



TRIBUNA JURÍDICA

Versión digital No.1

Guatemala, Mayo de 2019



ÍNDICE

ISO 9001 SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD	7
EL ¿POR QUÉ? DE LA UTILIZACIÓN DEL PERITAJE CULTURAL DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO	13
EL DERECHO COMUNITARIO Y LA CREACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA PARA LA REGIÓN CENTROAMERICANA –SACA-	17
EUTANASIA Y DERECHO PENAL	23
EL DERECHO A LA VIDA COMO PRESUPUESTO DE TODO DERECHO	31
AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO	37
MECANISMOS QUE POSIBILITAN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA	41
EL NEOLIBERALISMO	47
LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, LA SOBERANÍA Y LA NECESIDAD DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL	53
¿LOS DERECHOS DE LA NIÑA Y DE LA MUJER, SON TAMBIÉN DERECHOS HUMANOS?	57
EL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE CONFORME A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	61
EL CAMBIO CLIMÁTICO	67
EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	71
EL ANTEJUICIO	75

EL SISTEMA DE CUOTAS O DE PROPORCIONALIDAD, UNA MATERIA PENDIENTE EN EL SISTEMA ELECTORAL GUATEMALTECO	79
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN REGULADAS EN EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER CON LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN REGULADAS EN EL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL.	85
EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO A DIFERENCIA DEL SISTEMA ADVERSARIAL	93
EL EJERCICIO PROFESIONAL EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES LABORALES	97
EL ACCESO A LA JUSTICIA, UN DERECHO HUMANO ESENCIAL PARA LA MUJER EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD	101
BREVE ANÁLISIS DE LA POBREZA Y EL DELITO	107
LA APELACIÓN	111
LAS APELACIONES Y LOS CRITERIOS ADOPTADOS EN EL RAMO CIVIL	115
EL TRABAJO DOMÉSTICO	123
LA PELIGROSIDAD EN LA PONDERACIÓN DE LA PENA	127
IMPORTANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL, COMO TAREA COMPARTIDA ENTRE LOS SISTEMAS NACIONALES Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL	133

Prologo

Con el objetivo de documentar una serie de artículos o trabajos especializados, la Junta Directiva del Instituto de Magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial, período 2018-2019, ha decidido lanzar la primera revista "Tribuna Jurídica", la cual tendrá su primera edición en el mes de junio de 2019, a través de su publicación en la página de internet del Instituto aludido.

La estructura de la revista cuenta con una serie de artículos o trabajos especializados, elaborados por Magistrados integrantes de las distintas Salas de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial, quienes en su mayoría, cuentan con estudios de Maestría y Doctorado, lo que incide en que los mismos (artículos o trabajos) tengan un aporte sustancial a la ciencia del Derecho. El enfoque que se le da a cada artículo o trabajo presentado, invita al lector a involucrarse en el contexto y la realidad del Derecho y la administración de justicia, concretamente en la República de Guatemala.

Irma Judith Arrazate Centeno
Ingrid Johana Romero Escribá
José Alejandro Córdova Herrera
Francisco Medrano Zapeta
Edwin Alberto Mis Ávila

INTEGRANTES DEL CONSEJO EDITORIAL

Junta Directiva 2018 - 2019

Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones



CARGO	NOMBRE
Presidente	GIOVANNI FRANCISCO SOTO SANTOS Magistrado Vocal II, Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo
Primer Vicepresidente	EDVIN ESTUARDO LÓPEZ RODRÍGUEZ Magistrado Vocal I, Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Petén
Segundo Vicepresidente	DIXON DÍAZ MENDOZA Magistrado Vocal II, Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil
Secretario	JOSÉ ALEJANDRO CORDOVA HERRERA Magistrado Vocal I, Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Familia
Pro-Secretario	EDWIN ALBINO MARTÍNEZ ESCOBAR Magistrado Vocal II, Sala Mixta de la Corte de Apelaciones de Santa Rosa
Tesorero	HELIO GUILLERMO SÁNCHEZ GONZÁLEZ Magistrado Vocal I, Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo
Pro-Tesorero	IRMA JUDITH ARRAZATE CENTENO Magistrada Presidente, Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Cobán
Vocal Primero	INGRID JOHANA ROMERO ESCRIBÁ Magistrada Vocal I, Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social
Vocal Segundo	EDWIN ALBERTO MIS AVILA Magistrado Presidente, Sala Mixta de la Corte de Apelaciones de Retalhuleu
Vocal Tercero	NESLIE GUISELA CÁRDENAS BAUTISTA Magistrada Vocal II, Sala Mixta de la Corte de Apelaciones de Jalapa
Vocal Cuarto	ESTUARDO CÁRDENAS Magistrado Vocal II, Sala Séptima de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Huehuetenango
Vocal Quinto	FRANCISCO MEDRANO ZAPETA Magistrado Vocal II, Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social de Mazatenango

ISO 9001 SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD

M. A. Presidenta, María de la Luz Gómez Mejía
M. A. Vocal I, Gardenia Enedina Maza Castellanos
Lic. Vocal II, Dixon Díaz Mendoza

SALA TERCERA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO CIVIL Y MERCANTIL, GUATEMALA

Es un tribunal que tiene competencia en los ramos civil y mercantil, tiene a su cargo el conocimiento de las apelaciones que le son enviadas por los tribunales de primera instancia. También conoce otro tipo de procesos tales como las acciones constitucionales de amparo, recursos de hecho, juicios sumarios de responsabilidad y recursos de revisión de laudo arbitral.

Nuestra Misión

Impartir justicia de forma pronta y cumplida de conformidad con la constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Guatemala con independencia, integridad, transparencia, responsabilidad, capacidad y vocación de servicio en beneficio de los usuarios y la población en general.

Nuestra Visión

Ser un tribunal integrado por magistrados probos que dictan resoluciones con celeridad en un proceso en donde se garantiza a los usuarios el debido proceso y el derecho de defensa.

ORGANIGRAMA DE LA SALA TERCER DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO CIVIL Y MERCANTIL

1. Magistrado presidente
2. Magistrado vocal I
3. magistrado vocal II

4. Secretario de sala
5. Oficial II
6. Oficial II
7. Oficial III
8. Oficial IV
9. Notificador I
10. Notificador II
11. Notificador III
12. Comisario I
13. Comisario II

SISTEMA DE GESTIÓN DE CALIDAD

Las normas de “La International Organization for Standardization” cuyas siglas son conocidas como “ISO”, que traducida al español significa: “Organización Internacional para la Estandarización”; es un sistema conformado por un conjunto de normas sobre mejora continua y gestión de calidad, la cual comienza su actividad oficialmente a nivel mundial el 27 de febrero de 1947 con sede en Ginebra.

Dichas normas, en su conjunto se orientan a la aplicación de un sistema de directrices dispuestas a mejorar la calidad y gestión de forma continua en cualquier tipo de organización o actividad orientada a la producción de bienes o servicios.

La norma internacional ISO 9001:2008 inició a ser aplicada en la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil en el año 2014, cuya labor especializada se encuentra orientada a fortalecer el sistema de justicia que se presta y con objetivos de calidad basados en los principios de transparencia, honorabilidad y capacidad de sus integrantes, brindando a los usuarios resultados satisfactorios y el cumplimiento de la norma internacional, habiendo obtenido como resultado las certificaciones, sin interrupción alguna, manteniéndose continuamente durante los años 2015, 2016 y 2017.

Al haber concluido a nivel internacional, la vigencia de aplicación de la norma ISO 9001:2008, y con el esfuerzo de todo el personal de la Sala para continuar cumpliendo con el compromiso ante la población guatemalteca de brindar un servicio con estándares de calidad, con aplicación de una justicia pronta y cumplida, la Sala Tercera llevó a cabo la transición a la norma ISO 9001:2015, obteniendo nuevamente en el año 2018, el ser certificada después de haberse realizado evaluación satisfactoria ante el mismo ente internacional contratado por USAID.

Todas las auditorías internacionales han sido practicadas por la entidad evaluadora internacional ICONTEC, contratada directamente por la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos de América USAID.

En el presente documento presentamos para conocimiento de los Magistrados, Jueces, Auxiliares Judiciales y público en general de la Revista Tribuna Jurídica, información respecto algunos aspectos del sistema de gestión de calidad que se trabaja actualmente en la Sala.

ESTRUCTURA DE LA NORMA ISO 9001

1. Objetivo y campo de aplicación
2. Referencias normativas
3. Términos y definiciones
4. Contexto de la organización
5. Liderazgo
6. Planificación
7. Apoyo
8. Operación
9. Evaluación del desempeño
10. Mejora.

ALCANCE DE LA CERTIFICACIÓN

Emisión de resoluciones en los distintos tipos de procesos que son remitidos por apelación y la emisión de resoluciones dictadas en procesos que se conocen como primera instancia; en materia civil, mercantil y constitucional.

EL SISTEMA DE GESTIÓN DE CALIDAD

Requisitos generales de la Norma ISO 9001:2008

- ✓ Enfoque a procesos
- ✓ Un representante de la Dirección
- ✓ Producto no conforme
- ✓ Estructura de la organización

Requisitos actualizados de la Norma ISO 9001:2015

- ✓ Enfoque a la satisfacción del usuario y contexto de la Organización
- ✓ Más participación de las autoridades
- ✓ Énfasis en Riesgos y Oportunidades de mejora
- ✓ Se introduce el enfoque en la gestión de cambios
- ✓ Se amplía el concepto cliente a parte interesada
- ✓ Mejorar el clima organizacional

POLÍTICA DE CALIDAD

Fortalecemos el Sistema de Justicia en Guatemala a través de la resolución de conflictos de manera ágil, oportuna, eficiente, transparente y de conformidad con la ley.

Contamos con personal honorable, ético, competente y capacitado que nos permite brindar un servicio de calidad para la mejora continua de los procesos y lograr la satisfacción de nuestros usuarios.

OBJETIVOS DE CALIDAD

1. Reducir los tiempos de emisión de resoluciones
2. Obtener como mínimo el 80% de eficacia en la Sala
3. Inexistencia de sanciones para todo el personal de la Sala
4. Incrementar la eficacia de las capacitaciones
5. Mejorar el desempeño de los colaboradores
6. Aumentar la satisfacción de los usuarios

MAPA DE PROCESOS

Procesos de Alta Dirección:

Gestión de recursos

Administrativo

Procesos de Realización:

Emisión de resoluciones

Procesos de Apoyo:

Recursos Humanos

Gestión de Calidad

Origen Externo:

Compras

Mantenimiento

Informática

OBJETIVOS DE LOS PROCESOS

Gestión de recursos

Gestionar con la Corte Suprema de Justicia, los recursos de suministros y mantenimientos adecuados.

Administrativo

Gestionar el manejo disciplinario del personal, preservación de expedientes, comunicación con el usuario y evaluación del SGC.

Emisión de resoluciones

Emitir resoluciones apegadas a la Ley de los diferentes trámites que solicitan los usuarios en la Sala.

Recursos Humanos

Formar al personal, evaluar la competencia del personal y gestionar el clima laboral.

Gestión de Calidad

Dar seguimiento y realizar mediciones del Sistema de Gestión de Calidad.

GESTIÓN DE PROCESOS

- ✓ Contar con manuales, procedimientos, Instructivos y controles que ayudan agilizar procesos
- ✓ Medir constantemente la satisfacción del usuario
- ✓ Lenguaje común con los usuarios y proveedores
- ✓ Análisis FODA
- ✓ Capacitaciones constantes para brindar un servicio personalizado
- ✓ Mejorar constantemente la eficacia, a través de indicadores que miden el desempeño del Sistema de Gestión de Calidad
- ✓ Auditorías Internas de Calidad
- ✓ Análisis y seguimientos a riesgos y oportunidades
- ✓ Acciones para cumplir los requisitos del usuario, legales y reglamentarios

FICHA DE PROCESOS

Se cuenta con varias fichas de procesos, elaboradas con el ciclo PHVA, en las cuales se describen las características y la interacción entre sus procesos.

ANÁLISIS DE LOS PROCESOS

En la Sala se utiliza la herramienta estratégica de análisis FODA (fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas), que nos ayuda a tomar decisiones y acciones posibles, con un

mejor enfoque a ser más competitivos y poder identificar las oportunidades para brindar un mejor servicio al usuario.

LISTADOS MAESTROS DE DOCUMENTOS E INSTRUCTIVOS, REGISTROS Y DOCUMENTACIÓN EXTERNA

Listados maestros como índice de documentos establecidos que apoyan el control y la operación de los procesos garantizando su actualización, disponibilidad y su uso.

GESTIÓN DE AUDITORIAS

En la Sala se evalúa objetivamente el cumplimiento de requisitos legales, reglamentarios y los propios de la Norma ISO 9001:2015. Buscando mejorar continuamente sus procesos y el servicio al usuario.

CONTROL DE ACCIONES CORRECTIVAS Y DE MEJORA

Se toman acciones correctivas para corregir y evitar cualquier no conformidad detectada. Asimismo, acciones de mejora que fortalecen nuestros procesos y activan constantemente la mejora continua de los procesos.

GESTIÓN DE LA COMUNICACIÓN

Fortalece el Sistema de Gestión de Calidad, estableciendo las comunicaciones internas y externas concernientes al contexto de la organización, lo que incluye:

- ✓ Qué comunicar
- ✓ Cuándo comunicarlo
- ✓ A qué persona comunicárselo
- ✓ Cómo realizar la comunicación
- ✓ Quién es la persona encargada de realizar la comunicación

GESTIÓN DE RIESGOS

Gestión de riesgos con enfoque estructurado para manejar la incertidumbre relativa a una amenaza, a través de una secuencia de actividades humanas que incluyen la identificación, el análisis y la evaluación de riesgo, para luego establecer estrategias para su tratamiento y cierre eficaz.

CONTEXTO DE LA ORGANIZACIÓN

Se determina las cuestiones internas y externas que pertinentes para el propósito y la dirección estratégica de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, identificando todos los factores que pueden afectar la capacidad para lograr resultados previstos en el Sistema de Gestión de Calidad para ello se utiliza la herramienta de Porter.

GESTIÓN DE INDICADORES

En la Sala se utiliza la herramienta de medición que permite realizar un seguimiento de los procesos de Emisión de Resoluciones. Para cumplir con las metas establecidas, desempeño y productividad del Sistema de Gestión de Calidad.

En la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil se aplican los principios de justicia, independencia, honrabilidad, credibilidad, responsabilidad, transparencia, integridad, eficiencia, eficacia, efectividad, prudencia y respeto con sus colaboradores, usuarios y agilización de procesos.

BENEFICIOS DE CERTIFICAR

- ❖ Proporcionar productos y servicios que satisfacen los requisitos legales, reglamentarios y del usuario
- ❖ Aumentar la Satisfacción del usuario
- ❖ Abordar riesgos y oportunidades
- ❖ Aumentar la Productividad
- ❖ Reducción de producto no conforme
- ❖ Más participación de la Alta Dirección
- ❖ Capacitar constantemente al personal y crear una cultura de calidad en sus procesos
- ❖ Estandarización y agilización de procesos
- ❖ Mejorar el desempeño de los procesos a través de indicadores
- ❖ Optimizar Recursos

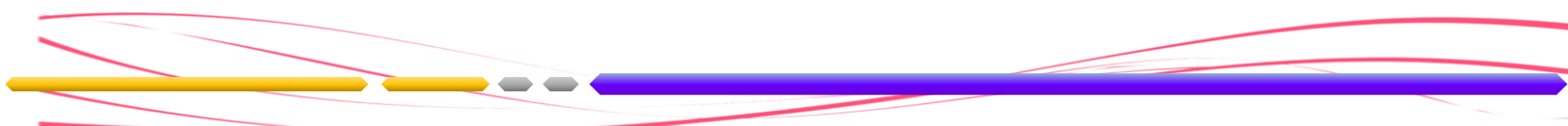
- ❖ Conocer el contexto de la organización
- ❖ Mejorar controles, documentación específica y personalizada.

REFERENCIAS

www.icontec.org
Norma ISO 9001:2015 Sistemas de Gestión de la Calidad –Requisitos.

Norma ISO 9000:2015 Sistemas de Gestión de la Calidad –Fundamentos y vocabulario.

Manual de Gestión de Calidad S3 GC 009 V.7.



EL ¿POR QUÉ? DE LA UTILIZACIÓN DEL PERITAJE CULTURAL DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

Dra. Dasma Janina Guillén Flores
M.Sc. Vilma Rossana Reyes González

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

Al hablar del peritaje cultural dentro del proceso penal guatemalteco surgen dos temas importantes: Por un lado, el perito, quien es la persona que tiene conocimientos en ciencias distintas al derecho; y, por el otro, la utilización de la costumbre como fuente en la aplicación del derecho para resolver conflictos e imponer sanciones, lo que se conoce como el *common law*, que es el derecho común o derecho consuetudinario vigente (<https://www.asociacion-eurojuris.es>) que se desarrolla dentro del derecho anglosajón –entre los que lo aplican, Estados Unidos de Norte América e Inglaterra-.

En el derecho escrito –guatemalteco- se localiza en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, la costumbre, como una fuente del ordenamiento jurídico, el que contiene presupuestos para su aplicación, siendo ellos: **i)** que no haya ley aplicable al caso; **ii)** que la propia ley delegue su aplicabilidad; **iii)** que no sea contraria a la moral o al orden público; **iv)** que resulte probada, es en este último requisito que encuentra su sustento el Peritaje Cultural, inclusive, vale la pena agregar un requisito que no está dentro de esta ley; **v)** que no sea contraria a los Derechos Humanos, extraído del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –artículo 8.2-.

El tener que probar la costumbre, es un camino arduo en Guatemala, ya que el país es poseedor de muchas lenguas o idiomas –por eso es plurilingüe-; también posee muchas étnias –por eso es multiétnico-, lo que da como resultado esa tan apreciada y única multiculturalidad, que a su vez constituye una gama de formas de aplicación de la Justicia Indígena, es allí donde co-existe dentro del territorio guatemalteco, la Justicia Estatal y la Justicia Indígena con sus costumbres (*common law*).

Entonces, cómo establecer el ¿por qué? de la utilización del peritaje cultural, mismo que tiene y necesita existir y ser tomado en cuenta cuando se aplica la Justicia Estatal a un caso penal en el cual se ven involucradas personas o étnias indígenas, la pregunta es ¿por qué? y la respuesta pareciera ser sencilla, pero la realidad nacional no lo permite, por la poca o nula aceptación de la aplicación de la Justicia Indígena debido a sus formas tan especiales y propias de resolver y sancionar los conflictos.

No obstante lo anterior, el peritaje cultural se convierte en la prueba que debe tener toda investigación sobre la o las formas de resolver y sancionar los conflictos penales a través del

tiempo en determinada étnia indígena, de allí su existencia y valoración dentro del procedimiento penal, puesto que, resolver y sancionar un conflicto, son cuestiones que cuando acontecen entre personas o étnias indígenas deben ser resueltas en apego de sus costumbres, por supuesto sin olvidar los presupuestos que contempla el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial y el artículo 8.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ya mencionados.

Otro aspecto, que se debe tomar en cuenta, es el límite a la aplicabilidad de la costumbre en relación a resolver conflictos e imponer sanciones a través del peritaje cultural, es decir, el campo de la competencia.

Es sabido que la competencia tiene divisiones: Materia, cuantía, funcional, territorial y turno, aunado a las anteriores innegable es que dentro de la competencia cultural existe otra división: La personal, que se refiere a su aplicabilidad en cuanto a personas o étnias indígenas, mas no al considerado ladino –en Guatemala-.

Lo que convierte en interesante el tema de la competencia, es que aún falta una más por explicarse dentro del campo cultural, la que tentativamente se denomina –en esta publicación- **competencia procedimental**, que consiste en el poder realizar equivalencias en relación a la Justicia Estatal y la Justicia Indígena referentes a: **1)** si la acción es delito; **2)** la forma de procedimiento en que son resueltas ciertas acciones delictivas; y, **3)** la sanción a aplicarse.

Para aclarar la competencia procedimental, que es el punto principal para entender el ¿por qué? de la utilización del peritaje cultural, se comienza indicando que el procedimiento penal, contemplado en la ley adjetiva penal guatemalteca, por un lado, considera la falta de mérito, en donde se resuelve si una acción es delictiva o no, y por otro lado, considera la aplicación de las medidas desjudicializadoras, las que por su naturaleza pueden resolver

ciertos conflictos penales, llenando los requisitos procesales.

Bajo esa perspectiva, al poderse establecer si una acción es delito o no –falta de mérito- y existir formas alternas o distintas de resolver los conflictos penales –medidas desjudicializadoras- en relación a ciertos tipos penales en donde pueden aplicarse los usos y costumbres, debe permitirse dos cosas para la aplicabilidad de la competencia procedimental: **a)** que se apliquen los usos y costumbres para considerar delito una acción realizada por miembros o etnias indígenas, ello dentro de la Justicia Estatal; y, **b)** que se aplique por la Justicia Estatal las mismas formas de resolver conflictos y sanciones que la costumbre de la étnia indígena permita.

Es por lo anterior, que la permisibilidad de la resolución y sanción de conflictos a través de la costumbre, debe darse por la co-existencia de la Justicia Estatal y la Justicia Indígena, en donde el peritaje cultural se convierte automáticamente en la prueba reina, idónea, útil, pertinente y legal.

Ahondando en los temas de la falta de mérito y las medidas desjudicializadoras que se regulan dentro del procedimiento penal guatemalteco, es hacia ellos que debe ir guiada la aplicación de la competencia procedimental, para que todos los habitantes de la República de Guatemala tengan la certeza y seguridad jurídica que están siendo perseguidos penalmente en igualdad de condiciones, es decir que, después de cometer una acción considerada delictiva, o bien, al aplicar una forma de resolver el conflicto penal y su sanción correspondiente, bajo el derecho de igualdad, para los ladinos –no indígenas- se aplicará el procedimiento y la sanción estipulada en el Derecho Estatal, en tanto que, para los indígenas se aplicará la forma recomendada a través del peritaje cultural, mismo que debe demostrar cual es el uso y la costumbre de las diversas comunidades para la solución de los conflictos penales, siempre que no se violen

garantías constitucionales, ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Es allí, donde cobra su máxima importancia el peritaje cultural, el cual debe contener los insumos que necesita el Juez de la causa que va a decretar la falta de mérito, o bien, va a aplicar las medidas desjudicializadoras cuando sean sujetos procesales los miembros o étnias indígenas.

Siendo “*El peritaje cultural... un puente que se tiende entre la forma de ver y entender la realidad el tribunal y la del indígena procesado*” (Alvarado García, Carlos Dionisio. 2006. Pág. 76). Para ilustrarlo se trae a colación dos casos en los cuales el perito en cultura y el peritaje cultural ha sido útil y de ventaja en donde fue reconocido, así como ha sido perjudicial su no aceptación.

En el primer caso, el peritaje cultural rendido verbalmente por un anciano de la comunidad de Santiago Atitlán, Sololá, fue valorado positivamente por el Juez de la causa, ello lo guió a considerar que el sindicado no tenía ningún tipo de responsabilidad penal, porque no había cometido delito, bajo el entendido de que su costumbre es celebrar con licor clandestino las ceremonias dirigidas al culto de Maximón (Alvarado García, Carlos Dionisio. 2006. Pág. 78-79).

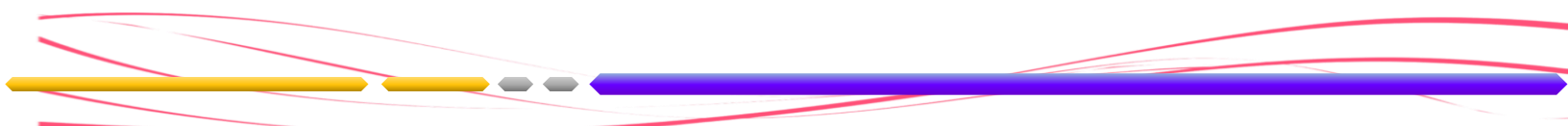
En el segundo caso, a pesar de existir un peritaje cultural, el Juez de la causa no lo valora aplicando su conocimiento empírico, lo cual es violatorio al principio del *iura novit curia*, violatorio a la propia existencia de las Ciencias Forenses de donde surge el perito, porque si el Juez puede aplicar sus conocimientos en otra ciencia que no sea el derecho ¿por qué existen los peritos?, esa equivocación del Juez en cuanto a no utilizar el peritaje cultural llevó a la Sala de Apelaciones a la conclusión de revocar la sentencia y ordenar un nuevo juicio, porque la existencia y necesidad de la

utilización del peritaje cultural cuando se trata de resolver conflictos en Pueblos Indígenas es indispensable para saber si la acción realizada por sus miembros es apegada a sus costumbres o es contraria a ellas, para luego establecer si dichas costumbres aplicadas no violan garantías constitucionales, ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, porque el Estado de Guatemala debe velar por el estricto cumplimiento de los Derechos Humanos, aun y a pesar de la existencia de una costumbre ancestral aplicada en los Pueblos Indígenas que habitan en su territorio (Expediente No. 283-2016 de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones Ramo Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente de Quetzaltenango).

En estos dos casos concretos, se logra verificar que, al aplicarse el peritaje cultural, la costumbre es indispensable para resolver y sancionar de una forma diferente a los miembros de los Pueblos Indígenas.

Por lo anterior, se recomienda la utilización del peritaje cultural dentro del proceso penal como un medio de prueba para que el Juez o Tribunal resuelva de forma justa cuando sean sujetos procesales miembros de alguna etnia indígena, no debiendo olvidarse que la preparación del Juez es importante para interpretar el peritaje cultural objetiva, acertada y racionalmente.

Concluyéndose que, el Derecho de Igualdad debe ser protegido y aplicado por el Estado de Guatemala hacia todos los habitantes de la República sin distinción alguna, haciéndose únicamente la distinción en relación a la denominada competencia procedimental como una forma diferente de resolver y sancionar conflictos penales, específicamente en aquellos casos en los que el peritaje cultural cobra relevancia para poder conocer cuál es la costumbre de los Pueblos Indígenas.



EL DERECHO COMUNITARIO Y LA CREACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA PARA LA REGIÓN CENTROAMERICANA - SACA-

Msc. María Elena Orellana Morales
Magistrada Vocal II

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE APELACIONES, COBÁN

Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario nace de la necesidad que han tenido las comunidades de regir sus relaciones a través de una normativa común, pero complementaria de sus propias normas, cuyo objeto es el bien común.

“El Derecho comunitario se origina en un ordenamiento jurídico nuevo y autónomo, caracterizado en modo particular por la naturaleza de sus Instituciones, sus atribuciones y competencias limitadas, capaces de emanar actos jurídicos normativos, ejecutarlos y exigir su cumplimiento en la entera Comunidad, en una estrecha relación de complementariedad con los poderes públicos nacionales. Su fin primordial es construir el bien común regional basado en relaciones de solidaridad, mediante la persecución de fines, objetivos, propósitos y políticas comunes a un proceso de integración global.” (Salazar y Ulate. 2013, Pág. 26).

LA UNIÓN EUROPEA

Según su página oficial, la unidad nació con el anhelo de acabar con los frecuentes y cruentos conflictos entre vecinos que habían culminado en la Segunda Guerra Mundial. En los años 50, se dio el primer paso de una unión económica y política de los países europeos para lograr una paz duradera.

Sus 6 fundadores son Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, posteriormente, en 1957, firman el Tratado de Roma, por el que se constituye la Comunidad Económica Europea, conocida por sus abreviaturas (CEE) o “mercado común”. Actualmente, se encuentra conformada por 28 países, siendo estos Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia.

2.1 LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Las empresas de los Estados que conforman la Unión Europea, para poder expandir sus actividades comerciales fuera de su sede social, tenían que constituir una sociedad en cada uno de estos, y regirse por sus normativas, situación que afectaba grandemente su economía y no les permitía ser competitivos, por lo que, contar con estatuto común, vendría a solucionar tal problemática.

Parafraseando a Duprat (2009), el primer antecedente normativo que crea un estatuto de

sociedad "europea" se lo encuentra en la proposición del Consejo de Europa del 16 de diciembre de 1949 sobre un proyecto de "Compañías". Finalmente, después de varias presentaciones y negociaciones del referido proyecto entre los involucrados en el tema, se logró su aprobación, según 14886/2000-C5-0092/2001-1989/0218(CNS). El 4 de septiembre de 2001, el Parlamento Europeo aprobó el proyecto de reglamento del Consejo sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (S.E.), lo modificó y lo elevó a la Comisión para que adaptase su propuesta. Mismo que entró en vigor el 8 de octubre de 2004.

"La creación de una sociedad comercial europea pretende dotar a las empresas de los Estados miembros de un estatuto tipo y único a lo largo de la comunidad europea, pero que respete no solo las legislaciones nacionales, sino los usos y costumbres del empresariado europeo". (Duprat. 2009. Págs. 25-32).

"El reglamento es un acto comunitario de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Se trata indiscutiblemente del instrumento de regulación jurídica más acabado dentro del sistema comunitario". (Mangas y Liñán. 2004. Pág. 363).

2.1.1 CONSTITUCIÓN

"La creación de la SE ha implicado un cambio cualitativo en la libertad de establecimiento de las personas jurídicas al permitir el libre acceso a esta figura de sociedades nacionales y posibilitando que, una vez constituida, pueda transferir su domicilio a otro Estado miembro" (Labriega Villanueva. 2013. Pág. 238).

Para constituir una Sociedad Anónima Europea, las empresas que tengan su domicilio social en alguno de los estados miembros de la Unión Europea, pueden hacerlo a través de la Fusión, Filial, Holding o la Constitución de una nueva SE, debiendo tomar en cuenta las

condiciones y formas contenidas en el Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, del 8 de octubre de 2001, que aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea SE, del cual se extraen los artículos que más adelante se detallan.

Artículo 1. 1. Podrán constituirse sociedades en el territorio de la Comunidad en forma de sociedades anónimas europeas (*Societas Europaea*, denominada en lo sucesivo "SE") en las condiciones y con arreglo a las modalidades previstas en el presente Reglamento.

2. El capital de la SE estará dividido en acciones. Cada accionista solo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito.

3. La SE tendrá personalidad jurídica propia.

4. La implicación de los trabajadores en una SE estará regulada por la Directiva 2001/86/C"

2.1.2 NORMATIVA APLICABLE

La SE para su funcionamiento y organización, se rige por lo siguiente:

El Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, del 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), el cual entró en vigor en el año 2004, mismo que se complementó con la Directiva 2001/86/CE (la Directiva de la SE).

El ordenamiento jurídico nacional del Estado del domicilio donde se constituyó la sociedad. De lo anterior, se entiende que se está ante un régimen mixto.

Artículo 15. 1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una SE se registrará por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social.

2. La inscripción de una SE se hará pública con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13."

2.1.3 OBJETO

La Sociedad Anónima Europea tiene por objeto expandir sus relaciones comerciales en todos los Estados que conforman la Unión

Europea, en cualquier tipo de negocios. Uno de los objetivos de su creación, es la realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social, de esa cuenta, tal realización, debe fomentar el conjunto de la Comunidad, implicando, además, la eliminación de los obstáculos en los intercambios comerciales y una reestructuración a escala comunitaria de las estructuras de producción. A tal fin, es indispensable que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales, puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria, ello de conformidad con los considerandos del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) que a continuación se indican:

La realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que tal realización debe fomentar en el conjunto de la Comunidad implican, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción. A tal fin es indispensable que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria.

Una reorganización de este tipo requiere que las empresas ya existentes de los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante operaciones de concentración y fusión. Dichas operaciones solo se pueden hacer respetando las normas de competencia del Tratado.

La realización de operaciones de reestructuración y de cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros tropieza con dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico. Las medidas de aproximación del Derecho de sociedades de los Estados miembros, canalizadas a través de Directivas basadas en el artículo 44 del Tratado, pueden solucionar algunas de esas dificultades. Sin embargo, dichas medidas no dispensan a las empresas sometidas a ordenamientos

jurídicos diferentes de la obligación de escoger una forma de sociedad regulada por un ordenamiento jurídico nacional determinado.

2.1.4 NACIONALIDAD Y DOMICILIO

“La nacionalidad de la SE es la de un determinado Estado miembro y, como consecuencia de esta, se puede decir de ella que también tiene nacionalidad comunitaria” (Labriega Villanueva. 2013. Pág. 265).

“Artículo 7. El domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar.”

De esa cuenta, se comparte el criterio de que la SE tiene nacionalidad mixta, es decir, comunitaria en cuanto a los Estados que conforman la Unión Europea y también nacional, por el Estado miembro donde constituye su domicilio social.

2.1.5 RAZÓN O DENOMINACIÓN SOCIAL

La Sociedad Anónima Europea SE, deberá agregar a la denominación social que los socios designen a esta, las siglas SE, ya sea antes o después de la misma, con el ánimo de acreditar la forma de sociedad anónima que representa, siendo este un uso exclusivo para una SE.

“Artículo 11. 1. La SE deberá hacer constar delante o detrás de su denominación social la sigla “SE”.

2. Solo las SE podrán llevar las siglas “SE” en su denominación social.

3. No obstante, las sociedades u otras entidades jurídicas registradas en un Estado miembro antes de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento en cuyas denominaciones sociales figuren las siglas “SE” no estarán obligadas a modificar su denominación social.”

2.1.6 CERTEZA Y PUBLICIDAD

Con la inscripción de la SE en el registro del Estado miembro de su domicilio social, se consolida la certeza de su existencia, siendo que a partir de este acto, surte sus efectos como Sociedad Anónima Europea, cobrando personalidad jurídica. También se inscribirá el momento que cause baja.

“Artículo 12. Toda SE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro a tenor del artículo 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (6)”.

Con fines informativos, una vez inscrita la SE en el registro respectivo, se publicará un anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Asimismo, también se publicará su baja y traslado de domicilio al momento de darse, de conformidad con la Directiva 68/151/CEE. Primera Directiva Del Consejo, del 9 de marzo de 1968, la cual regula lo siguiente:

“Artículo 13. Los actos y datos relativos a la SE que deban hacerse públicos en virtud del presente Reglamento se publicarán de acuerdo con la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE, de conformidad con la Directiva 68/151/CEE.”

“Artículo 16. 1. La SE adquirirá personalidad jurídica a partir del día en que se haya inscrito en el registro a que se refiere el artículo 12.”

2.1.7 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD

El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea establece dos sistemas de organización y gestión de la sociedad, el sistema dual y el sistema monista, los cuales están conformados por órganos distintos, sin embargo, ambos

sistemas cuentan con la Junta General para la toma de decisiones. Aunado a ello, el relacionado Estatuto contiene también normas aplicables a los dos sistemas.

“Artículo 38. Conforme a las condiciones establecidas por el presente Reglamento, la SE constará de:

- a) una junta general de accionistas; y*
- b) Bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos.”*

3. LA REGIÓN CENTRO AMERICANA

América del Centro, también llamada Región Centro Americana está compuesta por 7 países, entre los cuales se encuentra Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Belice y Panamá, los que con el ánimo de regular sus relaciones entre sí, han suscrito y ratificado tratados y convenios internacionales como instrumentos de integración, a consecuencia de la globalización comercial y de esa cuenta, imponer presencia en la economía y política de los países miembros. Ello a través de los mecanismos regulados en su ordenamiento jurídico interno.

“Los procesos de integración tienen su origen normativo en la suscripción de Tratados Internacionales por parte de los Estados miembros, que hacen uso de sus facultades soberanas para negociar y dar su consentimiento en la creación de nuevos Órganos e Instituciones, cuyas competencias y funciones deberían estar debidamente establecidas por su respectivo tratado constitutivo, señalando también las políticas públicas regionales o comunes que deben cumplir. A esto le llama la doctrina principio de “atribución de competencias” que es fruto del apoderamiento que hace cada Estado miembro al suscribir, ratificar o adherirse a los tratados” (STROZZI, MANGAS y LIÑAN, citados por SALAZAR GRANDE Y ULATE CHACÓN. Manual de Derecho Comunitario Centro Americano. 2013, Pág. 26)

En la Región Centro Americana, se cuenta con instituciones y normas que rigen sus relaciones comunes de menor escala, pero similares a las de la Unión Europea, entre las cuales se mencionan:

Sistema de la Integración Centroamericana – SICA-

Sistema de la Integración Económica Centroamericana –SIECA-

Sistema de Integración Social Centroamericana –SISCA-

Plan de Acción Económica para Centroamérica – PAECA-

Parlamento Centroamericano – PARLACEN-
Protocolo de Guatemala al Tratado General de Integración Económica Centroamericana – PG-

Tratado de Integración Social Centroamericana – TISCA-

Organización de Estados Centroamericanos - ODECA-, entre otros.

