHN, *La imputación objetiva*, pp. 58 ss.; GARCÍA CAVERO, «*La prohibición de regreso en el Derecho Penal*», en SILVA SÁNCHEZ/GARCÍA CAVERO/CARO CORIA/MEINI MÉNDEZ/PASTOR/PARMA/REAÑO PESCHIERA, *Estudios de Derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2005, pp. 70 s.

87 Como lo afirma CARO JOHN, *La imputación objetiva*, p. 59, ello supondría obligar a los actores sociales a convertirse en «*expertos*» o «*adivinos*» de los propósitos ajenos.

88 JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 19.

89 *Cfr.* JAKOBS, «*La imputación objetiva*», pp. 216 ss.; GARCÍA CAVERO, «*La prohibición de regreso*», pp. 70 s.: «*El único aspecto que la prohibición de regreso excluye es la responsabilidad penal por la prestación estereotipada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón penalmente relevante*».

90 JAKOBS, «*La imputación objetiva*», pp. 214 s., poniendo el ejemplo del encargado de custodiar material radioactivo: si éste en un paseo dominical observa que algo no está bien en cuanto a este material o el lugar donde se almacena, «*esta observación la hace como titular de aquel rol y está obligado en calidad de garante a la evitación del daño*» (p. 215). *Cfr.* asimismo sobre esta limitación, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 407 ss.

91 En estos casos, no obstante, las posiciones de garante deben estar bien fundamentadas para que su infracción adquiera objetivamente un significado delictivo, pues es indudable que «*cada ciudadano es responsable con absoluta exclusividad de no colocarse en una situación en la que ya no pueda cumplir sus deberes de cuidado o motivarse para respetar las normas jurídicas*» (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 412 s.).

A partir de estas consideraciones es posible ya delinear el ámbito de la prohibición de regreso y demarcar sus fronteras con las demás instituciones dogmáticas. En cuanto al riesgo permitido, es claro que la prohibición de regreso no se limita a determinar los contornos de lo jurídico-socialmente reconocido, sino que, conforme a lo dicho, va un poco más allá, estableciendo si se puede vincular una aportación posiblemente inocua con un posterior curso lesivo, con prescindencia del aspecto cognitivo de quien realiza el aporte (esto es, despliega sus efectos de modo contrafáctico)⁹². Por su parte, el principio de confianza opera, más bien, una vez constatado que el comportamiento de un tercero no se encuentra jurídicamente aprobado⁹³, y sólo persigue decirnos si, pese a la incorrección en el obrar de las demás personas, a alguien le está permitido confiar en la actuación de éstas. En el caso de la imputación a la víctima, la diferencia se muestra más patente, ya que la prohibición de regreso permite establecer la inexistencia de una comunidad delictiva con un sentido común, mientras que en la imputación a la víctima, por el contrario, se busca determinar precisamente si existe una actividad conjunta que pueda ser atribuida a la esfera de competencia de esta última⁹⁴.

4. CRITERIOS DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Para el eminente penalista argentino, reconocer la existencia no significa plegarse a ninguna teoría de la imputación objetiva, “si por tal se entiende el ensayo de hallar un criterio único que aspire a resolverlos todos y en todas las formas típicas (dolosas y culposas, activas y omisivas)”⁹⁵.

Zaffaroni critica tanto la teoría del riesgo de Roxín como la teoría de los roles de Jakobs, expresando que: La principal contradicción de estas teorías finca en que, al fundarse en criterios preventivistas, legitiman el poder punitivo y, por ende, más allá de que algunas soluciones sean correctas, dejan abierta la puerta para una ampliación del poder punitivo. Basta pensar en la inmensa proyección de fórmulas básicas tales como el rol de buen ciudadano o el aumento del riesgo. Por otra parte, si se compara el ámbito prohibitivo que parece significar el no mataras con el que surgiría del respetaras el rol de buen ciudadano o no aumentarás

el riesgo de muerte, parece al menos extraño que pretenda delimitarse una formulación legal mediante conceptos que tienen un significado semántico prohibitivo a todas luces mucho más amplio.

Dicho jurista cuestiona duramente al funcionalismo, en sus dos vertientes (*la de Roxín y la de Jakobs*) y establece que cabe observar que no existe una estricta explicación del concepto de *riesgo* dentro de esta teoría y, en general, en todo el planteo de las teorías de la imputación objetiva, y dice, que estas toman como equivalentes *riesgo y peligro* y siempre son concebidos ex ante, con lo cual siempre remiten al futuro, con el compromiso que eso importa al principio de lesividad, que en Roxín es menos evidente que en otros autores que rechazan la regla de la realización del riesgo en el resultado. Afirma categóricamente que en Sociología se ha distinguido entre *riesgo* como *peligro que se calcula para disminuirlo, y peligro*, que puede o no ser calculable, y que, desde esta perspectiva, sería una contradicción afirmar que hay aumentos del riesgo: sólo habría aumentos del peligro, y que, por ejemplo, tampoco sería posible afirmar que en el homicidio doloso se aumenta el riesgo de muerte, cuando en realidad se materializa un resultado de muerte⁹⁶.

El eximio penalista argentino critica objetivamente, además, la posición de Jakobs, con su tesis de los roles, que es el fundamento principal de su teoría de la imputación objetiva. Anota que el criterio limitativo en función de los roles pareciera ser más reductor del poder punitivo, esto es sólo una apariencia que no toma en cuenta datos de la realidad. Expresa que la pretensión de que el autor del delito no incurre en tipicidad objetiva en la medida en que no defrauda su rol, lejos de ser reductora del poder punitivo, como a primera vista puede pensarse, es *altamente reforzadora de la violencia y de la selectividad del poder punitivo*, porque en la práctica estará casi reservada a los funcionarios estatales que lo ejercen, en particular cuando ellos mismo son los que, desde la perspectiva de esa tesis, están defraudando sus roles. Para Zaffaroni, sostener lo contrario es olvidar toda la experiencia violenta del siglo XX, donde las guerras dieron lugar a un cambio tecnológico fundamental en la agresión estatal masiva, y cree que la consecuencia de limitar la imputación en base a roles fijos y abstractos sería la garantía de impotencia frente al propio poder punitivo descontrolado, que hoy se ejerce mediante reparto de roles en abstracto inocuos y en concreto homicidas.⁹⁷

92 CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 117 s.

93 FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 419 s.

94 Por ello es que CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 118, sostiene que la prohibición de regreso se presenta como una «especie de reverso» de la imputación a la víctima.

95 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. “Derecho Penal Parte General”. p. 445

96 op. cit. p. 450

97 op. cit. p. 454

Es decir, que tanto el aumento del riesgo como el quebrantamiento de los roles –dos tesis que no pueden superar los estrechos marcos que impone el modelo del disvalor de acción como núcleo del injusto- son intentos de imputar en base a teorías preventivistas de la pena, que no sólo tienen como matriz común la teoría imperativa de las normas sino que además no hacen otra cosa que anticipar todo el ejercicio de poder punitivo a estadios previos anteriores a la lesión, sea a través del modelo de la tentativa inidónea dolosa, la tentativa imprudente o la omisión, con lo que se regresa a un equivalente funcional de la peligrosidad del viejo positivismo, donde el peligro no surge de datos del cuerpo, aunque ello se mantenga para la selectividad, sino de la amplitud de su libertad que se convierte en una fuente de riesgo, y al Derecho Penal en un simbólico y material de configuración y normalización de lealtades dudosas. Por ello, Zaffaroni, concluye que se trata, en suma, de diferentes modos de derivar consecuencias para el tipo objetivo a partir de estas teorías de la pena o, lo que es lo mismo de un diseño preventivo/imperativo de norma penal⁹⁸.