“La Comunidad Centroamericana, en un grado relativo de menor desarrollo, ha logrado con éxito crear órganos comunes casi idénticos a la Comunidad Europea. Conforme se desarrolla el Sistema de Integración y los respectivos subsistemas, se ha ido reconociendo la importancia de dichos Órganos y sus competencias, que se irán fortaleciendo paulatinamente, con las interpretaciones de la jurisprudencia y el respaldo de la doctrina.” (obsit. 42)

4. LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE LA REGION CENTRO AMERICANA – SACA-

Los países que conforma la región centroamericana han firmado y ratificado tratados de libre comercio internacional, sin que en la actualidad, hayan suscrito una normativa comunitaria a nivel de región que elimine los obstáculos jurídicos y fiscales que conlleva la constitución de la sociedad anónima local y que, coadyuvarían a su desarrollo económico y social, permitiéndoles mejorar su competitividad como lo han hecho los estados que

conforman la Unión Europea, a través de un reglamento común que regula esta figura.

En Centro América, la sociedad anónima se encuentra regulada en sus respectivos Códigos de Comercio, con excepción de Belice y Panamá que cuentan con una ley específica que regula esta figura, de la siguiente manera: Guatemala: Decreto número 2-70 del Congreso de la República;

El Salvador: Decreto 671 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador;

Honduras: Decreto 73-50 del Congreso Nacional de Honduras;

Nicaragua: Decreto Ley 14379;

Costa Rica: Asamblea Legislativa número 3284;

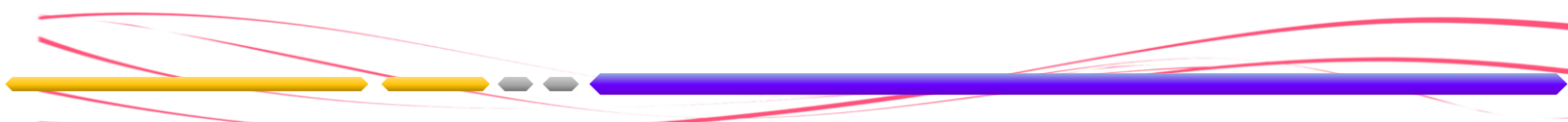
Belice: Ley de Sociedades Comerciales Internacionales de 1990, modificada en 2000;

Panamá: Ley 32 de las Sociedades Anónimas de Panamá.

Sin embargo, las unas y las otras, son de carácter nacional y únicamente regulan sus actividades comerciales a nivel local, por lo que para desarrollarse comercialmente fuera de su territorio, se ven en la necesidad de constituir otra Sociedad Anónima, de conformidad con la legislación de cada país centroamericano, sometiéndose a la inscripción como sociedad extranjera en el registro correspondiente.

4.1. OBJETIVOS DE LA CREACIÓN DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

Luego de analizar en que consiste la Unión Europea, los Estados que la conforman, los objetivos que los motivaron a crear la Sociedad Anónima de la Unión Europea –SE-, a través de un reglamento comunitario, se considera que si la Región Centro Americana cuenta con instituciones en menor escala, pero similares a la Unión Europea, es oportuno que a través de sus órganos legislativos, se apruebe y ratifique el acuerdo que contenga la creación de un reglamento comunitario que le de vida a la Sociedad Anónima Centro Americana, cuya abreviatura será –SACA-, el cual regularía las actividades comunes, mientras que las locales seguirán



siendo regidas por la normativa nacional del país donde sea constituida, siendo sus objetivos los siguientes:

- a) La realización del mercado exterior, fomentando el conjunto de la Región Centro Americana;
- b) La mejora de la situación económica y social;
- c) La eliminación de los obstáculos legales y fiscales a los intercambios;
- d) No limitarse a satisfacer necesidades locales, sino más bien, reorganizarse para llevar a cabo sus actividades a escala comunitaria.

EUTANASIA Y DERECHO PENAL

M. A. Aura Marina Mancilla Solares
Vocal I

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

RESUMEN

La discusión esencial en el campo de la eutanasia, especialmente, en materia de la ciencia del Derecho, puede centrarse en la oposición a su legalización, o bien, determinarse una legalización alternativa al *ius puniendi*.

Uno de los elementos que puede contribuir en profundizar el análisis, es la definición del concepto de la eutanasia, que por el momento, aún se encuentra muy limitado, o bien, se queda corto al corresponderse únicamente con elementos descriptivos propios de las ciencias médicas, o bien, se está limitado aún en materia de la ciencia del Derecho. Evidencia de esto, es inclusive, la definición que ofrece al respecto la Organización Mundial de la Salud OMS, que emite una significación tan escueta como lacónica, al indicar que eutanasia es la acción del médico que causa deliberadamente la muerte del paciente.

En cuanto a los argumentos en contra de la legalización de la eutanasia, los mismos pueden resumirse en la defensa del derecho a la vida. En cualquier sociedad, la valoración y el respeto a la vida, están determinados por varios factores: sociales, políticos, económicos y religiosos, pero fundamentalmente por los valores que rigen a la comunidad. En tal virtud, la eutanasia no sólo tiene consideraciones contrarias a las creencias de fe de la mayoría de los hombres medios o comunes, sino que además, como en el caso de Guatemala, significa un alto riesgo de que se produzcan

muertes por razones arbitrarias o poco consensuadas.

No obstante los argumentos en contra de la autorización de la eutanasia, aquellos a favor de su legalización, tienen como base un derecho que por antonomasia queda comprendido: El derecho a la libre decisión individual, opuesto a la intervención desmedida y muchas veces exacerbada del Estado, puesto que en el ámbito de sus atribuciones y de conformidad con la reducción del principio de límites a la intromisión del Estado y aplicación desmedida de sus facultades de *ius puniendi*, tiene posibilidad de coartar la libertad del individuo.

En la esencia del Estado liberal, en el diseño a partir del derecho positivo y la limitación del ámbito de intromisión estatal en las decisiones individuales, se encuentra la posibilidad de propiciar en el futuro, una discusión más equilibrada en relación con el discurso conservador que por otro lado, cuenta con la cosmovisión de los ciudadanos comunes además de los pensadores e intelectuales que se adhieren a ella.

No obstante lo anterior, existen algunos elementos que el futuro podría determinar cambios, aunque no de forma absoluta en relación con el desarrollo de la discusión acerca de la autorización legal o no de la eutanasia en una legislación. Entre estos pueden considerarse: los avances tecnológicos en materia médica, así como, el desarrollo de políticas estatales

que propicien el derecho de la libertad absoluta del ser humano frente a la intervención del Estado.

INTRODUCCIÓN

Se presenta a continuación, un análisis al respecto del tema de la eutanasia desde un punto de vista jurídico y a la luz del derecho penal. El mismo aborda los temas de la definición del término, así como los principales argumentos acerca de la legalización de la eutanasia o no. También, se aborda el tema de su regulación legal o marco jurídico aplicable, para que finalmente, se determine el análisis en su aplicación más propiamente en el ámbito nacional guatemalteco.

En el contexto socio-jurídico guatemalteco, la práctica de la eutanasia, resulta relevante y de actualidad, toda vez que, recientemente, se han dado ya algunos casos de legislaciones en materia de derecho comparado, como el caso de España y en países como Colombia, se debaten iniciativas de carácter legislativo orientadas a regularla, incluyendo entre los fundamentos de tales normativas, el respeto por la dignidad de la persona al momento de la muerte.

Frente a la práctica de la eutanasia, existen posiciones encontradas. Una que entiende la vida como un valor sagrado y absoluto, y otra, que la relativiza. La primera influenciada por dogmas religiosos, éticos o morales, la segunda, por un principio antropocéntrico, que sitúa al hombre como único titular de la vida y el legítimo ser que puede disponer de ella, según los designios de su propia razón.

1. Precisión conceptual de eutanasia

La eutanasia es el término con el que se denomina a la acción por virtud de la cual, se produce la muerte anticipada de un enfermo con un padecimiento letal. Sin embargo, esta concepción es bastante general por cuanto dicha palabra puede ser aplicada, lo mismo en ciencias médicas como en Derecho; en lenguaje común o en términos técnicos. Además, es

preciso discernir en una definición jurídica de la eutanasia, si el autor de la misma se ocupó de la forma en que la legislación nacional o internacional lo regula.

Para poder interpretar adecuadamente el término eutanasia, se pasa a analizar algunas definiciones importantes. En primer término, la de Roxin, quien afirma que: *“Por eutanasia se entiende la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones”* (Roxin, 2001, pág. 1); de esta manera, se da importancia especialmente a los aspectos de ayuda prestada para posibilitar la muerte, que esta última sea digna y que la persona a la que se presta dicha cooperación, sea un enfermo de gravedad.

Gonzalo Higuera define a la eutanasia como: *“La práctica que procura la muerte, o mejor, abrevia una vida para evitar grandes dolores y molestias al paciente, a petición del mismo, de sus familiares o, sencillamente, por iniciativa de tercera persona que presencia, conoce e interviene en el caso concreto del moribundo”* (Gonzalo Higuera, 1973, pág. 511). Las palabras clave de esta definición son preferir en vez de muerte: abreviar la vida. Este autor además de hacer semejante calificación de la muerte del paciente enfermo de gravedad, agrega que tal decisión, es para evitar *grandes dolores y molestias*. Asimismo, un elemento relevante de la definición citada, es la de incluir la autorización que según se aprecia, puede ser dada por el mismo paciente, por un familiar o por una tercera persona.

En la primera de las definiciones citadas, no se incluyen los elementos, que por el contrario, este autor sí realiza. Por otro lado, esta segunda, incluye la posibilidad de propiciar la muerte del enfermo terminal, a terceras personas. Esto último hace pensar que se trata efectivamente de una serie de personas que tienen la posibilidad de poner fin a la vida de

pacientes en estados de salud que no obedecen a ninguna tabla de gradación, sino más bien, a una apreciación subjetiva de quienes lo observan o de él mismo para calificar su situación de terminal.

La Organización Mundial de la Salud por su parte, define a la eutanasia simplemente como: *“la acción del médico que causa deliberadamente la muerte del paciente”* (González Mariscal, 2000, pág. 462) Y como es apreciable en su contenido, esta explicación del ente internacional de mérito, es más bien referida a las ciencias médicas, pero al ser tan lacónica, se deja de lado su licitud o no, su validez o no, y sus consideraciones éticas, etiológicas y las deontológicas. Además, deja de tomar en cuenta una serie de elementos como la autorización, el hecho de ser enfermedad mortal o bien, los medios con los cuales pudiera realizarse, porque al explicar que se trata de un médico, no se expresan adecuadamente, las condiciones en que el facultativo podría practicarla por mano propia u ordenar a otro hacerlo.

En suma, todas las definiciones antes analizadas, están dejando de considerar, la legalidad o prohibición legal para practicar eutanasia. Ninguna definición explica, por ejemplo, advirtiéndole que se trata de la muerte provocada de un paciente terminal, cuya realización está prohibida o autorizada por ley.

Ciertamente, se está dejando de lado la legalidad de esta acción, pese a que los autores de las primeras dos definiciones, son estudiosos del derecho. Por otro lado, este hecho es importante para determinar si se trata de un acto contrario a derecho o no.

Estando así las cosas y con el interés de lograr una precisión conceptual del término eutanasia, es necesario hacer un ejercicio que contribuya con tal intención. En tal virtud, una definición no puede dejar de contener elementos importantes de descripción, como los son en este caso: muerte asistida; paciente de

enfermedad mortal; en estado terminal; legalmente permitida o prohibida; y los sujetos facultados para autorizarla, lo cual conlleva el hecho de ser voluntaria o no, en cuanto al paciente.

Ciertamente, en forma general, se puede determinar la eutanasia como la muerte provocada para un paciente de enfermedad mortal y nada más; sin embargo, para efectos jurídicos, es relevante ofrecer una definición más precisa y en tal virtud, la misma que se ofrece sería la siguiente: La muerte anticipada de una persona, paciente de enfermedad mortal y en fase terminal, cuya realización es asistida o no, y esta asistencia se da por profesional de la medicina o cualquier otra persona, con la intención de evitar el sufrimiento propio del padecimiento, permitida o prohibida en ley de manera expresa, por supletoriedad o integración de ley, en donde se regulan asimismo, las personas facultadas, a efecto de dar autorización para llevarla a cabo.

Estos elementos pueden efectivamente contribuir a determinar el contenido exacto de este término, que además, tiene como significación para una gran parte de la opinión general, el hecho de ser una muerte dulce, por cuanto, de manera benévola, se concede descanso a una persona que en caso contrario, tendría que pasar por muchos dolores y sufrimientos. Esta opinión está basada incluso en el origen etimológico de la palabra por cuanto *eu* significa buena y *thanos* muerte, en tal virtud, se trata de una buena muerte.

Estos elementos son asimismo importantes, por cuanto se trata de discernir si se trata efectiva y realmente de una eutanasia, o bien, de un suicidio asistido, lo que lo convertiría en una acción punible si la primera de las dos acciones de mérito, se encuentra legalmente permitida.

2. Eutanasia, delito eutanásico y bien jurídico tutelado

La cuestión a dilucidar en el entramado de la eutanasia es su autorización o prohibición legal. Si fuera el caso que la legislación la prohíbe, entonces, si se produce, se tendría un delito eutanásico.

“La eutanasia activa directa o el suicidio asistido pueden ser tanto prohibidos penalmente como constituir, bajo determinadas circunstancias, excepciones legítimas a la exigencia de protección jurídica de la vida; por el contrario, la eutanasia pasiva y la activa indirecta son manifestaciones del derecho fundamental a la integridad personal, es decir, conductas que integran el contenido del derecho fundamental a la integridad personal.” (Alonso Álamó, 2008, pág. 2).

Efectivamente, si se trata de una acción permitida por la ley, entonces, podría producirse bajo ciertas circunstancias y requisitos establecidos en tipo delictivo regulado previamente al efecto, el delito eutanásico, que no es otra cosa que la comisión de delito al asistir la muerte de otra persona, aun siendo la misma por razones humanitarias o caritativas al conceder la muerte del paciente, enfermo terminal.

Ahora bien, si la eutanasia no está permitida por la legislación, entonces, la mayor parte de acciones en tal sentido, caerían en homicidio y el mismo podría calificarse desde un punto de vista doctrinal como delito eutanásico. Estando así las cosas, es preciso expresar algunos de los argumentos a favor y en contra de la autorización legal de la eutanasia.

Las posturas en contra de que la legislación permita la eutanasia se basan fundamentalmente en el hecho de que el bien jurídico tutelado es la vida, elemento este que protegen no solo las leyes internas de la nación, como en el caso de Guatemala, sino además, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y las normativas de derechos humanos. Ciertamente, el bien jurídico de la

vida del ser humano, es uno de los pilares sobre los que se sostienen muchas de las normas jurídicas que conforman su estructura legal. La seguridad ciudadana no es más que la contribución a la preservación de la integridad física en respeto a la vida. El bien común es un concepto dentro de los derechos fundamentales que tiende a garantizar el desarrollo de la vida. El derecho a la salud no es más que la protección legal de la vida.

Siendo que la vida es el bien jurídico a proteger, importa mucho el riesgo en que lo compromete la eutanasia sobre todo cuando al depender de una norma jurídica no estén regulados adecuadamente todos los supuesto que podrían considerarse para su aplicación. Si no se trata de un paciente de enfermedad mental y por apreciación equivocada o en exceso subjetiva se consideró así. En ese caso se está poniendo en riesgo el bien jurídico tutelado de la vida del ser humano. Además, si se trata de un enfermo mortal pero no en fase terminal, al cual podría aplicársele algún tipo de paliativos que pudiesen garantizar de algún modo su supervivencia en buenas condiciones y sin sufrimientos. En este último caso, la legislación tendría que haber sido concebida con mucho cuidado de no violentar ningún elemento que ponga en riesgo la protección al bien jurídico en cuestión.

Por otro lado, se puede afirmar que al estar autorizada la eutanasia en ley, esto produce la dificultad de determinar si se trata efectivamente de una acción en tal sentido, o en el peor de los casos, de un suicidio asistido. Ciertamente, una persona puede inducir a otra a causar su muerte, para evitar así cometer suicidio por cuenta propia. Es este un suicidio asistido.

De conformidad con este análisis, la eutanasia puede mezclarse claramente con el suicidio asistido o bien el homicidio como delito eutanásico. Estos dos hechos impiden liberar la cuestión en torno a la eutanasia. La primera de las dos cuestiones aludidas en este párrafo

trae aparejada la discusión en torno al consentimiento en cuanto a la teoría del delito. Si la víctima presta su consentimiento, el autor de homicidio tenía la autorización legal para proceder o no. Este hecho no se dilucida lo suficiente, ni siquiera en países como España en donde, bajo ciertas circunstancias ya se permite la eutanasia.

“El tratamiento del consentimiento en Derecho Penal constituye un caso especial dentro del estudio de las causas de justificación, al no estar recogido en calidad de tal en el art. 8 del CP. Ello es debido, precisamente, a la necesidad de que el análisis de su relevancia y eficacia tome como parámetro el tipo en concreto y la naturaleza del bien jurídico en cuestión.” (Alonso Álamo, 2008, pág. 53).

Estos constituyen los principales argumentos en contra la eutanasia, no obstante, que la mayoría de legislaciones no la permite, como el caso de la legislación penal guatemalteca, que se decanta por las fórmulas de protección de la vida que se mantienen desde hace siglos en el país, por cuanto, no hay normativa constitucional o reglamentaria que la permita.

A las posturas a favor de permitir la eutanasia en la legislación, se puede considerar como una legalización alternativa al *ius puniendi*, por las razones que se expresan más adelante, pero particularmente, se trata de la reivindicación del derecho a la autodeterminación individual.

“El subjetivismo axiológico, como he indicado, supone la reivindicación de la autonomía humana como fuente de todos los valores. Esta postura en relación con el origen de los valores aunada a un racionalismo ético, que sitúa en la razón antes que en el arbitrio de la voluntad la regla próxima de conocimiento y actuación de los valores, se ha considerado como la gran aportación de a tradición iusnaturalista. Así, desde sus formulaciones estoico-cristianas, replanteadas en el tránsito a la modernidad por los clásicos españoles y el pensamiento racionalista, el iusnaturalismo

subjetivista sirvió de apoyatura a la reivindicación de los derechos fundamentales que cristaliza en el siglo XVIII en las consabidas Declaraciones y Constituciones.” (Ortega Díaz, 2015, pág. 59).

Se trata de una determinación hacia la autonomía del ser humano, más allá de la intervención del Estado y en franca limitación al *ius puniendi*. Para quienes mantienen esta postura, la eutanasia puede ser justificada, siempre que se actúe en interés del paciente, lo que encierra un juicio ponderativo de naturaleza objetiva cuyo control debería ser atribuido a comités ad hoc, que de acuerdo con cada caso decidirían con imparcialidad cuál es ese interés: seguir viviendo o morir dignamente.

Desde el punto de vista del bienestar o el mejor interés del paciente, junto con el juicio sustituto o el criterio de la persona razonable, en aquellos casos en los que el enfermo terminal se halla en imposibilidad de manifestar su voluntad frente al futuro de su existencia, son problemas de la bioética médica desde una perspectiva liberal moderada que se opone a las posturas restrictivas de la libertad del individuo y defiende *“el principio de autonomía, limitado éste por el de la dignidad de la persona y el de la igualdad, el cual hay que tomar en su sentido normativo que establece cómo deben ser tratados los seres humanos”* (Ortega Díaz, 2015, pág. 60)

Frente a las posturas que se oponen a la práctica de la eutanasia, aduciendo que la alternativa a la misma es la intensificación de la lucha contra la muerte y la enfermedad, a través de los avances científicos y el desarrollo de la medicina paliativa que extienda en condiciones óptimas la vida de los pacientes, los autores José Ángel Brandaríz García y Patricia Faraldo Cabana señalan que *“en el nuevo contexto en el que se desarrolla el fenómeno de la muerte, si bien se han presentado importantes avances técnicos y tecnológicos que permiten salvar situaciones críticas y prolon-*

gar la vida de muchos enfermos hasta extremos inimaginables hasta hace poco” (Ortega Díaz, 2015, pág. 61), al mismo tiempo, en algunos casos, tales procedimientos pueden “prolongar y multiplicar el sufrimiento del moribundo.

La aspiración a una buena calidad de vida se prolonga de modo natural en la aspiración a una buena calidad de muerte. Para los autores a favor de la autorización relativa de la eutanasia, la muerte es un acontecimiento del que se tiene certeza que sucederá, aunque resalta que durante el siglo XX, los cambios tecnológicos y sociales han posibilitado que los bordes naturales de la vida, esto es, el nacimiento y la muerte, se modifiquen, aunque respecto de la última frontera indica que el único gran cambio que realmente ha tenido lugar es su aplazamiento, el incremento general de la esperanza de vida.

Sin embargo, la opinión pública ha revelado un cambio al respecto, pues en países como Holanda y Bélgica, se han aprobado cambios legales que reconocen la autonomía de los pacientes terminales para decidir sobre su propia muerte, criterio que en su opinión, está adquiriendo una fuerza progresiva al punto que está extendiéndose a otras sociedades.

En el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que rige en la mayor parte de estados, especialmente en América Latina, la dignidad humana constituye un derecho constitucional fundamental autónomo e independiente, que le reconoce al individuo la libertad y autodeterminación para escoger y desarrollar un plan de vida, acorde con sus posibilidades, condiciones sociales y cualidades especiales, que le permitan acceder de manera real y efectiva a bienes y servicios que le proporcionen, a su vez, una existencia placentera y mantenerse activo en la sociedad.

3. Marco jurídico aplicable

La eutanasia no está legalmente autorizada en la legislación nacional guatemalteca por

cuanto se encuentra determinada la integración de ley en relación con la protección al bien jurídico tutelado del derecho a la vida.

En tal virtud, el Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estatuye como derecho humano y más especialmente, como derecho individual: *“El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.”* Por virtud de lo cual, el derecho a la vida es el derecho fundamental que tiene todo ser humano a que se respete su existencia, que solo debería poder perderse por causas naturales o accidentales.

Es el más importante de los derechos y precede a todos, ya que sin vida no puede gozarse de ninguna otra facultad. Es un derecho natural que el derecho positivo debería reconocer siempre, pero no ocurre así en la práctica. El derecho a la vida, a pesar de su importancia puede legalmente ser avasallado en caso de guerra, por aplicación de la pena de muerte en aquellos estados que ya la tengan establecida, y también en aquellos países que consideran el aborto como no punible.

4. Análisis de eutanasia y Derecho Penal

Siendo que Guatemala es un Estado conservador, pese a su tendencia liberal, figuras como la eutanasia o incluso el aborto y otros temas transversales y convergentes, tendrían muchísima dificultad para ser autorizados en ley.

La formación del guatemalteco común, determina una forma idiosincrática, cosmogónica cultural, cuando no religiosa, como respetuosa de la vida y en consecuencia la imposibilidad de poner en riesgo la protección a tan algo don o bien jurídico. De consiguiente, la eutanasia es un tema que ciertamente podrá ser permitido por legislaciones en otras latitudes del planeta pero dentro de la jurisdicción del territorio nacional será bastante dificultoso el hecho de determinar una modificación al respecto.

En el marco de un Estado Social de Derecho, la verdadera efectividad de los derechos fundamentales, implica que la concepción de los mismos debe estar acorde con la realidad social, política y económica que rodee al individuo, y debe atender las nuevas necesidades que surgen como consecuencia de la evolución de las relaciones y de los conflictos del conglomerado social.

No obstante, los avances en materia no sólo jurídica sino además médica podrían propiciar en el futuro formas novedosas y poco imaginables para la generación presente, al respecto del tratamiento de esta importantísima figura jurídica de la eutanasia a la cual Luis Jiménez de Azúa denominó: *el derecho de morir*.

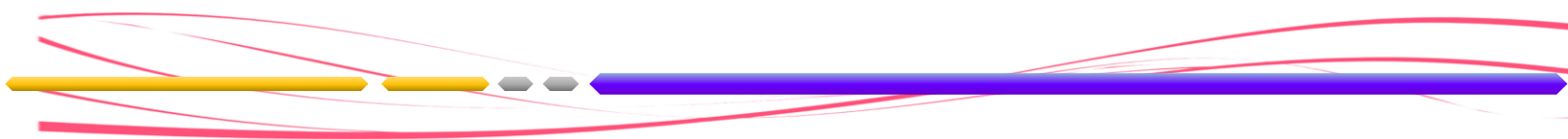
Conclusiones

1. La mayoría de definiciones acerca del tema de la eutanasia, especialmente en materia de derecho, no han encontrado la forma de incluir elementos determinantes para su comprensión tales como: la muerte asistida; paciente de enfermedad mortal; en estado terminal; legalmente permitida o prohibida; y los sujetos facultados para autorizarla, lo cual conlleva el hecho de ser voluntaria o no en cuanto al paciente.
2. El bien jurídico tutelado de la vida del ser humano en la legislación jurídica constitucional guatemalteca, es un derecho humano fundamental superior e inviolable, pero que no se reduce a la mera existencia, sino que alcanza la garantía de otras prerrogativas constitucionales, entre ellas, el valor y principio rector de la dignidad humana, así como los derechos fundamentales a la igualdad, libertad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

3. En el mismo sentido, en materia de Derechos Humanos el derecho a la vida humana, es una prerrogativa inherente a la persona, ligado intrínsecamente a la dignidad humana, al desarrollo, progreso e incorporación del individuo en los diferentes ámbitos de la sociedad, pero no constituye un derecho absoluto, pues admite ser limitado bajo ciertas circunstancias.
4. El debate acerca de la eutanasia, no obstante lo conservador de algunas legislaciones está activo, por cuanto se trata de un tema que puede sufrir variaciones en el futuro, de conformidad con la discusión en doctrina acerca del derecho de decidir del ser humano en forma individual y limitar en alguna forma la intervención del Estado; además de los avances tecnológicos que el futuro puedan predecir la muerte con mayor precisión o bien determinar períodos de sufrimiento o bienestar para los pacientes de enfermedad mortal en fase terminal.

Referencias

- Alonso Álamo, M. (2008). *Sobre eutanasia y derechos fundamentales*. Valladolid: Revista electrónica de ciencia penal y criminología.
- González Mariscal, O. I. (2000). *Eutanasia*. México: UNAM.
- Gonzalo Higuera, F. (1973). *Distancia y moral: experimentos con el hombre*. México: Jus.
- Ortega Díaz, J. A. (2015). *Eutanasia: de delito a derecho humano fundamental*. Colombia Universidad libre de Colombia.
- Roxin, C. (2001). *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*. Granada: Comares.



EL DERECHO A LA VIDA COMO PRESUPUESTO DE TODO DERECHO

Licda. Emy Yojana Gramajo Rosales

SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO CIVIL, MERCANTIL Y
FAMILIA, QUETZALTENANGO

- ¿Qué es la Dignidad Humana? - La Dignidad Humana Dentro Del Control De Convencionalidad Y Constitucionalidad -La Progresividad de los Derechos Humanos y el Equívoco Interpretativo del Derecho al Aborto-El Aborto y la Libertad Religiosa

EL DERECHO A LA VIDA COMO PRESUPUESTO DE TODO DERECHO

Recientemente ha sido necesario un nuevo análisis sobre las diversas aristas respecto al tema del derecho a la vida; surge esta inquietud como consecuencia de los movimientos surgidos pro-aborto, que quieren influir a través de tesis equivocadas sobre la evolución de los derechos humanos fundamentales específicamente los relativos a la dignidad de la persona humana. Citando a Francisco Vásquez Bisogno, citado por Diana Ortiz Trujillo, Defendiendo el derecho a la Vida en Latinoamérica, Argentina, 2012, Editado por Americans United por Life. Pag.37 opina que:

“...el derecho a la vida no existe, o si se prefiere, la vida no es un derecho. Nadie tiene derecho a la vida, todo ser humano está vivo...! y punto! Otra cosa muy diferente es que, derivado de esa realidad pre-jurídica, se reconozca en las Constituciones el derecho a la protección a la salud, el derecho a nuestra integridad física, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la alimentación, el derecho de legítima defensa, etc. Por ello, sostiene Joseph Raz, la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos”.

Surge entonces la interrogante, ¿Es apropiado hablar sobre el derecho a la vida? Siendo la vida un presupuesto de la existencia de cualquier otro derecho, el derecho a la vida es una realidad pre-jurídica, de un valor fundamental reconocido universalmente, sin el cual, no existe ningún derecho, consecuentemente, tampoco existe quién sea titular de derecho, y entonces cómo podría hablarse de derechos humanos, siendo la vida la fuente única de los mismos. La Constitución Política de la República de Guatemala garantiza el derecho a la vida, desde su concepción, en ese sentido la relevancia axiológica de dicho precepto pone el acento en la responsabilidad del Estado respecto al aseguramiento de ciertos bienes jurídicos preeminentes de la población; así lo refiere Alejandro Morales Bustamante en los Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala, páginas 67 y 68, quien refiere: *“la vida, base y presupuesto para el ejercicio de todos los derechos fundamentales que puedan invocarse frente al Estado, la sociedad y los semejantes”*; de esa cuenta resulta relevante hacer mención que la Declaración Universal de los Derechos Humanos quedó fijada como histórico consenso multinacional sobre los valores elementales que debía perseguir la humanidad, entre ellos la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la

paz y el desarrollo integral de la persona, que en la efectivización de los mismos, se trasluce el claro propósito de la consecución de esos y otros ideales ético-políticos.

¿Qué es la Dignidad Humana?

Existen algunos rasgos distintivos sobre la dignidad de la persona, que claramente le conceden cualidades mayores, que no son propios de una época o de un tiempo, sino que trascienden las culturas y la dimensión del tiempo. Jose Angel García Cuadrado, Antropología Filosófica, Editaría Eunsa, España 2010, página 147 opina que en entre estos se encuentra la autoconciencia, la libertad, la intimidad, la intersubjetividad y el diálogo, la donación. Para una mejor comprensión, se desarrollaran resumidamente a continuación:

- a. La autoconciencia: Significa que el hombre puede ser objeto de su propio conocimiento. Le permite al hombre saber qué está conociendo y por tanto, experimentar el propio yo, reconocerse como objeto de su propio conocimiento, de sus propios actos y de sus experiencias.
- b. La libertad: Aquí radica la autonomía propia de la persona: El hombre siendo dueño de sus propios actos es capaz de proyectarse. La libertad es la propiedad que mejor define a la persona humana y en ella radica su dignidad entre los propios seres de su familia y género biológico y del resto de seres de la naturaleza.
- c. La intimidad: Es un lugar sagrado del que somos dueños y sólo dejamos entrar a quien queremos. Supone el grado máximo de imanencia, porque lo íntimo es lo más propio y lo más personal. Es el primer ámbito donde se manifiesta la libertad, pues cada quien es libre de asumir una actitud frente a las circunstancias, aun cuando sean muy adversas.
- d. La intersubjetividad y el diálogo: De la necesidad de compartir la intimidad, surge el diálogo, ya que lo eleva igualmente en dignidad. En efecto, el lenguaje humano es un método exclusiva-

mente humano, no instintivo, de comunicar ideas, emociones y deseos por medio de un sistema de símbolos producidos de manera deliberada.

- e. La donación: La familia es expresión de comunidad de dialogo, pero aún mas de amor. La persona humana se realiza como tal cuando extrae algo de su intimidad y lo entrega a otra persona como algo valioso, y ésta lo recibe igualmente como algo valioso; por eso, la donación de la propia vida al servicio de los demás es una consecuencia de la libertad personal y la mejor donación y manifestación de amor: La vida misma al servicio de los demás y de la sociedad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere en preámbulo que” (...) los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos a la persona humana, razón por la cual justifica una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

La Dignidad Humana Dentro Del Control De Convencionalidad Y Constitucionalidad

Los derechos humanos se caracterizan por ser generales y hasta universales, no ser transferibles, permanentes, supra y transnacionales, irreversibles, exigibles erga omnes, preferentes, expansivos y progresivos; no obstante lo anterior, algunas de sus características serían hoy distintas que ayer; ya no se habla de características esenciales, sino más bien de características convencionales, a ello cabe resaltar que no hay nada más opuesto a los derechos humanos que la convencionalidad en su creación, en todo caso debe hablarse de convencionalidad en su reconocimiento, pues en todo derecho humano fundamental subyace la dignidad de la naturaleza humana, que como esencia no es mutable, a menos que el hombre deje de ser lo que es; es decir mien-

tras el ser humano mantenga el “ser” mantiene sus derechos fundamentales invariablemente, pues descansan en una naturaleza humana de alta dignidad.

La Progresividad de los Derechos Humanos y el Equívoco Interpretativo del Derecho al Aborto:

Debe partirse desde la base de esta teoría, al respecto Jackeline Yessenia Ralón Velásquez, en su tesis Principios de Interpretación de los Derechos Humanos emanados de la Jurisprudencia Internacional y su aplicación en el derecho interno: Caso Guatemala, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, apunta:

“La característica de progresividad de los derechos humanos parte de la premisa de que el derecho siempre va actualizando su contenido en virtud del constante cambio en las acciones del hombre, sucesos económicos, sociales, políticos, tecnológico; etc. que causa que el derecho se renueve para regular los nuevos aspectos de la vida social. El hecho de decir que surgen nuevos derechos no siempre es correcto, ya que generalmente son derechos transversales o derechos derivados de los derechos ya existentes y reconocidos. No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que los derechos no son estáticos, ni son un listado *numerus clausus*; sino al contrario son de carácter dinámico que se desarrollan y se reconocen conforme a la reestructuración social y de necesidades del momento. La progresividad se va logrando, en gran medida, gracias la internacionalización de los derechos humanos porque necesariamente los Estados ven modificado el concepto de soberanía que antes poseían en virtud de la firma de tratados, pactos y convenciones en derechos humanos que introducen derechos que no estaban contenidos en el ordenamiento jurídico nacional. Así hoy se puede señalar que se introdujo a diversos ordenamientos el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la identidad, la autodeterminación informativa, derecho a la verdad y memoria histórica, la indemnidad laboral, entre otros...”

Indiscutiblemente la sociedad es cambiante, y sugiere un mejor desarrollo de la conceptualización de los derechos humanos; sin embargo en esa renovación de derechos, no puede admitirse la contraposición de los mismos a los fundamentales, partiendo que éstos últimos constituyen la base la naturaleza humana, si bien puede existir una confrontación de valores entre sí de acuerdo a los bienes jurídicos que se protegen, no podría ninguno de ellos ir en contra de la vida, pues de ahí nacen todos los demás derechos humanos existentes y por existir, reconocidos y por reconocer. En ese sentido, la progresividad de los derechos humanos fundamentales debe tomarse como una herramienta hermenéutica del hombre y de su capacidad de autoconciencia de acercarse a conocer su propia naturaleza, para desarrollarlos pero jamás para anularlos.

Entre los derechos de cuarta generación ha surgido el “derecho de auto determinación”, ahora bien esta autodeterminación no podría extenderse a la vida del niño, ya que siendo un bebé en formación, no corresponde a la madre a decidir sobre su existencia como si se tratara de ella misma. Ir más allá de lo que originalmente corresponde al “ser”, o pretender darle un significado sin límite a la autodeterminación ha llevado a discutir incluso el argumento del “derecho a una muerte digna”, olvidándose que toda interpretación adecuada sobre la dignidad de la persona humana debe ser aquella que promueva su desarrollo y su plenitud desde su concepción hasta la muerte, a menos que la dignidad humana se expulsada del derecho natural entonces sí podría reconocerse la eutanasia y el aborto, ya que se estaría perdiendo la esencia del significado de la vida, que más que un derecho es una realidad supra jurídica.

De lo expuesto, deben hacerse la siguiente interrogante: ¿Constituye un derecho fundamental de la madre, disponer sobre la vida de un bebé en formación? Rotundamente no, cómo podría tomarse como derecho esencial dar muerte a su propio hijo (a), de ser así se estaría contraponiendo y aniquilando la naturaleza humana a sí misma. Lo único cierto es

que toda postura que asuma cualquier concepción teórica, doctrina, norma jurídica, tratado o convenio internacional debe ser a favor de la dignidad humana, no en detrimento de la misma; y en su aplicación los jueces y magistrados no pueden soslayar una interpretación distinta, o tergiversar los límites interpretativos constitucionales dándole un alcance al margen del texto legal que claramente determina la concepción como el comienzo de la vida. Ningún derecho nuevo ha de ser aquel que le concede a la madre la potestad de decidir sobre la vida del que está por nacer, bajo el manto de “derecho a decidir” o “derecho a interrumpir”.

Guatemala no necesita más derramamiento de sangre para salir adelante, este país necesita reconocer de sus propias heridas y de sus propios errores las mejores soluciones que garanticen a sus habitantes el respeto a su dignidad como persona, como tal, por el hecho de ser persona. No se requiere cometer actos inmorales ni ilegales para dar solución a las consecuencias de delitos de índole sexual, cuando claramente sabemos que la raíz de la crisis que existe a nivel mundial como local es la pérdida de los principios y valores que crecen al seno de una familia, basados en la fe cristiana y en el temor a Dios.