Agrega además, que la diferencia estriba en que Roxín, aunque reformula la norma (*no matarás pasa a ser no aumentarás el peligro para la vida*), sigue teniendo como base el bien jurídico afectado; pero con Jakobs –al igual que en el desvalor de acto- el bien jurídico se opaca completamente, para Jakobs el rol, entendido como deber jurídico, tiende a convertir a todos los tipos en infracciones de deber o a considerar que la confianza de los demás en cuanto al cumplimiento del deber es el único bien jurídico; la función preventiva se limitaría a reafirmar los roles mediante la pena. Todo ello sin contar con que, al transferir la estructura omisiva a la tipicidad activa, provoca una generalización del conocido fenómeno de mayor amplitud semántica de la prohibición cuando se invierte el enunciado en preceptivo, razón por la cual luego se ve necesitado de ensayar un complicadísimo y casuístico arsenal de limitaciones; entre ellos, la creación de una situación de garante para cada situación, lo cual culmina⁹⁹ en una contradicción: apela a una fórmula general válida para la omisión propia como límite para la impropia tipicidad omisiva, pero en el ámbito de la tipicidad activa. De allí que, en cierto momento se refiera a omisiones propias cometidas activamente.

Por ello, en el marco de esta teoría, sólo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida

del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico. Con la concreción de esta teoría se pretende resolver muchos supuestos que desde hace años presentan dificultades para su tratamiento jurídico-penal y esta tesis o teoría se configura como un elemento fundamental de una concepción funcional de la teoría del delito. Roxín estructura o vincula esta teoría sobre el principio del riesgo de la manera siguiente: Un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción 1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto 2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Sobre esta base Roxín, propuso para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado los siguientes a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido y, d) la esfera de protección de la norma.

Sobre esta base los doctrinarios sostienen, de manera mayoritaria que esta teoría de la imputación objetiva, la conciben como una *teoría de imputación del resultado*. Pero a pesar de ello, también otros autores, entre ellos Jakobs, ha propuesto orientar la teoría para entenderla como revisión de la teoría del tipo objetivo. Se pasa así de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como típica. Y todo ello en el marco de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de los últimos años. En síntesis, toda la teoría que hemos analizado responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo; y, por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar –una vez verificado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado casualmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta, es decir, si también el resultado es típico. Por ello se dice que la doctrina de la imputación objetiva responde a dos niveles de análisis: *imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado*.

En la imputación del comportamiento ha de comprobarse que la conducta del agente responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Las características generales se resumen en tres instituciones dogmáticas, que hemos estudiado anteriormente: riesgo permitido, prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. En la imputación objetiva del resultado se explica el resultado lesivo producido; y ello

98 op. cit. p. 454

99 op. cit. p. 455

entraña, que sólo podrá considerarse el resultado como consecuencia de la conducta típica cuando ésta aparezca como el factor causal determinante del resultado; en este sentido, como es natural, esta cuestión adquiere relevancia cuando concurre junto al comportamiento típico, otra explicación alternativa, como puede ser un accidente o la conducta de otro sujeto.

Por ello, se sostiene, que *la teoría de la imputación objetiva* se inserta en el elemento de la tipicidad del delito, es decir, es exacta la idea de que sólo son típicos aquellos comportamientos que la ley describe en un precepto legal, y por ello decimos, que un comportamiento del mundo real es típico, cuando coincide con el descrito en la norma.

En definitiva, la teoría de la imputación objetiva tiene básicamente por objeto de que en todo tipo penal existen cualidades objetivas. Se parte de dos ideas básicas: A) El resultado sólo debe ser imputado cuando la acción generadora del peligro sobrepase el riesgo permitido. B) Se conceptualiza el riesgo permitido como la determinación descontextualizada de ámbitos de responsabilidad, “de riesgos” (*comportamientos peligrosos*) que están dentro del ámbito de libertad de los ciudadanos.

En conclusión, la moderna teoría de la imputación objetiva aspira a eliminar la desigualdad existente entre los delitos dolosos y los delitos culposos. Sin embargo, las críticas de los finalistas (Kaufmann, Struensee, Luis Gracia Martín, Vives Antón y Eugenio Raúl Zaffaroni) a la imputación objetiva han señalado que con respecto al delito culposo no hay lugar para una teoría de la imputación objetiva.

Citando al doctor Zaffaroni, la principal contradicción de la moderna teoría de la imputación objetiva finca en que, al fundarse en criterios preventivistas, legitiman el *poder punitivo* y, por ende, más allá de que algunas soluciones sean correctas, dejan abierta la puerta para una *ampliación del poder punitivo*.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antolisei, F (2002). *La relación de causalidad. En Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires: Hammurabi, 1987.
- Caro John, José, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, Lima: ARA, 2014.
- Castillo, F (2003). *Causalidad e imputación del resultado*. 1 era edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica.
- Castillo, F (2008) *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. 1ª era edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.
- Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Editorial Civitas, Volumen II, 1995.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas*, en *Revista de derecho penal y criminología*. Vol. 21, N° 69, Bogotá: junio del 2000, pp, 37-76.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *Imputación objetiva en derecho pena*, Lima: Grijley, 2002.
- Ibáñez, A (2002). *Causalidad e imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Jakobs, G (2002). *Los pormenores del tipo objetivo mediante la acción. En Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1995.
- Jescheck, H (2002). *Causalidad e imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Larrauri, E (2002). *Introducción a la imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Luzón Peña, D. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Editorial Hispamer.
- Luzón Peña, D. *Derecho penal*. Barcelona, PPU, España.
- Maraver, Mario, *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Navarra: Civitas, 2009.

- Mir Puig, S (2002) La parte objetiva del tipo doloso: relación de causalidad e imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Muñoz Conde, F (2002) Teoría de la acción. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Reyes Alvarado, Y (1994) Imputación objetiva. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Romero Sánchez, C. Rojas Chacón, J (2009) Derecho Penal. Aspectos teóricos y prácticos. 1era edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.
- Roxin, C (1976) Problemas básicos del Derecho Penal. Editorial Reus. Primera edición, Madrid, España.
- Roxin, C (2002) La imputación al tipo objetivo. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Schünemann, B (2002) Consideraciones sobre la imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Vargas González, P Soto Arroyo, H (1998) Imputación objetiva. 1 era edición. Librería Barrabas Distribuidor, San José, Costa Rica.
- Zaffaroni, E (2002) De la causalidad a las teorías de la imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Sobre la autora

MARTA CLAUDETTE DOMÍNGUEZ GUERRERO

Jueza del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, del Departamento de Guatemala con Competencia para conocer Procesos de Mayor Riesgo, Grupo "A".

•

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE TRABAJO

Aracely Amaya Fabián

1. Generalidades de la edad antigua

Como punto de partida del estudio propuesto, es necesario abordar el Derecho de Trabajo, considerando que el ser humano en su interacción social, ha realizado diversas acciones que le permiten obtener recursos para subsistir, realizando un intercambio, siendo la fuerza de trabajo por una remuneración de cualquier índole o especie.

Por tanto, se dará a conocer en las líneas siguientes la evolución que ha tenido el Derecho de Trabajo a través de la historia, lo que permite observar de forma detallada las características, elementos y circunstancias.

1.1. Comunidades primitivas

Mientras la sociabilidad humana estuvo restringida al ámbito familiar y a las inmediaciones ampliaciones de clan y de la gens, se posicionaría como elemento sustancial el ámbito doméstico y los problemas de familia en una primera cuestión social. Se requiere que surja la verdadera sociedad, considerable en número, disgregada y unida a la vez en distintos grupos integrados, que haya conocimiento y desconocimiento por parte de los hombres, para que aparezcan las divergencias y antagonismos en la dimensión social.

Desde hace mucho tiempo, puede mencionarse, desde las primeras agrupaciones de seres humanos, todo sistema laboral se ha caracterizado por la interacción entre los elementos: el que manda y el que obedece; el que produce y el que se beneficia con el producto.

Con el pasar del tiempo, fueron cambiando la forma de percibirse los términos y elementos, siendo esencialmente: dueño y esclavo, entre los primitivos y hasta época no muy remota; patricios y plebeyos, en Roma; amos y colonos, al finalizar la edad antigua; señores y siervos, durante el feudalismo; maestros y compañeros, en la etapa corporativa; propietarios y obreros, al proclamarse la libertad de trabajo con la Revolución Francesa; empresarios y trabajadores, en la predominante denominación actual, de relativa igualdad jurídica, aunque de diferencia función laboral.