No debe permitirse el ingreso de antesalas alejadas de fundamentos jurídicos. Ningún organismo de carácter nacional o internacional puede vedar el derecho de ser una nación grande más que en número, en respeto a sus semejantes; ninguna manipulación emocional de culpabilidad puede mover a las autoridades de cualquiera de los organismos del Estado, a considerar la posibilidad de acceder a que el aborto sea la solución a la restauración de acciones delictivas del ser humano, y este tema no se trata de religión sino de convicción de los principios y valores humanos.

El Aborto y la Libertad Religiosa

Resulta imprescindible resaltar que dentro de las sabias enseñanzas de Salomón en el libro de Proverbios se encuentra en el capítulo 6 versículo 16: “Seis cosas aborrece Jehová, y aun siete abomina su alma; los ojos altivos, la

lengua mentirosa, las manos derramadoras de sangre inocente, el corazón que maquina pensamientos inicuos, los pies presurosos para correr a mal, el testigo falso que habla mentiras y el que siembra discordia entre hermanos”. La oposición al aborto parece ser una cuestión exclusivamente religiosa, sin embargo, no se trata de eso, en realidad la libertad religiosa se basa en la libertad de conciencia, es decir a las propias convicciones y que las mismas sean acertadas o erradas, y que no violen otros derechos a terceros, así lo refiere Gabriel J. Zanotti en su obra *La Ideología de Género contra las Libertades Individuales*, Ediciones Cooperativas, Argentina, 2018, páginas 30 y 31. Inevitable es recalcar que nada justifica quitar directamente la vida a una persona inocente, ya que el derecho a la vida es inviolable desde el primer momento de su concepción. De tal cuenta, ninguna conducta contradictoria con el fin último de la vida humana se justifica porque sea idónea para llegar a otro fin, aun cuando el fin sea bueno, ese medio –eliminación directa de la vida de una persona inocente- jamás está justificado.

Es momento de volver la mirada a esas sendas antiguas, el reforzamiento de la institución de la familia, la institución de la adopción que resulta un alivio en el caso de embarazos no deseados y que advierte el cambio de destino de una persona que ha sido rechazada desde su misma concepción. Existen soluciones, pero falta voluntad para llevarlas a cabo, pero hoy más que nunca debe resistirse al aborto como solución a los casos de violación, o de situación desastrosa de la familia o de los padres, o mucho menos al alto índice de abortos ilegales y mortandad como consecuencia de ello, de ser así sería el momento para legalizar todo lo prohibido.

Gabriel Zanotti concluye este tema del aborto indicando que no existe un derecho a hacer algo que vaya en contra de un derecho fundamental, lo cual me parece acertado y oportuno de acuerdo al surgimiento de tales movimientos pro-aborto, de lo cual los únicos beneficiados serían la industria dedicada a este tipo

de prácticas. El aborto, como quieran disfrazarlo, es un asesinato.

CONCLUSIONES

- La dignidad de la persona está definida por rasgos que no son mutables, y que trascienden el tiempo y las culturas, y que justifican su protección en todo ámbito.
- La irreversibilidad de los derechos humanos, por ser inherentes al ser humano, no son creados sino son reconocidos, por lo que ninguna autoridad puede suprimirlos o revocarlos por meras concesiones.
- El derecho a la vida es más que un derecho es una realidad pre-jurídica, ya que es reconocido universalmente y tiene preeminencia sobre todos los demás derechos.
- En la valoración de derechos, como consecuencia de la confrontación de los mismos, no puede reducirse el derecho a la vida a una categoría igual a la de los demás derechos, ya que es superior a todos los demás por ser del mismo que surgen todos los demás derechos.
- La progresividad de los derechos humanos es una herramienta hermenéutica del hombre para acercarse a su propia naturaleza, no para desarrollar los derechos, más no para anularlos.
- El derecho a la vida debe respetarse por ser un derecho fundamental, por lo que

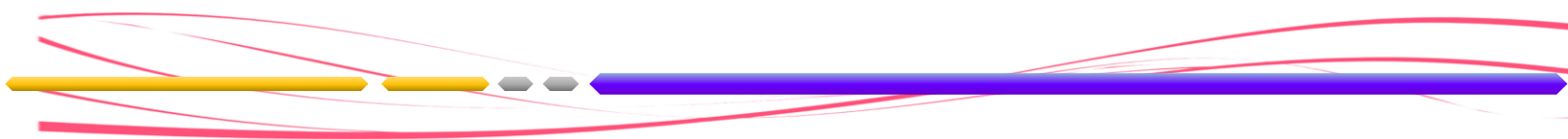
no son admisibles enfoques restrictivos del mismo.

- El aborto como quieren justificarlo es un asesinato.

- Alejandro Morales Bustamante en los Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala, Tomo I, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, páginas 67 y 68
- Francisco Vásquez Bisogno, citado por Diana Ortiz Trujillo, Defendiendo el derecho a la Vida en Latinoamérica, Argentina, 2012, Editado por Americans United por Life. Pag.37
- Gabriel J. Zanotti en su obra La Ideología de Genero contra las Libertades Individuales, Ediciones Coooperativas, Argentina, 2018, páginas 30 y 31
- Jackelline Yessenia Ralón Velásquez, en su tesis Principios de Interpretación de los Derechos Humanos emanados de la Jurisprudencia Internacional y su aplicación en el derecho interno: Caso Guatemala, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

REFERENCIAS:

Jose Angel García Cuadrado, Antropología Filosófica, Editoria Eunsa, España 2010, página 147.



AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Dr. Santos Sajbochol Gómez

SALA SEGUNDA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL DE PROCESOS DE MAYOR RIESGO Y EXTINCIÓN DE DOMINIO, GUATEMALA

I. Antecedentes

El 29 de diciembre del año 2010 fue publicado en el Diario Oficial de Guatemala el Decreto Número 55-2010, Ley de Extinción de Dominio, posteriormente el 27 de diciembre del 2011, se promulga el Acuerdo Gubernativo Número 514-2011, con ello nace a la vida jurídica del país, una nueva acción, un nuevo procedimiento, nuevas instancias e instituciones jurídicas, como el Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio y La Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio.

II. Acción de Extinción de Dominio

Romper el paradigma de las acciones y los procesos establecidos por el ordenamiento jurídico es una novedad de la ley de Extinción de Dominio, la creación de nuevas instituciones jurídicas y de nuevas figuras ha sido otro de los elementos trascendentes que han generado cambios en la cultura jurídica del país.

El incorporar a nuestro inventario de procesos, uno novedoso, constituye un aporte a las nuevas corrientes de la Teoría del Proceso y particularmente para el Derecho Procesal, como la vía para materializar el derecho; en ese sentido el positivismo jurídico se ha fortalecido con la ampliación de los temas tradicionales de su abordaje, a entender del Proceso Civil, Penal, Tributario, Laboral, Contencioso Administrativo entre otros, e

incorpora la Acción de Extinción de Dominio, como una acción con su procedimiento, independiente y autónoma de la anteriores, razón por la cual ha sido de difícil comprensión y aplicación en la práctica forense, al confundir constantemente con otro procedimiento de los instituidos con anterioridad.

Su razón de ser, el marco teórico de su contenido y su fin filosófico se encamina a la licitud o ilicitud de los bienes como fin supremo del procedimiento, este aspecto trasciende al fin filosófico del derecho que durante los siglos precedentes se enfocó a regular la vida de las personas, su relación con la sociedad y su vínculo jurídico son los bienes y el patrimonio.

III. Contenido de la Acción de Dominio

El artículo 5 de la ley en referencia establece la Naturaleza de la Acción “la acción de extinción de dominio es de naturaleza **jurisdiccional**, de carácter **real** y de contenido **patrimonial** y **procederá** sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, de crédito, sobre cualquiera de los bienes descritos en la presente ley, **independiente de quien este ejerciendo la posesión** sobre los mismos, o quien se ostente, se comporte o se diga propietario, a cualquier título, sin perjuicio de los derechos de **terceros de buena fe**, exentos de culpa o sin simulación del negocio”.

Este artículo refleja la división que hace del bien y la persona, al indicar que es independiente de quien ostente la posesión y la

propiedad, y se enfoca en el principio de procedencia, el origen de los bienes que se somete a discusión, la discusión fundamental de un procedimientos de extinción de dominio radica en el origen del bien, la acreditación de su posesión y propiedad, este extremo es determinante para el desarrollo del proceso y para su litigio; es decir el futuro del procedimiento depende del origen del bien, ello implica necesariamente la discusión de la propiedad, a ese respecto la autora Salazar Landínez, en el Manual de Extinción de Dominio, se afirma que “Las limitaciones al Derecho de Propiedad, nacen como consecuencia de la misma naturaleza del Derecho y tiene como fin primordial restringir de forma legal el ejercicio de este” (2013. Pág. 24).

La filosofía de esta acción se enfoca sobre el principio de procedencia del bien objeto del proceso, en virtud de que su origen puede estar vinculado con acciones o hechos que van en detrimento del orden o social jurídico y político de la convivencia en armonía, corromper el sistema democrático del país y por ende el sistema de derecho; por lo tanto la procedencia puede ser los males de la sociedad, como la corrupción, el narcotráfico y el crimen organizado; de ahí la importancia de su existencia y su creación, ya que constituye una de las acciones que sirven para contrarrestar y combatir las acciones que corrompen con un sistema ordenado jurídicamente.

IV. Principios

El proceso de Extinción de Dominio adicionalmente a los principios de la Constitución Política de la República de Guatemala, su ley propia establece dos de los que constituye el pilar fundamental de su existencia y desarrollo cuyo basamento es el origen del bien, es decir de donde proviene el bien su origen es lícito o ilícito.

La estimativa ha explicado que los principios jurídicos justifican y legitiman el marco normativo práctico del derecho, en el caso que

nos ocupa se sustenta en dos como se explica a continuación:

a. Nulidad Ab Initio

El artículo 3 de la Ley, establece: “Se entenderá que la adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas se han constituido en fraude a la ley. Los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos ab initio. El conocimiento o la presunción razonable sobre el origen ilícito o delictivo de los bienes a que hace referencia el párrafo anterior, se podrá inferir de los indicios o las circunstancias objetivas del caso”.

b. Prevalencia

Por otro lado el artículo 3 de la Ley, regula: “Las disposiciones contenidas en la presente ley, se aplicarán y se interpretarán de preferencia sobre las contenidas en cualquier otra ley. De cualquier otra ley, esta aseveración, en el proceso expulsa la vinculación del proceso de extinción de dominio con otros procedimientos existentes”. Este principio se vincula con el principio de especialidad de la institución jurídica y de la norma, la ley crea nuevos sistemas normativos que también crea nuevas instituciones de administración y de control, de esa cuenta la prevalencia constituye una situación independiente en su aplicación, interpretación a los casos concretos, lo que aleja al juzgador en aplicar otras normas supletorias, porque no las hay, la prevalencia se entiende que su aplicación es imperativo legal y no puede ser sustituido por otra normas que puedan existir, todo el procedimiento prevalece la norma especial sobre cualquier otra y los tratados internacionales relacionados al tema. En concordancia con este principio también se puede citar el artículo 5 segundo párrafo que establece: “La extinción del derecho de dominio se ejercerá

y sustanciara exclusivamente por las normas contenidas en la presente Ley, independientemente de la acción y procedimiento penales que se hubiera iniciado o terminado, de conformidad con las leyes penales de la República de Guatemala”.

En la práctica forense se puede pecar invocando principios sobre derechos humanos, principios del proceso penal o civil, cuando en realidad nada tiene que ver y se debe vincular únicamente entre aspectos constitucionales, acuerdos internacionales que dan origen al marco legal y por su puesto su propia ley, cuyo contenido desarrolla su procedimiento sobre el fundamento teórico de sus principios.

V. Autonomía y naturaleza de la Acción

El artículo 7 de la Ley de Extinción de Dominio, establece “la acción de extinción de dominio prevista en la presente Ley es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal”. Resulta independiente del proceso penal, ello evidencia que su autonomía e independencia en su diligenciamiento. En concordancia con este principio de autonomía, el principio de prevalencia, establece que las disposiciones contenidas en la presente ley, se aplicarán y se interpretarán de preferencia sobre las contenidas en **cualquier otra ley**, deja en evidencia la su autonomía del proceso de extinción de dominio a su plenitud y alejado de cualquier otro procedimiento. Artículo 5, “La acción de extinción de dominio es la naturaleza jurisdiccional de carácter real y de **contenido patrimonial**, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, de crédito, sobre cualquiera de los bienes descritos en la presente ley, independientemente de que este

ejerciendo la posesión sobre los mismos, o quien se ostente, se comporte o se diga propietario, a cualquier título, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, exentos de culpa o sin simulación del negocios”.

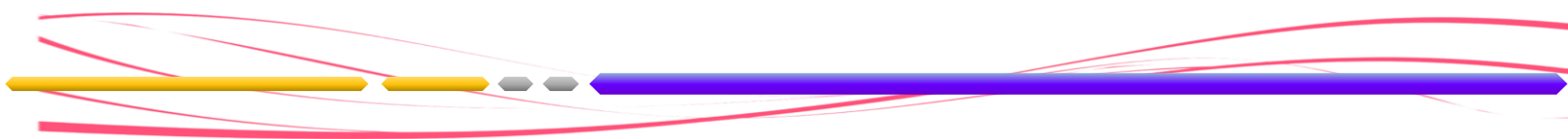
Como lo establece el artículo 1 de la ley en referencia literal b) El procedimiento exclusivo para el cumplimiento efectivo de la presente ley, es independiente y autónomo en su ejercicio que conoce los Juzgados de Extinción de Dominio creados para el efecto en primera instancia y en segunda instancia es revisado por cualquiera de las dos Salas Jurisdiccionales de Procesos de Mayor Riesgo y Extinción de Dominio.

VI. Conclusiones

- a. La acción de extinción de dominio es un proceso, con sus propios principios, normativa, institucional y procedimental, lo que hace un verdadero proceso único y con autonomía propia.
- b. El proceso de Extinción de Dominio corresponde a un proceso de carácter real y de contenido patrimonial que establece sobre la licitud de los bienes y no de personas, es un proceso de carácter autónomo del proceso penal.
- c. La acción de extinción de dominio, es un proceso de carácter patrimonial.

VII. Referencias

- a. Salazar Landínez, Sara Magnolia. Manual de Extinción de Dominio, Serviprensa 2013
- b. Ley de Extinción de Dominio Decreto Número 55-2010
- c. Acuerdo Gubernativo Número 514-2011



MECANISMOS QUE POSIBILITAN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

Dra. Irma Elizabeth Palencia Orellana

SALA TERCERA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TRABAJO Y PREVISIÓN
SOCIAL, GUATEMALA

El derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, abarca también aspectos más amplios que buscan asegurar una respuesta efectiva no solo por parte del sistema de justicia, sino también por parte de cualquier acto de autoridad por acción u omisión en aras a resolver los conflictos de relevancia jurídica y de ese modo garantizar los derechos humanos de todas las personas.

El derecho de acceso a la justicia está consagrado de forma genérica en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en el marco del sistema universal de derechos humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha destacado que “el acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia” (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 2007). Los artículos mencionados implican un mandato para los Estados de crear una institucionalidad que permita desarrollar y mantener mecanismos de protección de los derechos en el derecho interno. Dichos mecanismos, tanto ju-

diciales como administrativos, son determinantes para el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos de todos los guatemaltecos, especialmente de los grupos vulnerados.

El acceso a la justicia ha pasado a ser considerado como principio y condición esencial del Estado de Derecho:

“Todos los ciudadanos deben poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y solucionados, eficaz y oportunamente. Además de la jurisdicción de tutela estatal, la prevención de conflictos, la promoción de derechos y de mecanismos colaborativos de solución de controversias, donde participan variados actores sociales, del sector público y privado, constituyen áreas esenciales del Acceso a la Justicia” (Cox, 2007 p. 10).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la relación entre el principio de igualdad y el derecho de acceso a la justicia, afirmando que:

“[...] la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación, incluso los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio” (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 2007)

En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha señalado que

“[...] el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley” (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32).

En la medida que el acceso a la justicia es su sentido amplio, sistémico e integracionista es fundamental para salvaguardar los derechos de las personas, requiere un conjunto de medidas y garantías que aseguren el ejercicio de este derecho y es labor del Estado adoptar tales medidas especiales

Es preocupante la tergiversación popular y ciudadana que aún hoy existe alrededor de la comprensión conceptual del tema de los derechos humanos, así como su catálogo, estándares y medidas para resguardar su ejercicio y protección adecuada y eficaz. Muchos de estos obstáculos sociológicos se traducen en

factores de orden cultural, político, económico, social, que sobre todo pasan por la indiferencia o inacción del sistema de educación nacional y del Procurador de los Derechos Humanos, cuyo mandato legal contiene en su esencia un pilar fundamental de obligatorio cumplimiento hacer *educación y promoción en derechos humanos a todos los niveles*. A lo anterior se suma las ausencias políticas públicas consolidación de valores y principios en los empleados y funcionarios publicados, entre otros, como lo estipula la ley del Procurador de los derechos humanos, cuyo mandato legal está quedando mutilado.

Dicha asignatura sigue pendiente, sin que los funcionarios de turno dimensionen la importancia y trascendencia de esa tarea, que al ir quedando siempre olvidada o no abordada con rigorismo y compromiso, se traduce en elementos desfavorables para los ciudadanos que al desconocer sus derechos tampoco vislumbran su exigibilidad, la protección que les asisten. Así se construye esa espiral viciosa que impide una efectiva protección y ejercicio de los derechos humanos lo cual trunca necesariamente el acceso a la justicia desde ese ámbito amplio, sistémico e integracionista con que se abordará el tema.

Tampoco existen políticas públicas respecto a un abordaje de supervisión fundado y coherente respecto a los grandes temas que imposibilitan el acceso a la justicia en su sentido amplio, sistémico e integracionista, como corresponde a esa institución, que se encuentra empalmada se admita o no, en el andamiaje del acceso a la justicia.

1. El Contenido normativo de las regulaciones, presupone:
 - a) Los derechos humanos no aparecen como fuente inspiradora del legislador; b) Ausencia de una perspectiva de derechos al ascender de la ley ordinaria a los

reglamentos; c) La ausencia de adecuación de la legislación a los principios y estándares de derechos humanos que tienen coincidencia con la constitución y los tratados y convenios

internacionales de la materia vigentes en nuestro país; d) No existe una tipificación y procedimiento específico, adecuado y eficaz para sancionar las violaciones a los derechos humanos, por acción u omisión.

2. La dinámica entre los operadores del Sistema de Justicia, y la siguiente dicotomía entre ellos: a) La estrecha o distante relación con el poder; b) El desconocimiento de las normas de derechos humanos; c) La debilidad formativa de los operadores de la ley; d) El rol de otros funcionarios e instituciones involucrados (PDH, COPREDEH, ONGs, OACDH, Cooperación Internacional, Comisiones Específicas, el Estado como tal, entre otros)
3. Garantías sobre acceso y administración de justicia
4. Herramientas o Recursos para la protección de los derechos fundamentales

El acceso a la de justicia establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, establece diversos principios a cuya observancia están obligadas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales. Sin embargo, dicho derecho fundamental previsto como el género de acceso a la impartición de justicia, se encuentra detallado a su vez por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección, que también consiste en diversas formas administrativas de acceso a la resolución de conflictos o necesidades humanas sometidas a una decisión o acto de autoridad de cualquier índole, cuya fuente se encuentra en la Constitución Política de la República de Guatemala y en el derecho internacional, y que consisten en garantías judiciales y de protección efectiva, previstas respectivamente en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. (Adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve).

Las garantías mencionadas subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en los artículos constitucionales y su alcance establece:

1. El Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona;
2. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación (ya no solamente penal, civil, laboral, fiscal, administrativa, sino incluso disciplinaria o de cualquier orden) formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones;
3. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales;
4. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga;
5. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y,
6. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por otro lado estimarse que la jurisprudencia aplicada en fallos de la Corte de Constitucionalidad ha sentado el criterio interpretativo de que

"...El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental. Tiene gran significación en orden a las motivaciones constituyentes, pero en sí no contiene una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional... Si bien... pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la

comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo..." (*Gaceta No. 1, expediente No. 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86*)

Las garantías judiciales son todos los medios y procedimientos que establece la ley para el aseguramiento y la protección efectiva de los derechos fundamentales de que es depositario todo justiciable, durante el curso del procedimiento, a fin de que el mismo se desarrolle en forma imparcial, independiente, no contradictorio, coherente, y a las partes se les respete su dignidad como persona y puedan actuar en igualdad de condiciones. Para posibilitar el resguardo y protección de las garantías judiciales es necesario asistirse de varios instrumentos nacionales e internacionales que posibilitan su pleno ejercicio, entre ellos, el artículo 25.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece la obligación a cargo de los Estados parte de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios a sus derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que para que los Estados cumplan con esa obligación no basta con que existan formalmente recursos, sino que es preciso que tengan efectividad, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, ya sea en la Convención, la Constitución o la Ley, lo anterior implica que exista normativamente un recurso eficaz, idóneo para combatir la violación y que su aplicación por la autoridad que sea competente sea posible y efectiva (sentencia CIDH caso Guatemala vrs Maldonado, 2016), de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos.

El bloque de constitucionalidad son aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a

la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución Política. La Corte de Constitucionalidad en sentencia del diecisiete de julio de dos mil doce, dentro del expediente 1822-2011, expresó respecto al Bloque de Constitucionalidad:

«El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal.(..) Diversos autores concuerdan con el concepto doctrinal del bloque de constitucionalidad, al señalar que éste es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de éste, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal.» «Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia [...] se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.(...) El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para

ejercer el control constitucional del derecho interno.» (Corte de Constitucionalidad, expediente 1822-2011)

El control de convencionalidad es un examen de compatibilidad que deben ejercer los jueces nacionales entre las leyes internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debiendo velar porque subsistan las disposiciones contenidas en la Convención cuando se garanticen y protejan de mejor manera los derechos fundamentales. En el caso de haber una contradicción entre las normas internas y la Convención tiene que aplicarse esta última, de tal forma que sus disposiciones no se vean mermadas por la falta de observancia de los Estados que la han suscrito.

Lo anterior tiene relación directa con la disposición legal contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido que un Estado debe cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que ha adquirido, no pudiendo alegar el incumplimiento de un tratado en aplicación de su normativa interna. Es una obligación internacional la aplicación del control de convencionalidad y su inobservancia conlleva responsabilidad internacional para los Estados partes, lo cual también implica que siempre ese examen de compatibilidad tiene que ejercerse de oficio por los jueces nacionales o domésticos. Todo ello fue implementado por la Corte IDH, cuyo fundamentado jurídico emana directamente de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. (García, 2014, p. 32)

El bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. La significancia de ésta aseveración, parece muy simple, sin embargo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que refieren a que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional estrictamente plasmado

en la misma, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. En ese sentido, el bloque de constitucionalidad, sirve como parámetro más amplio de protección de la constitucionalidad de los preceptos normativos pues, al ser un concepto que no limita la observancia al texto supremo formal, genera un campo desarrollado para la defensa de la supremacía constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. La Corte ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada. Subsidiariedad del sistema contencioso internacional Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia.

Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.26.

La responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

En Guatemala con altos niveles de pobreza, desempleo y desigualdad, es imperativo lo-

grar un cambio trascendental desde la perspectiva del amplio paradigma que la bordea, desde la apropiación del concepto integral y sistémico de acceso a la justicia y el conocimiento formal y no formal de los derechos humanos. Cabe insistir en el rol del concierto de sus habitantes, que sin embargo, se ve influenciado en este caso por los índices de desarrollo humano del país, donde la cultura, los fenómenos sociológicos y el papel de los operadores de la ley, aunado a ello sumaría positivamente de contarse con el rol protagónico que jugaría en el ejercicio de su mandato el Procurador de los Derechos Humanos, quien pudiera incidir en el ejercicio pragmático de mecanismos permanentes, reales y sólidos de diálogo, incidencia política y métodos alternativos de resolución de conflictos, el establecimiento de políticas públicas inherentes, así como el perfeccionamiento y ampliación de cobertura del sistema de asistencia a la conflictividad social, coherente y clarificadora.

Es imprescindible que por medio del cumplimiento de los mandatos legales que a cada entidad compete, a lo cual se agregan como coadyuvantes los métodos alternativos y políticas públicas, a fin de que se atiendan las necesidades de la población, y no solo de manera reactiva el efecto de su desatención derivado de

sus carencias; así al contar con una sinergia eficaz entre los órganos que conforman la institucionalidad del Estado, se propicia una correlación con el sistema de justicia formal facilitando mecanismos eficaces que posibilitan

la protección y ejercicio de los derechos humanos y las garantías fundamentales, partiendo de que la justicia se encuentra inmersa en cualquier acto de autoridad por acción u omisión, es ahí donde cobra relevancia los mecanismos antes descritos que dibujan el camino para el fortalecimiento del Estado de Derecho y de la Institucionalidad del Estado, que a su vez consolida la construcción de una sociedad democrática, justa y más humana.

Referencias bibliográficas

Acceso a la justicia y Reformas Judiciales2, www.indh.cl/wp-content/uploads/2013/12/2

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/CG/32, párr. 9. (ob.cit. Acceso a la justicia y Reformas Judiciales2)

García Aguilar, 2014, M. A. *El control de convencionalidad: la necesidad de su aplicación* Tesis de posgrado. Guatemala.

Giordano, Alberto. *Modos de Ensayos: de Gorges a Piglia*. México. Beatriz Viterbo Editora. 2015. 287p.

Lázaro Fernando. *Cómo se comenta un texto literario*. Editorial Cátedra. 2013. 202p.

Luz Anguiano, María. *Manual básico para la escritura de ensayos. Estudios y propuestas de lenguaje y educación* Primera edición, México, Tecnologías y Gestión Educativa, 2014. 112 p.

EL NEOLIBERALISMO

Dra. Aracely Amaya Fabian

SALA QUINTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL,
GUATEMALA

RESUMEN

La pretensión del presente trabajo, es que de manera sencilla, se pueda comprender lo que es el neoliberalismo, y para comprender lo que este es, se hará un breve recorrido histórico sobre el desarrollo del pensamiento económico e ideológico de la humanidad, anterior a dicha corriente, no es un análisis profundo, sino más bien pretende señalar aspectos que nos permitan comprender los planteamientos de dicha corriente.

EL NEOLIBERALISMO

Empezare por aclarar que la palabra neo, significa nuevo y liberalismo “es la ideología que justifica y defiende los principios del capitalismo, basado en la propiedad privada, la libertad de empresa, que significa no intervención del estado en la economía; la libertad de pensamiento, el individualismo y cuyo objetivo fundamental es la GANANCIA INDIVIDUAL”. (Equipo de educación maíz. San Salvador, 1992).

Es de hacer notar que el término neoliberalismo no es más que traer a la actualidad los viejos planteamientos del liberalismo de hace cerca de setenta años, en que fue aplicada esa teoría y práctica económica, cuya característica principal era que el estado tenía el papel rector de la economía. Al respecto de dicho movimiento se hará breve énfasis en la marcha histórica de la economía así:

LIBERALISMO ECONÓMICO:

Surge como reacción frente al Mercantilismo, que no es calificada como una corriente de pensamiento, sino que como una práctica económica que se aplicaba en Europa durante el incipiente inicio del sistema capitalista,

siendo su principal característica, el Predominio de la actividad comercial, la cual tenía como objeto, la acumulación de metales preciosos (oro y plata), puesto que en ese momento, era el patrón que servía para medir la riqueza de una nación, el propósito del mismo era que el país pudiera ingresar los metales preciosos al país en la mayor cantidad posible, mediante las exportaciones, y su contraposición, evitar la salida de los mismos, tratando de comprar lo menos posible en el extranjero. Dicha práctica comercial, generó la necesidad de abrir nuevos mercados y nuevas fuentes de materias primas, a través de la búsqueda de las mismas, a través de nuevas rutas comerciales, tales necesidades condujeron al descubrimiento de los nuevos continentes (América y África), en los cuales surgieron a través de la conquista y colonización de cada uno de los países conquistadores de Europa, nuevas colonias, en las cuales cada pueblo conquistador, impuso estricto control comercial, y como principal restricción se impuso, que cada colonia sólo podía comercial con el país colonizador, al que se le denominó metrópolis, es decir, no existía el libre comercio, y consecuentemente al estar controlada toda la actividad económica por el Estado, éste era un Estado Monopolio. Su principal motivación, sostenía que, el interés social, estaba por encima del interés individual, es decir, debía buscarse primeramente el bien de la nación. Frente a tal práctica mercantilista, surge la PRIMERA CORRIENTE DE PENSAMIENTO ECONÓMICO, denominada ESCUELA FISIÓCRATA.

FISIOCRACIA, significa Reino de la Naturaleza, surgiendo ésta corriente en el Siglo XVIII en Francia a mediados del mismo, aproximadamente en el año 1,750, época en la que dicho país era una sociedad eminentemente Agrícola. Esta escuela afirmaba que la riqueza de una nación, no se encontraba en la acumulación de metales preciosos como se creía en el mercantilismo, sino en LA PRODUCCIÓN, fundando su tesis en que: “la única producción que incrementaba la riqueza era para ellos la producción agrícola, porque ésta era la única actividad que partiendo de una cantidad de objetos, al final se obtenía una cantidad mayor de los mismos objetos. En la industria lo único que sucedía era la transformación de unos objetos en otros, pero sin aumentar la riqueza de los países. Por eso para ellos, sólo la agricultura era una actividad productiva y la industria era una actividad estéril. (Equipo de educación maíz. Pag. 8. San Salvador, 1992).

Su doctrina era que la sociedad estaba gobernada por leyes naturales, similares a las que reinan en la naturaleza, y no debía oponerse el ser humano a ese orden natural, ni intervenir de manera externa al mismo, fundamento de su crítica el excesivo intervencionismo estatal que fundamenta al mercantilismo. De allí surgen las frases que identifican a la dicha corriente y empiezan a fundamentar una nueva corriente, como lo son, dejad, hacer, dejad pasar, traducido al hecho que, el Estado, no debe intervenir en la economía.

En esta etapa se produce el invento de la máquina, lo que hace surgir el CAPITALISMO INDUSTRIAL, que pone en marcha éste invento en la producción, lo que genera la necesidad de un nuevo pensamiento que lo apoye, esto es, EL LIBERALISMO. Característica principal del mismo es, la libertad individual en todos los individuos, es la que debe privar, libertad de empresa, libertad de comercio y el derecho a la propiedad privada, obviamente, libertades sólo para los capitalistas. Esta corriente, rechaza la práctica

mercantilista, por ser la antítesis de sus características, entre éstas, que el Estado no controle todo el quehacer económico de una nación, sosteniendo que por definición, la libre competencia, implica que el Estado no intervenga en la economía, traducido a un lenguaje no oculto, que el Estado no imponga límites a la forma y cantidad de obtener ganancias a costa de los trabajadores), siendo el papel del estado, garantizar la libre competencia y la propiedad privada y además debe crear condiciones materiales que permitan a los empresarios privados obtener mayores ganancias, como son: construir buenas carreteras, puentes, ferrocarriles, en resumen, infraestructura vial en beneficio de éstos. Otra característica de ésta corriente, es la LIBRE COMPETENCIA, que no es más que exista la libertad de decidir qué y cómo producir, quienes producen, y como se distribuye y se consume lo producido, en este caso, los que producen no son los mismos que consumen lo producido. Como lo afirma el Equipo de Educación Maíz: “La economía está gobernada por una mano invisible que hace que el capitalista buscando su interés egoísta, sin darse cuenta, asegura el interés social. Esta mano invisible es la libre competencia que permite que la economía siempre funcione bien y cuando surgen crisis ella misma se corrija a través del movimiento de la oferta y la demanda. Y para que ésta funcione, es necesario que no haya monopolios, ni estatales ni privados, ya que eso limita el libre juego del mercado, de las fuerzas de la oferta y la demanda, junto a la libertad de empresa, está como condición necesaria la PROPIEDAD PRIVADA, como derecho natural del ser humano, la iniciativa privada, es el motor de la actividad económica.” San Salvador, pags. 12, 13. 1992).

Esta corriente, retoma EL DEJAD HACER, DEJAD PASAR, de los fisiócratas, que fundamenta el individualismo del ser humano en todos los ámbitos de la vida. El individuo está por encima de todo, pero véase atentamente, el individuo, pero únicamente el que posea capital, libertad para el capitalista industrial y

manufacturero. Y de allí la afirmación de Carlos Marx que el capitalismo, sistema fundamentado en la ideología liberal, significó mayor esclavitud para los trabajadores.

EL MARXISMO, teoría económica, social y política desarrollada por Carlos Marx, y cuyo principal apoyo ideológico fue Federico Engel. El liberalismo, por definición es la fundamentación y justificación del capitalismo, el Marxismo, por el contrario, es una profunda crítica al capitalismo. Karl Marx fundamenta su teoría en fundamentos de los principales exponentes del liberalismo económico, Adam Smith y David Ricardo, de quienes abordó la teoría de que las cosas valen por la cantidad de trabajo que cuesta producirlas, y va más allá, diciendo que el capitalismo es un sistema que se basa en la explotación de los trabajadores, lo que para los liberales no existe. Karl Marx, afirmaba que al trabajador no se le paga todo el trabajo desarrollado a través del salario, pues éste sólo representa una parte del trabajo del obrero y la otra parte le queda al capitalista (plus trabajo, plus producto, plus salario). Aborda la revolución industrial, en un sentido más humanista, en el impacto que ésta causó en los trabajadores y sus familias, desde el punto de vista, que la introducción de la maquinaria, generó la expectativa de los capitalistas de ganar más, por lo que aumentó el trabajo para los obreros con larguísimas jornadas laborales, introduciendo además el trabajo femenino e infantil, y pagando salarios menores. Critica Marx, que la falta de planificación de esta economía, genera la caída del mismo, y surge la idea de un pensamiento superior al capitalismo que debe estar basado en la planificación de la economía por parte del Estado, momento en que los movimientos socialistas, retoman éste pensamiento e intentar suprimir el sistema capitalista, mediante los movimientos revolucionarios.

Ante dichas contradicciones, los capitalistas plantean la necesidad de crear una teoría económica diferente, que aplaque la lucha de clases que amenaza la continuidad del sistema.

Surge entonces LA ESCUELA NEOCLÁSICA, que retoma algunos conceptos de la escuela liberal y sus representantes Adam Smith y David Ricardo a los que denomina economistas clásicos, éstos sostenían que la economía se desarrollaba a través de un continuo conflicto entre las fuerzas sociales, capitalistas, terratenientes y obreros, aunque ellos no veían la explotación existente en el sistema capitalista. Marx, por el contrario, sostenía que la explotación del hombre por el hombre representada por el capitalismo es el motor de la lucha de clases a través de la historia. Los neoclásicos afirman que el capitalismo está basado en la armonía social, no ha lucha de clases, ni explotación, lo que acontece es que existe un conjunto de agentes económicos que concurren al mercado como factores productivos, unos como el factor capital y otros como el factor trabajo. No hay explotación, ya que cada factor productivo es pagado según su aporte en el proceso de producción. Manifiestan que la economía se mantiene en equilibrio, sin necesidad de que el Estado intervenga en su funcionamiento, ya que ésta intervención puede provocar en el mercado, señales erróneas y provocar una distorsión en la economía, asignando a un factor productivo más de lo que le corresponde. Argumentan que el conflicto, no es entre capitalistas y trabajadores, sino entre productores y consumidores, los primeros, tratando de obtener la mayor ganancia y los segundos tratando de obtener mayor satisfacción posible de sus gustos y preferencias, argumenta que en un punto medio ambos elementos encuentran la cúspide de sus intereses, pero que para que esto suceda es necesaria la no intervención del Estado en la Economía. En el año 1992 el sistema capitalista entra en crisis, que trajo por los suelos la idea de los neoclásicos de que la economía era capaz de regularse así misma y de que no necesitaba una mano visible que evitara que se den las crisis económicas. Se produjo la quiebra de muchas empresas privadas, y entonces surgió la INTERVENCIÓN DEL ESTADO en la economía, procediendo para evitar el hundi-

miento de las economías nacionales, a comprar empresas quebradas asegurando así el empleo de los recursos económicos y fundamentalmente de la mano de obra, y a través del gasto público aseguró la creación de empleo, concedió subsidios a ciertas actividades, desarrolló programas de asistencia social, impulsó políticas para mejorar la distribución del ingreso para la generalidad, para elevar el poder adquisitivo y que a través de éste se impulsara la capacidad de compra y demandar productos, con el fin de estimular la producción, lo que fue denominado como EL ESTADO DE BIENESTAR (esta crisis se generó en los países ricos). Toda esta teoría fue creada por John Maynard Keynes, cuya escuela se conoció como Keynesianismo que afirma que el sector privado no es capaz por si solo de garantizar la estabilidad económica, evitar crisis profundas como la que se vivía y que para mantener esa estabilidad, es necesario que el Estado intervenga, esto no es por parte de Keynes un cuestionamiento al sistema, sino la salvación del mismo, y es así que en los años setenta, se produce otra crisis del capitalismo mundial, producida por la caída de la productividad y agravada por la subida de los precios del petróleo en 1973 y 1979, entra en crisis el Keynesianismo que había guiado la política económica al fin de la Segunda guerra mundial, en la que la intervención del Estado no pudo evitar nuevas crisis, y es en donde surgen los NEOLIBERALES.