Desde hace mucho tiempo, el sistema laboral se ha caracterizado por la interacción entre los elementos: el que manda y el que obedece; el que produce y el que se beneficia con el producto.

1.2. Régimen de trabajo entre los romanos

El pueblo Romano, con sus amplias características y aportes trascendentales en cada ámbito y escenario en que se desarrolla el ser humano, especialmente en el ámbito jurídico y variedad institucional, conoció en lo laboral, la esclavitud, el régimen de las corporaciones, caracterizada por su organización en colegios, la servidumbre, el colonato y el trabajo libre o asalariado.

El concepto jurídico del trabajo era el de una res, el de una cosa con valor, que originaría el enfoque laboral como mercancía, basado en el preponderante carácter agrícola de la Roma primitiva, orientó a apreciar el trabajo industrial y del artesano, entregado a los esclavos con reserva del cultivo del campo a ciudadanos ilustres. En cuanto a la conformación en la sociedad romana de gremios, Luis Alcalá Zamora y Castillo, expone lo siguiente:

“Sin prejuicio de las ampliaciones pertinentes cuando de los percosores de las corporaciones de oficio se trate (IV, 4 y ss.), a de indicarse que los colegios surgen en Roma en tiempos de Sirvio Tulio, el sexto Rey de Roma que murió en el año de 534 antes de Cristo. Tales colegios – en latín, collegias- eran corporaciones integradas por artesanos que practicaban igual oficio o desempeñaban la misma profesión, con cierto sentido mutual y con definido espíritu profesional. Con el correr de los tiempos, y en manos de agitadores políticos, estas asociaciones decayeron y motivaron medidas represivas por parte de Julio Cesar, concretadas en la Lex Julia del 67 a. de J.C. a partir del siglo II, con la escases de la mano de obra servil, hay que recurrir a trabajadores libres y vuelven a adquirir importancia estos primitivos gremios, que, luego de las reglamentaciones de Marco Aurelio y Alejandro Severo- este emperador reconoció 32 colegios-, pueden organizarse libremente, establecer reglas profesionales y recibir légalos. Como reverso de tales facultades, y por imperativos fiscales, los que ingresan en una de estas corporaciones no poseían abandonarla; más aún, los hijos estaban obligados a proseguir el oficio paterno.”¹

Como se observa, al existir oficios generales, diversas personas promovieron la agrupación de personas que los desempeñaban y con ello, establecer un gremio que les permitiera mantenerse protegidos en el tiempo y de los efectos negativos que pudieran surgir, tal era el caso de los artesanos, herreros, entre otros profesionales del ámbito laboral y comercial.

Situación que como se observa, con los diversos fenómenos sociales y cambios que surgieron en el tiempo y el gobierno, luego Gaius Julius Caesar, más conocido como el emperador Julio Cesar y con sus disposiciones se disolvieron de forma obligatoria y coercitiva los gremios, siempre bajo directriz del emperador de turno.

En el año 300 después de Cristo durante el Imperio de Diocleciano, se reglamentó el trabajo libre con la fijación de salarios máximos para los obreros y operarios pertenecientes a los colegios profesionales, se retoma, por tanto, los gremios de expertos en los oficios y profesiones, en beneficio colectivo. Complementariamente se establecieron precios máximos para los artículos de primera necesidad, situación que permite inferir que en su momento fueron el punto de partida y su característica se observa en algunos pueblos del siglo XX.

1.3. Luchas sociales en Roma

Consecuentemente de los diversos cambios que existieron en Roma, es importante mencionar el elevado espíritu jurídico de dicha sociedad no podía dejar de manifestarse en movimientos de protesta social ante las evidentes desigualdades. “Así, en el año 493 a. J.C., la plebe se rebeló contra los privilegios del patriarcado y se refugió en el monte Aventino, en las cercanías de Roma, lo que significaba la destrucción de la solidaridad romana y amenazar a los partidos con dejarlos sin servicios. Cual resultado, el Senado accedió a ciertas reivindicaciones, como la participación Popular en el desempeño de los cargos públicos. En este mismo siglo los plebeyos, además de poderse casar legítimamente con miembros de la clase patricia, fueron elegidos ya como decenviros, que redactaron el memorable Código de la XII Tablas. En la centuria posterior lograron el acceso al consulado (en el 367), al cargo de censores (en el 351) y al de pretores (en el 337).”²

Con base en lo expuesto, se observa otra etapa importante de transformación tanto laboral, social como jurídica, derivado que se le dio vida a las doce tablas, normas en las cuales se regulaban diversos aspectos y se estipulaban circunstancias de convivencia social y los diversos escenarios que debían cambiarse, influenciados por diversos esfuerzos y luchas entre la sociedad y sus dirigentes.

Aunado a ello, existió una conmoción social importante y transcendental para la época de la sociedad romana, bajo las directrices de los hermanos Tiberio y Cayo Graco, quienes impulsaron acciones en el ámbito agrario mediante una norma jurídica, misma que les costaría ser asesinados por terratenientes inconformes, las tierras conquistadas al enemigo y que recupera el Estado, se repartirían entre los ciudadanos romanos y entre sus aliados, con carácter inalienable y hereditario, para ser explotadas y abandonando un canon moderado al fisco. Aunque el proyecto no se llevó a cabo, no dejó de influir en la paulatina igualdad de las clases sociales y en la multiplicación de los pequeños propietarios.

1.4. Esclavitud primitiva

Por otra parte, los textos religiosos y normativos, así como los historiadores y literatos de la antigüedad, mediante una diversidad de escenas grabadas en sus monumentos, y conservadas aun en la actualidad,

1 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Guillermo Cabanellas de Torres. *Tratado de política laboral y social*. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 170.

2 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Guillermo Cabanellas de Torres. *Tratado de política laboral y social*. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 171.

demuestran que el trabajo que no era personal o familiar lo realizaban los esclavos. Para el efecto Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres, aportan lo siguiente:

“Resulta imposible determinar cuál fue el primero de los hombres sometidos a esclavitud... y cuál será el último en sus modalidades cambiantes con los tiempos. Por esclavitud se entiende el estado del esclavo, la condición jurídica del ser humano considerado como cosa o semoviente, y sometido a la propiedad plena de su amo. Aun condenado universalmente hoy, ha de reconocer que en un principio la institución significó, sino una necesidad, si cierto adelanto. Y en este aspecto, entre las dos terribles consecuencias de matar al enemigo indefenso o de conservarle la vida a costa de la libertad, hay, al menos materialmente, un progreso considerable. Sostiene IHERING que la esclavitud señala el primer paso en la historia del poder, del egoísmo y de la experiencia. El primer vencedor que respetó la vida del enemigo venció, en vez de matarlo, lo hizo así por comprender que un esclavo vivo tiene más valor que un enemigo muerto. Lo conservó como el dueño conserva al animal doméstico. El *serv-are* del *servus* tenía por objeto el *ser-ire*. ¡motivo egoísta!”³

En efecto, con base en lo indicado, se observa que después de surgir la esclavitud paralelamente al trabajo subordinado, y para procurarse nuevos trabajadores gratuitos, salvo la miseria manutención a que obligaban, recurrieron los pueblos a reclutar los esclavos entre los vencidos y prisioneros.

La esclavitud tiene a los hebreos, considerando que se abolió prácticamente con la destrucción del Templo de Jerusalén, derivado que tal hecho llevo y consiguió la supresión el Jubileo. Los intérpretes talmúdicos consideraron que, imposible la libertad semisecular, resultaba inadmisibile la perpetuidad de la servidumbre; si ésta no podía tener término, tampoco debía tener principio.

1.5. La esclavitud en Roma

Desde otro punto de vista, la esclavitud en Roma fue una constante, al igual que en los restantes pueblos de entonces, pero con regulación jurídica más laborada, la esclavitud constituye la base del trabajo romano. Existió un alto número de esclavos, de los cuales se estimaba que eran un octavo de la población total, consecuentemente, en los primeros tiempos de la

República el número aumentó considerablemente después de la segunda de las Guerras Púnicas, hasta superar al de hombres libres. Además de los trabajos domésticos, se emplearon al por mayor en ciertas tareas como el equivalente a la actual imprenta. Por tanto, mientras el capataz leía el manuscrito original en voz alta, centenares de escribientes esclavos iban copiando lo dictado.