Afirman que el Estado no es la solución, sino el problema, y llegamos finalmente al NEOLIBERALISMO, corriente que surge en los años setenta, y cuyos principales exponentes son Milton Friedman, F. Von Hayec y la Escuela de Chicago. Se denomina NEOLIBERALISMO, de la descomposición de la palabra nuevo liberalismo, y se dirige al pensamiento base del capitalismo de sus inicios y que está basado en el individualismo y la libertad de empresa, se denomina nuevo, porque resurge después de aproximadamente setenta años en los que se practicó otro tipo de política económica, inspirados en la teoría Keynesiana. En esta etapa, los seguidores de

dicha corriente, afirman que el intervencionismo del Estado genera la crisis económica, pretendiendo que la empresa privada domina la economía, pues el estado perturba el orden natural de las leyes del mercado, el que es capaz de regularse a sí mismo, proponiendo soluciones como Privatización y liberalización de la economía, y el desaparecimiento de los programas de seguridad social, programas de construcción de vivienda por el Estado, Leyes del Salario Mínimo, legislación a favor de los sindicatos, impuestos a las importaciones, controles de precios, subsidios. Su principal objetivo es la maximización de las ganancias de los empresarios privados (lucro económico), y a éste principio están sometidas todas las necesidades sociales, esta no cuenta, cuenta el lucro. Así las cosas Milton Friedman, afirma que si hay desempleo se debe bajar los salarios, recomendación avalada por el FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, y si ésta reducción no genera más empleo, deben bajarse aún más los salarios, deben desaparecer los sindicatos que son la principal amenaza en el mercado de trabajo, ya que estos no permiten que haya libre contratación de la mano de obra, impidiendo que el valor de la fuerza de trabajo se fije por las leyes del mercado. Su oposición a la existencia de los sindicatos es porque hacen subir los salarios y esto produce la reducción del nivel de empleo, afirmando que el monopolio más dañino para la economía son los sindicatos. No advierten que el libre mercado no es capaz de evitar la destrucción de los recursos naturales que compromete el futuro de la humanidad y del planeta, por la generación de graves problemas ecológicos, producto de la maximización de los beneficios individuales de la empresa y no del beneficio social. Supera esta corriente al liberalismo, en el sentido que ya no se preocupa por la reproducción del sistema económico en conjunto, la satisfacción de la población es un criterio que no cuenta, y el principio fundamental de ésta es la LIBERTAD ECONÓMICA, y ésta para su realización requiere muchas veces la restricción de la libertad económica, por lo que para

el desarrollo del sistema neoliberal, se requiere sistemas políticos represivos, véase el caso Chile, Argentina, Nicaragua, El Salvador, Guatemala. Aquí surge la gran contradicción, los mismos neoliberales que aborrecen la intervención del Estado, sostienen irónicamente que debe existir un aparato estatal fuerte, que tenga la capacidad de reprimir y someter a todos aquellos que cuestionen los programas neoliberales y sus efectos.

Otra característica de este sistema, es que la reducción de salarios, aumento de precios de productos básicos, el encarecimiento de servicios básicos, la desorganización sindical, así como las pequeñas empresas consideradas como ineficientes, deben ser sacrificadas, para la subsistencia de las grandes empresas, a lo que se denomina DARWINISMO SOCIAL, ideología sostenida por el principio de la ley del más fuerte. Esta ideología, pone en práctica programas de ajuste estructurales contenidos en Políticas de Estabilización y Políticas para mejorar la estructura productiva. Las políticas de estabilización tratan de contraer la demanda, es decir, disminuir el dinero en manos del público, políticas de corto plazo que impulsan programas cuya estabilización dura dieciocho meses. Otra política estabilizadora es la POLÍTICA FISCAL, que para esta corriente no es más que el crecimiento de los precios (inflación) se produce porque el Gobierno gasta más de lo que ingresa al fisco, acudiendo éste a emitir más papel moneda, sin respaldo alguno, provocando así el incremento continuo de los precios por la disminución del valor adquisitivo de la moneda. Según sus políticas, esto se evita, reduciendo el déficit fiscal, reduciendo el gasto del Gobierno, que implica menos inversión para la prestación de servicios sociales, la mejora en la infraestructura pública; y al despido masivo de los empleados públicos ya sea por recortes o por el cierre de entidades estatales. Otra política, es la Política Monetaria restrictiva, que significa, restringir el crédito, que no haya mucho dinero en manos del público, pues esto puede presionar hacia el alza de los precios. ESTABILIZACIÓN Y

LIBERALIZACIÓN DEL TIPO DE CAMBIO, es decir que el quetzal no varía tan bruscamente frente al dólar, lo que ocasiona incertidumbre en los empresarios y que ésta variación obedezca a los movimientos de la oferta y demanda en dólares. Con relación a las Políticas de Ajuste, éstas buscan incrementar la oferta (es decir lo que los productores pueden ofrecer a los compradores) tratando de provocar una mayor diversificación de la economía, lograr una mayor eficiencia económica, entre éstas medidas está la reducción de la intervención del Estado en la economía, a través de la liberalización de precios del crédito (tasa de interés) sosteniendo que, el estado no debe fijar el precio del crédito, precio de la fuerza de trabajo (que no existan salarios mínimos fijados por el estado), precios de los bienes y servicios, eliminando el control de éstos, que se vuelven más caros e inalcanzables para los sectores populares, el precio del dólar (tipo de cambio), en el cual el Estado no debe fijarlo, en resumen el estado no debe fijar ningún precio.

No menos importante es, para esta corriente, la liberalización del comercio exterior, traducido en que el Estado no controle las exportaciones ni limite las ganancias de los empresarios privados. La privatización de los bancos en manos de la iniciativa privada, privatización de los servicios públicos como agua, luz, teléfonos, educación, salud, privatización de empresas productivas que son propiedad del estado, pero sólo de aquellas que generan buenas ganancias a la empresa privada nacional y extranjera. Rebaja de los impuestos y a las importaciones (aranceles), esto con el objeto de que al competir con los productos extranjeros, las empresas nacionales se vean obligadas a ser más eficientes y productivas, Tasas de interés reales positivas, esto significa, que el precio del crédito (tasa de interés) crezca más que los demás precios (inflación), para fomentar el ahorro de los nacionales y atraer capitales extranjeros para financiar las inversiones de los empresarios privados, Promoción de exportaciones no tradicionales, cuyo objetivo es que el comercio

exterior no dependa de pocos productos y eliminar el déficit de la balanza comercial, reduciendo la brecha entre las exportaciones y las importaciones, para que el país cuente con más divisas, para pagar la deuda externa y generar ahorro para que lo utilice la empresa privada. La promoción de exportaciones no tradicionales requiere que se impulse la reconversión industrial, que consiste en cambiar la maquinaria, equipo y formas de producción viejos, por otros más modernos que permitan producir cosas nuevas, mejores y a bajo costo para poder competir con los demás países.

Es necesario indicar que los programas de ajuste estructural surgen a raíz de la crisis de la deuda en América Latina que se agudiza en 1982, y surgen para corregir desequilibrios en las economías para que puedan pagar la deuda externa, y quienes los promueven son nada más y nada menos que EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL y EL BANCO MUNDIAL, que otorgan los préstamos e éstos países, e imponen condiciones para concederlos, entre los cuales está impulsar los programas de ajuste estructural, ya que la deuda externa es empleada como presión para que los Gobiernos impulsen recomendaciones de los organismos internacionales para que éstos vendan las propiedades del Estado a las empresas transnacionales. Estos programas también pretenden que los empresarios privados aseguren e incrementen sus capitales y ganancias expropiando a la sociedad a través de la disminución del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores, reducciones en los gastos sociales del Estado, el pago de menos impuestos por parte de los empresarios, la eliminación de los controles de precios, la privatización de las empresas públicas que ellos saben que generarían ganancias importantes, lo que es expropiar a la sociedad, porque estos vienen del Estado, no son más propiedad de esa sociedad, repitiendo el fenómeno de expropiación de tierras comunales y el pago de salarios miserables propios del siglo pasado, cuando se extendió el cultivo del

café y la forma de producción capitalista, se incrementa la concentración del ingreso en manos de los sectores económicamente más poderosos, arruinando a la micro y pequeña empresa a la que consideran condenada a desaparecer, así mismo, los fondos que incentivos a la gran empresa para que ésta sea eficiente y propicie el crecimiento económico, que sólo puede traducirse en más ganancia de los capitalistas.

Concluyendo, este sistema, produce extrema pobreza y más pobreza.

“El avance del capitalismo-del gran capitalismo- es uno de los parámetros más relevantes del modelo “neoliberal”, que se está instaurando. El neoliberalismo se hace neocapitalismo y este disputa su soberanía al propio estado haciendo retroceder los poderes que encarna el Gobierno respecto de la promoción de la Justicia Social, o respecto de la equidad, o respecto -¡incluso!- de la promoción de la iniciativa individual; porque ésta-la iniciativa del ciudadano de a pie, sea de nivel bajo o de nivel medio- no tiene otra alternativa que plegarse al dominio oligopólico de las “leyes del mercado”. “Las consecuencias de éste avance capitalista, de este vuelco en el equilibrio político de los sistemas occidentales, se dejan sentir dentro de cada país- tanto de las “metrópolis” como de los países menores- en términos de unos impresionantes aumentos de las diferencias sociales, de una disminución de oportunidades personales, para las grandes mayorías y de un aumento de la miseria; cosa, esta última, que ha hecho exclamar a este gran empresario mexicano que es Lorenzo Servitje que “constituye una vergüenza nacional”, se trata- añadiríamos nosotros- de una vergüenza mundial.” Neoliberalismo y Neocapitalismo, J. Ginebra. Pag. 57. 1998.

Las mega corporaciones no solo utilizan al Estado y a sus leyes para beneficiarse, sino también apoyan a dictaduras para implementar ‘sus’ políticas.” (Biagini 2013, pg. 17).

LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, LA SOBERANÍA Y LA NECESIDAD DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

M.Sc. Carlos Horacio Castillo García

MAGISTRADO SUPLENTE

Desarrollo temático

El Estado como organización política de una sociedad particular tiene varios elementos básicos, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: la población, el territorio, el gobierno y la soberanía. Este último, es un elemento sobre el que se ha escrito y estudiado mucho, aun así, no existe una definición que sea compartida por todos, pues varios tratadistas lo han abordado, desde Bodino hasta el día de hoy, sin lograr una definición aceptada por la mayoría.

Sobre el tema, el Dr. Juan José Mateos Santillán señaló que para abordar el tópico de la soberanía, es menester tener presente que no se está frente a un concepto unívoco y absoluto, pues tiene varias connotaciones, por ejemplo, Jean Bodin, en su obra “Los seis libros de la República”, define a la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de una República.

Eduardo García Máynez, define la soberanía de la forma siguiente:

“Un atributo esencial del poder político, cuyo concepto puede ser caracterizado tanto negativamente como en forma positiva. En su primer aspecto, implica la negación de cualquier

poder superior al del Estado, es decir, la ausencia de limitaciones impuestas al mismo por un poder extraño. El poder soberano es, por ende, el más alto o supremo pero también es independiente”. (García, 2001, p. 103)

Rafael de Pina Vara, define la soberanía de la forma siguiente: “Es la calidad de soberano que se atribuye al Estado como órgano supremo e independiente de autoridad y de acuerdo con la cual es reconocido como institución que dentro de la esfera de su competencia no tiene superior”. (Pina, 1984, p. 44)

De las definiciones anteriores se puede advertir que la soberanía como elemento esencial para la existencia de un Estado, tiene una importancia, tanto a nivel nacional como internacional, pues permite a cada país, dos cosas: la primera, que pueda autodeterminarse; y la segunda, que ningún otro Estado pueda inmiscuirse en sus asuntos internos, por ello, en el pasado y aún hoy en día, los Estados se encuentran limitados para poder realizar actos de autoridad fuera de sus fronteras, puesto que la autoridad solo es reconocida dentro de su territorio, y cuando es necesario recabar medios de prueba en el extranjero, realizar ciertas diligencias o perseguir a personas que

han delinquido dentro de su territorio, deben acudir a la cooperación jurídica internacional.

Precisamente en este punto cobra importancia la cooperación jurídica internacional, puesto que ha sido un tema de preocupación mundial desde los siglos XIX y XX, lo cual se evidencia con la cantidad de convenios y tratados internacionales en materia de combate a la criminalidad, que fueron negociados y se encuentran vigentes, con los cuales se ha buscado achicar la brecha existente de quienes en busca de impunidad, rehúyen de su país de origen o cometen actos delictivos en países ajenos a su nacionalidad para hacer más difícil su detención, y los que son sometidos a proceso penal. También hay una gama de convenios y tratados internacionales en materia civil, mercantil, entre otros.

Es palmario entonces, la necesidad de acudir a la cooperación jurídica internacional, tanto para ejecutar sentencias en el extranjero, como la restitución internacional de menores, o para combatir la delincuencia de manera más efectiva, debiendo tomar en cuenta que a partir del fenómeno de la globalización, la delincuencia transnacional tuvo un incremento, pues aquel fenómeno trajo aparejada la internacionalización de la delincuencia a escala incalculable.

La globalización permitió los flujos de personas, el comercio internacional, las transacciones financieras, los intercambios culturales y laborales, haciendo a las fronteras de los países, más permeables. Aunado a lo anterior, y tal como ya se dijo en párrafos precedentes, la soberanía limita territorialmente el actuar de autoridades nacionales en otro país, es decir, que dichas autoridades, sean judiciales o fiscales se encuentran limitados en su ámbito de competencia, haciendo necesario acudir a la cooperación jurídica internacional para lograr cumplir con las funciones que le han sido encomendadas, tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala, como por las leyes ordinarias.

La cooperación jurídica internacional tiene lugar, cuando algún órgano de prueba se encuentra fuera del territorio de cualquier Estado, o; cuando se necesita que algún elemento de prueba sea sometido a una pericia especial que en un Estado no se pueda llevar a cabo. En el primer caso, sería por ejemplo: si un testigo o un perito se encuentra fuera del territorio nacional, deberá acudir al auxilio judicial internacional a efecto de poder recibir la declaración del testigo o la ratificación del dictamen hecho por un perito o la realización del respectivo peritaje; en el segundo caso el ejemplo podría ser: cuando dentro de la investigación que ha realizado el Ministerio Público se cuente con una escucha telefónica obtenida de manera legal.

Es decir, con autorización judicial; y como sucedía hace algunos años en Guatemala, que en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses no se contaba con personal capacitado y equipo adecuado para realizar la prueba pericial de cotejo de voz o foniatría, para determinar si la muestra dubitada que fue obtenida y que constituye el elemento de prueba, coincidía con alguna muestra indubitada con que se contara, para determinar si las voces contenidas en ellas, coincidían y pertenecían a la misma persona.

Este último ejemplo se logró en varias ocasiones llevar a cabo, gracias al auxilio jurídico internacional que Guatemala requirió a un Estado en el cual si realizaban ese tipo de peritajes, sin embargo, en la actualidad ya no es necesario acudir a ese auxilio, pues el Inacif ya cuenta con el equipo y el personal capacitado para el peritaje de foniatría.

Es evidente la importancia que tiene la cooperación jurídica internacional sobre todo en el ámbito penal, que es donde más desarrollo y utilización ha tenido, pero que no es exclusiva de esta rama del derecho, pues también puede darse en temas civiles, mercantiles, incluso, los relacionados a pensión alimenticia, adopción y menores, entre otros.

El quid de la cooperación jurídica internacional radica entonces, en conocer cuáles son las principales formas de dicha cooperación, cuáles son los principios más importantes que inspiran ese auxilio y las formas en que pueden llevarse a cabo, temas que se abarcarán en varios artículos que serán desarrollados, y que se enfocarán al ámbito penal.

Formas de cooperación jurídica internacional en materia penal

La cooperación jurídica internacional en materia penal, es de suma importancia, pues constituye el mecanismo de auxilio entre países, para llevar a cabo 3 tipos de solicitudes que son:

- 1) El intercambio de información;
- 2) La extradición, y;
- 3) El traslado de condenados.

El intercambio de información

El intercambio de información es una de las formas de cooperación jurídica internacional, que se lleva a cabo cuando un órgano de prueba se encuentra fuera del Estado y se hace necesario solicitar el auxilio de otro Estado, para que el órgano de prueba aporte información relacionada al elemento de prueba y así poder incorporarlo a través de los procedimientos establecidos por la ley -medio de prueba-, con el propósito de lograr el ingreso de dicho elemento de prueba al proceso.

Para realizar el intercambio de información existen dos formas:

- 1) La Carta Rogatoria o Supplicatorio, y;
- 2) La Asistencia Legal Mutua en materia penal

Carta rogatoria o suplicatoria

En el caso de Guatemala el intercambio de información se puede realizar a través las dos formas mencionadas. En cuanto a las cartas rogatorias o suplicatorias, éstas se plantean en ausencia de tratado o convención, pues debe

acudirse a un principio básico del derecho internacional para requerir el auxilio deseado; siendo este el principio de reciprocidad.

A través del principio de reciprocidad se requiere la ayuda a un Estado, y se ofrece un trato igual en caso de ser atendida la petición. Hay que tomar en cuenta que el Estado requerido no está obligado a dar respuesta a la solicitud, pues se basa en un ofrecimiento de reciprocidad, pero no existe una obligatoriedad de atender el requerimiento.

En el ámbito penal para llevar a cabo este tipo de solicitud, los fiscales deben requerir al juez de la causa, el envío del suplicatorio basándose en el artículo 115 de la Ley del Organismo Judicial que establece: “Artículo 115. Suplicatorios. Los suplicatorios para el extranjero los dirigirán, los tribunales por medio del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuando otras leyes o tratados vigentes no dispongan diferente trámite”.

Asistencia legal mutua

El planteamiento de una asistencia legal mutua, se realiza con base a lo dispuesto en un tratado o convención internacional de la que Guatemala sea parte, sea bilateral o multilateral. En el tratado que se utilice está claramente definido que puede pedirse, cómo debe hacerse, y cuáles serán los alcances de la información que será compartida.

Cuando se plantea una asistencia legal mutua, los Estados parten, se han comprometido a brindar el auxilio necesario, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el tratado.

Guatemala es parte de varios tratados o convenciones internacionales en los que se ha dispuesto la asistencia legal mutua en materia penal, como un mecanismo de auxilio internacional para recabar medios de prueba en el extranjero.

A guisa de ejemplo, se describen algunos tratados que se utilizan por autoridades guatemaltecas para requerir ayuda internacional, siendo los siguientes:

- 1) Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal;
- 2) Protocolo facultativo relativo a la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal;
- 3) Convención interamericana contra la Corrupción;
- 4) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
- 5) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

Conclusión

La cooperación jurídica internacional es un mecanismo instaurado con el propósito de no generar impunidad, pues a través de la misma, es posible obtener medios de prueba en el extranjero, que permitan de manera objetiva, deducir responsabilidad a personas que delinquen y cuyos nexos u operaciones las realizan desde fuera de las fronteras de un Estado.

Referencias Bibliográficas

- Bernal, C. A. (2010) Metodología de la Investigación. Colombia. Editorial: Pearson. 165 p.
- Blomm, Harold. (2015) Ensayistas y profetas: el canon del ensayo. 3ra. Edición. Editorial: páginas de espuma. 336 p.
- Bodin Jean (1997) Los seis libros de la República. Editorial: Rogar, Madrid.
- Carreter, Lázaro Fernando (2013) Cómo se comenta un texto literario. Editorial Cátedra. 202 p.
- De Pina Vara, Rafael. (1984) Diccionario de Derecho de Editorial Porrúa, México D.F. 23ª. Edición: 19. Pág. 457,
- Fidias, A. G. (2012) El Proyecto de Investigación, Introducción a la metodología científica (Sexta Edición ed.). Caracas, Venezuela. Editorial: Episteme. 149 p.
- García Máynez Eduardo (2001) Introducción al Estudio del Derecho”, de Editorial Porrúa, México D.F. 52ª. Edición. Pág. 103,
- Giordano, Alberto. (2015) Modos de Ensayos: de Gorges a Piglia. México. Beatriz Viterbo Editora. 287p.

¿LOS DERECHOS DE LA NIÑA Y DE LA MUJER, SON TAMBIÉN DERECHOS HUMANOS?

Lic. Henry Ramón Soberanis Chocooj

SALA MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES, IZABAL

Introducción

La creación del hombre y de la mujer es el punto de partida de la especie humana, la cual ha provocado distintas relaciones interpersonales, marcando el desarrollo de la misma humanidad, a tal punto que por la frecuencia constante, dichas relaciones han creado una evidente desigualdad, un desbalance entre hombres y mujeres, muchas veces producto de la misma complejidad física, de los roles desempeñados, y sobre todo de la misma cultura de los pueblos, pudiéndose decir que esta última ha sido el elemento sustancial y determinante para la evolución del trato desigual que la mujer ha sufrido de parte del hombre en las sociedades del mundo. En la búsqueda de contribuir al estudio y disminución de las desigualdades tanto formales como reales entre hombres y mujeres en nuestra sociedad, presento el siguiente análisis denominado ¿Los Derechos de la Niña y la mujer, son también derechos humanos?, el cual parte desde el análisis de los derechos humanos como eje central de las relaciones humanas, esperando contribuir al mejoramiento de dichas relaciones interpersonales en el ámbito jurídico.

1. DERECHOS HUMANOS

Consideraciones Generales

Los derechos humanos pueden definirse en forma práctica como aquellos derechos inherentes a los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Dichos derechos corresponden a todas las personas sin discriminación alguna. Para las Naciones Unidas los derechos humanos son todos los derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido a esclavitud ni a torturas, a la libertad de opinión y de expresión; a la educación, al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.

“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua religión o cualquier otra condición. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna”. (www.un.org>issues-depth>human –rights). Derechos Humanos: “Son reivindicaciones de unos bienes primarios considerados de vital importancia para todo ser humano, que concretan en cada época histórica las demandas de libertad y dignidad humanas. Estas reivindicaciones van dirigidas en primera instancia al Estado, y están legitimadas por un sistema normativo o simplemente por el reconocimiento de la comunidad internacional”. (PapacchiniÁngelo, año 1945, La Filosofía y Derechos Humanos, página 43).

2. DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS Y DE LAS MUJERES

Los derechos de las mujeres y de las niñas también son derechos humanos

Dichos derechos abarcan el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a su bienestar económico, derecho a elegir su futuro, a su participación política, a no sufrir de violencia entre una serie de derechos innatos a las féminas. *“Las mujeres y las niñas tienen derecho al disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos sus derechos humanos y a vivir libres de todas las formas de discriminación, esto es fundamental para el logro de los derechos humanos, la paz, la seguridad y el desarrollo sostenible”*. (ONU MUJERES; Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y de Empoderamiento de las mujeres, beijing 20.unwomen.org>human-rights).

Es evidente que no deberían existir diferencias entre los derechos humanos en general y los derechos humanos de las mujeres y de las niñas, pero aun gozando de esa evidencia dicha división es real en la práctica, aunque de mera formal y legal la misma no sea observable, tal y como nos lo muestra nuestra legislación, la cual al tono lírico de la misma dicha división no existe, siendo contradictoria porque prueba de ello se ha llegado hasta la especialización de algunos derechos exclusivos para las féminas, hasta llegar al extremo que fue necesario para las actoras buscar el reconocimiento internacional a dichos derechos, como se hace ver a continuación. *“Tras años de lucha por el reconocimiento a sus derechos, las mujeres comienzan a ver evidentes cambios y así los resultados a sus peleas, cuando las Naciones Unidas lanza la convocatoria a la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, la cual se lleva a cabo en México, constituyendo la misma el punto final del año Internacional de la Mujer en 1975, teniendo como ejes sobre los cuales giró la misma la igualdad, el desarrollo y la paz”* (Los Derechos de las Mujeres son también derechos humanos. Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, New York y Ginebra 2014.). *“En 1995*

en la cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, consistente en la declaración y Plataforma de Acción de Beijing, se confirma que la protección y promoción de los derechos humanos es la primera responsabilidad de los gobiernos y esté en el centro de del trabajo de las Naciones Unidas”. (Los Derechos de las Mujeres son también derechos humanos. Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, New York y Ginebra 2014.). *“La Plataforma de acción apoya la consecución de la igualdad de género en el marco de los derechos humanos y formula una declaración explícita sobre a responsabilidad de los Estados de cumplir con los compromisos asumidos”*. (Los Derechos de las Mujeres son también derechos humanos. Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, New York y Ginebra 2014.). *“La Carta de la Naciones Unidas garantiza la igualdad de los derechos de las mujeres y hombres. Los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos estipulan que se debe poner fin a la discriminación por razones de sexo. Casi todos los países han ratificado su apoyo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), sin embargo en la actualidad existen fundamentales resquicios y violaciones a los derechos en todas las regiones del mundo. Por otro lado, el progreso ha sido demasiado lento, especialmente para las mujeres y las niñas con grados altos de marginación. En muchos países sigue plasmándose la discriminación en las leyes hacia las mujeres. Las mismas no participan en política en las mismas condiciones que los hombres, luchan contra una flagrante discriminación en los mercados del trabajo y en el acceso a los bienes económicos. Las muchas formas de violencia dirigidas explícitamente hacia a las mujeres y hacia las niñas les niegan sus derechos y con frecuencia ponen en peligro sus vidas. En algunas regiones del mundo el nivel de mortalidad materna es exageradamente alto, las mujeres no compiten o participan de igual forma en las cargas de trabajo, poseen*

derechos personales muy limitados. La búsqueda de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres en América Latina ha sido constante, e intensa, transformándose en un combate progresivo tomando matices de normalidad y naturalidad que ocultó la opresión y discriminación del hombre hacia la mujer, y cuya prohibición de ésta debió estamparse y forjarse a través de textos constitucionales, habiendo sido hasta 1975 cuando los Instrumentos Constitucionales de diversos países reconocen la igualdad jurídica de hombre y mujer, entre ellos citamos: en América del Sur Argentina, Brasil Chile, Paraguay, Venezuela y Colombia y en Centro América y las Antillas Cuba, Guatemala, Nicaragua. Dicho trato desigualitario entre hombres y mujeres es milenario, producto de la opresión, discriminación e imposición del hombre sobre la mujer, lo que ha traído como consecuencia la polarización, y la contraposición moderna entre ambos géneros, llegando hasta lo que modernamente conocemos como Machismo y Feminismo.

EL MACHISMO

El machismo es una expresión derivada de la palabra “Macho”, definido como aquella actitud o manera de pensar de una persona, generalmente varón, quién es el jefe de la familia (quién toma decisiones en casa) protector y sostenedor del hogar. El machismo es esa ideología que conlleva una serie de maneras de pensar, conductas, formas de ver el mundo, creencias y prácticas sociales que tienen como objeto invisibilizar a la mujer, negarla, menospreciarla, en todos los ámbitos de la vida, tales como: FAMILIARES, SEXUALES (inferioridad sexual femenina como sujeto pasivo o negación del deseo femenino), ECONÓMICAS, LEGISLATIVAS (No representación de la mujer en las leyes, no atribuirles la condición de ciudadanas, leyes sin protección a la mujer ni sus necesidades), INTELECTUALES (Inferioridad de inteligencia en el campo matemático, en capacidad objetiva, en lógica, en análisis, poco coeficiente intelectual), ANATÓMICAS (El cuerpo de la mujer se ve como de menor importancia, y calidad, poca

importancia a la reproductividad biológica), LINGÜÍSTICAS, HISTÓRICAS (Ocultación de mujeres importantes dentro de la Historia de la humanidad), CULTURALES, ACADEMICA. Del machismo en la época moderna y directamente en el siglo XXI, es evidente todavía, *“Los sociólogos, psicólogos, educadores y demás especialistas de la naturaleza humana dicen que algo hemos hecho mal para que un siglo después estemos reviviendo esta lacra que supera las cifras del terrorismo de cualquier índole”*. (Machismo del siglo XXI, Barbáchano Margarita, El Periódico de Aragón). Y en verdad es interesante ver la evolución histórica y social que el machismo ha tenido a la par de la evolución humana, misma que nos lleva a hacernos la pregunta ¿El machismo es pasado en nuestra sociedad?, pregunta la cual parece alejada de una respuesta positiva, y desactualizada, pues si bien es cierto la mujer no es inferior sino diferente al hombre, estas diferencias esconden construcciones típicamente machistas y unas relaciones de parejas adolescentes basadas en el control, la posesión y comportamientos potencialmente agresivos, acciones las cuales son la cepa del mal trato femenino. A las chicas se les atribuyen más los aspectos que tienen que ver con la emocionalidad, ternura y prudencia, y a los chicos más con el activismo, la acción la decisión, la capacidad de riesgo. Estos estereotipos son los que hacen la diferencia entre hombres y mujeres basándose en una especie de prejuicios de que somos diferentes separan la identidad de hombres y mujeres, manteniendo la desigualdad y siendo el caldo de cultivo en el que después originan muchas de las actitudes sociales discriminatorias. En conclusión establecemos que los cambios que se supone se han hecho en la época moderna sobre el machismo en nuestras sociedades son más superficiales que reales, son más formales que profundos. En el tema de la sexualidad según estudios modernos no ha habido gran evolución, los hombres activos y capaces y las mujeres sumisas y recatadas, algo que según los conocedores supone dejar el control y la capacidad ejecutiva de la pareja en manos del varón, que

siente que tiene que tomar las decisiones porque se cree animal sexualizado. Mientras la mujer siente que tiene que estar controlando y cediendo porque en ese tipo de actitud, la mujer debe esforzarse por contentar y satisfacer a su pareja.

EL FEMINISMO

De igual forma se puede definir como un conjunto heterogéneo de movimientos políticos, culturales, económicos, y sociales, que tiene como objeto la búsqueda de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y eliminar la dominación y violencia de los varones sobre las mujeres y de los roles sociales según el género. La influencia del feminismo ha conseguido cambios en ámbitos como el derecho a la educación, el voto de la mujer, el derecho al trabajo, la igualdad ante la ley o los derechos reproductivos entre muchos otros. En su vertiente intelectual, la teoría feminista también ha influenciado la teoría crítica, dando lugar a los estudios de género, así como a sus disciplinas de estudios de las ciencias sociales.

Características

“Las características que definen a una feminista son:

- 1) La defensa de sus derechos;
 - 2) Alcanzar la igualdad salarial con los hombres;
 - 3) El derecho a vestirse como quieran y a ser como quieran;
 - 4) Lucha codo a codo con los hombres;
 - 5) Defensa de sus derechos reproductivos;
 - 6) La búsqueda de la derogación de términos vejatorios;
 - 7) El justo reparto de actividades domésticas y cuidado de los hijos;
 - 8) Lucha feroz contra la violencia machista en todas sus manifestaciones”.
- (Once características que sí definen a una feminista modera, Camino Abril, www.tendencias.com.)

CONCLUSIONES

*** El presente estudio evidencia la división y desigualdad existente entre hombres y mujeres, quienes son la esencia existencial en nuestro mundo, desigualdad que ha provocado abusos, roles y violencia por parte de unos seres humanos dominantes llamados (hombres) en contra de otros seres humanos dominados llamados (Mujeres), lo que se refleja hoy día con la necesidad de la creación del abanico legal que los Estados del mundo han implementado para aminorar, parar y terminar con todo tipo de atrocidades producidas como producto de dichas relaciones desiguales de poder. Lo que nos lleva a concluir que a pesar del modernismo de nuestras sociedades actuales, el hombre prehistórico todavía se encuentra presente, pues éste hombre moderno todavía no es capaz de visibilizar que existen otros seres a su semejanza, los cuales genética y biológicamente no son de su sexo, pero que tienen igual valor al propio.

Los derechos humanos constituyen un abanico claro y específico de garantías y condiciones inherentes al ser humano, observables y vigentes en el derecho positivo de cada país, siendo ilógico entonces hacer divisiones entre derechos humanos en general y derechos humanos de las mujeres y niñas.

Referencias electrónicas

(ONU MUJERES; Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y de Empoderamiento de las mujeres, beijing20.unwomen.org/human-rights).

Referencias doctrinarias

(ONU MUJERES; Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y de Misioneros Claretianos, La Biblia de Nuestro Pueblo, XI edición, 2014, Bilbao España).

Referencias normativas

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).

EL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE CONFORME A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Licda. Benicia Contreras Calderon

SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL EN MATERIA TRIBUTARIA Y
ADUANERA, GUATEMALA

INTRODUCCIÓN

La protección internacional de los derechos humanos, como una obligación constitucional dentro del derecho interno, hoy día es una realidad que no puede ser ignorada por las diferentes autoridades o funcionarios del gobierno. El Estado está obligado al cumplimiento de los Tratados y Convenciones en los cuales ha presentado su respectiva ratificación. El control de constitucionalidad y convencionalidad, es importante en la función jurisdiccional, lo cual en buena medida responde a estándares internacionales en materia de derechos humanos, su constante evolución y consecuentes retos para las autoridades del Estado.

Guatemala, ratificó en su momento la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconoció su competencia contenciosa en 1987. A partir de este año, Guatemala como Estado Parte de esa Convención, debe acatar sus disposiciones y tomar acciones que puedan desprenderse de las sentencias que dicte dicha Corte.

Una de las preocupaciones que se tiene dentro del foro penal, es la relacionada a la inobservancia de los plazos legales establecidos para el trámite del proceso penal, la Constitución del país y las leyes ordinarias contemplan **el plazo razonable** para dilucidar la situación jurídica de la persona sindicada o acusada de un delito, lo que en la práctica es difícil de cumplir.

Razones del incumplimiento son muchas, pero no pueden tomarse como justificación, por ser obligación del Estado y es quien debe buscar e implementar los mecanismos para contrarrestar o resolver la problemática y no postergar más una resolución al respecto.

Esta es la razón e inquietud de este tema, el dar a conocer cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre el plazo razonable y qué parámetros es de tener en cuenta para su verificación. Resultado de esa investigación, se citan varios fallos que permite ilustrar con acierto el desarrollo y contenido de la garantía judicial del plazo razonable, del cual dicha Corte expone las variables a ponderar para su verificación.

Para efectos de una mejor comprensión del tema, se hace una breve relación de antecedentes u origen de la normativa regional sobre Derechos Humanos; asimismo, el carácter vinculante para los Estados Partes de las resoluciones dictadas por esta Corte. Luego, se refieren los aspectos teóricos jurídicos de la garantía judicial del plazo razonable, como parte del debido proceso en un proceso penal y la correspondiente identificación de algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionados con esta garantía judicial.

1. Reseña del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, nace con la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Carta es aplicable a todos los Estados miembros de la OEA; en tanto la Convención es vinculante sólo para los Estados Partes de la misma.

La Carta fue firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá y entró en vigencia el 13 de diciembre de 1951. Dicha Carta ha sido objeto de modificaciones, con el transcurso del tiempo fue modificada por los Protocolos de Buenos Aires, el de Cartagena de Indias, el de Managua y el de Washington. De estos Protocolos, vale mencionar que el de Buenos Aires (1970) introdujo cambios importantes en materia de Derechos Humanos, al establecer la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un órgano de la Carta de la OEA, siendo su principal función “promover la observancia y defensa de los derechos humanos”.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, proclamada el 2 de mayo de 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana; en su preámbulo se señala que **“la protección internacional de**

los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.

Esto significa que la citada Declaración debe ser considerada como un instrumento normativo con una interpretación auténtica de los “derechos fundamentales de la persona humana”. Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que **“para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta”**, así como que esta constituye **“una fuente de obligaciones internacionales”**.

(Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-10/89, de 14 de junio de 1989, párrafo 45.)

Luego de los instrumentos antes mencionados, viene la Convención Americana sobre Derechos Humanos, año 1969, también llamada Pacto de San José, ya que fue adoptada en la ciudad capital de Costa Rica. A esta Convención también se le ha adicionado el Protocolo de 1988, llamado Protocolo de San Salvador, en él están referidos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; asimismo, en 1990 se realiza una adición relativa a la Abolición de la Pena de Muerte, en el cual Guatemala hizo uso de la *reserva* por tener contemplada constitucionalmente la pena de muerte, con la salvedad que no se ampliaría a otros delitos.

La trascendencia internacional de la Convención Americana, estriba en que los Estados Partes de la Convención, **“se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación”**. (Artículo 1)

Pese a toda esta normativa en el tema de derechos humanos, con estándares regionales dentro del sistema interamericano, los Estados Partes incumplen con el compromiso adquirido, lo cual ha llevado a que éstos sean denunciados ante la Comisión Interamericana, que de considerar la Comisión alguna

violación, presenta el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica, para su conocimiento y resolución.