Las principales causas de la esclavitud romana eran las que se enumeraban a continuación, de las cuales las dos primeras correspondían al Derecho de Gentes, y las restantes al Derecho Civil: “a) la cautividad, pues el vencido quedaba al árbitro del vencedor; b) el nacimiento, ya que eran esclavos todos los hijos de esclava; c) el ladrón sorprendido en fragante delito, que pertenecía al robado; d) el deudor insolvente, a favor del acreedor; e) sustraerse al servicio militar o no inscribirse al censo; f) el condenado a luchar en el circo, esclavo de este lugar g) la mujer ingenua que vivía en contubernio con un esclavo; h) el condenado como pena en la mina; i) el mayor de 20 años que, conocedor de su libertad, se vendiera como esclavo; j) el liberto o manumitido que fuera ingrato para su patrono.”⁴

Con base en lo anterior, cabe resaltar que el amo contaba con todos los derechos sobre el esclavo, de cuya actividad era dueño absoluto, con potestad para venderlo e incluso para matarlo, en la época más primitiva, por tanto, su único deber se reducía al de alimentar a su siervo o esclavo. Consecuentemente, los esclavos fueron adquiriendo ciertos derechos, como el de su capital, que les permitían dedicarse al comercio, a la banca, a las artes mecánicas, con ello algunos fueron enriquecidos, lograban la manumisión o liberación y con ello alcanzaban la ciudadanía. Por consiguiente, se determina que los esclavos llegaron a ser, sin alcanzar la libertad por eso señores de otros esclavos.

La esclavitud romana no era forzosamente vitalicia, basada en los diversos cambios y fenómenos sociales. Mediante, la manumisión, cuya etimología significa soltar de la mano o librar de un poder, cabía concederle la libertad de hecho y de derecho a un esclavo. Como consecuencia de este acto jurídico, facultad del señor, el esclavo se convertía de esclavo en persona.

En tiempos de Gaius Octavius, más conocido como emperador Augusto, durante la prolongada

3 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Guillermo Cabanellas de Torres. *Tratado de política laboral y social*. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 172.

4 Lucien Marie Pirenne, Jean Henri Otto. *Historia económica y social de la edad media*. México: Fondo de Cultura Económica. 1960. Página 248.

Paz Octaviana, el número de esclavos decreció considerablemente por la carencia de prisioneros, a lo que se agregó la costumbre de los romanos ricos, de liberar a sus esclavos. De la época imperial es importante resaltar las denominadas siervas del físico, las esclavas que se dedicaban a confeccionar la ropa para los legionarios, y que transmitían su condición servil a sus hijos.

1.6. Guerras de los esclavos romanos

Tomando en consideración que existieron algunos esfuerzos aislados de liberación de esclavos, se observaron débiles en la erradicación de dicha actividad, que únicamente beneficiaba a los ricos de la época y de la sociedad. Por tanto, surgen diversas rebeliones que los siervos provocaron en los tiempos finales de la Republica, dirigidos por Espartaco, los Gracos y otros caudillos populares. En tales movimientos, la búsqueda insaciable de libertad personal se agregaban algunas aspiraciones. Para el efecto Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres exponen:

“El primero de estos hondos conflictos se originó en Sicilia en el año 134 antes de la era cristiana, y duro hasta el 132. Las crueldades de los amos provocaron la rebelión colectiva de los esclavos, que, en número de 70.000 y acaudillados por Euna, se apoderaron de la isla y derrotaron al ejército de 7.000 hombres con quien pretendió reducirlos Lucio Ipseo. La campaña decisiva para el poder romano la dirigió Publio Rapilio, que puso sitio a Taurominiun, donde se habían hecho fuerte los rebelados. En su desesperada resistencia, se cuenta que llegaron a alimentarse los últimos defensores con las carnes de sus compañeros más débiles, a los que daban muerte. Al morir Euna se desplomo la resistencia de los esclavos que fueron perseguidos y apresados de nuevo en las montañas, y objeto de sanción en los más de los casos.”⁵

Aunado a lo anterior, en la misma isla, y el año 102 al 99, se sostuvo la segunda de estas luchas, aunque se había originado en la Campania. Los caudillos populares fueron Salvio y Atenión, que reclutaron una cantidad considerable de combatientes, con los que conquistaron Sicilia. Tres cónsules distintos necesito Roma para doblegar la resistencia de los insurrectos, inclinados por la lucha de guerrillas.

La tercera edición de estas luchas, y la de mayor importancia social, es la conocida como Guerra de

gladiadores, iniciada por Espartaco, al fugarse con sesenta de sus colegas. El promotor de la rebelión murió en batalla, y con él se perdió su causa. Las hostilidades duraron tres años. En su momento de mayor expansión, los esclavos insurrectos llegaron a ser setenta mil o más que no combatían, pero destruían y llevaban a cabo actos de venganza general. El Senado designo finalmente a Craso para poner término a los excesos, como logro, con el suyo de crucificar a varios miles de esclavos en el camino de Roma a Capua.

Con evidente desproporción en cuanto a los efectivos que combatieron, y olvidando que sobre el ocasional ensañamiento de los amos, predominaba en que los esclavos eran bienes de su patrimonio, se estima por algunos que pereció un millón de esclavos en estas guerras, debido al odio entre clases y por una libertad que el mundo tardaría en conocer casi 2.000 años después.

1.7. El cristianismo

El imperio romano y el cristianismo aparecen notablemente asociados con el tiempo y contrapuestos en momentos decisivos de su evolución. Nacen casi simultáneamente; considerando que, reinando el primero de los emperadores de Roma, viene al mundo Cristo en Belén, en la colonia romana de Judea; con lo cual- dentro del criterio cristiano- el “rey de los Cielos” empezó siendo súbdito del máximo soberano de la Tierra: Cesar Augusto, cuya potestad había de reconocer con la sencilla y sublime formula que traza el lindero entre la jurisdicción estatal y la eclesiástica: “Dad al Cesar lo que es del Cesar, y a Dios lo que es de Dios.”⁶

Por último, es en la misma Roma donde el paganismo de los césares y el cristianismo de millares de sus súbditos libran la batalla decisiva. Primero la gana en los espíritus el apostolado de San Pedro y de San Pablo. Después, aunque en actitud defensiva para la práctica del culto y para sustraerse a las persecuciones, los cristianos socavaban materialmente, con leguas y leguas de catacumbas, la capital del Imperio; para ir poco a poco socavando los espíritus más allegados a la corte.

Tras soportar los cristianos de Roma, con millares de víctimas, las de otros tantos mártires para la nueva fe, las implacables persecuciones, singularmente las de Nerón y Diocleciano, Imperio y cristianismo se

5 Alcalá Zamora y Castillo, Luis y Cabanellas de Torres, Guillermo. *Tratado de política laboral y social*. Argentina: Editorial Heliasta. 1972. Página 174.

6 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres, Guillermo. *Tratado de política laboral y social*. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 175.

fusionan al convertirse en el año 323 Constantino al dogma de Cristo e instaurarlo como oficial. El influjo del cristianismo en el Mundo Antiguo puede observarse en los aspectos fundamentales que siguen, con la acotación adicional que, por constancia dogmática, la situación conserva vigencia en proporción considerable.

Siendo importante mencionar lo relativo al trabajo, derivado que con respecto a la posición cristiana en lo relativo a ricos y pobres, se destaca el imperativo de pagar a los trabajadores su jornal, de lo contrario, el clamor de ellos llega a oídos del Señor. Por su parte, los siervos o esclavos deben obedecer, con temor, respeto y sencillez corazón a sus señores temporales. A su vez, los amos deben evitar con abuelos los castigos, porque unos y otros son siervos de un mismo Señor allá en los cielos.