2. El carácter vinculante de las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana ha señalado que la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención implica que:

“El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”, también agrega: “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia: 29 julio 1988)

Guatemala es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con lo cual se ha dado lugar a un compromiso de carácter constitucional, al haberse ordenado en el artículo 46 de la Constitución, (vigente a partir de Enero de 1986) un lugar de preeminencia -frente al derecho interno-; a los tratados en materia en derechos humanos. Ratificó dicha Convención en el año 1978 y reconoció su competencia contenciosa, en el año 1987.

A partir de esa fecha, la República de Guatemala quedó obligada a reconocer el carácter vinculante de las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; dicho compromiso implica, de no cumplirse con las ordenanzas dictadas, que como Estado Parte se incurre en responsabilidad. Para demostrar su coercibilidad, la propia Corte Interamericana realiza una función supervisora

de ejecución de sus resoluciones en diferentes momentos, para verificar el efectivo cumplimiento de sus sentencias. En el caso de Guatemala, se encuentra en plena verificación, doce casos en los que fuera condenado el Estado, siendo muy incisiva en su control, incluso con determinación de fechas para el efectivo y estricto cumplimiento.

Es pertinente y cierto, lo señalado por el Doctor Marcelo Trucco, al referirse al efecto vinculante de las recomendaciones de la CIDH, al indicar:

“Las decisiones adoptadas por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos cobran un creciente protagonismo e incidencia en los ordenamientos de los países de la región y, en forma especial, son recepcionados con contundencia y responsabilidad por los tribunales argentinos, demostrando, especialmente durante la última década, la marcada penetración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento nacional. Así, podemos apreciar cómo continuamente los tribunales hacen referencia a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), siguiendo los estándares que sobre distintos derechos ha establecido el tribunal transnacional, interpretando y señalando a los Estados la mejor manera de cumplir los compromisos asumidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y demás instrumentos ratificados en el ámbito regional”. (Trucco, Marcelo. “Sobre el efecto vinculante de las recomendaciones de la CIDH. Comentario al fallo “Carranza Latrubesse” de la CSJN, pág. 1)

De tal cuenta, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha elaborado sus interpretaciones, atendiendo este principio, de surgir algún tipo de colisión; se cita lo siguiente:

“(...) el artículo 46 de la Constitución Política de la República le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, ello únicamente provoca que, ante la

eventualidad de que la disposición legal ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional sobre derechos humanos, prevalecerán estas últimas (...)." Gaceta 93. Expediente 3396-2008. Sentencia de fecha: 09/07/2009. Constitución Política de la República de Guatemala con Notas de Jurisprudencia. Corte de Constitucionalidad. VII Magistratura 2016 – 2021.

Por medio de una interpretación evolutiva, se ha permitido a los órganos jurisdiccionales, asumir a decir del Doctor Néstor Sagües, roles de carácter represivo o constructivo; represivo, al ordenarse inaplicar las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana; y constructivo, cuando la actuación implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. La garantía del debido proceso y el plazo razonable

Las garantías fundamentales de la persona, en cuanto a su libertad de acción y de locomoción son de estricta observancia por parte de las autoridades de gobierno, actuación muy importante cuando se relaciona con la potestad punitiva del Estado, esa persecución penal debe darse dentro de parámetros de legalidad, racionalidad y por supuesto dentro de los plazos razonables contemplados en la Constitución y leyes procedimentales.

En ese sentido, la Constitución de Guatemala tiene plazos finitos para la presentación de las personas detenidas ante juez competente, de igual manera establece plazos legales para el desarrollo o trámite del proceso penal, hasta culminar con una sentencia debidamente ejecutoriada. La garantía del debido proceso abarca el respetar esos plazos legales, lo cual muchas veces se incumplen por una serie de razones que al final del día, no pueden justificarse.

La Corte de Constitucionalidad, ha dado su interpretación en relación al artículo 6º. De esta manera:

“...La normativa constitucional y la legal persiguen que la detención preventiva o cautelar se prolongue lo menos posible, articulando para ello medidas que, de no ser por conductas específicas, permiten en general un régimen de libertad controlada mediante las denominadas medidas sustitutivas, a fin de hacer prevalecer los valores de la libertad y de presunción de inocencia. (...) Esto significa, que descontando las seis horas que la autoridad ejecutiva tiene como máximo para consignar a un detenido, quedarían dieciocho horas para hacer comparecer al aprehendido a efecto de que preste su declaración. Estos tiempos, por precarios que parezcan dentro de una realidad de sobrecarga de asuntos a resolver (algunos que exigen la inmediación procesal del juez) no exime para que se cumpla con ellos, por tratarse de derechos públicos subjetivos de razonable exigibilidad”. (Gaceta 57, Expediente 73-2000. Fecha de sentencia: 25/07/2000).

En la exposición de motivos del Código Procesal Penal Guatemalteco, se refirió en un apartado lo relativo a la **Justicia en plazos razonables**, definiéndolo como un principio básico de la jurisdicción, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en el derecho penal asume mayor urgencia, porque están en juego derechos a los que la Constitución asigna especial protección.

Es conocido, y cierto, el aforismo jurídico que establece que una justicia tardía equivale a una denegación de justicia; como consecuencia se connota la obligación que tienen los tribunales de resolver dentro de los plazos previstos y la de los fiscales de realizar la investigación, formular la acusación o actuar en el proceso penal, también, dentro de los plazos establecidos, pues de lo contrario, si fuere doloso, incurrir en responsabilidad.

Sin embargo, los funcionarios judiciales han incurrido en incumplimiento de esos plazos legales, por la misma sobrecarga de trabajo y

otras veces por la actitud asumida por los sujetos procesales, lo que hace que la justicia sea tardía e insatisfactoria para el usuario, con graves consecuencias de daño colateral en los parientes de la persona acusada y de crítica negativa hacia el sistema de justicia penal.

Esto ha ocasionado una serie de reclamos por la misma inconformidad de las partes involucradas en el proceso penal, incluso con planteamiento de acciones ante la Corte Interamericana, por ello el interés de conocer sobre los pronunciamientos que ha dictado esta Corte, sobre la razonabilidad del plazo legal, que donde más se hace sentir el respeto del cumplimiento de un plazo legal, es en la materia penal, por la misma sensibilidad extensiva en toda la sociedad y que es tomada como la vitrina de la justicia por el mismo interés y efectivo control social con fines de prevención y represión.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo relativo a las GARANTIAS JUDICIALES, establecen su artículo 8.1: *“que toda persona tiene Derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

La garantía constitucional del plazo razonable, ha sido motivo de preocupación de parte de las autoridades, sobre todo las relacionadas con la materia penal, lo que ha originado una serie de acciones propositivas y/o iniciativas de ley, encaminadas o en búsqueda de una solución integral a la problemática.

En Guatemala, actualmente se acaba de aprobar por el Congreso de la República, una ley denominada: Ley de Aceptación de Cargos, con la finalidad de abreviar el proceso, pendiente aún de estudiar su constitucionalidad, pero se cita a modo de ejemplo para ilustrar la gravedad del problema y el deseo de querer encontrarle una solución.

El problema es regional, toda Latinoamérica lo tiene, también es del conocimiento de la

Corte Interamericana al conocer de denuncias de esta naturaleza, por lo mismo es de interés conocer el pensamiento y sentir de esta Corte, lo que al respecto ha generado muchos estudios, ensayos y textos de juristas de diversos países. Al respecto, se ha pronunciado así:

“Para la Corte Interamericana, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación, asegurar que ésta se decida prontamente, establecer un lapso preciso que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, señalando que resulta necesario examinar las circunstancias particulares de cada caso. Exige que toda persona sea juzgada o puesta en libertad en un plazo razonable, pero ello no impide que cada uno de los Estados parte adecue esos plazos según criterios de política criminal relacionados fundamentalmente con razones de interés público”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, para calificar la razonabilidad del plazo legal, acude a varias variables apropiadas a responder dentro de un contexto y no a una situación aislada. El trámite de un proceso penal, encierra muchas circunstancias propias del caso y de las partes, asimismo del funcionario judicial, por eso vienen a ser determinantes para verificar la garantía judicial del plazo razonable. Importante hacer la salvedad, que el plazo razonable no solo es obligado su cumplimiento en materia penal, sino para todos los demás ramos en el que se involucre la función jurisdiccional, pues la justicia es un servicio que debe prestarse con eficiencia y prontitud, independientemente de la naturaleza del reclamo judicial.

“La Corte usualmente ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo del proceso judicial: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. (El subrayado es propio)

Dicha Corte ha conocido de varios casos, en relación al plazo razonable y da la correspondiente explicación respecto a las variables antes dichas, para profundizar en su contenido; se hace cita de los siguientes:

- ✓ CASO MÉMOLI VS. ARGENTINA. SENTENCIA DE 22 DE AGOSTO DE 2013
- ✓ CASO HILAIRE, CONSTANTINE Y BENJAMIN Y OTROS VS. TRINIDAD Y TOBAGO. SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2002
- ✓ CASO ANDRADE SALMÓN VS. BOLIVIA. SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2016.

CONCLUSIONES

1. Los plazos legales fijados son improporables, su inobservancia por parte del funcionario judicial, implica responsabilidad disciplinaria, civil y/o penal.
2. El plazo razonable para ser juzgado, es una garantía judicial que le asiste a toda persona procesada, cuya verificación de esa razonabilidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que debe tenerse en cuenta: **a) complejidad del asunto; b) activi-**

dad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

REFERENCIAS

- Código Procesal Penal de Guatemala
- Constitución Política de la República de Guatemala
- Díaz F. (s.f.) *La interpretación de la Constitución y Jurisprudencia Constitucional.*
- Sagües, N. (s/f) *“La doctrina de la “interpretación conforme” en el ámbito constitucional, y sus proyecciones en el control de convencionalidad.”*
- Sagües, N. (s/f) *“La interpretación judicial de la Constitución.”*
- Sagües, N. (s/f) *“Nuevas fronteras del Control de Convencionalidad: El Reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad.”*
- Soriano R. (1993) *Compendio de Teoría General del Derecho.*

EL CAMBIO CLIMÁTICO

Dra. Hilda Aydee Castro Lemus

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES, ZACAPA

El cambio climático forma parte de los problemas más graves que enfrenta la humanidad. Es común observar que en lugares que hacia calor se manifiesten cambios bruscos de temperatura, frentes fríos inesperados, fuertes temperaturas con calor insoportable, vientos huracanados... entre otros. En el caso de Guatemala, los impactos han puesto en peligro la vida, su calidad y los medios que la sustentan.

Lo lamentable es el hecho que como seres humanos, que habitamos el planeta tierra no le pongamos la atención debida al problema, que seamos indiferentes a estos cambios, que cada día se complican más. La gran pregunta ¿qué estamos haciendo para disminuir estos fenómenos?, debería de importarnos a todos e incidir en Políticas Públicas para salvar el Planeta, iniciando por nuestro país Guatemala.

Para reducir los impactos negativos se requiere que todas las personas reaccionen coherente y decididamente en beneficio de la humanidad, en general, y de cada país en particular. Ya que cualquier efecto en el clima inducido por la actividad humana está sobrepuesto a una variabilidad natural del clima.

Es común escuchar en los medios de comunicación que: los estudios científicos pronostican el aumento de la magnitud y frecuencia de fenómenos naturales hidrometeorológicos como lo son huracanes, tormentas tropicales y depresiones que se traducen en inundaciones y períodos de sequía.

Según las evaluaciones e investigaciones que realizo el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Guatemala afirman que los

eventos naturales perjudican la calidad y cantidad de recursos hídricos, aumentan la degradación del suelo. Los efectos provocan serios impactos en los sectores sociales, económicos y ambientales del país ya que incrementan los niveles de pobreza, reducen la calidad de vida de las personas y aumentan las amenazas en los medios de subsistencia.

Los impacto que recibe el país por el cambio climático son severos, estos son medidos primero en la cantidad de pérdidas de vidas humanas y luego en el incremento de enfermedades asociadas a factores climáticos, las pérdidas de productividad agrícola, la infraestructura y en general la diversidad biológica del país. La reducción de la vulnerabilidad y el mejoramiento de la capacidad de adaptación al cambio climático así como la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero pueden contribuir a la reducción de la pobreza en el país, como lo han indicado estudios recientes publicados en diferentes medios de comunicación.

Recientemente se llevó a cabo el Congreso Jurídico del Instituto de Magistrados del Organismo Judicial, el cual se realizó los días 2 y 3 de mayo del presente año en el departamento del Petén, en nuestro hermoso país Guatemala; con el Tema sobre: Medio Ambiente. Con el desarrollo de este Congreso se contó con amplia temática y propuestas para minorizar los impactos que sufre el medio ambiente y la tala inmoderada de los bosques. Sin embargo mientras tanto, nos compenetrábamos en el desarrollo de este magno evento 17 siniestros consumían distintos bosques de

Petén, lamentable; según información captada en la página virtual del Grafico de Oriente de fecha 2 de mayo del año 2019.

Guatemala se encuentra incluida en el grupo de los 10 países más afectados por su alta vulnerabilidad ante el cambio climático.

¿Qué podemos hacer para ayudar a la solución del problema climático?

La contribución que aportamos al problema global puede que sea mínima, sin embargo nuestras contribuciones a las soluciones pueden ser útiles.

Como país:

- Poner más énfasis en proteger nuestros bosques.
- Revertir la tendencia de la última década favoreciendo las energías renovables.
- Fomentar la eficiencia de los sistemas de transporte.
- Crear una Política Pública y ejecutarla con carácter de urgencia Nacional de rescate a nuestros bosques.

Como Personas:

Sobre todo:

- Valoremos nuestros bosques.
- Sembremos árboles y dejemos la mejor herencia a nuestra descendencia futura.

En consecuencia, vale la pena hacernos la pregunta; ¿quienes son los entes obligados a cuidar del Medio ambiente? Proteger el medio ambiente es una obligación tanto del Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional.

MARCO LEGAL:

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE REPUBLICA DE GUATEMALA:**
- artículo 97 establece:

“El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevengan la contaminación

del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación.”

Entre otros artículos relacionadas con la conservación del medio ambiente.

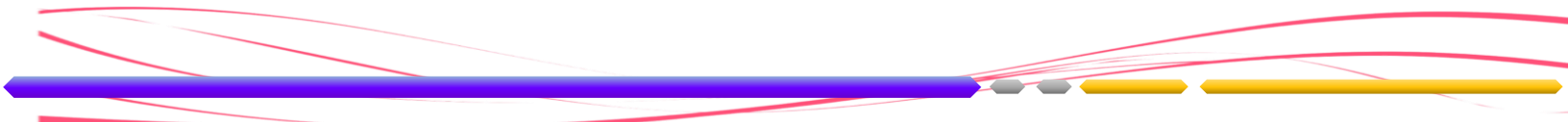
- **Artículo 64:** el cual establece que se declara de interés nacional la conservación, protección y mejoramiento del patrimonio natural de la Nación. Así establece que el Estado debe fomentar la creación de parques nacionales, reservas y refugios naturales.
- **Artículo 125:** se declara de utilidad y necesidad pública la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables.
- **Artículo 126:** reforestación, la cual se declara de urgencia nacional y de interés social la conservación de bosques y la exploración racional de los recursos forestales y su renovación.
- **Artículo 27:** todas las aguas son bienes de dominio público. Su uso, goce y aprovechamiento son de interés público.

Como constitucionalmente se manda, el Estado debe de dictar normas necesarias para proteger el medio ambiente.

ANTECEDENTES LEGALES:

La primera ley en promulgarse fue la **Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente**, Decreto 68-86 del Congreso de la República. Con ella se creo la Comisión Nacional del Medio Ambiente –CONAMA- que ahora sus funciones fueron reemplazadas por el **Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales** –MARN-. El MARN es la entidad del sector público especializada en materia ambiental y la encargada de proteger los sistemas naturales para que se desarrollen.

En 1989, mediante Decreto 4.89 se emitió la **Ley de Áreas Protegidas**, en la cual se creo el **Consejo Nacional de Áreas Protegidas** –CONAP-, el cual depende de la Presidencia de la República y es el órgano máximo

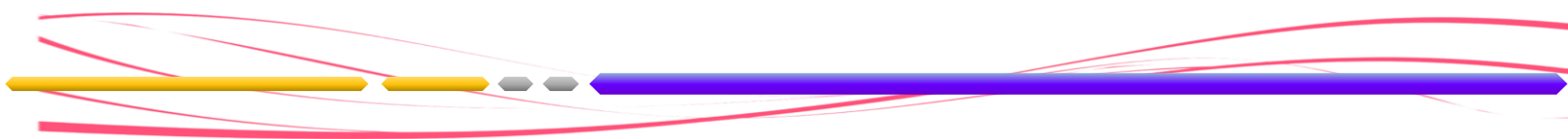


de dirección y coordinación del **Sistema Guatemalteco de Áreas Protegidas** – SIGAP-. Entidades creadas para propiciar y fomentar la conservación y el mejoramiento del patrimonio natural de Guatemala.

LEYES ESPECÍFICAS: tales como: Leyes de Caza y Pesca, de Hidrocarburos, de Minería, Ley de Declaratoria de la Reserva de Biosfera Maya, Ley de Educación Nacional.,

Ley de Concientización Ambiental, Ley Forestal, Código de Salud y un Código Penal que incluye los Delitos contra el Medio Ambiente, otros.

En consecuencia, como Profesionales del Derecho tenemos una labor muy importante al momento de conocer de un caso que sea lesivo al medio ambiente, convirtámonos en defensores de nuestro planeta que llora y se lamenta al ser agredido por las personas a quienes les presta abrigo.



EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Msc. Miriam Elizabeth Méndez Méndez

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

Primera Jueza De Primera Instancia Penal De Delitos De Femicidio Y Otras Formas De Violencia Contra La Mujer Del Departamento De Guatemala.

Actualmente: Magistrada De Apoyo De La Sala Primera Penal, Narcoactividad Y Delitos Contra El Ambiente Del Departamento De Guatemala.

El derecho penal del enemigo, es una tendencia del derecho penal que aplica el Estado de manera que bajo tal influencia, este último no trata a los ciudadanos como tales sino como enemigos. Se crea así una serie de efectos en la práctica de la subordinación al estado de derecho, que resulta como mínimo analizable a la luz de la dogmática y la doctrina penal y constitucional.

El presente es un estudio sumario sobre esta tendencia que ha abierto una serie de debates y que por lo menos debe incitar al análisis.

1. El derecho penal del enemigo

El derecho penal, tal como lo han dilucidado autores de la talla de Francisco Muñoz Conde, puede llegar a ser utilizado como un instrumento de control social. Puede verse como un arma en manos del Estado para lograr pacificar a la sociedad. De hecho este último término es acuñado por Günther Jakobs cuando afirma: *“En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación Derecho penal del enemigo no en todo caso pretende ser peyorativa. Ciertamente, un Derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente”* (2003; Pág. 19). Sin embargo, para entender lo que se quiere afirmar en cuanto a que el Derecho Penal puede ser un instrumento de control o social que puede rayar en el derecho penal del enemigo, es necesario primero clarificar estos términos.

Por un lado, el *derecho penal del enemigo*, es la denominación que se ha dado, especialmente en el caso del autor citado en el párrafo anterior, a un tipo o tendencia de derecho penal que tiene por objeto contraponerse al trato del ciudadano como ciudadano, para pasar a considerarlo un potencial peligro para la sociedad.

En tal virtud es importante citar a Silva Sanchez, quien afirma:

El enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según JAKOBS,

la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales (2001; Pág. 164)

En tal virtud, el derecho penal del enemigo, es aquel tipo de derecho penal empleado por un Estado en el que su postura ideológica es tratar al ciudadano como un ente peligroso. Esto provoca una serie de efectos que es preciso analizar. Entre estos se encuentran los que se consideran a continuación.

El derecho penal del enemigo, al considerar al ciudadano como un peligro para la sociedad, se anticipa a cualquier daño que pudiera provocar el primero al estado de derecho, y lo encasilla como un sujeto al que hay que vigilar y controlar, para garantizar así la seguridad ciudadana.

Al acontecer lo explicado anteriormente, el derecho penal se convierte en un derecho penal de peligrosidad. Se establece un estigma en los ciudadanos por virtud del cual hay que considerarlos peligrosos anticipadamente para no lamentar después, no haberlo hecho antes.

Esto, es lógico que conlleve a otros efectos. En principio, disminuye la influencia de los derechos ciudadanos, por cuanto lo que importa es la seguridad y no que en el relacionamiento del Estado con los ciudadanos, se respeten irrestrictamente los derechos de estos últimos.

Las garantías procesales y constitucionales, bajo esta interpretación del derecho penal, pasa a ocupar una segunda categoría. Lo importante es “meter a la cárcel” (someter a la privación de libertad) a los ciudadanos que puedan representar un peligro para la sociedad.

Para distinguir a los ciudadanos que ameritan que se les aplique el modelo de derecho penal del enemigo; de los que no, Jakobs los caracteriza de la siguiente manera: “lo característico del enemigo es el abandono duradero del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta” (Silva, 2001; Pág. 164). En tal virtud, no se trata de ciudadanos sino de enemigos.

Otro efecto de la aplicación del derecho penal del enemigo es la consideración de que el derecho penal en general se anticipa a que el sujeto en cuestión le haga daño a la sociedad. Al anticiparse, el derecho penal del enemigo logra que no se apliquen tantas penas, sobre todo porque quienes pueden delinquir se encuentran identificados por el sistema y esto marca, identifica, aísla y distingue del resto.

Por aparte, si no se aplicarán tantas penas, entonces el derecho penal del enemigo se trata como lo indica Silva, de un derecho de medidas curativas o de seguridad. Esto está particularmente relacionado con el derecho penal de peligrosidad, puesto que en este último, se desarrollan una serie de medidas que tienden a controlar a los *antisociales*, que se enseñen como tales y a los cuales se les asigna el concepto de peligrosos.

Además de lo indicado anteriormente, el derecho penal del enemigo debe en suma, establecer una serie de medidas preventivas en el entendido de que se ha pasado de la prevención general a la particular por el solo hecho de identificar a los peligrosos, a los enemigos.

2. Críticas al derecho penal del enemigo

La crítica fundamental al tipo de derecho penal o tendencia de este, que constituye el derecho penal del enemigo, reside en la debilidad de su dogmática frente a la rudeza de su política criminal. Se trata de una fuerte carga de fuerza o poder depositado en el Estado

para garantizar la seguridad ciudadana, en contraposición al respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Entre sus principales detractores se encuentra precisamente Francisco Muñoz Conde, quien afirma que:

Aplicar penas más allá de la idea de proporcionalidad, incluso penas draconianas, puede significar, si se toman las palabras de JAKOBS al pie de la letra, aplicar penas de prisión de larga duración, incluso la pena de prisión perpetua o la de muerte, a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves (2008, Pág. 2)

En tal virtud, la crudeza del derecho penal del enemigo, choca, como es evidente con el muro que constituye hoy día la visión garantista del derecho.

3. El derecho penal del enemigo en la legislación nacional guatemalteca

Derivado del surgimiento de las ideas que constituyen la tendencia del derecho penal del enemigo, también existe entre los profesionales y analistas de la ley, que tal o cual norma resulta de derecho penal del enemigo y otras no. En tal virtud, es preciso indicar que ciertamente en el actuar del Estado y sus instituciones, han existido tendencias a endurecer las penas y la persecución penal en general.

No se puede soslayar que ha habido épocas en la legislación nacional guatemalteca, que inducen a pensar que el Estado ha endurecido las penas y sanciones penales. Además de ello, se considera que el derecho penal del enemigo puede influenciar ciertas políticas y procedimientos de magistrados y funcionarios de la administración de justicia; sin embargo, tal como lo afirma el mismo Jakobs, *“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro”* (2003; Pág. 19).

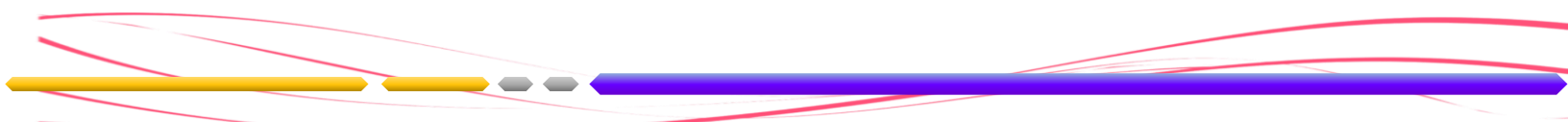
No se puede dejar de mencionar que cuando el Estado trata a sus ciudadanos como enemigo interno, está precisamente aplicando los principios del derecho penal del enemigo, y en la historia de Guatemala esto no ha sido precisamente lo menos controvertido.

En tal virtud, y siendo que el derecho penal del enemigo es una tendencia que puede servir como herramienta de control social en manos del Estado, es preciso que las autoridades que conducen los destinos del país, así como los encargados de aplicar justicia, deban subordinar su actuar no solo a las normas y legislación vigente, sino además a los principios inspiradores de las normas, al espíritu de la ley que busca precisamente establecer un equilibrio entre seguridad ciudadana y el respeto a los derechos ciudadanos.

Es preciso indicar de paso, que tal como ocurre con una serie de temas similares, el derecho penal del enemigo no es un conjunto de ideales rechazables bajo la etiqueta de derecho penal del enemigo, sino que el conjunto de estos, deben servir para enriquecer el actuar del Estado.

Conclusiones

1. El derecho penal del enemigo es un tipo de derecho penal que establece la identificación de ciudadanos que resultan potencialmente peligrosos para la sociedad, por cuanto no tienen plena conciencia de los actos que cometen y han abandonado el estado de derecho.
2. Cuando el Estado trata a sus ciudadanos como enemigos internos, está precisamente aplicando los principios del derecho penal del enemigo, y en la historia de Guatemala esto no ha sido precisamente lo menos controvertido.



Referencias

Conde Muñoz, Francisco. (2008) ¿Es el Derecho penal internacional un “Derecho penal del enemigo”? Universidad Pablo Olavide. Sevilla.

Jakobs, Günther y Cancio Meliá, (2003). *El derecho penal del enemigo*. Ed. Thomson Civitas, Madrid, España.

Silva Sanchez, Jesús María, (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas, Madrid, España.

EL ANTEJUICIO

Dra. Irma Judith Arrazate Centeno

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

1. El Antejuicio

Etimológicamente significa (De ante- y juicio) y según el jurista Guillermo Cabanellas lo define “Trámite previo para garantías de jueces y magistrados y contra litigantes despechados o ciudadanos por demás impulsivos, en que se resuelve si ha lugar o no, procede criminalmente contra tales funcionarios judiciales por razón del cargo, sin decidir el fondo de la situación” Cabanellas, Guillermo, Diccionario de derecho usual. 1L. Página 186.

El derecho de antejuicio tiene su inicio en el *Impeachment*, que se deriva de una voz inglesa que traducida al español significa “acusación”, tuvo sus orígenes en Inglaterra durante el siglo XVI, surge con la necesidad de crear un procedimiento de control al rey.

Posteriormente en el año de 1776, da su aparición en el texto constitucional de Estados Unidos de Norte América y posteriormente en la Constitución de Massachussets en el año 1780, habiendo logrado incorporarlo en su texto indicando que mediante un juicio político serían destituidos de su cargo e indicando que sería previa acusación por traición, cohecho y otros delitos.

En la constitución política de la República de Guatemala contempla este derecho desde 1985, misma que entro en vigencia y existe a la fecha la Ley en materia de antejuicio contenida en el Decreto número 85-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

“La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sobre el antejuicio ha expresado: Es reconocido que el proceso de antejuicio opera como una garantía que persigue preservar a los funcionarios que de él gozan, de acciones

tendenciosas o maliciosas, pretendiendo exigirles responsabilidad criminal. Se hace referencia de la Corte de Constitucionalidad ya que este es un tribunal permanente e independiente que ejerce las funciones esenciales de defensa y restablecimiento del orden constitucional y del estado constitucional de derecho. *“Por lo tanto, es importante y relevante el criterio de esta institución. La Corte de Constitucionalidad, también a dicho: Por su medio el órgano competente que lo tramite deberá realizar un conjunto de diligencias previas que le pongan en condiciones de advertir que existe fundamento para basar los hechos que se denuncian, que los mismos están comprendidos en la esfera de lo ilícito y que son imputables directamente al denunciado. Es a ese órgano competente al que corresponde, luego de la práctica de las diligencias que alcancen aquellos objetivos, determinar mediante su resolución, la existencia de los hechos imputados y su carácter criminal, elementos indispensables para declarar que el denunciado deba responder de ellos en proceso formal.”* Baños Méndez, Mirna Elizabeth. Derecho de antejuicio dentro de una sociedad democrática y su proyección en la legislación guatemalteca. Página 2

Claro que el procedimiento del antejuicio debe estar revestido de las garantías judiciales ordinarias, como el derecho de defensa y el principio del debido proceso, lo anterior dentro de un Estado democrático de derecho.

El objeto del antejuicio se encuentra claramente regulado en el Artículo 1 de la Ley en

Materia de Antejuiicio, contenido en el Decreto número 85-2002 del Congreso de la República, el cual establece: “la presente ley tiene por objeto crear los procedimientos para el trámite de las diligencias de antejuiicio que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, se promueven en contra de los dignatarios y funcionarios a quienes la Constitución Política de la República y las leyes conceden este derecho; su ámbito de aplicación, su tramitación y efectos”, dicho artículo establece en plural procedimientos, debido a que va a depender del dignatario o funcionario que goza de dicha garantía.

La ley en materia de antejuiicio, claramente perfila el objeto de la ley, el cual establece la creación de los procedimientos que viabilicen el trámite de este beneficio, respetando estrictamente los mandatos de la ley fundamental y de las demás leyes ordinarias, todo ello, en aras de los derechos humanos, al debido proceso, a que todo dignatario o funcionario debe tener acceso de manera inmediata.

Es importante resaltar que en la definición del Artículo 1 la cual hace referencia al objeto del Decreto 85-2002, establece una distinción entre un dignatario y un funcionario.

Actualmente se ha desvirtuado la finalidad de la creación del proceso de antejuiicio contemplado en el Decreto número 85-2002 del Congreso de la República de Guatemala, el cual es una garantía inherente a los dignatarios y funcionarios públicos que prestan sus servicios al Estado y con el objeto de preservar la estabilidad del cargo asignado; el proceso de antejuiicio esta claramente estipulado en la ley, así como el órgano que debe conocer y diligenciar el mismo, sin embargo, los medios de comunicación manifiestan que actualmente es el Ministerio Público el que recaba medios de investigación, y posteriormente al solicitar la tramitación del antejuiicio, son presentados los medios de investigación.

Sin embargo, esta atribución esta designada a la Comisión Pesquisidora y al Juez Pesquisidor según lo establecido en el Artículo 10 de

dicha ley, esos mismos medios de prueba recabados en el tramite del antejuiicio son utilizados por el juez pesquisidor para ordenar inmediatamente una orden de aprehensión, hay que tener en cuenta, que la investigación que realizaran, no es para determinar la culpabilidad ni la inocencia del dignatario o funcionario investigado, el propósito de la investigación consiste en establecer la existencia y veracidad de hechos que puedan ser o no constitutivos de delito, y la posible participación del dignatario o funcionario público en los mismos.

Considerando que en la actualidad no se han respetado los procedimientos establecidos en la ley para poder resolver el antejuiicio como una garantía dentro del proceso penal existente para los dignatarios o funcionarios públicos.

De manera que ha sido utilizado como una especie de proceso de investigación y resolución entre otras cosas, al abuso y tergiversación del derecho de antejuiicio, y no como un procedimiento para establecer la existencia y veracidad de hechos que puedan integrar una actividad que por su naturaleza deban ser conocidos por un juez del ramo penal y la posible participación del dignatario o funcionario, ya que el juez pesquisidor únicamente debe poner a disposición los elementos que permiten establecer si como consecuencia de los hechos investigados el funcionario debe ser puesto a disposición de la justicia común.

La sobredimensión del derecho de antejuiicio, a dignatarios de la nación y a funcionarios públicos, ha generado desconfianza y molestia en algunos sectores de la sociedad guatemalteca, en algunas ocasiones, porque es el inicio de su inadecuada aplicación, según se ha opinado y ha contribuido en alguna forma de medición, al momento de la corrupción en el ejercicio del poder del Estado y, por ende, la impunidad.

Todo esto, hace concluir en que, el antejuiicio, si es aplicado conforme a la ley, es una garan-

tía adecuada, pero si es distorsionado, fácilmente se convierte en fuente de impunidad, corrupción e inaplicabilidad.

El primer párrafo del Artículo 17, de la ley en materia de antejuicio, expresan: *“Cuando el Congreso de la República deba conocer de un antejuicio promovido en contra de un dignatario o funcionario que por razón del cargo goce de ese derecho, después de haberse inhibido un órgano judicial de continuar instituyendo proceso por tal razón y habiéndose recibido los autos para su conocimiento, como señala el Artículo 16 de esta ley, la junta directiva deberá hacer saber al pleno del Congreso que en la próxima sesión ordinaria que se celebrará no más de ocho días, después de su recepción, iniciara el trámite del asunto”*.

La comisión no prejuzga sobre la culpabilidad o inocencia, sino más que todo se limita a establecer la veracidad de los hechos, decencia y honorabilidad, será requisitos exigidos en sus integrantes.

De lo expresado antes, se ubica el fundamento lógico que el antejuicio es, eminentemente político, por lo que asociarlo excesivamente a lo jurídico, puede hacer sentir recelo en la sociedad, que ve en esta prerrogativa, un beneficio poco merecido para todos aquellos funcionarios o dignatarios, que, de una u otra forma, se ven involucrados en hechos delictivos, como sucede actualmente, con funcionarios y ex funcionarios, involucrados en severos casos de señalamientos e irregularidades.

El Artículo 19 de la citada ley, que expresamente, dice: *“Cuando la Corte Suprema de Justicia reciba de juez competente las diligencias de antejuicio que le corresponda conocer, promovidas en contra de un funcionario que goce de aquel derecho procederá de conformidad con las disposiciones siguientes”*.

Este procedimiento, es sencillo, claro y adecuado al debido proceso, que es un derecho humano, se basó de otros derechos de la

misma naturaleza como, por ejemplo, el de defensa y legalidad, entre otros.

Pensamos que, en sentido formal, este procedimiento actual, no riñe con el sistema acusatorio, el cual es piedra angular del proceso penal democrático, en donde el antejuicio tiene status de obstáculo a la persecución penal.

La institución del antejuicio, como es conocido el procedimiento para el desafuero constitucional de algunos funcionarios, ha cobrado actualidad en nuestro medio a raíz de los recientes casos que se han presentado, de los cuales ha estado pendiente la opinión pública. La forma como se ha aplicado este procedimiento y los resultados habidos hacen necesario un examen de dicha institución, en aras de superar las fallas que han podido percibirse y encontrar, de acuerdo con la tendencia actual en esta materia, el régimen idóneo para salvaguardar la función pública sin crear privilegios que resulten en impunidad de los funcionarios.

El derecho de antejuicio no es un privilegio personal o particular, tampoco una patente de corso, como interesada y abusivamente parecen creer nuestros funcionarios y dignatarios que gozan de tal prerrogativa, pues ello sería absolutamente incompatible con un Estado de derecho y afectaría particularmente principios de igualdad y justicia.

CONCLUSIÓN

1. El antejuicio conforme se reafirme jurídicamente en la práctica, recobrara la credibilidad, a la que se ha visto afectado, se puede decir que en la actualidad son diligencias políticas más que jurídicas, todo este criterio se desvanecerá conforme este instituto comience a ser una efectividad jurídicamente acertada, pues la sociedad guatemalteca estará cada día en someterse a un Estado de Derecho pleno y sin ninguna clase de exclusión, el Estado y sociedad, deben de ser los controladores de la efectiva aplicación del derecho de antejuicio.

2. La divulgación del antejuicio es una necesidad actual e imprescindible para que en Guatemala vaya mejorando esta institución, a fin de que todo el antejuicio sea aplicado conforme a preceptos normativos cuando sea necesario aplicarlo a los dignatarios y funcionarios que transgreden la ley.
3. El antejuicio resulta inoperante, cuando se utiliza de manera retardada y la impunidad en los casos de corrupción, es de manera perversa su uso de parte de los abogados litigantes, su fin primordial para ellos es el entrapar el proceso, todo esto tiene la conclusión de un litigio malicioso, la utilización dolosa de recursos que han sido creados para asegurar el debido proceso penal y las garantías judiciales.

REFERENCIAS

1. BAÑOS MÉNDEZ, Mirna Elizabeth. **Derecho de antejuicio dentro de una sociedad democrática y su proyección en la legislación guatemalteca.**
2. CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Tomo I y III, 11^a. ed.; Argentina: Ed. Heliasta, 1976
3. **Diccionario Jurídico Espasa.** Madrid España. Editorial Espasa Calpe, S.A. 1999
4. FONSECA PENEDO, Francisco. **El derecho de antejuicio.** Actual ed.; Guatemala: Ed. Tipografía Nacional. 1980.
5. FUENTES DESTARAC, Mario. **El derecho de antejuicio.** Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Rafael Landívar. 2003.