A la autoridad espiritual que la Iglesia ejerció desde los Apóstoles hasta los fieles, se unió la influencia coactiva de la legislación inspirada en principios religiosos del cristianismo; sobre todo desde la promulgación de los códigos justinianos, que adquirieron vigencia en todos los países cultos desde los siglos finales de la Edad Antigua.

Por tanto, existieron aspectos trascendentales que configuraron las bases de la esclavitud y el trabajo en la sociedad romana, siendo importante hacer referencia que también han sido referentes de diversas circunstancias hasta la actualidad, consecuentemente, ante la calidad del Imperio Romano, surge la edad media, misma que contiene momentos y características únicos que aportaron sustancialmente al Derecho de Trabajo.

2. Generalidades de la edad media

Continuando con el aspecto histórico, se observa el inicio de la edad media, la cual, se consolida con la caída del Imperio Romano y el impulso de los feudos, por tanto, se inicia una nueva etapa importante y trascendental para la humanidad.

Concretamente, el milenio medioeval suele dividirse en dos partes, desiguales cronológicamente, "por comprender la primera seis siglos y cuatro la otra, y más distintas aun por las instituciones jurídicas, sociales, económicas y laborales. Como estos procesos son lentos y con evolución falta de sincronía en los distintos pueblos, no puede pasar de indicarse aquí sino que la Alta Edad Media suele comprender de

los siglos VI al XI; en tanto que la Baja Edad Media se extiende del XII al XV."⁷

Con base en lo expuesto, es de resaltar que se marcaron dos momentos determinantes como lo son la baja edad media y la alta edad media, en las cuales,

A la autoridad espiritual que la Iglesia ejerció desde los Apóstoles hasta los fieles, se unió la influencia coactiva de la legislación inspirada en principios religiosos del cristianismo.

en cada uno surgieron características, fenómenos, circunstancias y evoluciones en materia social, económica y laboral respectivamente.

Por tanto, en sus inicios se observa que se mantienen características de las sociedades anteriores, es decir, la sociedad romana, incorporándose a las nuevas formas o sociedades. Aunado a ello, se menciona la cuestión social ha surgido apenas la expansión de la humanidad rebaso el patriarcalismo estrictamente familiar y aparecieron, frente a los poseedores de los bienes naturales.

Los cuales carecían de estos y debían estar al servicio de aquellos, no revistió en la Antigüedad más plagada de batallas, guerras civiles y rivalidades personales que de agitaciones y rebeldía sociales ni la amplitud ni la intensidad suscitada desde la revolución francesa en lo político y la revolución industrial y lo económico. No obstante, a guisa de antecedentes, se reconocerán, a este respecto, los principales pueblos de la primera edad histórica. Al respecto Luis Alcalá y Zamora y Guillermo Cabanellas de Torres, señalan lo siguiente:

"La omnímoda propiedad privada, por ocupación de las tierras sin dueño o por la conquista militar de países enteros y el integro reparto posterior entre los vendedores, no encontraba contradicción jurídica ni social. Se aceptaban también como institución la esclavitud, que procuraba una mano de obra muy barata, sin otra contraprestación que una mala comida y una peor vivienda. La falta de grandes empresas

⁷ Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres, Guillermo. *Tratado de política laboral y social*. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 177.

reducía la contratación de obreros ocasionales a circunstancias muy contadas, como las cosechas de los grandes propietarios, el servicio de los mercaderes marítimos la recluta para combatir con mercenarios.”⁸

Con base en lo anterior, es de resaltar que la propiedad privada de las tierras, era basada en la acción de repartir las mismas posterior a las conquistas militares, retomando además algunas características de esclavitud, orientando su productividad en la agricultura, la cual, generaba ganancias tanto para el propietario como para el gobierno, manteniendo una estabilidad económica basada en el trabajo. Siendo como parte de los trabajadores, la existencia de escasos trabajadores independientes quienes explotaban industrias pequeñas, de carácter familiar o artesanal.

Todo ello configuraba un panorama general limitado más bien a dos clases una aristocracia de la riqueza y la clase popular, carente de casi todo y más o menos resignada a su adversa suerte. Por su parte en la época romana, como fundamental guía cronológica y Política para seguir la compleja evolución social y laboral de Roma, conviene recordar las tres etapas fundamentales de su historia:

1. “La Monarquía, desde la fundación de la ciudad por el Rómulo y Remo, en el año 753 antes de Cristo, hasta el 510, lapso en que reinan 7 reyes.
2. La República, desde el destronamiento de Tarquino el Soberbio en el 510 ante de Cristo, y que se extiende hasta el 27 antes de la era cristiana.
3. El Imperio proclamado por Augusto, en beneficio propio, luego de haber derrotado a Antonio en Accio, que le aseguro el poder personal y absoluto en Roma y sobre todos los territorios que dominaba de los países ribereños del Mediterráneo. La institución imperial se mantiene durante 5 siglos en Occidente en Oriente perduraría un milenio más- y concluye con el derrocamiento de Rómulo Augusto en 476 de nuestra era, luego de la conquista de Roma por los barbaros acaudillados por Odroaco.”⁹

8 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres, Guillermo. **Tratado de política laboral y social**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1972. Página 165.

9 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres, Guillermo. **Tratado de política laboral y social**. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 169.

Con base en lo indicado, la existencia de un imperio monárquico que gobierna un Estado, se observa una regresión social, se retorna a una profunda división entre las clases, entre los optimates, de un lado, y una escala de sus subordinados o carentes de toda libertad que integran libertos, colonos, siervos y esclavos. No siendo posible excluir el impulso emancipador del cristianismo durante la persecución de los césares. Por otra parte, se abordan dentro del estudio elementos de ambas etapas de la edad media, basados esencialmente en la organización social, en los conflictos de clase y en el régimen laboral.

Concretamente, en la Alta Edad Media se consolida el feudalismo, la posesión del suelo por el señor, la supremacía del campo sobre la ciudad y la subsistencia familiar y domestica de las pequeñas industrias; el comercio se debilita en diversos escenarios. Por el contrario, la Baja Edad Media aparece animada de mayor dinamismo y vitalidad. El despotismo señorial comienza a ceder, observándose que los hombres y trabajadores libres se establecen en las ciudades, que empiezan a lograr impulso industrial y mercantil.

Aunado a ello, cobra vigor el espíritu profesional a través de las corporaciones de oficios y el poder constructivo del hombre se amplía, por lo que se produce el primero de los inventos de inmenso impacto para la vida de la humanidad, siendo este la pólvora, que centuplicará el poder de los ejércitos y minimiza las defensas tenidas por inexpugnables de torres, murallas y ciudadelas.

“Los señores feudales, siendo una especie de pequeños reyes, imperan sobre sus vasallos o feudatarios, sometidos en personas y bienes a esa aristocracia terrateniente, opresora de los humildes y arrogante ante la realeza. Sus privilegios perdurarían en España hasta los Reyes Católicos, en Francia hasta Luis XIV, e incluso hasta la Revolución de 1789; en las monarquías centrales de Europa, hasta el siglo XIX; y en la Rusia zarista, hasta 1917. A pesar de esta última excepción, el vendedor del feudalismo es el capitalismo industrial, que inmediatamente habría de ponerse a la defensiva contra el socialismo en sus distintas tendencias, deseosos de extender la proclamada igualdad política a la social.”¹⁰

Lo indicado, hace referencia a los momentos históricos hasta los cuales, los señores feudales, mantuvieron su poder como parte de la sociedad, la economía y la política, situación que se concretó ante la aristocracia,

10 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres, Guillermo. **Tratado de política laboral y social**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1972. Página 170.

observándose en sociedades como España, Rusia, Francia, Inglaterra y otras potencias que se vieron en las mismas situaciones.

Por tanto, es de mencionar que inicia un proceso de transformación hacia la industria y el movimiento económico capitalista, considerando como una dinámica funcional que les permitiría a las sociedades mantener un impulso en su desarrollo colectivo, basados en los diversos aportes que surgen como consecuencia de motivaciones y necesidades por cubrir.