Legislación

1. **Constitución Política de la República.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986
2. **Ley del Organismo Judicial.** Congreso de la República, Decreto 2-89
3. **Ley en Materia de Antejuicio.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 85-02, 2002.

EL SISTEMA DE CUOTAS O DE PROPORCIONALIDAD, UNA MATERIA PENDIENTE EN EL SISTEMA ELECTORAL GUATEMALTECO

M. Sc. Jorge Rolando Sequén Monroy

SALA TERCERA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL

La representación política de la población en los órganos sujetos a elección popular, en un Estado democrático, se concretiza a través de la participación política, que puede definirse como: “Toda actividad de los ciudadanos que es dirigida a intervenir en la designación de sus gobernantes o a influir en la formación de la política estatal”.

En el Cuaderno de Desarrollo Humano número cinco, dos mil nueve / dos mil diez, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, denominado Consejo de desarrollo y participación ciudadana en Guatemala (1985-2009), la participación política se define como:

“conjunto de prácticas, acciones y procesos mediante los cuales individuos y grupos sociales, políticos, económicos y étnicos intervienen en el proceso de formulación de políticas con el propósito de incidir en el control y distribución de los recursos, decisiones o beneficios para el logro de sus aspiraciones, necesidades y demandas. Es una relación de poder, a través de la cual una pluralidad de actores se encuentran y confrontan, ejerciendo su capacidad de decisión para orientar los recursos en función de sus aspiraciones”.

El ejercicio a la participación política está debidamente garantizado en la actual Constitu-

ción Política, toda vez que regula en su artículo ciento treinta y seis los denominados deberes y derechos políticos, entre los cuales se encuentra la literal b) de dicho artículo, que se refiere al derecho de elegir y ser electo y participar en actividades políticas. Además de ello, en la Ley Electoral y de Partidos Políticos que establece: “Artículo 3.- (Reformado por el artículo 1, del Decreto 7487). Derechos y deberes de los ciudadanos. Son derechos deberes inherentes a los ciudadanos... c) Elegir y ser electo; d) Ejercer el sufragio; e) Optar a cargos públicos...”

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21 establece que: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente escogidos”.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23, reconoce los derechos políticos, señalando que todos los ciudadanos deben gozar, entre otros, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

No cabe duda entonces que la importancia de la participación ciudadana en los procesos electorales y en la conformación de los órganos que influyen en la toma de decisiones y políticas públicas no solo está considerado en normas de tipo ordinario, sino también en

normas de tipo constitucional, lo cual lógicamente son coherentes con los principios y valores que sirven de fundamento a nuestra Constitución, por lo que cualquier reforma al sistema electoral que conlleve a hacer efectiva esa participación no atenta contra ella, sino todo lo contrario, le fortalece.

La participación ciudadana, a su vez, materializa la característica de un Estado en cuanto a la representatividad de sus habitantes en los órganos de poder en los Estados democráticos; conlleva también el ejercicio del derecho constitucional establecido en el artículo 113, que regula que para el acceso a los cargos públicos, deben atenderse razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez.

ANTECEDENTES SOBRE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA-ELECTORAL DE LAS MUJERES EN GUATEMALA

En Guatemala, como antecedente, se puede indicar que en 1945 se reconoció la ciudadanía a las mujeres con sus derechos y deberes inherentes, como el derecho al sufragio, teniendo en cuenta ciertas características como ser alfabetas y contar con la mayoría de edad. Es hasta en la Constitución de 1965 en que se establece el voto universal.

En los eventos electorales desarrollados en 2011 y 2015, las mujeres ocupaban porcentualmente el primer lugar en los respectivos padrones electorales. Sin embargo, no se tuvo una participación como candidatas de tal forma que fuera representativa y proporcional con los datos del padrón electoral, pues en el año 2011 el mismo estaba conformado por 7,340,841 personas, de las cuales el 53.91 correspondía a las mujeres. Se postularon un total de 27,878 personas, siendo de ello, 23,574

hombres y 4,304 mujeres, representando un 15.43 por ciento con relación a la totalidad de postulaciones. En este evento electoral para la integración de las corporaciones municipales participaron un total de 25,951 personas, de los cuales fueron asignados a hombres un total de 3,359 cargos y a las mujeres solamente un total de 314 cargos, es decir un 1.20 por ciento.

En el año 2105 el Padrón Electoral estaba conformado por 7,556,873 personas; de este total 4,704,450 eran mujeres y 3,482,426 eran hombres. Pese a ello, se postularon a cargos de elección popular un total de 25,792 personas, de las cuales 21,241 eran hombres y el resto, es decir, 4,551 eran mujeres, lo que representa un 17.64 por ciento con relación al número de hombres inscritos.

EL SISTEMA DE CUOTAS O PARIDAD EN AMÉRICA

Las cuotas de género o el sistema de paridad e igualdad, también conocidas como cuotas de sexo o cuotas de participación de mujeres, son una forma de acción positiva cuyo objetivo es garantizar la efectiva integración de los sectores tradicionalmente excluidos en cargos electivos de decisión de los partidos políticos y del Estado. Se le ha considerado como una medida electoral de carácter compulsivo, por medio de la cual, de forma legal, se obliga a incorporar mujeres (o indígenas) en listas de candidaturas. También se considera dicha medida de carácter transitorio, pues supone que la vigencia de estas normas electorales está sujeta a la superación de los obstáculos que impiden una adecuada representación de dichos sectores en los espacios de poder y representación política. En algunos países de América se logró establecer así:

País	Fecha de Adopción	Porcentaje exigido en la ley	Rama legislativa
Argentina	1991	30	Cámara
Venezuela	1998	30	Cámara y Senado
Brasil	1997	30	Cámara
Costa Rica	1996	40	Cámara

El establecer un sistema de cuotas para las mujeres es un mecanismo para mejorar la participación política de las mujeres que debe ser regulado jurídicamente en las leyes electorales, de tal manera que garantice su aplicación independientemente de la buena voluntad o de la coyuntura social y política del momento. La efectividad de las normas electorales que pretenden la incorporación de mujeres o indígenas es controlable en su aplicación y evaluable a través de los números y porcentajes finales de su inclusión en los órganos de poder. Para que sus resultados sean los deseados, el mecanismo debe ser congruente en cuanto a sus componentes según el sistema electoral en el que se inserta.

El sistema de las cuotas establece un número o proporción de cargos o lugares en listas de tipo plurinominales, que deben ser obligatoriamente ocupados por el grupo discriminado y debidamente atendida por las organizaciones políticas. Existen diversas formas de implementación del mecanismo de cuotas, como las mínimas, que constituyen –por lo menos en su intención– un piso y no un techo para las candidaturas, y las máximas (o mínimas) para cualquiera de los sexos, que ponen un límite a la participación del sexo que según la tradición ocupa prácticamente todos los cargos electivos.

El dictamen emitido por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 4528-2015, de fecha quince de febrero de dos mil dieciséis, dio lugar a las denominadas reformas electorales de “Primera Generación”, aprobadas mediante el Decreto 26-2016 del Congreso de la República de Guatemala, de fecha diecinueve de abril de dos mil dieciséis, con vigencia el siete de junio de dos mil dieciséis. En lo relativo a la pretensión de incorporar alternamente a hombres y mujeres en los listados de candidatos propuestos por las organizaciones políticas y en todos aquellos órganos e instituciones que regula la Ley Electoral y de Partidos Políticos, consideró que con ello se pretende garantizar la participación de grupos que tradicionalmente se han encontrado excluidos, estableciéndose que su inclu-

sión deberá ser igualitaria, según la proporción que posean en una región, considerando también que con ello se garantiza el derecho constitucional de elegir y ser electo, el cual corresponde a todo ciudadano. Con ese tipo de acciones se pretende superar las dificultades que se han presentado respecto de la participación de diferentes grupos tradicionalmente excluidos.

El citado dictamen trae a colación el criterio sustentado también cuando se presentó la iniciativa número 4783 del Tribunal Supremo Electoral que originó el dictamen de fecha once de julio de dos mil catorce, dentro del expediente 5352-2013, con la cual se pretendía una cuota de participación equitativa entre hombres y mujeres en la que ninguno de ambos contara con una representación menor al treinta por ciento. En ese dictamen se consideró que:

“... datos estadísticos revelan la realidad de la participación ciudadana a nivel político electoral, haciendo resaltar, en términos generales, bajos índices porcentuales en lo que respecta a mujeres e indígenas, pues su participación en los distintos procesos electorarios, tanto en lo que atañe a la postulación de candidatos como a la designación de autoridades, no se acerca siquiera a la cuarta parte (25%) del total de candidaturas o cargos electos, según el caso, con las únicas excepciones de la participación femenina en la elección de diputados al Parlamento Centroamericano (30% de diputadas electas en dos mil once) y la elección de alcaldes indígenas (34.23%), así como la integración de mujeres en los órganos de dirección de los partidos políticos (36.57% en dos mil doce). La situación refleja menores índices aun para el caso de la mujer indígena, cuya representación en el Congreso de la República ha sido muy baja (nunca ha alcanzado siquiera el 4%, al punto que en una elección no tuvo representación). La situación descrita no puede ser soslayada, en tanto la población guatemalteca, como es sabido y ha sido destacado, se conforma con un alto porcentaje de mujeres (51.10%) e indígenas (40%), cuya inter-

vencción en el ejercicio de las funciones estatales se hace imprescindible en el contexto de una sociedad en la que se proclama la universalidad de los derechos, libertades, oportunidades y responsabilidades (artículo 40 constitucional), aunado a que -es preciso reiterar el carácter democrático y representativo de la forma de gobierno se sustenta, esencialmente, en la participación activa de los distintos sectores de la población, quienes, además de hacerse escuchar, habrán de tener intervención directa en la toma de decisiones y en la ejecución de las políticas públicas que se dirijan a hacer realidad los mandatos constitucionales...”

Por lo anterior, se considera que los dictámenes contenidos dentro de los expedientes 5352-2013 y 4528-2015 guardan concordancia entre sí al considerar que ambas propuestas –la de otorgar una cuota o de alternancia e igualdad en los listados de candidatos- son acciones positivas que el ámbito político electoral se dirigen a asegurar la efectiva participación de grupos socialmente discriminados, lo cual deben observar las organizaciones políticas al momento de postular a cargos de elección popular. Entonces las acciones que regulen la participación en forma igualitaria, es decir que todos los ciudadanos gocen de los mismos derechos, como el de ser electo, evita la discriminación o exclusión, lo cual es congruente con los artículos 4º y 136 constitucionales.

Un mecanismo como el de las cuotas o paridad puede aplicarse solamente cuando se pasa a considerar como injustas las desigualdades sociales y se desea la modificación de esa situación y se logra un acuerdo político que determina cómo lograr ese objetivo. Estos sistemas entonces no contradicen sino que posibilitan que sea efectiva y real la igualdad entre mujeres y hombres, en la representación política, representación que es característica de los Estados democráticos.

Se ha afirmado por varios sectores contrarios a los sistemas de cuotas o paridad en los sistemas electorales, que dichos cargos deben ser obtenidos a partir de méritos personales

propios (meritocracia) y no por obligatoriedad de una norma.

Según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, versión electrónica, Edición del Tricentenario, la palabra *meritocracia* proviene de “*mérito y cracia*.” También: *Sistema de gobierno en que los puestos de responsabilidad se adjudican en función de los méritos personales.*” En este sistema de gobierno, las posiciones jerárquicas son conquistadas con base al mérito personal, es decir a su excelencia personal.

En Guatemala se ha observado que muchos de los integrantes de los órganos de decisión política logran su posición debido al impulso a lo interno de sus partidos políticos por familiares u otras razones, que no reflejan que esas posiciones hayan sido logradas en base a méritos personales. Así vemos pues que algunos Diputados integran el Congreso de la República impulsados por familiares que han sido o son también son diputados, lo cual conlleva conculcación en cuanto a dar participación a otros actores que necesitan ser representados en dicho órgano. La meritocracia como sistema de acceso a los órganos de poder no garantiza que los órganos de toma de decisión política sean integrados de forma equitativa y proporcional con respecto a la diversidad de sectores que conforman el Estado, especialmente cuando dichos sectores han sido excluidos de dicho sistema.

EL SISTEMA ELECTORAL DE GUATEMALA

En Guatemala, para la integración de los órganos de poder se convoca a elecciones de tipo general, utilizando el sistema de lista cerrada y bloqueada, que se refiere a aquella en la cual el elector no puede modificar el listado de candidatos que han sido inscritos ante el órgano rector. Para el cómputo de los votos, que luego se convertirán en escaños o cargos, se utiliza el denominado sistema de representación de minorías, el cual garantiza que todas aquellas organizaciones políticas participantes en la respectiva elección pero que hayan superado la denominada “Cifra Repartidora”,

logren posicionar a sus candidatos. Lógicamente, al quedar integrados los distintos órganos por varios partidos o comités cívicos, lograrán posicionarse solamente aquellos candidatos que en la elección hayan ocupado los primeros puestos de las listas.

CONCLUSIONES:

1. La adopción de un sistema electoral en un Estado se haya determinada entre otras circunstancias, por la coyuntura o corrientes en el campo nacional o internacional, los movimientos sociales, la actitud de los electores, las cuales pueden ser variables, consecuentemente el sistema electoral debe ser capaz de adaptarse a esas circunstancias, siendo en todo momento necesario que sea flexible y no estar incorporado a aquellas normas que por su rigidez pueden representar un complejo procedimiento para su modificación y realización de ajustes normativos. de los sectores que tradicionalmente han sido excluidos de dicho sistema.
2. Guatemala al ser un Estado democrático debe adoptar un sistema electoral que garantice la participación como candidatos y finalmente como integrantes de los órganos de poder y toma de decisiones a mujeres e indígenas, lo cual redundará en una adecuada representatividad y por ende la correcta participación de todos los sectores en las políticas públicas, lo que lógicamente redundará en un desarrollo integral de sus habitantes.

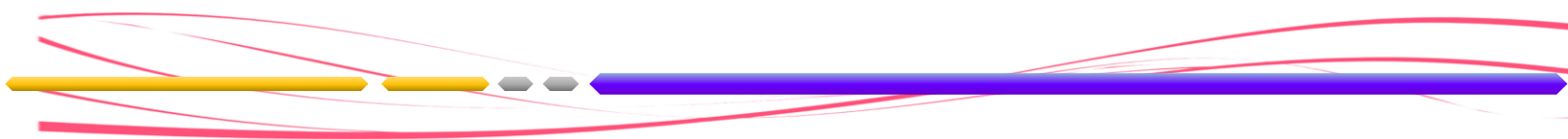
BIBLIOGRAFÍA

1. AQUINO, JOSE ANGEL, Sistema Electoral y Representación femenina. Publicaciones JCE, Santo Domingo, 2007.
2. CENTRO INTERAMERICANO DE ASESORÍA Y PROMOCIÓN ELECTORAL (CAPEL), Diccionario Electoral, Ediarte R.L. 1989.
3. Fundación CEDDET y Congreso de Los Diputados, Gestión de los Procesos Electorales: Fundamentos Estructurales. Módulo 1: Los Sistemas Electorales. 6ª Edición, 2010.

4. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH) Igualdad para una democracia incluyente. San José, Costa Rica, 2009.
5. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, IIDH/CAPEL, Derechos Políticos de las Mujeres: Avances y Buenas Prácticas en El Salvador, Costa Rica y Panamá, 2016.
6. NOHLEN, DIETER, Sistemas Electorales y Partidos Políticos, Fondo de Cultura Económica, México, 1998. ¿Disponible también en [biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm? l=1959](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1959)
7. Sartori, Giovanni, Ingeniería Constitucional Comparada, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición en español, México, 1994.
8. SEQUEN, JORGE y CORDOVA, JOSE, Sistemas Electorales, Tribunal Supremo Electoral, Guatemala, 2014.

LEGISLACIÓN:

1. Constitución Política de la República de Guatemala
2. Ley Electoral y de Partidos Políticos, decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente y sus reformas.
3. Acuerdos de Paz, suscritos entre la guerrilla guatemalteca y el Estado de Guatemala.
4. Declaración Universal de Derechos Humanos.
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
6. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”.



ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN REGULADAS EN EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER CON LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN REGULADAS EN EL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL.

Dra. Zonia De La Paz Santizo Corleto

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

1. CONCEPTO DE DELITO

Corresponde a la teoría del delito establecer que es el delito, este surge como una elaboración sistemática de sus características, para Santiago Mir Puig (PUIG, 1990) el delito es: *“un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable”*; la punibilidad se ha considerado como elemento del delito, en el concepto tradicional, sin embargo, se considera que este elemento se añade cuando se dan las condiciones de punibilidad, eso quiere decir que no todo delito es punible.

El derecho penal moderno analiza el concepto del delito desde una doble perspectiva de valores, cuando se da el desvalor de un hecho o acto, denominándosele a este desvalor antijuridicidad, porque el sujeto ejecuta una acción contrario a lo ordenado jurídicamente en una norma penal; y el otro desvalor del que se habla es el que recae sobre el sujeto o autor del hecho que ejecutó un comportamiento diferente a lo esperado, a esto se le denomina responsabilidad o culpabilidad o desvalor de autor.

La responsabilidad es una de las características del delito y se deduce a la persona que ejerce acciones que atacan bienes jurídicos tutelados por el Estado, quien debe responder

por su conducta antijurídica, resulta ser la responsabilidad el enlace entre el delito cometido y la pena.

2. RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal se genera bajo la motivación de culpabilidad que se le atribuye al sujeto activo de un delito. se deduce la responsabilidad penal a todo aquel sujeto que conscientemente lesiona un bien jurídico, a lo que se le denomina conciencia de antijuridicidad, como se indicó el delito es una estructura sistemática de sus caracteres, de tal manera que si existe prohibición en la norma que contiene un tipo penal de ejecutar una conducta, el sujeto debe tener esa conciencia de que su actuar esta contrario a derecho por lo tanto es antijurídico, de allí surge la capacidad del sujeto para responder penalmente por su actuar, estructurándose así la culpabilidad, que tiene su fundamento en la intencionalidad de cometer el delito (dolo). Al referirse a ese conocimiento del comportamiento ilícito, Sergio y Danilo Madrazo Mazariegos exponen: *“El sujeto debe conocer que realiza un comportamiento ilícito, contrario a bienes o intereses para ese sistema social. Como es lógico, en ningún caso puede exigírsele que conozca exactamente el conte-*

nido de la legislación penal, pero si que posea un conocimiento global, sobre lo lícito e ilícito, teniendo en cuenta sus características y peculiaridades personales”. (Sergio Mardrazo mazariegos , 2006)

3. CAUSAS QUE JUSTIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

Como se dijo anteriormente, no todas las conductas antijurídicas son punibles, de tal manera que algunas de las conductas antijurídicas se ejecutan bajo el amparo de una justificación, estas causas de justificación solo pueden determinarse si se ha establecido la existencia de la tipicidad, de tal manera que de no estar la conducta enmarcada dentro de un tipo penal, se hace innecesario establecer si la conducta contiene una causa de justificación.

La concurrencia de una causa de justificación, convierte la conducta del sujeto activo en una conducta permitida por la ley, esto implica que no es sancionable de ninguna manera. Se produce una causa de justificación cuando hay circunstancias de hechos que impiden responsabilizar al sujeto por la conducta antijurídica cometida.

Toda causa de justificación tiene presupuestos de hechos que habilitan realizar por parte del sujeto activo una conducta típica, para que se produzca debe existir conocimiento de esos presupuestos y la voluntad de querer ejecutar esa conducta antijurídica. La existencia de una causa de justificación debe darse en el preciso momento del hecho, de no ser así no puede ser invocada, toda vez que al ejecutar el ilícito previa planificación el hecho no puede quedar justificado de ninguna manera.

Las causas de justificación se producen en condiciones expresamente determinadas por la ley, solo puede autorizarse una conducta lesiva hacia un bien, si concurren las circunstancias contenidas en las normas penales que lo habilitan, lo que genera un tratamiento diferente al sujeto que tiene habilitada una causa para que proceda a lesionar un bien jurídico tutelado por el Estado.

4. CAUSAS QUE JUSTIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL, EN EL CÓDIGO PENAL

4.1 LEGÍTIMA DEFENSA

Nuestra ley sustantiva penal admite la legítima defensa como una causa de justificación y presupone como condición necesaria que la acción que se ejecuta sirva para repeler una acción antijurídica que va sobre un bien individual y propio, lo que implica que no se puede alegar legítima defensa sobre bienes de la comunidad o de tercera persona; en este último caso únicamente podría darse en la medida que el agredido requiera ser defendido. Indispensablemente se requiere de una voluntad antijurídica de otro, a lo que la ley le denomina agresión ilegítima sobre un bien jurídico tutelado en favor del titular del derecho sobre el mismo, lo que implica que necesariamente la agresión inicial no tiene causa de justificación, de ser así no cabe defenderse legítimamente. Por otro lado la ley obliga a repeler la agresión de manera racional, lo que implica que la defensa no puede ser desproporcional ni excesiva al peligro inminente sobrevenido, la reacción defensiva debe ser racional. Por otro lado la ley también reconoce como presupuesto para alegar legítima defensa, la falta de provocación suficiente, lo que implica que desaparece la justificación cuando el agredido previamente ha provocado al agresor de tal manera que este reacciona con una agresión ilegítima, excepcionalmente la ley admite el no reclamo de este presupuesto cuando se trate de la defensa de los parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, padres hijos adoptivos, siempre ;que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

4.2 ESTADO DE NECESIDAD

Se habla del estado de necesidad cuando se vulnera un bien jurídico tutelado por la necesidad de salvarse o salvar a otros de un peligro inminente, la ley exige condiciones para la aplicación de esta justificación las que se enumeran de la siguiente manera: 1. Que el sujeto activo no haya causado voluntariamente el peligro. 2. Que no exista otra forma

de evitar el peligro. 3. Que el hecho generador sea en proporción al peligro. 4. La realidad del mas que se trate de evitar. 5. Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo, y 6. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

Tanto el estado de necesidad como la legítima defensa tiene como presupuesto de antecedente la situación de un peligro inminente, que solo puede repelerse mediante una acción antijurídica de un hecho un hecho típico; la distinción entre una y otra causa de justificación radica en que la legítima defensa se da cuando se reacciona frente a una persona que agrede, en tanto que el estado de necesidad, no es necesario la existencia de una persona que agrede, inclusive se pueden lesionar intereses de terceros.

4.3 LEGITIMO EJERCICIO DE UN DERECHO

Esta causa de justificación se da cuando el sujeto lesiona un bien jurídico, en cumplimiento de los deberes, de tal manera que aunque actúe antijurídicamente su conducta no puede ser considerada como prohibitiva, por lo tanto antijurídica.

Toda conducta que vulnere bienes jurídicos fundamentales protegidos por el estado, se considera contraria a derecho; sin embargo esta causa de justificación, se considera permitido y no contrario a la ley la sesión de un bien impulsado principalmente por el ejercicio de un deber, que resulta ser presupuesto básico en esta modalidad de justificación. Ejemplo básico que puede darse para el entendimiento de esta causal es el caso del policía que para lograr detener a un sindicado que se da a la fuga en un vehículo, es perseguido por este para cumplir con la detención, sin embargo esa persecución la hace también en un vehículo a alta velocidad, que constituye un peligro para los transeúntes, al final cumple con su labor, sin embargo no se le puede endilgar haber incurrido en responsabilidad de conductores, por el hecho de justificación que le provoco conducir de esa manera.

5. ANTECEDENTES SOBRE LA LEY DE FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

La ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, surge como consecuencia de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala, el Estado de Guatemala tiene la obligación de proteger y tutelar los derechos humanos de las mujeres, por lo que es inminente la creación de un instrumento legal como imperativo para la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, más conocida por sus siglas en inglés como “CEDAW”, instrumento internacional que fue ratificado por el estado de Guatemala mediante el decreto 49-82 del Congreso de la República; asimismo la aplicación de la convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la convención “*Belem Do Pará*”, instrumento internacional que también fue ratificado por el Estado de Guatemala mediante el decreto 69-94 del Congreso de la República.

Han sido siglos los que han pasado para que se reconozca el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, dicho reconocimiento se ha hecho a través de luchas constantes de las mujeres que han producido esta historia de cambio; por lo que del fruto de las mujeres que han luchado por una construcción social diferente en donde no solo se les reconozca como tal, sino que también se les incluya, en atención de tener un estatus de igualdad formal frente a los hombres, los Estados han suscrito Convenciones y/o Tratados Internacionales como los ya mencionados entre otros a través de los cuales se ha logrado el reconocimiento mencionado. De tal manera que solo a través de la inclusión en la norma jurídica pueden efectivamente darse esos cambios para las mujeres.

Es así como el Estado de Guatemala trabaja en el marco legal que ampare esos derechos surgiendo así las disposiciones necesaria para

el abordaje de la protección de los derechos humanos de las mujeres y crea entre otras la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer Decreto 22-2008 del Congreso de la República; esta es una ley penal especial que contiene delitos y penas, así como disposiciones de orden sustantivo y procesal que deben tomarse en cuenta para su aplicación. La ley es de naturaleza pública, es tutelar y sancionadora; las disposiciones de la misma están orientadas a erradicar la violencia ejecutada por el hombre en contra de la mujer, en sus diferentes manifestaciones garantizándole una vida libre de violencia. La ley crea los tipos penales siguientes: Femicidio, Violencia contra la Mujer en sus manifestaciones de violencia física, sexual y psicológica y Violencia económica.

El artículo 1º. De la ley regula el objetivo de la misma, al efecto establece: **Artículo 1. Objeto y fin de la ley.** *La presente ley tiene como objetivo garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley, y de la ley, particularmente cuando por condiciones de género, en las relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado, quien agrede cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias, de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos. El fin es promover e implementar disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia física, psicológica, económica o cualquier tipo de coacción en contra de las mujeres, garantizándoles una vida libre de violencia, según lo estipulado en la Constitución Política de la República e instrumentos internacionales sobre los derechos humanos de las mujeres ratificados por Guatemala".* Al verificar la normativa, esta ordena trabajar los casos con perspectiva de género, existe un mandato de la ONU para incorporar dicha visión en la legislación de los Estados partes, el término género no es fácilmente comprensible debido a la visión androcéntrica que se ha puesto de manifiesto en la mayoría de la legislación, circunstancia esta que hace difícil ver más allá.

El género se refiere a la condición de hombre o mujer caracterizada por condiciones sociales, culturales, psicológicas aunadas a las condiciones biológicas para la interpretación del derecho, que es lo que nos ocupa en el presente ensayo.

6. PROHIBICIÓN DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, EN LA LEY DE FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

El artículo 9 de la ley regula la prohibición de causas de justificación, para el efecto establece: **“Artículo 9. Prohibición de causales de justificación.** *El los delitos tipificados contra la mujer no podrán invocarse costumbres o tradiciones culturales o religiosas como causal de justificación o de exculpación para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar la violencia contra la mujer. (...)”* Conforme lo transcrito no puede argumentarse como derecho de defensa las costumbres o tradiciones culturales o religiosas, de tal manera que las mujeres están protegidas íntegramente.

Si bien Guatemala en un país rico en culturas y tradiciones, pluriétnico y multilingüe, los vejámenes o violencia en contra de la mujer no es cultura ni costumbre; como ya se dijo anteriormente esas prácticas se han sostenido como consecuencia de una tradición de violencia contra la mujer, con esta normativa se tutela a la mujer en una construcción social diferente; históricamente la mujer se ha conceptualizado bajo diferentes estereotipos, su condición de mujer ha sido la pauta para un tratamiento desigual.

En las últimas décadas Guatemala ha experimentado avances significativos en el reconocimiento de su multiculturalidad, reconocimiento que se ha logrado a través de las luchas de los pueblos indígenas y los compromisos adquiridos por el Estado al ser partes de los Convenios y Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y del reconocimiento de los pueblos indígenas. Desde la época de la colonización a las mujeres se

les impuso estereotipos de vida y sometidas al poder de los hombres, especialmente a la mujer indígena que fue sometida a la violencia y abuso de los colonizadores, habiendo sufrido la mujer una triple violencia: por género, por etnia y por clase social. De tal manera que durante siglos se han trasladado esas tradiciones discriminatorias y de vulneración a los derechos de las mujeres, dentro de las que cabe mencionar, el poco acceso a la tierra, a la educación, a la economía crediticia, entre otros.

Todo este sistema de aparentes tradiciones, que son los estereotipos aún se mantienen, no tan arraigados pero persisten, entre los que podemos mencionar: **la mujer que trabaja fuera del hogar conyugal**, al respecto el código civil ya fue modificado por lo que la mujer libremente puede decidir trabajar o no fuera del hogar; **la mujer honesta**, persiste la ideología del hombre que la mujer debe hacer actividades que redunden en su honestidad, esta ideología lleva inmersa obligar a la mujer a conducirse de determinada manera, a vestirse de determinada forma, a obligarla a tener virtudes, inclusive a través del reconocimiento de los derechos de las mujeres se modificó el código penal que exigía dentro de los presupuestos normativos de un tipo penal, que para que se produjera la víctima tenía que ser mujer honesta, mayor de doce años y menor de catorce años (*artículo 176 derogado del código penal, que regulaba el delito de Estupro mediante inexperiencia o confianza*); sin embargo persiste la subordinación y hay muchos casos en donde la mujer tiene que pedir permiso o doblegarse ante el hombre para que éste le permita trabajar fuera del hogar, o le autoriza trabajar en una actividad dentro del hogar para que no salga de la casa; **la mujer madre**, la creencia es que la mujer madre debe ser sacrificada para sus hijos, que la madre tiene bajo sus hombros la obligación de la buena convivencia en el hogar, y si esta no funciona es porque no ha sido una buena madre y/o esposa, definiéndole a la mujer madre un rol de abnegación y sufrimiento en favor de sus hijos de por vida, que de no ser así no es una buena madre; **la mujer esposa**, a la

mujer se le impone como principal proyecto de vida el matrimonio, se ha idealizado como una obligación a la mujer casarse, tal ideología supone un prejuicio social, de donde surgen inclusive hasta humillaciones y discriminación para aquellas mujeres que aún no han logrado contraer matrimonio, de allí los refranes como: solterona, amargada, la dejo el tren, debe casarse con el príncipe azul, entre otros peyorativos; por otro lado se han encontrado desigualdades formales al establecer la ley ciertos privilegios para los hombres, en función de ser la cabeza del hogar, afortunadamente por recomendación de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, a través del procedimiento iniciado por la licenciada María Eugenia Morales de Sierra se logró la modificación del código civil, lográndose una equivalencia de derechos en el hogar entre los hombres y las mujeres; sin embargo los cambios que han logrado a través de las conquistas que las mujeres han logrado a través de las diferentes luchas de activistas en materia de derechos humanos de las mujeres. En atención a esos manifiestos logros que se han conquistado a través de los años, surge la tutela judicial para las mujeres víctimas de Violencia contra la mujer, de tal cuenta que el artículo 9 de la ley de la materia busca esa protección para la mujer al prohibir detalladamente cualquier justificación en la que se invoque costumbre o tradición cultural o religiosa, que permita perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar la violencia contra la mujer.

Cabe advertir que esta normativa no se contrapone al convenio 169 de la OIT, toda vez que a través de este convenio se reconoce el respeto de los derechos humanos, de tal cuenta que cualquier acto que vulnere los Derechos Humanos no podrá ser considerado como tradición o Costumbre.

7. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Erróneamente se ha considerado que, al aplicarse la Ley contra el Femicidio y otras for-

mas de Violencia contra la Mujer, es inadmisibles cualquier causa que justifique la conducta antijurídica del sujeto activo del delito (hombre). Al tenor de lo que se ha relacionado en el tema anterior las causas de justificación reguladas en la ley de la materia, se refieren con exclusividad a que no pueden ser tomadas como causas de justificación las costumbres o tradiciones culturales o religiosas, so pretexto de que es una forma de vida, aunque la propia mujer la justifique.

En ese orden de ideas procede aplicar en un proceso penal perseguido por cualquiera de los ilícitos contenidos en la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, las causas de justificación reguladas en el artículo 24 del código penal. Los sujetos de los delitos tipificados en la ley penal especial relacionada, son en primer término la mujer en su calidad de víctima, como sujeto pasivo, y el hombre como sujeto activo, siempre y cuando los hechos se den por condición de género en una relación de poder o confianza, ya sea en el ámbito público o privado; de allí surge la importancia de conocer y aplicar la teoría del delito con perspectiva de género, pues solo a través del pleno conocimiento de la teoría del género podrá dársele la interpretación que corresponda a las causas de justificación que se reclamen por la vía del artículo 24 del código penal.

En todo caso corresponde al hombre el reclamo de aplicación de causas de justificación, siendo estas:

1. La legítima defensa,
2. El estado de necesidad, y
3. El libre ejercicio de un derecho.
- 4.

Se ha hecho un análisis de cada uno de los presupuestos que debe integrar las causas que justifican la lesión a un bien jurídico que en este caso es la mujer directamente (víctima) o a un bien que le pertenezca a la mujer.

Podría decirse que resulta desproporcional ampararse en una causa de justificación, cuando la víctima sea mujer y el victimario

hombre; sin embargo tal consideración también resulta atentatorio contra el principio de legalidad y de igualdad formal, toda vez que si se dan expresamente las hipótesis contenidas en cada uno de los supuestos de causas de justificación contenidas en el artículo 24 del código penal, pueden ser subsumibles en el caso concreto, sin que implique vulneración a los derechos de las mujeres; toda vez que la misma ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la mujer regula en el artículo 25 que supletoriamente se debe aplicar entre otras leyes, el Decreto número 17-73 código penal.

Sin embargo, por tratarse de los derechos de la mujer y la historia que antecede a los logros aludidos en el presente, el juzgador debe considerar con propiedad de conocimiento y responsabilidad el advertir que la conducta del hombre al lesionar a una víctima mujer en su integridad o en sus bienes tiene justificación, sobre todo el conocimiento pleno de la Teoría del delito con perspectiva de género.

8. CONCLUSIONES

1. El conocimiento y sensibilización de los operadores de justicia en relación a la perspectiva de género, es el ingrediente fundamental para resolver con propiedad cualquier reclamo con el que se pretenda justificar la conducta antijurídica que lesiones los derechos de las mujeres sobre si misma o sobre sus bienes.
2. No puede invocarse como causa de justificación las costumbres o tradiciones culturales o religiosas, para perpetrar, infligir o consentir, promover, instigar o tolerar la violencia contra la mujer.
3. Las causas de justificación reguladas en el artículo 24 del código penal, son aplicables en los casos que se invoquen dentro de los delitos contenidos en la ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, siempre y cuando se tome en cuenta la teoría del delito con perspectiva de género.

4. La prohibición de causas de justificación invocadas bajo el amparo de las costumbres o tradiciones culturales o religiosas, no se contrapone a lo que regula el convenio 169 de la OIT.

LA MUJER. GUATEMALA: Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA

Còrdoba, C. R. (2006). *FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL DOGMATICA PENAL PARTE I*. Guatemala: Praxis.

Còrdoba, C. R. (2011). *DERECHO PENAL I*. Guatemala: ediciones Renacer.

Grupo Guatemalteco de Mujeres. (2010). *LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER COMENTARIOS Y CONCORDANCIAS*. GUATEMALA: GGM.

Guatemala, C. d. (2015). *CODIGO PENAL*. Guatemala: Librería Jurídica.

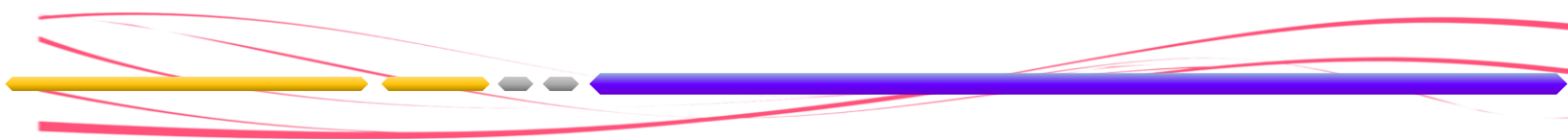
Publico, M. (2016). *TRANSVERSALIZACION DE GENERO Y ANALISIS NORMATIVO EN MATERIA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER*. GUATEMALA: Ministerio Público.

PUIG, S. M. (1990). *DERECHO PENAL, PARTE GENERAL*. BARCELONA, ESPAÑA: PROMOCIONES Y PUBLICACIONES UNIVERSITARIAS.

República, C. d. (2010). *PROTOCOLO DE LA LEY CONTRA EL FEMMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJERO DECRETO 22-2008 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA*. GUATEMALA: Escuela de Estudios judiciales.

Sergio Madrazo mazariegos . (2006). *Constelacion de Ciencias Penales*. Guatemala: Magna Terra Editores.