2.1. El señorío

Derivado por supuesto de señor, basado en la percepción de dueño y soberano, el señorío constituye el dominio, la dignidad, el territorio y la jurisdicción de un señor feudal. Los señoríos, por mezcla de la propiedad inmobiliaria y de potestades jurisdiccionales, minúsculos Estados dentro de un Estado que no era sino la suma de señoríos simbolizados en el Rey, han constituido sobre todo el feudalismo español, en contraposición a la establecida en Francia, pero que de igual manera sobrevivieron hasta ya entrado el siglo XIX.

De acuerdo con las partidas, existen las siguientes variedades de un señorío o de potestades vigorosas, alguna no feudal: "de señorío y de vasallaje son (hay) cinco maneras. La primera y mayor es aquella que ha el rey sobre todo los de su señorío a que llamaban en latín *merum imperium*, que quiere tanto decir puro y esmerado mandamiento de juzgar y de mandar los de su tierra. La segunda, la que han los señores sobre sus vasallos, por razón del bien hecho y de honra que de ellos reciben. La tercera, la que los señores han sobre sus solariegos, o por razón de behetría o de devisa, según fuero de Castilla. La cuarta, la que han los padres sobre sus hijos. Y la quinta, la que han los señores sobre sus siervos."¹¹

Lo antes mencionado, permite caracterizar de forma plena la forma en que se subdividía el señorío como organización, derivado que de aspectos más amplios se concretizó hasta su propia individualidad con sus siervos. Tomando en consideración además que, de conformidad con el escenario en que se encontraba y el poder que tenía, el señorío era reconocido.

Consecuentemente, sobre todo por las leyes que pusieron término a los mismos, era la distinción

entre señoríos jurisdiccionales, o pequeños Estados, y adquiridos por conquista o donación real; y los territoriales, conseguidos por compra, por contrato. En los señoríos jurisdiccionales- calificados de sustracción de la soberanía-, los señores, reyezuelos en realidad, nombraban las justicias (los alcaldes y regidores) y a todos los que desempeñan alguna función pública.

2.2. Época feudal

La etimología de esta voz, fundamental durante bastantes siglos de la historia europea, proviene para algunos del latín *fide* o *fidelit*, por la fe o fidelidad que el vasallo debía al señor: para otros procede el longobardo *felda*, enemistad o reyerta, por la obligación del feudatario de ayudar al señor en casos de ataque o guerra; la Academia de la Lengua acepta la del germánico *fehu*, rebaño y propiedad.

Considerando como derecho en la cosa, el feudo es el dominio que se adquiere por investidura y dividido entre el señor y el vasallo; para el primero, el dominio directo; y para el segundo; el dominio útil. El dominio directo del señor consistía: "a) en no poderse enajenar ni hipotecar el feudo sin su consentimiento; b) en la potestad para consolidar el dominio, de transmitirse el feudo, y con preferencia a todo adquieren te extraño; c) en el derecho de laudemio, en caso de enajenación a tercero; d) el poder privar el feudo al vasallo, si este cometida alguno de los hechos característicos de la felonía en sentido estricto; e) en poder exigir ciertas prestación, (tributos, trabajos y servicios de armas); f) en heredar al vasallo si este moría sin herederos varones; g) en el derecho de pernada, simbólico o brutal, según las diversas interpretaciones, cuando el vasallo contrajere matrimonio."¹²

Se observa que se mantenía una protección sobre el feudo, es decir, sus tierras y que debía existir un consentimiento para su alteración o modificación, además, se debía consolidar y establecer la forma de propiedad del feudo o del dominio para que el mismo fuera susceptible de transmitirse a otra persona. Imponía diversas sanciones, especialmente en la privación del feudo al vasallo, si existía alguna alteración a su sentido estricto, como señorío tenía el poder de exigir prestaciones, poder heredar, así como las acciones a realizar cuando el vasallo contraía matrimonio.

11 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Guillermo Cabanellas de Torres. **Tratado de política laboral y social**. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 178.

12 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres, Guillermo. **Tratado de política laboral y social**. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 171.

Por tanto, se determina que el poder y el ser reconocido como un señorío en cualquiera de sus modalidades, le proporcionaba una diversas de preeminencias y reconocimientos que le determinaban la forma en que se relacionaría con los demás señoríos, la monarquía y su posicionamiento social, lo cual, lleva implícito la forma en que obtendría sus ganancias de la tierra mediante el trabajo, en la que la mayoría eran esclavos y otros contaban con un oficio que lo promovían para su subsistencia.

3. El derecho de trabajo en la revolución industrial

Continuando con momentos históricos importantes de la evolución del Derecho de Trabajo, se observa uno de los fenómenos sociales importantes en la humanidad, considerando que dio paso a la industrialización y a los cambios sustanciales a los temas relacionados a los trabajadores, condiciones en las que se desarrollan, siendo abordados algunos aspectos de forma previa que secuencialmente se hicieron presentes, por lo tanto, se describen en las líneas siguientes:

3.1. La explosión renacentista

El renacimiento, es observado como un momento de transición cronológica entre dos grandes momentos históricos, constituye el adiós a la edad media y el pórtico de la moderna. Este extraordinario movimiento científico, cultural y artístico producido en Europa a fines del medioevo, cuyo oscurantismo se toman en las mayores audiencias del pensamiento de la inventiva y de acción luego de una inspiración recibida al conocer y estudiar tras un milenio de olvido, los aportes trascendentales de las civilizaciones clásicas de Grecia y Roma, va ejercer un castigo considerable en los espíritus y en los hechos de los nuevos tiempos.

Aunque el renacimiento tiene por localización geográfica preferente Italia, por dividida está en múltiples Estados y por la repercusión que sobre varios de ellos se ejercían potencias que terminarían sometiéndolo muchos de sus territorios importantes, como los que pasaron a la soberanía de España o Francia, es un movimiento que afecta por lo menos a toda Europa occidental.

Siendo por tanto, un punto de referencia importante considerando que cambios económicos, sociales, políticos, estructurales y de estructuración con nuevas tendencias de pensamiento, incidieron de forma

directa para que se observaran cambios, que si bien es cierto, algunos aún se observan, otros quedaron sin efecto por no generar una continuidad ante el presunto perjuicio que le pudieran generar a la monarquía u otro grupo de poder.

El trabajo no se percibía como un derecho sino como una obligación que se imponía por el poseedor de los esclavos, que configuraba el poder coercitivo para el cumplimiento de las acciones.

3.2. El descubrimiento de América

El descubrimiento de América, y no la toma de Constantinopla por los turcos cuya trascendencia disminuye con el trascurso del tiempo constituyen el comienzo de la edad moderna y el origen de indudables cambios sociales. Sustancialmente, el único descubrimiento auténtico y fehaciente del nuevo mundo es el de Colon al servicio de España. Si se probara que otros navegantes o náufragos habían llegado antes a las costas americanas, más bien serian ocultadores del continente ya que su arribo a este resulta dudoso tantos siglos después.

La generación de la noticia y el asombro de la realidad de las amplias y fértiles tierras, prácticamente despobladas, construyo primero con los exploradores y conquistadores y luego con los migrantes, una corriente social anhelosa de lograr rápida riqueza o su fructífero trabajo en el mundo sin explotar y donde los problemas sociales carecían de tradición o de fuerza. Los colonizadores armados o pacíficos atribuyéndose en todo caso el título de ocupantes incluso en regiones pobladas y socialmente organizadas, como los imperios Azteca, Maya e Inca, se convirtieron en propietarios de las tierras, en patronos de los indios que las habitaban y en explotadores de las minas de metales preciosos, cuyo monopolio oficial se atribuía a la metrópoli.

Por consiguiente, al encontrar un punto de referencia en el escenario de la conquista, surge de nuevo la esclavitud, la cual, como parte de sus actividades se encontraba el trabajar de forma coercitiva para generar producción y con ello, sustentar las necesidades de los nuevos gobernantes, que a base

de fuerza se apropiaron de las mismas, así como de la riqueza que obtenían de la tierra.