Unidas, N. (2015). *HERRAMIENTA PARA LA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y LA APERSPECTIVA DE GENERO EN LA ELABORACION DE SENTENCIAS RELATIVAS A DELITOS DE FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA*



EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO A DIFERENCIA DEL SISTEMA ADVERSARIAL

Dr. Luis Mauricio Corado Campos

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,
GUATEMALA

INTRODUCCIÓN

La víctima constituye un sujeto que adquiere un papel significativo para la aplicación de justicia en el sistema adversarial, puesto que con la regulación actual, este sujeto permite la investigación y encausamiento de los posibles responsables del acto por el cual se convirtió el sujeto pasivo de un delito, precisamente en eso: víctima.

Hoy, la víctima no tiene gestionar por cuenta propia la aplicación de justicia, puesto que el solo hecho de notificar la noticia de un crimen, alerta a las autoridades del ejercicio de la persecución penal, a diferencia de que al ente investigador resulte una mera posibilidad la realización de pesquisas, puesto que la implicación mayor en la actualidad, no la tiene el sufrimiento infligido a un sujeto sino la violación del derecho mismo.

En consecuencia el presente estudio se divide en cuatro temas a saber, siendo el primero, los elementos teóricos más fundamentales para la interpretación del sujeto de la víctima; el segundo, acerca del devenir histórico de la concepción y regulación de este sujeto; el tercero, la descripción de la víctima en el proceso penal guatemalteco; para que en el cuarto y último, se aborde el tema de la víctima en el sistema adversarial.

1. La Víctima

Cuando se piensa en “la víctima”, comúnmente se piensa en la persona afectada por la comisión de un delito. Esto coincide especialmente con el concepto que se debe tener de víctima, sin embargo la enseñanza que se extrae de la evolución del Derecho Penal, es que dicha concepción provocó que su estudio y la profundización del mismo se quedara en el pasado y que evolucionara más la teoría en torno al delincuente, al punto de justificarse por medio de éste la existencia de aquel, es decir que el concepto entonces pasó a ser: “si no existe delincuente, no habrá víctima”. Cómo se puede comprobar una afirmación de tal naturaleza, únicamente por medio del estudio de la criminología, la dogmática penal y en sí del Derecho Penal como Ciencia.

Bástenos citar textualmente a los autores Bustos Ramírez y Larrauri cuando afirman: “La criminología de corte positivista se vio superada por diferentes enfoques académicos que se iniciaron ya en Europa con Durkheim y que se continuaron en Estados Unidos con el funcionalismo, El pretendido postulado etiológico del positivismo ligaba el fenómeno delincuencia a causas determinadas de carácter biológico, antropológico y social, y afincaba su estudio partía del delincuente encarcelado, que en su inmensa mayoría pertenecía a las

clases bajas de la sociedad. Lo cual llevaba a la hipótesis de que se podía suprimir la delincuencia, ya fuera eliminando sus causas o ya encerrado de por vida a los delincuentes cuando aquello no fuese posible, y por eso se hablaba de resocialización y defensa social, pues se trataba justamente de incorporar al sistema al disco lo rebelde de las categorías inferiores, al marginal”.¹

El peligro de concebir a la víctima en dependencia con el delincuente es que se puede caer en la tentación de centralizar el estudio en el delincuente y por tal, caer en el inconveniente de limitar el estudio de la víctima.

2. La víctima en el proceso penal guatemalteco

Concretamente se considera necesario, a favor de la víctima que se establezca una regulación en dos sentidos: la primera los incentivos a los sujetos responsables para que se sientan ligados al posible resarcimiento a la misma y en segundo lugar los servicios para la protección a la víctima.

Es evidente que en Guatemala no hay incentivos para el resarcimiento, no existen posibilidades de rebaja en la pena, de perdón judicial o incluso de otro tipo de consideraciones diversas, consecuentes con una postura de resarcimiento que asumiera en determinado momento el agresor y ofensor en un delito cualquiera.

Expresado lo anterior, se puede caer en una reflexión imprecisa al establecer que un sujeto pudiere pretender causar un daño amparado en la posibilidad de ser tratado menos severamente si resarce en parte o todo el daño.

Sin embargo, se dice que es una imprecisión, puesto que este tipo de privilegios no significa absolución y por otro lado el incentivo es

consecuente con la dogmática penal de un derecho de solución a los conflictos entre las personas.

Borja Mapelli y Juan Terradillos indican que: “Si estas (normas del derecho penal) establecen reglas para determinar la responsabilidad civil derivada del delito y los sujetos responsables, otros preceptos dan al resarcimiento un tratamiento específico dirigido a incentivar una intervención activa del responsable de la infracción criminal en la neutralización de sus efectos negativos...”²

En dicho sentido se puede establecer tres claros incentivos: el primero destinado a reformar el Artículo 26 numeral 5º, por medio del cual se pueda potenciar la figura de la reparación al daño causado, estableciéndose la obligación para que el Tribunal deba hacer una rebaja en la pena como consecuencia de haber procedido el inculcado a resarcir los daños.

La segunda de las reformas al Código Penal consiste en establecer un perdón judicial consecuente con que el inculcado haya procedido a reparar satisfactoriamente el daño y el ofendido esté de acuerdo, de manera que el inculcado no tenga o deba esperar la inminencia de una sentencia condenatoria para sentirse motivado a hacerlo, sino antes negociar con el ofendido. Esta reforma afectaría los Artículos 83 y 106 del código penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Por último, como propuesta de incentivo a una actitud más reparadora por parte del agresor, se puede establecer no sólo la reparación de los daños hasta donde alcanzan los mismos, sino además crear la posibilidad del pago de perjuicios, lo que no se incluye lógicamente en la reparación del daño.

En materia civil es conocida la diferencia entre daño y perjuicio, incluyendo el primero únicamente el costo de los objetos materiales

¹Bustos Ramírez, Juan y Elena Larrauri. **Victimología presente y futuro**. Pág. 3.

²MapelliCaffarena, Borja y Juan TerradillosBasoco. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Pág. 253.

o físicos dañados, sin embargo, el perjuicio incluye además de lo anterior aquellas ganancias que habrían podido obtenerse, bien sea del uso de la cosa dañada o bien con los días de trabajo que se dejan de tener como consecuencia del tiempo de inhabilitación por lesiones o por el deterioro de la cosa.

Es preciso aclarar que el nombre que se le da a la circunstancia atenuante contenida en el numeral cinco del Artículo 26 es equivocado, toda vez que no debe ser la reparación del perjuicio, puesto que muchas veces no hay tal perjuicio, mientras que daño es más probable que se presente.

De tal manera que en estricto apego a la ley algún procesado quiera reparar, pero al establecer que se trata de un daño y que no hay tal perjuicio su reparación pueda quedar fuera de lo que exige la ley.

3. La víctima en sistema adversarial

En este aspecto, es intrascendente todo lo intentado hasta ahora, resulta que la poca atención que se brinda a la víctima se trata de lugares en donde ésta puede únicamente denunciar, los malos tratos, la violación, la agresión, las amenazas etc., sin embargo, no existe un procedimiento de atención psico-social a la víctima; no existen centros de atención personalizada en la que se de tratamiento o terapia a dicho sujeto, por lo tanto toda la política criminal del país va encaminada a proteger a la víctima, es decir a todos los ciudadanos, estableciéndose penas severas para intentar un escarmiento a los delincuentes, sin

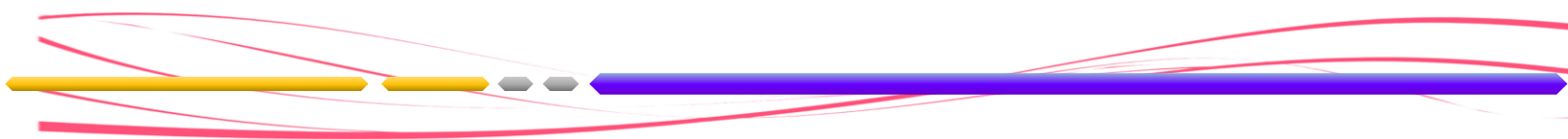
embargo la víctima propiamente dicha no recibe este tipo de asistencia y la política criminal en dicho sentido es nula.

Es por tanto, preciso establecer centros de atención a la víctima de los distintos delitos que involucran un trauma post delincencial.

Otros institutos del Derecho Penal, son por ejemplo el Criterio de Oportunidad regulado por el Código Procesal Penal, el cual estatuye como requisito para aplicarlo, en los numerales del 1 al 5 establecidos en el Artículo 25, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso, puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del derecho o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia Intrafamiliar es otra ley que puede tomarse como otro cuerpo de normas que surgen en beneficio de las víctimas de conductas delictivas.

Debe quedar claro que en Guatemala, además de estas normas no existe una real protección a la víctima, mientras que en los países de Europa, España, Francia y Alemania por ejemplo, ya contemplan la protección a las víctimas haciendo clasificaciones según el tipo de delito.



EL EJERCICIO PROFESIONAL EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES LABORALES

Dra. Ingrid Johana Romero Escribá

SALA PRIMERA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, GUATEMALA

El ejercicio profesional independiente y la relación de dependencia (subordinación), aunque pueden considerarse como situaciones completamente distintas, con regularidad, ante la controversia surgida a nivel judicial, evidencian, al desempeñarse una actividad profesional y su respectiva remuneración, que constituye una verdadera relación dependiente, es decir, el profesional está sujeto a recibir órdenes e instrucciones, haciendo al profesional un trabajador más al servicio de un empleador.

Tomando como premisa lo anterior, se debe tener presente que los requisitos que permiten demostrar que la relación contractual convida entre los sujetos, es “*en realidad*” de naturaleza laboral, están contenidos en el texto del artículo 18 del Código de Trabajo, el cual estatuye: “*Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución, de cualquier clase o forma*”. Partiendo de tal regla, se desprende que las circunstancias primordiales que evidencian concretamente la existencia de una relación

dependiente o subordinada son: **a)** La dependencia: reflejada en la facultad de la parte empleadora, de organizar las labores, emitir las directrices y girar las órdenes, en relación a cómo deben prestarse los servicios, estando el subordinado en la obligación de acatarlas. El profesional en su actuación dentro de la empresa, se sujeta a las indicaciones del contratante, quien le suministra los materiales para desarrollar las funciones que le han sido designadas; y **b)** La retribución económica: constituye esa remuneración hacia el dependiente (trabajador), quien no presta sus servicios por cuenta propia sino por cuenta ajena, es decir, del contratante (empleador), quien cobra por los servicios prestados a terceros. La Corte de Constitucionalidad ha coincidido con los órganos privativos de trabajo en cuanto a declarar la existencia de una relación laboral, cuando se prueba que la parte empleadora ha utilizado una figura legal de contratación de servicios que ampara un contrato de otra naturaleza, con la intención de ocultar la verdadera relación de trabajo, indicando que constituye “*fraude de ley*”. Entre muchos de dichos fallos, se encuentran los siguientes expedientes: 1260-2018, sentencia de fecha 11 de junio de 2018; 2266-2018, sentencia de fecha 9 de julio de 2018; 4949-2017, sentencia de fecha 12 de febrero de 2018; 5457-2017, sentencia de fecha 19 de febrero de

2018; y 5760-2017, sentencia de fecha 5 de marzo de dos mil dieciocho.

La circunstancia que el trabajador sea un profesional no restringe el poder demostrar una relación dependiente, como tampoco es obstáculo para que pueda regir la presunción del artículo 19 del Código de Trabajo, toda vez, aquellas profesiones tradicionalmente consideradas liberales, con el paso del tiempo, la globalización y la tecnología, han sufrido cambios sustanciales en su desarrollo e introducción al campo del empleo, lo que permite afirmar, en estos momentos, que aquella excepción que previamente establecía esa prestación de servicios como propia y liberal, hoy se ha convertido en un fenómeno cada día menos común, es decir, cada día son más los profesionales que se encuentran en relación de dependencia.

En el caso del profesional, el elemento de la dependencia es el que adquiere especial relevancia, en virtud que ésta es entendida como consecuencia, efecto o derivación de la ajenidad, de esa cuenta, al pertenecer originariamente los frutos del trabajo por cuenta ajena a persona distinta de quien lo realiza, mediando para ello, el pago de una retribución, alcanza aquélla la facultad o derecho de determinar cómo, dónde y cuándo deben producirse esos frutos. La dependencia se traduce así en un poder de dirección que permite al empleador dar órdenes sobre el trabajo y al que se corresponde la subordinación del trabajador al cumplimiento de ellas; la dependencia se transmuta así en la subordinación del trabajador, entendida como el sometimiento al poder no sólo de dirección sino también al poder disciplinario del empleador. (Léase Manual Universitario Derecho del Trabajo, José Ignacio García Ninet y Arántzazu Vicente Palacio, página 367, Octava Edición, Editorial Aranzadi, S.A.).

Un profesional que presta sus servicios a una entidad pública o empresa específica, siguiendo instrucciones, en el lugar principal de

la actividad de ésta, con un horario y descansos predeterminados, se encuentra estrictamente “*subordinado*”, por lo que es un trabajador y no un profesional autónomo e independiente. Los abogados, los contadores públicos y auditores, los peritos contadores, los médicos y cirujanos, los ingenieros, entre otros profesionales, que presten sus servicios en relación de dependencia, deben ser considerados como trabajadores, indistintamente, de la utilización de figuras para encubrir el vínculo de trabajo, como lo es la contratación, usualmente, de servicios profesionales y la correspondiente facturación de honorarios. Un profesional puede ser autónomo e independiente, si se desenvuelve en su propio bufete, despacho u oficina, atiende a sus clientes, según su criterio y horario, no estando subordinado a ordenanzas; pero, adquiere la calidad de trabajador dependiente al momento que se le sujeta a una jornada de trabajo, se le exige su presencia para prestar sus servicios en la sede de la parte contratante, debe estar sujeto a la autoridad de quien lo contrata, y cobra por tales servicios, una cantidad dineraria de forma habitual. Por lo cual, el tracto sucesivo viene a ser otra característica para ubicar con claridad la prestación de los servicios dichos.

La jurisdicción ordinaria, generando jurisprudencia, así como la doctrina legal, han mantenido la postura que, indistintamente, de otras circunstancias que puedan invocarse por parte de quien pretende refutar la existencia de una relación de trabajo, porque se presentan particularidades que con frecuencia, dan paso a situaciones confusas, inciertas y generadoras de disputa de intereses, entre las que, a guisa de ejemplo, se citan, la imposibilidad que tiene el profesional de trabajar para el Estado y simultáneamente, percibir una pensión por jubilación de éste, o bien, la prohibición impuesta al notario de ejercer liberalmente su profesión, si se encuentra en relación de dependencia, tales situaciones, no constituyen obstáculo alguno para que se perfeccione un contrato de trabajo, ante la presencia de acti-

vidades habituales, continuidad e incorporación del profesional a la entidad o empresa para la que presta sus servicios, para lograr alcanzar los fines de aquellas, a cambio de una retribución periódica.

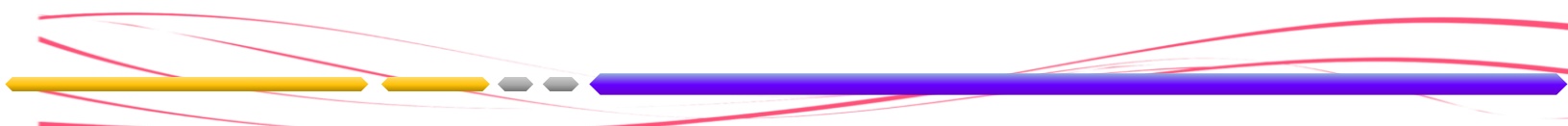
Cesario Junior trae a luz la siguiente lección: *“Cuando, sin embargo, el trabajador intelectual presta servicio de carácter subordinado se sujeta a un contrato de trabajo, según la opinión de Barassi, endosada por Otávio Mendes. En suma, repugna a muchos concebir la subordinación del profesional, en virtud de la confusión entre la dependencia propia del contrato de trabajo que, como ya dijimos, es una dependencia jurídica, a la subordinación de una directiva jurídica, a un poder de dar órdenes y de orientar el trabajo del empleado en interés del empleador; y la dirección técnica, que muchas veces compete al trabajador del empleador, al profesional. Así, el director de una gran compañía no puede imponer a los abogados de su departamento legal la orientación que deberán dar a una determinada causa, como el director de una fábrica no podría imponer a los técnicos de la misma, en principio, la aceptación de datos de procedimientos de fabricación (...).”* (Varios autores, La protección del trabajo en el mundo moderno, página 1110, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1987).

Se aprecia entonces, el deslinde entre el trabajador intelectual y el trabajador técnico, con el poder de dirección patronal. Y tal nota distintiva, es la que, en el momento de tratar de determinar el contexto de la relación jurídica que se entabla entre los sujetos de la misma, permitirá advertir, sin equívoco alguno, la naturaleza propia de tal relación. Y lo anterior, se une a las notas características predichas, permitiendo ubicar con tal exactitud, el trabajo dependiente o subordinado del

profesional, cualquiera que sea su arte u oficio.

Por ello, desde hace tiempo, la fórmula jurídica de la resolución de conflictos individuales de esta índole, se basa en el descubrimiento, como verdad, no sólo de la intención de las partes, sino de todas y cada una de las características o requisitos propios de un contrato de trabajo, apartando todas aquellas figuras de encubrimiento utilizadas para desdibujar la relación de trabajo, porque, ante todo y sobre todo, debe privar, en tales circunstancias, el derecho fundamental del *“derecho al trabajo”*, el que está contenido en la norma de normas, que es la Constitución Política de la República. Aunado a lo anterior, es importante resaltar que el derecho mencionado es materia de tratados internacionales suscritos por Guatemala, en los cuales, se reafirma ese *“derecho al trabajo”*, sin que sea menoscabado a través de leyes, reglamentos o disposiciones de índole administrativa, fiscal o presupuestaria, que únicamente trastocan la realidad de las contrataciones de los profesionales.

En resumen, entonces, en este tiempo post-moderno, el profesional liberal va dejando su connotación como tal, abriendo paso a su dependencia, no sólo en el plano económico sino en la prestación de los servicios a favor de un empleador. Por ello, debe tenerse presente que la circunstancia de ser profesional el trabajador, no puede limitar el reconocimiento de una relación laboral, y menos aún, ante la inexistencia de reclamo durante la vigencia de la relación contractual que originó la prestación de los servicios, la que generalmente es atribuible al temor fundado que tiene el profesional de afectar su contratación, si requiere el cumplimiento de sus derechos mínimos, irrenunciables e indisponibles.



EL ACCESO A LA JUSTICIA, UN DERECHO HUMANO ESENCIAL PARA LA MUJER EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.

M. A. Rogelio Can Sí

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

1.1 Reflexión preliminar

En la dinámica social las relaciones que históricamente han desplazado a la mujer en el plano de la igualdad de derechos, ha sido desconocer su dignidad como persona humana; en este enfoque se matiza el derecho que tiene del acceso a la justicia, como un derecho humano esencial, porque se ha contextualizado el desarrollo y construcción histórica de sociedades dispares. Se busca eliminar ese tratamiento de la mujer como seres inferiores es decir es pertinente excluirlas del marco de la discriminación, la opresión y la violencia en un sistema patriarcal derivado de la naturalización que ha tomado la sociedad de los roles genéricos que han jugado tanto mujeres como hombres. La dignidad de la mujer ha sido negada por el patriarcado que constituye un orden social genérico de poder basado en un modo de dominación cuyo paradigma es el hombre. Este orden asegura la supremacía de los hombres y de lo masculino sobre la inferiorización de las mujeres y de lo femenino. Es asimismo un orden de dominio de unos hombres sobre otros y de enajenación entre las mujeres. (Naciones Unidas, 2007, p.6)

Desde esta perspectiva resulta válido afirmar que existe una disparidad de oportunidades muy fuerte entre hombres y mujeres, producto de esas relaciones de poder, este sistema ha construido un régimen de domina-

ción masculina sentando las bases de la desigualdad en la historia de la humanidad al someter a la mujer.

1.2 Definición de grupos en condiciones de vulnerabilidad.

Para entender el contexto de este tema es pertinente indicar que los grupos en situación de vulnerabilidad necesariamente hacen alusión a las nociones de grupo y vulnerable; un grupo es un conjunto de individuos, animales u otros elementos. En tanto que vulnerable, es aquel o aquello que es susceptible de sufrir algún tipo de menoscabo o daño, ya sea moral o físico. (Definición de Grupos Vulnerables [en línea]. Disponible en: <https://definicion.de/grupos-vulnerables> [2019] 21 de marzo), al tomar estas definiciones se tiene que constituyen agrupaciones o comunidades de personas que se encuentran en una situación de riesgo o desventaja, y por esas condiciones el Estado debe garantizar la protección de sus derechos humanos porque están en situación de vulnerabilidad, entre otros aspectos, por razones económicas, condición física, nivel educativo, género o edad; por ello, necesitan condiciones especiales para integrarse a la sociedad y desarrollarse plenamente ante la desventaja en que se encuentran. (Recuperado: <https://definicion.de/grupos-vulnerables>).

1.3 El principio de igualdad para toda persona.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece la materialización de principios básicos que dan vida al derecho de igualdad y la eliminación de la discriminación por aspectos de discapacidad; el Artículo 1 reconoce la igualdad en dignidad y derechos para todas las personas, en tanto que el Artículo 2, establece que esos derechos y libertades, los tiene toda persona sin distinción alguna, enfatizando que no puede negarse por el hecho de su nacimiento o cualquier otra condición; de manera que con base en la perspectiva de género se debe garantizar el acceso a la justicia que tiene la mujer en condiciones de discapacidad; es por ello que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, resalta la igualdad al establecer

La igualdad es la piedra angular de toda sociedad democrática que aspire a la justicia social y a la realización de los derechos humanos. En prácticamente todas las sociedades y esferas de actividad la mujer es objeto de desigualdades en las leyes y en la práctica. Origina, y a la vez exacerba, esta situación de una discriminación en la familia, la comunidad y el lugar de trabajo. Aunque las causas y las consecuencias puedan variar de un país a otro, la discriminación contra la mujer es una realidad muy difundida que se perpetúa por la supervivencia de estereotipos y de prácticas y creencias culturales y religiosas tradicionales que perjudican a la mujer. (Naciones Unidas, p.1)

Se advierte que la Convención ha enarbolado ese principio de igualdad en atención a la dignidad humana que tiene la mujer, con el propósito de erradicar las desigualdades sociales que históricamente han surgido producto de las diferencias sociales, económicas, culturales y otras condiciones, entre los individuos y los grupos humanos.

1.4 El derecho de la mujer de vivir sin violencia y su protección como grupo específico en condiciones de vulnerabilidad.

Las mujeres constituyen grupo específico en condiciones de vulnerabilidad, de manera que se ha pretendido su igualdad a través de diferentes instrumentos internacionales, porque la humanidad se integra tanto de mujeres y hombres. La Organización de las Naciones Unidas se ha preocupado por la situación de los derechos humanos de las mujeres, entre las Convenciones aprobadas se encuentra la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, por sus siglas en inglés CEDAW, que obliga a los Estados partes a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

La Organización de los Estados Americanos en Asamblea General aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” en la que se establece que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales afectando su dignidad humana derivado de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Las personas en situación de discapacidad entre las que se encuentran las mujeres y niñas, han sufrido violaciones a sus derechos humanos, derivado de sus propias condiciones y porque la sociedad y el Estado se muestran excluyentes, a lo largo de su existencia ha sido vistas sin ninguna utilidad social, afecta lo sustancial de un ser humano: su dignidad y su participación en condiciones de igualdad con el resto de grupos humanos.

Existen estándares internacionales que tienden a establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas en situación de discapacidad en todos los ámbitos, principalmente el acceso a la justicia, de modo que esa discapacidad física, intelectual o sensorial, no constituyen aspectos para que se les excluya del goce efectivo de sus derechos humanos.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce la situación de discapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás; ciertamente pondera y resalta que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano, como consecuencia este estándar internacional en materia de Derechos Humanos, en esencia promueve y protege los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad buscando los mecanismos para que cada Estado promueva en condiciones de igualdad su acceso a los ámbitos civil, político, económico, social y cultural.

En el plano interno, a nivel Constitucional el artículo 53 señala la obligación que tiene el Estado de Guatemala de garantizar la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales; en cumplimiento de ello, el Congreso de la República promulgó la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad. Además, se aprobó la Política Nacional de Discapacidad, con el objeto de garantizar el acceso a todos los ámbitos para el ejercicio pleno de sus derechos humanos.

2. El derecho humano de acceso a la justicia de las mujeres en situación de vulnerabilidad.

2.1 Planteamiento general.

A los fines de establecer la importancia de los Derechos Humanos se establece que aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordena-

mientos jurídicos a nivel nacional e internacional (Sagastume Gemmell, 2008.p.4) lo que orienta al reconocimiento de la dignidad e igualdad humana como sustrato de la persona y que debe ser objeto de protección al sufrir violencia la mujer que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad.

Se considera que la condición de mujer y bajo esa circunstancia no las excluye de tener los mismos derechos que los hombres, toda mujer posee el valor universal de la dignidad, de esta condición esencial surgen todos los derechos que le permitirán vivir y desarrollarse plenamente en la sociedad.

2.2 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.3 El derecho de acceso a la justicia de la mujer en situación de discapacidad.

Las mujeres en situación de discapacidad tienen todos los derechos reconocidos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en este caso se establece que existe doble vulneración y exclusión, el hecho de ser mujer y particularmente estar en condiciones de vulnerabilidad, pero se debe tomar en cuenta que la existencia de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, básicamente buscan reiterar ese reconocimiento que ha existido en condiciones de igualdad en donde el Estado debe cumplir con esos derechos, de manera que se debe exigir la materialización mediante la justicia especializada, tomando en cuenta esa exclusión histórica que ha vivido.

A los propósitos de este artículo se aborda lo relativo a ese derecho humano esencial que tiene toda persona, sin embargo, este enfoque se hace específicamente a un grupo humano: la mujer en condiciones de vulnerabilidad víctima de violencia, que ha sido invisibilizada y excluida por el sistema tradicional patriarcal pues no ha conseguido acceder en condiciones de igualdad a la justicia especializada.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce la diversidad de las personas con discapacidad, muestra su preocupación respecto a las barreras que dificultan su participación en igualdad de condiciones con las demás, y en el caso de las víctimas mujeres por estas condiciones se vulneran sus derechos humanos.

Del preámbulo de dicho estándar es pertinente resaltar que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación, de manera que la Convención viene a constituir esa herramienta en materia de derechos humanos que promueve, protege y asegura el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y fundamentalmente promover el respeto de su dignidad humana.

Para garantizar el derecho humano que tiene este grupo específico, la Convención establece como principios generales, entre otros: El respeto de la dignidad inherente, la no discriminación, la accesibilidad y la igualdad entre el hombre y la mujer.

Es importante mencionar que el Estado de Guatemala al suscribir este instrumento jurídico, a través de la justicia especializada, debe reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna; también se obligó a prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

Particularmente en lo que hace a las mujeres con discapacidad, la Convención, entre otros aspectos, ha considerado la obligación que tienen los Estados Parte de reconocer que

las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación, y a ese respecto, deben tomar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

A la luz de dicho estándar internacional, se debe considerar para la justicia especializada la efectividad del derecho de acceso a la justicia que tiene la mujer en situación de discapacidad, el acceso no ha sido siempre el mismo, y bajo las condiciones de exclusión y desigualdad, también los Estados han adquirido obligaciones internacionales para que superen esa desigualdad y garantice ese derecho humano esencial, pues a pesar de la igualdad formal, ha sido a través del reconocimiento de los derechos sociales de las personas lo que ha contribuido para que ese derecho sea real y no únicamente teórico.

Desde esta perspectiva la igualdad de la persona debe ser tangible para que esa realidad conduzca a un adecuado acceso a la justicia. En ese sentido, la propia Convención, pretende que los Estados partes, aseguren que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

Ese acceso efectivo contempla la obligación de los signatarios de promover capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Se resalta que toda persona humana no solo tiene derechos individuales, también derechos colectivos que le permitirán contribuir

a su desarrollo pleno, por consiguiente la mujer goza de este derecho específico de acceso a la justicia.

Dicha circunstancia permite establecer que el acceso a la justicia es un derecho humano esencial que tienen todas las mujeres independientemente de su etnia y clase social, reafirmandose ese derecho a las personas en situación de vulnerabilidad, en atención a su dignidad como persona.

2.2.2. Consideraciones generales respecto de la justicia especializada.

Derivado de los principios que regula la referida Convención y para su efectiva aplicación, la jurisdicción especializada está obligada a emitir resoluciones adecuadas para asegurarles a las mujeres en condiciones de vulnerabilidad, el ejercicio pleno de ese derecho de acceso a la justicia, protección que los órganos jurisdiccionales deben realizar en atención a su dignidad humana, por ello en el ámbito de la administración de justicia, debe aplicarse, entre otros, ese estándar internacional en materia de derechos humanos, porque reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración a su dignidad y el valor inherente que tiene como ser humano, de manera que en la decisión judicial que se adopte y para que acceda a ese derecho humano esencial debe tomarse ese aspecto sustancial.

2.2.3 Implementación de la Política de acceso a la justicia para personas en situación de discapacidad del Organismo Judicial.

Resulta importante resaltar que el Estado de Guatemala ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas se advierte que el Organismo Judicial dio un paso positivo fundamental, porque se obligó a crear los mecanismos adecuados para que las personas con discapacidad ten-

gan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, entre los que deriva que alcanzan a la niñez, pueblos indígenas, mujeres y personas en condiciones de discapacidad, como grupos específicos en situación de vulnerabilidad.

Con esta Política se da cumplimiento al artículo 2 de dicha Convención porque implementa los ajustes razonables y procedimientos necesarios para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Además, desde la perspectiva de género, se establece la importancia de la decisión asumida por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, como integrante de la Cumbre Judicial Iberoamericana de dar cumplimiento a las “REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD”, pues el Organismo Judicial implementa los mecanismos para garantizar el acceso a la justicia de estos grupos específicos en condiciones de discapacidad, que tienen como fin garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos humanos en condiciones de igualdad.

Conclusiones.

El acceso a la justicia es un derecho humano esencial, principalmente para la mujer en situación de discapacidad, ello derivado de la violencia que es objeto por la desventaja en que se encuentra por considerarla el sistema del patriarcado sin ninguna utilidad social, lo que afecta lo sustancial de un ser humano, su dignidad.

Existe obligación del Estado de Guatemala de respetar y cumplir las obligaciones internacionales que ha adquirido a través de la aceptación y ratificación de Estandares Internacionales en materia de derechos humanos, de esa cuenta, debe garantizar el ejercicio pleno que tiene la mujer en situación de discapacidad

del derecho del acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Específicamente los tribunales especializados tienen esa obligación de garantía como lo indican los artículos 4, 6 y 7 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; así como de la que se deriva de los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, porque obliga a los estados a respetar y garantizar el pleno ejercicio de ese derecho humano esencial sin distinción alguna, esta jurisdicción debe tomar en cuenta la dignidad humana que le es inherente a la mujer.

El Organismo Judicial debe tomar las medidas respectivas tendientes a asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, todo ello con enfoque de derechos humanos. Derivado de ello como parte del Estado de Guatemala, implementó la Política de acceso a la justicia para personas en situación de discapacidad, como parte de la obligación contraída al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, con el objeto que la mujer, entre otros grupos específicos, goce en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales que tiene como ser humano, sin discriminación alguna.

Referencias bibliográficas.

Marco Antonio Sagastume Gemmell. (2008). Introducción a los Derechos Humanos. Guatemala. Universitaria San Carlos de Guatemala.

Naciones Unidas Derechos Humanos. (Noviembre 2007). Violencia contra las mujeres indígenas en Guatemala. Guatemala. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Convención sobre eliminación

de todas las formas de discriminación contra la Mujer, Protocolo Facultativo, Observaciones del Comité Guatemala Naciones Unidas Derechos Humanos.

Comisión De La Mujer DeLa Corte Suprema De Justicia (Septiembre de 2017) Política Institucional del Organismo Judicial sobre Igualdad de Género y Promoción de los Derechos Humanos de las Mujeres Guatemala Serviprensa.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW (Organización de Naciones Unidas, O.N.U)

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem do Pará (Organización de Estados Americanos O.E.A)

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas. (2008). Marco Antonio Sagastume Gemmell. (2008). Introducción a los Derechos Humanos. Guatemala. Universitaria San Carlos de Guatemala.

Constitución Política de la República de Guatemala. (2011). Corte de Constitucionalidad. Guatemala.

Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Convenios y Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos. (2014) Comisión Nacional para el seguimiento y apoyo al fortalecimiento de la Justicia. Guatemala.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (Organización de Estados Americanos, O.E.A)

Política de acceso a la justicia para personas en situación de discapacidad y Plan de Implementación del Organismo Judicial. Organismo Judicial, Guatemala, C.A.

Ley de Atención a las Personas con Discapacidad, Decreto 135-96 Congreso de la República de Guatemala.

Definición de Grupos Vulnerables [en línea]. Disponible en: <https://definicion.de/grupos-vulnerables> 2019, 21 de marzo.

BREVE ANÁLISIS DE LA POBREZA Y EL DELITO

M.A. Mynor Antonio Oxom Paredes

SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL DE PROCESOS DE MAYOR RIESGO Y DE EXTINCIÓN DE DOMINIO, GUATEMALA

Es importante definir primeramente lo siguiente: **¿qué debe entenderse por pobreza?** y, **¿qué debe entenderse por delito?**, pero antes de ello es importante indicar que la sociología como ciencia, estudia a la sociedad y sus fenómenos, en el presente análisis la acción social de quienes delinquen, es decir al cometer los hechos ilícitos que provocaron su actual situación, tiene incidencia preponderante en el fenómeno de la pobreza, debido a que la falta de oportunidades para su desarrollo integral en la sociedad es provocada por la falta de acceso a los recursos mínimos.

No existe consenso alguno sobre la definición de pobreza, como si lo existe con respecto a lo que es el delito; por lo que una línea de la pobreza mide si el ingreso de los hogares para satisfacer un conjunto de necesidades alimentarias y no alimentarias, consideradas esenciales, tales como vestimenta, educación, salud etcétera, incluidas la llamada canasta básica.

Existen tres indicadores alternativos de la pobreza, que son los que se utilizan con mayor frecuencia que son la incidencia, profundidad y severidad de la pobreza.

Se entiende por incidencia de la pobreza el porcentaje de la población cuyo ingreso está por debajo de la línea de la pobreza, es decir la parte de la población que no puede adquirir la canasta básica total. La profundidad de la Pobreza constituye la brecha, es decir que es un indicador que facilita información

sobre que distancia se encuentran las unidades familiares de la línea de la pobreza, es decir estima el total de recursos necesario para llevar a todos los pobres hasta el nivel de la línea de la pobreza y por ultimo tenemos la severidad de la pobreza, que es el indicador que tiene en cuenta no solo la distancia que separa a los pobres de la línea de la pobreza, sino también la desigualdad entre ellos. Hablar de pobreza también es hablar de Exclusión Social, siendo éste último un concepto multidimensional al que confluyen factores económicos, culturales, personales. Por otra parte es importante definir también lo que es Delito siendo este toda acción u omisión típicamente antijurídica, culpable y sancionado por la ley, es decir todas aquellas conductas que tienden como fin lesionar los bienes jurídicos tutelados que el estado ha enmarcado como su máxima protección en resguardo de los ciudadanos y en cumplimiento a la norma constitucional que es el bien común.

Debido a la pobreza, no tienen acceso a la educación, a la salud, a todos los derechos básicos que son inherentes al ser humano, no tienen acceso a lo regulado en el Artículo 2do de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regula: *“Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz u el desarrollo integral de la persona.”* La mayoría de las personas que cometen estos delitos no tienen la capacidad de acceder a la

vida, libertad, justicia, etc., que es deber del Estado garantizarle a los demás integrantes.

También se puede observar en cuanto a la incidencia de los delitos que se mencionan se cambian las normas y estructuras sociales porque una vez se genera la pobreza, las estructuras sociales van sufriendo un cambio.

A menudo y desde el sentido común suele asociarse a la delincuencia a la pobreza, especialmente cuando aborda el delito en sus diferentes modalidades y distintos tipos penales; de esta forma se tiende a crear que la pobreza determina e incide en mayores niveles de delincuencia en nuestro país. Sin embargo es necesario preguntarnos acerca de esta asociación, es decir hacernos la interrogante existe verdaderamente una relación entre las condiciones de pobreza y la evolución del delito. Las sociedades que tienen proporcionalmente más pobres también tienen tasas más altas de delitos patrimoniales.

Existe un informe elaborado por la Organización de Estados Americanos, sobre la seguridad ciudadana en las Américas, en el mismo se detalla las tasas de pobreza de 18 países de la región latinoamericana, donde se informe o detalla la tasa de victimización y la cantidad de delitos patrimoniales por cada 100,000 habitantes, estableciéndose que Guatemala cuenta con un 54.8 por ciento de población de pobreza, pero cuenta con un 68 por ciento de delitos patrimoniales con un 23.3 por ciento de victimización.