Situación que se extendió por un tiempo considerablemente largo, que perjudicó a las poblaciones existentes, impulsando la riqueza de la corona y de los feudos que generaban poder en la región, por tanto, se materializaron diversos momentos importantes que promovieron el intercambio de mercancías por el viejo mundo, el intercambio de esclavos y del dominio de las sociedades, que en su momento fueron consideradas como primitivas.

Por tanto, se observa que el trabajo no se percibía como derecho sino como una obligación que se imponía por el poseedor de los esclavos, que en nombre propio de la monarquía a la que pertenecía, configuraba el poder coercitivo para el cumplimiento de las acciones. Obteniendo por tanto una cantidad considerable de ganancias, observando aun a las personas como objeto y no sujetos.

3.3. Estados nacionales

El concepto de Estado se remonta cuando menos a los filósofos griegos y a la estructura cívica que supieron darse los pueblos helénicos, en este orden de ideas e instituciones, como en tantas otras pueden decirse que ha habido Estados y Naciones. En todos los de las edades antigua y media, el ejercicio absoluto del poder por los monarcas y las repúblicas fueron muy escasa en tales tiempos y no desvirtúan lo substancial que aquí se destaca, imponía la confusión entre el trono o la corona y el Estado, la voluntad del Príncipe era la Ley; todo su territorio jurisdiccional, propiedad efectiva o nominal del monarca, los impuestos y tributos públicos ingresaban en las arcas administradas arbitrariamente por el autócrata; había súbditos más que ciudadanos. Tales súbditos, cuando tenían conciencia antes de la fidelidad personal había el monarca que el noble sentimiento del patriotismo.

En las postrimerías de la Edad Media, con efectividad casi coetánea en los principales países de entonces, en España, en Francia, en Inglaterra, en Alemania, en otros reinos de la Europa central y nórdica, después de luchas prolongadas y de laboriosos esfuerzos, los distintos grupos, consiguen afirmar su autoridad nacional y unificar a sus gobernados.

Contra la apariencia de que la hegemonía monárquica tendería a un mayor desdén del pueblo, al crearse esas formidables, esos verdaderos monstruos que llevaron a que Thomas Hobbes denominara *Leviatán* al Estado

que surgía, fue precioso que los monarcas llamaran a colaborar con ellos a muchos más de sus súbditos, por la complejidad y veracidad de los asuntos públicos. Esa progresiva participación intensificada en la política, extendida de la Corte a las provincias y a los pueblos, y por delegación real.

El surgimiento del Estado-Nación constituye el inicio del proceso de modernización que tomara fuerza a mediados del siglo XIX en Europa. Éste fue creado a partir de un nuevo contrato social entre individuos, quienes establecen que la soberanía radica en ellos y no en la figura del rey. Entonces deciden crear una entidad política a la cual entregar este poder. Según Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum expone:

“Las primeras edificaciones del Estado-Nación surgen en Europa, donde a pesar de la heterogeneidad étnica, las minorías fueron subordinadas al grupo mayoritario y sus diferencias no fueron reconocidas, la nación francesa estableció su dominio sobre bretones, occitanos, corsos, alsacianos y otros que hoy son minorías en el país, aunque no sean legalmente reconocidas como tales.”¹³

Se determina que, en dicho Estado se observaban la diversidad de personas que se conformaban en grupos, pero eran considerados como minorías, aun manteniendo características de exclusión y grupos dominantes que dirigían a un gobierno, a pesar de algunos cambios que se fueron gestando. Además, la subordinación es una característica de los gobiernos, que, a pesar de iniciar la restricción de las monarquías y los elementos del feudalismo hacia gobiernos distintos, se mantenía el poder de los cambios de forma restrictiva, sin permitir el liberalismo.

Concretamente, se ha observado que, desde la segunda mitad del siglo XIX, ha predominado el paradigma del Estado-Nación, donde este último representa una colectividad social que basa su unidad en supuestas afinidades culturales y étnicas, históricas y lingüísticas. La nación es un tipo de identidad que proporciona cohesión al interior del grupo y además, se caracteriza porque sus miembros desean convertirse en un Estado independiente y soberano.

Posterior a las grandes revoluciones y guerras de independencia europeas, la tendencia fue crear Estados modernos que se acomodaran a estos parámetros, es decir: un Estado conformado por una colectividad culturalmente homogénea. La revolucionaria idea del Estado-Nación se sustenta en el concepto de soberanía y del contrato social

13 Stavenhagen Gruenbaum, Rodolfo. *Los Pueblos indígenas y sus derechos*. México: Ediciones UNESCO, 2001. Página 60.

entre el pueblo y el gobierno. Gracias a este aspecto se eliminaba toda jerarquización de la sociedad a partir de derechos de tendencia o característica de divinidad, proponiendo para el efecto que el poder reside en el pueblo, considerando que dicha idea se refuerza con la una sola identidad socio cultural, siendo esta la nacional.

El inicial proceso de conformación de Estados nacionales, de centralización real del poder político y declive del sistema representativo medieval, dan lugar, desde el siglo XV, a un contexto que estimula al pensamiento político de la época a liberarse de ataduras teológicas y a encarar su objeto de estudio -el poder y el estado- a partir de un espíritu racionalista, sin duda influido por el sorprendente avance que experimentan las ciencias naturales.

En otros términos, la noción de Nación sirvió históricamente para dar una orientación de integración social en la construcción imaginaria de la realidad social. En ese sentido, las concepciones nacionalistas han sido en el mundo moderno las que más eficazmente han ofrecido al hombre concreto el principal ideal, considerado como viable y factible de alcanzar en el mundo conocido.

Se entabló así una relación entre Nación y Estado, relación que se articuló en forma plena a partir de la instrumentación de alguna variante del modelo keynesiano. Ambos términos formaron así una unidad tanto conceptual como práctica, que se apoyó en un proyecto de ciudadanía estatal que promovía la incorporación de los trabajadores al estado.

La nación se sustenta en una identidad histórica o políticamente construida. La identidad nacional está compuesta por elementos culturales. Mientras que, en el caso de la etnia, son históricos, sociales, lingüísticos y sanguíneos; en el segundo, la cultura nacional se compone de elementos alusivos al Estado: como mitos de creación, héroes y símbolos.

Aunque el segundo caso es construido a partir del Estado o una nación dominante la lengua es un elemento fundamental para la construcción del Estado-Nación moderno, por tratarse de un elemento unificador por naturaleza. Es difícil plantear una distinción clara de lo que es una nación y un pueblo.

Como se observa, la transformación de la sociedad y sus elementos importantes, incide en los escenarios en que se desarrolla el ser humano, siendo jurídico, político, social, económico, entre otros, lo que configura su forma de relacionarse, siendo el Estado

Nación una tendencia y forma de observar el Estado en su conjunto, frente a la dinámica social y la forma de responder a sus necesidades.

3.4. El capitalista mercantil

Desde la época final del Medioevo, se orientó la economía de consumo o de subsistencia hacia la de ganancia o lucro, por lo cual, se aportaba al comercio, al marítimo especialmente, importantes capitales, que no temen desafiar al riesgo frente a la expectativa de substanciosas necesidades.

“Se crean grandes compañías mercantiles; surgen las primeras sociedades en comandita; se difunde la contabilidad por partida doble. En Génova, en 1407, se funda el banco de San Jorge, con inequívocos lineamientos de sociedad anónima. A mediados de la misma centuria, hacia 1439, los Médicis florentinos abren una filial bancaria en Brujas y poco después otra en el mismo Londres.”¹⁴

Con base en lo expuesto, es determinante indicar que se incrementaron las organizaciones mercantiles, incluyendo con ellas los bancos basados inicialmente en aspectos de sociedad anónima, lo cual dio paso a consolidar la actividad económica de las naciones, derivado de los procesos de industrialización y crecimiento constante. El capitalismo incipiente descubre una ley económica de suprema conveniencia en el plano lucrativo; la del máximo rendimiento con el mínimo esfuerzo, que presiona para la subida de los precios y para la indignidad de los salarios.

En cuanto a las manufacturas, a partir del siglo XV se registra el florecimiento de las industrias laneras de España y Francia, siendo por tanto, Inglaterra la que se perfilaba ya como potencia en dicha fabricación. Por otra parte, el algodón en Italia mantenía un puesto de privilegio merced a los trabajadores en talleres caseros, obra de las campesinas e incluso de los labriegos en épocas de escasas labores agrícolas.

El Siglo XVIII tiene una gran importancia histórica para el desarrollo del derecho de trabajo, pues durante él se promulgaron una gran cantidad de leyes importantes dentro de la actividad gremial. Inglaterra tenía un gran desarrollo Industrial y su economía mercantilista le daba grandes beneficios, además la Revolución Industrial se hallaba en pleno apogeo y la relación legal que se había mantenido durante tanto tiempo cede ante el sistema industrial.

¹⁴ Stavenhagen Gruenbaum, Rodolfo. *Los Pueblos indígenas y sus derechos*. México: Ediciones UNESCO, 2001. Página 197.

El punto de referencia más preciso del nacimiento del Derecho de Trabajo, se encuentra en la Revolución Francesa, en la que se creó una legislación que defendía primordialmente la propiedad privada sobre los bienes de producción que tomó como consecuencia la industrialización acelerada, que conlleva la explotación del hombre por el hombre en vista de que el trabajador de las industrias, era explotado por jornadas excesivas, salarios miserables, medidas de seguridad e higiene inexistentes y toda clase de desventajas en el trabajo para este sector.

La Revolución Francesa había proclamado la igualdad de todos los hombres, por lo cual, surgió la libertad de contratar y la libertad de movimiento, promoviendo que los trabajadores tenían el derecho de negociar individualmente con el patrono y en algunos casos se firmaban contratos entre las partes, los cuales eran considerados como válidos y obligatorios para su cumplimiento derivado que se encontraban reconocidos en las normas jurídicas vigentes.

A partir de la Época Medieval, en que la sociedad más o menos se encontraba organizada, existen las clases agrícolas y se pueden considerar a los Señores Feudales como los patronos, y a los siervos de la tierra como los trabajadores actuales. De forma conjunta, se observa la situación agrícola, en la cual, se crearon algunas agrupaciones o corporaciones a las que pertenecían trabajadores de artesanía y esa corporación tenía alguna subordinación del trabajo, siendo menester indicar que los aprendices ingresaban en el gremio con el fin de obtener alguna enseñanza, con lo que aspiraban a escalar los peldaños necesarios para llegar a constituirse, si la oportunidad le llegaba algún día, en maestros.

Por su parte Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres, aportan lo siguiente: "En el edicto de Turgot, dado en Francia en 1776, al proceder a la disolución de las corporaciones de oficios, IV, 30, se pretende encontrar un primer reconocimiento legislativo del derecho al trabajo, por expresarse que: Dios al dar al hombre necesidades, al hacerle ineludible el recurso del trabajo, ha hecho del derecho de trabajar la propiedad de cada hombre; y esta propiedad es la primera, la más sagrada y la más imprescindible de todas."¹⁵

Con respecto al indicado, se resalta que, ante la disolución de las corporaciones de oficios, se inicia el proceso de búsqueda del reconocimiento del

derecho al trabajo desde los ámbitos normativos y jurídicos, tomando algunas corrientes de pensamiento tanto social como filosófico y con matices religiosos, orientándose a las necesidades que surgen para la subsistencia del ser humano.

Por imperio de las circunstancias, la Revolución de 1848 en Francia y la grave situación existente en París, el derecho al trabajo encontró aceptación gubernamental en la proclama que se comprometía a darles trabajo a todos los obreros. Para materializar la medida se crearon los talleres nacionales, no obstante, se observó su notorio fracaso lo cual sirvió para que el problema de encontrar actividad para la mano de obra disponible no pudiera ser ocultado en los países industriales.

Consecuentemente, se perfila el derecho al trabajo como el que tiene todo individuo, en relación al Estado, para que este le facilite o provea, en falta de crisis o falta de actividad laboral productiva, una ocupación acorde con la capacidad media y que le permita subsistir decorosamente. El derecho al trabajo no solo se correlaciona con el deber y la función social del trabajo, sino que deriva de otros derechos, como la propia subsistencia y el del mantenimiento familiar.

Según ha sostenido Adrián Todoli Signes, citado por Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres, lo siguiente: "En el caso de que el derecho a la vida exija la necesidad de trabajar, surge en el derecho al trabajo. Existiendo, por consiguiente, radicalmente el derecho natural a la vida, existe en principio el derecho natural a todos aquellos medios que sean indispensables para el cumplimiento de ese derecho a vivir."¹⁶

Lo anterior, permite establecer que, si bien es cierto y congruente, el ser humano tiene derecho a vivir, lo cual, lo impulsa a realizar diversas acciones que le permitan sustentarse, subsistir y generar las condiciones necesarias para que su familia obtenga lo necesario para la vida, por tanto, se incorpora el derecho a trabajar, lo que establece su forma de observar sus ganancias para cubrir necesidades básicas importantes.

Orientando de forma general al derecho natural, derivado que, para cumplir con sus fines de subsistencia y desarrollo, se genera un bienestar, mismo que ante la obtención de una ganancia y cubrir

15 Alcalá Zamora, Luis Alcalá y Cabanellas, Guillermo. **Tratado de política laboral y social**. Argentina: Editorial Heliasta. 1972. Página 631.

16 Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres, Guillermo. **Tratado de política laboral y social**. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 631.

sus necesidades, se obtiene la ganancia secundaria de generar un ambiente estable en el que se mantiene a lo largo del tiempo.

Por otra parte, la situación angustiosa que entre la guerra concluida en 1918 y la iniciada en 1939 se planteó para millones de trabajadores potenciales, reducidos el paro forzoso en un mundo económico y capitalista, que perjudica su existencia, con el cumulo de posibles progresos, ha conducido a acentuar la conexión entre el derecho al trabajo y la subsistencia. Tal situación ha sido abordada con claridad Amado Ruiz, citado por Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas, quien señala lo siguiente:

“La cuestión del derecho al trabajo se ha planteado mal. Propiamente a lo que todo individuo asociado tiene derecho es a que la sociedad atienda a sustentarle, a condición que se ponga de su parte todo el trabajo que pueda. El derecho versa, pues, directamente sobre la sustentación conveniente, y solo indirectamente del trabajo. Pues el individuo tiene obligación de trabajar y, mediante su trabajo, derecho de ser sustentado por la sociedad. Si el no halla, por su iniciativa individual, un trabajo que le produzca los medios de vivir, tiene derecho a una de dos: o a que la sociedad le señale el trabajo con que pueda sustentarse, o a que le sustente sin trabajo efectivo, bien que con disposición de trabajar con lo que se le asigne y ordene.”¹⁷

Con base en lo indicado, es menester resaltar que dicha percepción, aun se toma como referencia en algunos países europeos, en los cuales, el Estado promueve y genera empleo o en su caso para el sustento temporal de la persona y su familia, derivado que contribuye con lo necesario, observando con ello la finalidad de los recursos que le otorga el mismo Estado y la temporalidad que se observe ante la ausencia de un trabajo.

En contraposición, en otros Estados, se percibe que efectivamente el ser humano tiene derecho al trabajo, más como una obligación que como una necesidad, considerando que debe buscar los medios de subsistencia y en condiciones de equidad buscar o generar su fuente de trabajo para mantenerse y mantener a su familia.

Con dicha situación, el papel del Estado es promover las condiciones para que se produzcan empleo, ya sea por parte de una institución que lo conforma o una

empresa que incremente su productividad, con lo que es necesario establecer escenarios que impulsen la economía y con ello existan fuentes de trabajo a las que puede optar el ser humano.

Sobre la autora

ARACELY AMAYA FABIÁN

Magistrada Vocal I de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión social.

¹⁷ Zamora y Castillo, Luis Alcalá y Cabanellas de Torres, Guillermo. **Tratado de política laboral y social**. Argentina: Editorial Heliasta, 1972. Página 632.



GUATEMALA, C.A.

CENADOJ

CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS
Y DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

www.oj.gob.gt/cenadoj