En este informe se detalla que todos los países dieron datos de pobreza hasta al año 2010 mientras que Guatemala emite un informe hasta al año 2006. Pero este informe detalla que Guatemala, México, Honduras, entre otros, es uno de los países con mayores niveles de pobreza pero también con mayor índice de delitos patrimoniales.

Es decir la pobreza se encuentra asociada negativamente con los delitos patrimoniales

de todos los tipos penales, esto implica que en los países en donde el nivel de pobreza es menor también se reflejan en los índices de delincuencia que son menores, tal como se observa en el país de Chile.

La pobreza puede en ciertas ocasiones incidir en el delito, pero también es importante tomar en cuenta otros factores, como lo es la falta de educación, de oportunidad laboral, etcétera, obligaciones que son del estado a cumplir.

La población reclusa ha transgredido la ley penal como producto, entre otros factores, por la pobreza; inicialmente tienen un rol dentro de la sociedad mediante el cual, son miembros de una familia, en su mayoría de escasos recursos, en donde tienen el rol de apoyo a la familia o de ser proveedor o en determinado momento tener la responsabilidad o estar a cargo de la familia, teniendo un status de encontrarse en un círculo de persona dominante por ser proveedor y eso unido a la falta de recursos y de acceso a su desarrollo integral, provoca que transgreda las normas sociales y las normas jurídicas mediante los valores invertidos y la creencia que no importa los medios para adquirir recursos económicos.

Los privados y privadas de libertad, crean sus propias organizaciones, mediante las cuales se desarrollan, es por ello por lo que en determinado momento se agrupan como delincuencia organizada, para satisfacer las necesidades básicas de su entorno social, de escasos recursos. Todo ello está oculto de las autoridades porque crean su propia institución social o estructura delincuenciales.

Las personas privadas de libertad, como sector de la sociedad en su mayoría crecen, socializan y mueren en un entorno de estos elementos sociales, y en tal sentido se ve condicionada por ellos, y que en determinado momento son influidos en su actuar social.

La pobreza es una trampa perversa, y se resume en que las necesidades del ser humano no se cumplen, es decir las necesidades

básicas superan a los ingresos de la persona, o algo más impactante no existen los ingresos.

Es un gran porcentaje de nuestra población Guatemalteca que vive en condiciones de pobreza con motivos tan diversos como la discriminación por etnia o por género, la falta de acceso a la educación, maltrato familiar, obligación de mantener a una familia numerosa con escaso o nulo acceso a servicios públicos y muchas otras que corresponden a fallas sistemáticas del Estado.

Desde el punto de vista social una de las puertas hacia un cambio de vida es el éxodo de uno o varios miembros de la familia hacia ese horizonte dorado que pintan quienes lo lograron con éxito, y de acuerdo con el proceso de razonamiento de quienes ignoran las consecuencias y alcances de semejante decisión, nada tiene de malo intentarlo, ya que al final de cuentas será cuestión de suerte que el niño consiga cruzar la frontera.

La criminalización de la pobreza ha sido una actitud recurrente de las clases privilegiadas, así como pretender ignorar sus causas; una de las características más notables de quienes detentan el poder económico es la falta de conciencia social, por lo cual justifican la violencia y la miseria con el argumento de que los pobres son pobres ha si han vivido siempre y es parte de la naturaleza.

Este pensamiento feudal persiste, con el agravante de profundizarse en relación directa con la pobreza de las mayorías, pretender avances en temas tan sustantivos como la desnutrición, la muerte materna o la salud reproductiva es imposible ante una realidad que los desmiente en cada reporte de desarrollo humano.

Dentro de los delitos más recurrentes cometidos tanto por hombres como por mujeres, se llega a establecer que son relacionados

contra la Vida y contra el Patrimonio, siendo esto los de Asesinato, Robo Agravado, Asociaciones Ilícitas, Homicidio, Extorsión, Plagio o Secuestro.

La Criminalidad es un problema de grandes dimensiones y de solución excepcionalmente difícil para casi todas las naciones del mundo, ya que afecta a toda la sociedad, por lo que es necesario por parte del estado emplear todos los recursos para erradicarlo o por lo menos atenuarla a límites tolerables. El estado debe velar en primer lugar en el bienestar social de todos sus ciudadanos, creando políticas de igualdad social, es decir una igualdad económica, esto con el objeto de bajar los índices altos de pobreza que atraviesa el país, ya que la pobreza encamina a ciertos ciudadanos a delinquir.

En Guatemala la criminalidad constituye un problema social, a tal grado que todas las encuestas realizadas en los últimos años se ha considerado como la mayor amenaza que afecta el bienestar personal, la integridad de la persona, y su seguridad.

Existen estudios por naciones unidas en donde concluyen que el delito y la pobreza crecieron 10 veces más de lo que aumento la población, son tremendas estas cifras y hacen pensar que la democracia debe aprender a gestionar o administrar con mejores resultados concretos, sobre todo para los más pobres.

Existe un informe de la Dirección General de Migración donde se detallan toda la gama de delitos cometidos por los privados de libertad, advirtiendo que los delitos contra la vida son los que ocupan el primer lugar, por ejemplo el delito de Asesinato se encuentra en el primer lugar con un total de tres mil ciento noventa y seis privados de libertad por haber incurrido en este ilícito penal siguiéndole los delitos patrimoniales.

La pobreza y delito son dos temas que afectan grandemente a la sociedad Guatemalteca;

una explicación profunda de la actividad delictiva se encuentra en la correlación entre delito y pobreza estructural de un estado, para observar mejor la pobreza estructural tomamos periodos largos y además que hechos delictivos se han denunciado, lo cual no contamos en este trabajo de investigación. Para solucionar el tema del delito es importante solucionar el problema de la pobreza estructural, y esta solo puede reducirse creando trabajo productivo en gran escala. Lo que debe hacer el Estado y las personas que tienen un estatus económicos y generan riqueza, deben de crear el empleo foral, bien remunerado, y esto adquiere grandes inversiones y apoyo a los que van a crear estos millones puestos de trabajo, en la industria, en el agro, en la construcción etcétera.

Como consecuencia de estos factores económicos dan como resultado la comisión de todos estos delitos contra la vida. En relación con el asesinato, asesinato en el grado de tentativa, conspiración para cometer el asesinato, muchas personas se dedican al sicariato, pero en Guatemala ese fenómeno no está tipificado como una figura jurídica, en consecuencia, se debe encuadrar dentro del delito de Asesinato. Este delito puede enfocarse desde el punto de vista de la pobreza de las personas que, por pertenecer a una pandilla, una mara o una estructura definida como grupo estructurado, se dedican a matar a otras personas por encargo para obtener beneficios económicos tanto personales como para la estructura criminal a la que pertenecen y así posicio-

narse en el mismo, logrando respeto y reconocimiento dentro de la misma estructura criminal.

La pobreza es la consecuencia de la mala administración de un estado, ya que general desempleo, salarios mínimos que deben velar al asignar a los obreros, y la riqueza que existe está concentrada en un menor número de personas.

Una solución para acabar con la pobreza y el delito es el incremento económico sea igualmente distribuido, la desigualdad ha sido un problema de raíz que ataca a la pobreza, porque aunque existe un crecimiento económico y no se distribuya con justicia y honestidad el problema seguirá existiendo y hasta podía crecer más porque mientras más dinero hay más abramiento por parte de las autoridades y de las personas de poder.

En consecuencia, para solucionar el tema del delito es importante solucionar el problema de la pobreza estructural, y esta solo puede reducirse creando trabajo productivo en gran escala. Lo que debe hacer el Estado y las personas que tienen un estatus económicos y generan riqueza, deben de crear el empleo foral, bien remunerado, y esto adquiere grandes inversiones y apoyo a los que van a crear estos millones de puestos de trabajo, en la industria, en el agro, en la construcción etcétera.

LA APELACIÓN

Dra. Marta Susana Vides Lavarreda

SALA REGIONAL MIXTA DE APELACIONES, HUEHUETENANGO

Apelación es sinónimo de reclamación, requerimiento, recurso, inconformidad, por eso decimos que la apelación es el recurso mediante el cual se solicita a un juez o tribunal superior revise una resolución ya sea **un auto o sentencia**, por considerarla injusta.

El tribunal superior podrá **confirmar, modificar o revocar** la resolución impugnada. La parte que se crea perjudicada por una resolución judicial podrá acudir ante juez superior “*ad quem*” para que haga un nuevo examen de la resolución emitida por el juez inferior “*a quo*”.

La apelación debe ser siempre una crítica clara, seria, precisa, razonada y concreta, mediante la cual se refute cada motivación usada por el juez *a quo* en la resolución que resulta agravante para una de las partes en el proceso, y además, con la expresión de la solución final que se pretende obtener del tribunal *ad quem*, cuando resuelva el caso.

Según el artículo 602 del Código Procesal Civil y Mercantil. “Salvo disposición en contrario, **únicamente son apelables**

1. Los autos que resuelvan excepciones previas que pongan fin al proceso
2. Las sentencias definitivas dictadas en Primera Instancia,
3. Los autos que pongan fin a los incidentes que se tramiten en cuerda separada.
4. Las resoluciones que no sean de mera tramitación dictadas en los asuntos de **jurisdicción voluntaria**.

El término para interponer la apelación es de tres días a partir de la última notificación y deberá hacerse por escrito.

Tomar en cuenta que cuando se refiere a salvo disposición en contrario está indicando que debe prevalecer la especialidad de la ley, pues hay juicios que tienen normas especiales que deben ser aplicadas de manera privilegiada.

Límites de la apelación

El artículo 603 del Código Procesal Civil Y Mercantil señala que la apelación se considerará solo en lo desfavorable al recurrente y que haya sido expresamente impugnado. El Tribunal Superior no podrá, por lo tanto, enmendar o revocar la resolución en la parte que no es objeto del recurso, salvo que la variación en la parte que comprenda el recurso, requiera necesariamente modificar o revocar otros puntos de la resolución apelada.

Es necesario recordar que existe la Prohibición de **reformatio in peius**. Que es la Imposibilidad, de que el apelante, o el recurrente puedan ver agravada su situación por la nueva resolución que se dicte.

La reformatio in peius es una garantía procesal que limita la capacidad decisoria del juez superior, prohibiendo agravar la situación del procesado que ha apelado la sentencia o parte de ella como apelante único. Según la pagina <https://vlex.com.co/tags/reformatio-in-peius-civil-2171065> Visitada el 27 de marzo de 2019

Efectos de la interposición

Según el artículo 604 del Código Procesal Civil Y Mercantil desde que se interpone la apelación, queda limitada la jurisdicción del juez a conceder o denegar la alzada.

No obstante, podrá el juez seguir conociendo:

- 1º. De los incidentes que se tramitan en pieza separada, formada antes de admitirse la apelación.

- 2º. De todo lo relativo a bienes embargados, su conservación y custodia; de su venta, si hubiere peligro de pérdida o deterioro y de lo relacionado con las providencias cautelares.

- 3º. Del desistimiento del recurso interpuesto, Si no se hubieren elevado los autos al Tribunal Superior.

Al admitir la apelación el juez, previa notificación a las partes, enviará los autos originales al superior, con hoja de remisión, conforme el artículo 605 del CPCYM

Audiencia para hacer uso del recurso

El artículo 606 del CPCYM. Indica que el Tribunal de Segunda Instancia señalará el término, el cual dependerá del tipo de resolución

1. seis días, si se tratare de sentencia, y
2. tres días en los demás casos, para que el apelante haga uso del recurso.
3. Pero no debemos ignorar que existe una excepción el juicio oral y en el ejecutivo, en los cuales los agravios deben señalarse en el momento de presentar el memorial de apelación, porque no hay otro momento, además se deben cumplir ciertos requisitos que si bien estos requisitos no están en la ley indicados taxativamente, se deben observar.

Requisitos

Temporalidad. Que este dentro del plazo señalado para ese tipo de juicios.

1. Legitimidad. Que el recurrente tenga la capacidad activa y el recurrido o demandado tenga la capacidad pasiva.

2. Expresión de agravios en el momento oportuno, no olvidar que algunos juicios se deben expresar junto con el memorial de interposición porque no hay otro momento.

El término “agravio”, según Guillermo Cabanellas, es: “...Mal o daño que **el apelante** expone ante el juez ad quem, por habérselo irrogado la sentencia del inferior...” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2001, página 214). El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define dicho término como: “...Ofensa o perjuicio que se hace a alguien en sus derechos e intereses...”. El Diccionario de Derecho Procesal, lo define como: “...el razonamiento jurídico dirigido a combatir los fundamentos de una resolución; al expresarlo se pretende demostrar una violación legal o una interpretación inexacta de la ley. Debe citarse el precepto o preceptos legales violados o inexactamente aplicados, explicando en qué consiste tal violación o inexacta aplicación y cuál es la parte del fallo *que lo causa...*” (Segunda edición, Oxford University Press, páginas catorce y quince).-

Los agravios son los hechos o circunstancias que creemos nos afectan en una resolución judicial, pero es indispensable recordar, que en el trámite de la apelación, señalado en el artículo 606 del Código Procesal Civil y Mercantil, se confiere audiencia al apelante, a efecto de que exprese los motivos de su inconformidad, la relacionada audiencia debe ser evacuada dentro de ese plazo, ya que esa es la oportunidad procesal para expresar los agravios que le ocasiona la resolución impugnada, porque no existe otro momento procesal para ello, porque la vista tiene como único fin, que las partes aleguen o respondan los motivos de agravios expresados con anterioridad por la parte apelante.

Si el apelante no hace uso del recurso o no expresa los agravios que le causa la resolución apelada, la otra parte estará imposibilitada de alegar o responder a los agravios expresados por el recurrente, con lo cual se le

deja en estado de indefensión y desventaja, pues, desconoce las razones o motivos de inconformidad de la parte que interpuso el recurso, **haciendo inútil la realización de la vista**, que es un acto procesal que garantiza el contradictorio, porque no habrían hechos que refutar por la parte que no impugnó; el no hacerlo obliga al tribunal de segunda instancia a no conocer el fondo, en virtud de que el tribunal de segunda instancia sólo puede conocer y resolver aquellas cuestiones expresadas por la parte recurrente, pues, por los límites de la apelación, no puede resolver aquellas cuestiones que no han sido objeto del recurso; en ese sentido, si la parte apelante no hace uso del recurso en el momento procesal destinado para ello, es innecesario que el tribunal de segunda instancia señale audiencia para la vista, pues no existen puntos que sean objeto de los alegatos, mucho menos puntos sobre los cuales pronunciarse.

La Corte de Constitucionalidad, haciendo alusión al objetivo de la audiencia para la vista, ha considerado: “...*acto procesal que garantiza el contradictorio para hacer uso del recurso, el cual es imposible que se realice si la contraparte del apelante desconoce las razones o motivos e inconformidad*

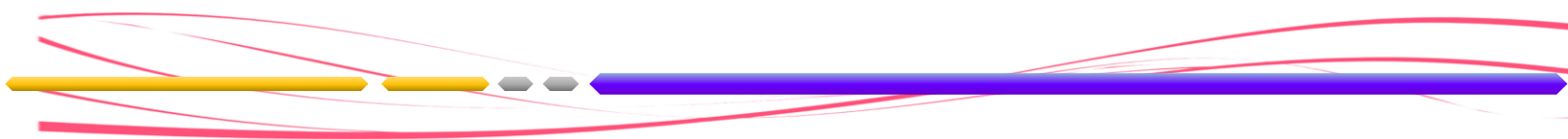
de quien solicitó la alzada; ...”.(Sentencia de diecinueve de junio de dos mil doce, expediente número un mil ciento ochenta y nueve guión dos mil doce).

CONCLUSIÓN

El presente trabajo es un resumen y análisis de las normas que regulan lo relativo la apelación, con el propósito de que sea una guía para facilitar el planteamiento y resolución de dicho recurso contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

REFERENCIAS

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2001, página 214
Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua
<https://vlex.com.co/tags/reformatio-in-peius-civil-2171065> Visitada el 27 de marzo de 2019



LAS APELACIONES Y LOS CRITERIOS ADOPTADOS EN EL RAMO CIVIL

MSc. Rosa Mariela Josabeth Rivera Acevedo

SALA QUINTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO CIVIL Y MERCANTIL,
GUATEMALA

Es común que cualquiera de las partes que no está conforme con lo resuelto por un juez de primer grado impugne a través de los medios de defensa que señala la ley y en cuanto a esto es función de las Salas que conocen de las impugnaciones planteadas, interpretar, integrar, aplicar criterios y crear criterios con el objeto de resolver conforme a derecho y cubrir esas situaciones que se dan cuando no es pertinente aplicar cierta norma a una situación concreta, lo que hace necesario un razonamiento lógico y la toma de decisiones para establecer criterios.

Los tribunales que conocen en apelación, deben aplicar los criterios adoptados por la Corte de Constitucionalidad y/o establecer criterios originarios, que resultan avalados cuando queda firme la resolución, con el objeto de unificar los mismos y que sean aplicables a los casos en particular, con situaciones similares.

En relación al tema es posible plasmar en el presente trabajo algunos de los criterios adoptados en situaciones similares y que se dan con cierta frecuencia, como lo es la aplicación del artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial en los temas de la procedencia o no de la apelación como medio de impugnación. El criterio adoptado es el dictado por la Corte de Constitucionalidad en diversas sentencias, que favorecen la aplicación del citado artículo, es decir que en cuanto a la apelación, los incidentes que se den dentro del proceso son apelables si la ley así lo establece para el

proceso principal, de tal manera que la suerte del incidente corre la misma suerte del proceso principal, atendiendo a la primacía de las disposiciones especiales de las leyes que prevalecen sobre las disposiciones generales. Constantemente el agravio invocado por la parte apelante es que, la ley aplicable es el artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial.

Derivado de lo dispuesto en el artículo citado, es que se ha hecho la diferencia con el incidente que se tramita en cuerda separada, pues cuando es así, entonces sí, la resolución es apelable según la disposición ya señalada, en tanto que si se tramita dentro del mismo expediente, lo procedente para la impugnación de las resoluciones que se den dentro del mismo dependerán del proceso principal del que se trate.

RESOLUCIONES ORIGINARIAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS:

Susceptibles de pedir reposición. Derivado de un proceso en particular, se ha estimado que lo procedente sería que el Juez de primer grado no de trámite al recurso en el caso que el mismo no sea el procedente, pues de lo contrario, da lugar a que sea el tribunal colegiado el que se pronuncie respecto a que no entrará a conocer sobre el recurso. Esa resolución que dicta el tribunal colegiado, es originaria de tal tribunal y por lo tanto es susceptible de reposición a la luz de lo que establece el artículo 145 de la Ley del Organismo Judicial.

Lo resuelto en ese sentido tiene su argumentación y asidero legal en lo expresado por el ponente de tal resolución (avalado por los demás miembros del tribunal) quien en oposición al argumento que debe interpretarse como “auto originario” de una Sala de Corte de Apelaciones, aquella resolución que ha sido proferida por dicho órgano en la sustanciación de la segunda instancia y ello no comprende las resoluciones que se refieran al conocimiento de los recursos interpuestos por las partes procesales, el cual literalmente dice: “para resolver el recurso, el tribunal estima necesario precisar si la resolución impugnada mediante Reposición constituye o no auto originario, toda vez que de ello depende el conocimiento del fondo del medio de impugnación objeto de la presente resolución. Para precisar a qué se refiere el concepto de ‘autos originarios’, debe observarse que la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha once de octubre de mil novecientos noventa y tres, dictada en expediente número 321-93, indicó que el recurso de reposición procede contra los autos originarios de los tribunales colegiados, *“siendo los que surgen en la tramitación que del proceso lleve a cabo la Sala en segunda instancia, pero motivados, no por el conocimiento en grado, sino por una cuestión o incidente que nace precisamente en la segunda instancia; luego, en sentencia dictada el dieciséis de marzo de dos mil diez, dentro del expediente número 4694-2009, dijo”...*” Los autos originarios de los tribunales colegiados son las resoluciones que ponen fin a un artículo o a cuestiones que no son de mero trámite planteadas desde su origen en las Salas de la Corte de Apelaciones y con ocasión o motivo de encontrarse el proceso en segunda instancia...”; y en sentencia de fecha once de junio de dos mil quince, expediente 5607-2014, la indicada Corte precisa el concepto de auto originario, en los siguientes términos: “ Respecto a los autos originarios, Mario Aguirre Godoy, los define como: *“aquellos que surgen en la tramitación que del proceso lleve a cabo la Sala en Segunda Instancia, pero motivados no por*

el conocimiento en grado, sino por una cuestión o incidente que nace precisamente en la Segunda Instancia. Así por ejemplo no puede ser auto originario el que dicta la Sala al conocer en apelación de una resolución, o al resolver un recurso de hecho; pero sí lo será el que dicte con motivo de excepciones interpuestas en Segunda Instancia”. Atendiendo las anteriores explicaciones, el tribunal concluye que la resolución atacada mediante reposición, es un auto originario en vista de que: a) se produjo como consecuencia de que el Juez de primer grado envió en alzada a este tribunal para su conocimiento, el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución de fecha once de noviembre de dos mil quince, pronunciada en primera instancia, siendo esa la razón por la cual se conoció en esta instancia de tal caso; b) la resolución pronunciada por esta Sala no se refiere al trámite normal del recurso de apelación, sino surgió por una consideración de este tribunal vinculado a un examen de procedibilidad respecto a tal recurso.”

Se concluye entonces, que el criterio de la Sala es claro en cuanto a este tema y el mismo será el prevalente en tanto no haya orden en contrario.

Un tema más, resultó del proceso referido con anterioridad, y es el referente a la apelación que se plantea en contra de la declaratoria sin lugar de la aclaración y/o ampliación, cuando en realidad debe plantearse en contra de la resolución que resuelve el fondo del asunto, sin embargo, puede darse el caso que la aclaración y/o ampliación modifique de manera sustancial la resolución y entonces el afectado se ve en la necesidad de impugnar ambas, aunque la primera en realidad no le cause agravio y sea la segunda la que le ocasiona agravio. Es el criterio que la impugnación debe ser en contra de la primera, ampliada por la segunda y no únicamente de la segunda, aun cuando la primera no ocasione agravio. Es el criterio también que la aclaración o ampliación que se haga de una resolución, no debe alterar de ninguna manera el fondo del

asunto, pues de lo contrario habría vicio en el procedimiento y en el derecho de defensa.

JUICIO SUMARIO SOBRE ARRENDAMIENTO Y DESHAUCIO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 del Código Procesal Civil y Mercantil, *“solo son apelables los autos que resuelvan las excepciones previas y la sentencia. Para que se conceda el recurso de apelación, el arrendatario apelante debe acompañar a su solicitud el documento que compruebe el pago corriente de los alquileres o haber consignado la renta dentro del juicio.”*

En este tipo de procesos, se debe entender que si es la parte demandante quien plantea la apelación, esta debe ser conocida. Por el contrario, si es el demandado, éste deberá acompañar a su solicitud el documento que compruebe el pago corriente de los alquileres o haber consignado la renta dentro del juicio. Cuando leemos que el capítulo II se refiere a los juicios sobre arrendamiento y desahucio, lógico es también que no se exigirá que se acompañe el documento referido, cuando únicamente se trate del desahucio de una persona o de varias, pero que por cualquier razón no ha convenido en pagar renta.

RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DE SER APELADAS

Para tratar el tema, se considera necesario referirse a la apelación en cada uno de los procesos por separado, pues cada uno tiene su normativa especial respecto del recurso, aun cuando existan normas de carácter general que lo regulan.

El título III del Libro Sexto que se refiere a la impugnación de resoluciones judiciales, establece la procedencia de la apelación y específicamente el artículo 602 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Salvo disposición en contrario, únicamente son apelables los autos que resuelvan excepciones previas que pongan fin al proceso y las sentencias definitivas dictadas en Primera Instancia, así

como los autos que pongan fin a los incidentes que se tramiten en cuerda separada.

Las resoluciones que no sean de mera tramitación dictadas en los asuntos de jurisdicción voluntaria son apelables.

El término para interponer la apelación es de tres días y deberá hacerse por escrito.”

Es muy importante lo dispuesto en cuanto al límite de la apelación pues de conformidad con la ley, ésta debe considerarse solo en lo desfavorable al recurrente y que haya sido expresamente impugnado y por lo tanto el tribunal superior no puede enmendar o revocar la resolución en la parte que no es objeto del recurso, salvo que la variación en la parte que comprenda el recurso, requiera necesariamente modificar o revocar otros puntos de la resolución apelada.

El recurso de apelación tiene sus etapas propias, sin embargo, en algunos procesos estas etapas no son las mismas que en los otros y por eso la importancia también de separarlos para la mejor comprensión de la presente guía práctica.

PRUEBAS ANTICIPADAS

En lo referente a la preparación del juicio, pueden las partes pedirse recíprocamente declaración jurada sobre hechos personales conducentes, lo mismo que reconocimiento de documentos privados, sin embargo, de conformidad con la ley el Juez puede también admitir otras pruebas anticipadas, además de las que se mencionan en el apartado de pruebas anticipadas del Código Procesal Civil y Mercantil, si las estima oportunas y conducentes.

La resolución que da trámite a un memorial para diligenciar prueba anticipada, es susceptible de solicitar su revocatoria por parte del interesado, esto por virtud de tratarse de un decreto pues según lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley del Organismo Judicial, que se refieren a la clasificación de las resoluciones,

éstas resoluciones que son de mero trámite son decretos y según lo dispuesto en el artículo 146 de la misma ley que claramente establece que los decretos son revocables por el tribunal que los dictó; y tanto la solicitud como su tramitación se sujetarán a lo dispuesto por el artículo que antecede, éstos decretos son revocables y por lo tanto obviamente no son susceptibles de ser apelados.

De conformidad con el artículo 105 del Código Procesal Civil y Mercantil, el juez podrá admitir otras pruebas anticipadas, además de las que se mencionan en esta sección, si las estima oportunas y conducentes.

Las resoluciones del juez en esta materia serán apelables solo en cuanto niegan las medidas solicitadas.

La ley establece que lo que resuelva el juez en cuanto a estas otras pruebas anticipadas que pudieran ser admitidas, si las estima oportunas y conducentes son apelables.

Con esta disposición se estima que en estos casos el recurso de apelación esta limitado a estas resoluciones en cuanto nieguen la medida solicitada, entendiéndose que las otras resoluciones que se den dentro de este proceso no lo son, sino en todo caso, son susceptibles de nulidad y los autos que resuelvan las nulidades son apelables. La nulidad se interpone en base a lo que dispone el artículo 613 del Código Procesal Civil y Mercantil y el auto que resuelve la nulidad es apelable según lo dispone el artículo 615 del mismo código.

JUICIO ORDINARIO:

Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en el Código Procesal Civil y Mercantil, se ventilarán en juicio ordinario (art. 96).

La Demanda debe contener con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición. La omisión de los re-

quisitos legales obliga al juez a repeler de oficio las demandas que no contengan estos, expresando los defectos que hayan encontrado.

Contra esta resolución que emita el juez, el medio de impugnación pertinente es el recurso de revocatoria, en atención a la disposición del artículo 146 de la Ley del Organismo Judicial que establece la revocatoria de los decretos.

En cuanto a la apelación, la parte conducente del artículo 602 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece: *“Salvo disposición en contrario, únicamente son apelables los autos que resuelvan excepciones previas que pongan fin al proceso y las sentencias definitivas dictadas en primera instancia, así como los autos que pongan fin a los incidentes que se tramitan en cuerda separada. Las resoluciones que no sean de mera tramitación dictadas en los asuntos de jurisdicción voluntaria son apelables...”*

La fundamentación de la apelación es lo mas importante de este recurso, toda vez que a los jueces no les es dado pronosticar los motivos del reclamo que se tiene que analizar y es que tampoco se puede analizar más allá de lo pedido, debido al limite de la apelación plasmado en el artículo 603 del Código Procesal Civil y Mercantil y es por ello que siempre deberá ser la apelación una crítica precisa, concreta, razonada y seria que exprese las inconformidades en lo resuelto, pues los juzgadores no pueden enmendar o revocar la resolución en la parte que no es objeto del recurso.

El momento procesal para la expresión de agravios, en este proceso es permitido apelar sin expresar agravios y en segunda instancia se otorga la oportunidad al apelante para hacerlo.

JUICIO SUMARIO:

Se tramitan en juicio sumario los asuntos de arrendamiento y de desocupación; la entrega de bienes muebles que no sean dinero; la res-

cisión de contratos; la deducción de responsabilidad civil contra funcionarios y empleados públicos; los interdictos y los que por disposición de la ley o por convenio de las partes deban seguirse en esta vía.

En cuanto a las resoluciones que son apelables, salvo disposición en contrario, únicamente son apelables los autos que resuelvan excepciones previas que pongan fin al proceso y las sentencias definitivas dictadas en primera instancia, así como los autos que pongan fin a los incidentes que se tramitan en cuerda separada. Las resoluciones que no sean de mera tramitación dictadas en los asuntos de jurisdicción voluntaria son apelables, pero según disposición del artículo 235 del Código Procesal Civil y Mercantil, cualquiera de las partes que interponga apelación de una resolución que no sea la sentencia, incurrirá en el pago de las costas y en una multa de veinticinco quetzales que le impondrá el Tribunal de Segunda Instancia, si se confirma la resolución o se declara improcedente el recurso.

El recurso se interpone en primera instancia y es el juez de primera grado quien debe establecer la procedencia o no del mismo y si el interponente no está conforme con la resolución del juzgador, entonces deberá plantear su queja.

En cuanto a los juicios sobre arrendamiento y desahucio, están las disposiciones especiales en cuanto a la apelación, según lo dispone el artículo 243 del Código Procesal Civil y Mercantil, solo son apelables los autos que resuelvan las excepciones previas y la sentencia. Para que se conceda el recurso de apelación, el arrendatario apelante debe acompañar a su solicitud el documento que compruebe el pago corriente de los alquileres o haber consignado la renta dentro del juicio.

Pero que sucede en el caso en que la pretensión del actor es únicamente el desahucio, porque no se debe renta, porque no se le

quiere cobrar renta, o por cualquier otra situación en la que no se esté cobrando la renta. En estos casos, se considera que se puede conceder el recurso de apelación sin necesidad de acompañar los documentos requeridos por la ley o bien, cuando el apelante es la parte actora, no se estima pertinente requerir tal documentación.

PROCESOS DE EJECUCIÓN VÍA DE APREMIO

En estos procesos solamente podrá deducirse apelación contra el auto que no admita la vía de apremio y contra el que aprueba la liquidación.

La ley nada dice respecto de la audiencia que señala el tribunal superior, en relación a los procesos en vía de apremio, sin embargo, el apartado especial para los juicios ejecutivos si determina que el tribunal superior señalará día par la vista dentro de un término que no exceda de cinco días. En cuanto a esto, la Corte de Constitucionalidad ha expresado que el momento procesal oportuno para expresar los agravios en los juicios ejecutivos en la vía de apremio, es cuando se plantea la apelación ante el juez de primer grado, toda vez que al elevarse a la Sala jurisdiccional correspondiente, ésta deberá señalar de una vez día y hora para la vista y no se da una oportunidad anterior para expresar agravios, lo que sucede en aras del principio de economía procesal y en virtud de lo dispuesto en el artículo trescientos treinta y cinco (335) del Código Procesal Civil y Mercantil. Este proceso solo reconoce la etapa de vista en alzada y allí sólo se podrá alegar respecto de las motivaciones o agravios expresados en el recurso, es decir, cuando en el trámite de la apelación sólo se contemple la posibilidad de conceder la vista, el recurso de apelación debe ser interpuesto con expresión de agravios, para que en la instancia mencionada anteriormente, se produzca la respuesta a los motivos que fundaron la apelación, esto según lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fe-

cha once de octubre del año dos mil once dictada dentro del expediente doscientos ochenta guión dos mil once.

JUICIO EJECUTIVO

Según el artículo trescientos treinta y cuatro (334) del Código Procesal Civil y Mercantil, en el juicio ejecutivo únicamente el auto en que se deniegue el trámite a la ejecución, la sentencia y el auto que apruebe la liquidación serán apelables.

El párrafo segundo del citado artículo, establece claramente que el tribunal superior señalará día para la vista dentro de un término que no exceda de cinco días, pasado el cual resolverá dentro de tres días, so pena de responsabilidad personal.

Lo dispuesto en el citado artículo significa que el momento procesal oportuno para expresar los agravios es cuando se plantea la apelación ante el juez de primer grado, ya que al elevarse a la Sala jurisdiccional correspondiente, ésta señala día y hora para la vista y no se da una oportunidad anterior para expresar agravios.

El juzgado de primera instancia normalmente otorga el recurso y lo eleva al tribunal superior aún cuando no se ha expresado agravios en la interposición de la apelación, pero en realidad es el A quo quien debería de rechazarlo por no contener expresión de agravios. Esto obliga a que sea el tribunal superior quien emita resolución el cual no se le da trámite en esta instancia al recurso.

En las ejecuciones especiales, de sentencias extranjeras y ejecución colectiva el procedimiento es el mismo.

EL CONCURSO NECESARIO DE ACREEDORES Y LA QUIEBRA

Lo resuelto en estos procesos es susceptible de apelación conforme lo dispuesto en el ar-

tículo seiscientos dos (602) del Código Procesal Civil y Mercantil en virtud que no existen disposiciones especiales en cuanto a los medios de impugnación.

OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN QUE SE CONOCEN EN LAS SALAS DE APELACIONES

• OCURSOS

Una vez resueltos por el tribunal superior no son susceptibles de apelación, sino de reposición según lo estipulado por el artículo ciento cuarenta y cuatro (144) de la Ley del Organismo Judicial y conforme el procedimiento establecido en el artículo ciento cuarenta y cinco (145) siguiente.

• RECUSACIONES

Las Salas de Apelaciones conocen por disposición de la ley de las recusaciones en contra de los jueces de primer grado, según lo que dispone el artículo ciento veintinueve (129) de la Ley del Organismo Judicial.

• IMPEDIMENTO

El Juez se inhibe de oficio y remite las actuaciones al tribunal superior para que resuelva.

• EXCUSAS

El trámite de la excusa está establecido en el artículo ciento veintiséis (126) de la Ley del Organismo Judicial. El juez que tenga causa de excusa lo hará saber a las partes y estas cuando se les notifiquen o dentro de las veinticuatro horas manifestarán por escrito si la aceptan o no. Si las partes no se pronuncian, se tendrá por aceptada y el juez elevará los autos al tribunal superior quien deberá pronunciarse únicamente para designar al Juez que conocerá.

• ASISTENCIAS

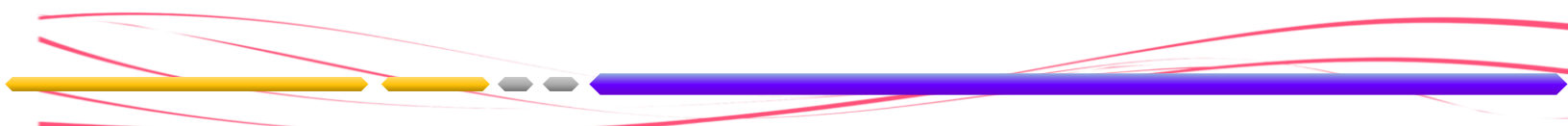
Cuando el tribunal es competente y le es requerida la asistencia, una vez comprobado que efectivamente no se dio cumplimiento a lo ordenado, se procede a resolver favorablemente y refiriéndose exactamente a los puntos que no se han cumplido y en su caso,

como deben cumplirse. En caso de verificar que si hubo cumplimiento de lo ordenado se resolverá en ese sentido.

- **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO**

Cuando de conformidad con la ley las Salas son competentes para conocer.

- Se procede a recibir el expediente y a revisar que el memorial de interposición cumpla con los requisitos que la ley establece.
- En caso de no cumplir con algún requisito se emite resolución solicitando que se cumpla con lo que se indique (previo)
- Cumplido lo requerido, se admite para su trámite y se solicitan los antecedentes o informe circunstanciado a la autoridad denunciada, o ambas cosas
- Con los antecedentes se califican los presupuestos procesales que establece la ley y se resuelve sobre la procedencia del amparo provisional.
- Se continúa con el trámite establecido en la ley hasta dictar la sentencia
- Las sentencias son apelables ante la Sala y se elevan a donde corresponde



EL TRABAJO DOMÉSTICO

Lic. Juan Francisco de León Mazariegos

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES, HUEHUETENANGO

De acuerdo al diccionario enciclopédico de derecho usual de Guillermo Cabanellas de Torres, tomo VII (R-S) “SERVICIO DOMESTICO. Doméstico procede del latín: domus, casa, y servicio doméstico es el relativo al cuidado, atención limpieza, seguridad de la casa, como hogar, suma de vivienda y persona o familia que lo ocupa.”

“El artículo 161 del Código de Trabajo, preceptúa: “Trabajadores domésticos son los que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseos, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono.”

Refiere el Dr. César Landelino Franco López, “...puede decirse que la relación se caracteriza por la indeterminación o universalidad de las prestaciones que tienen lugar en el ámbito hogareño, dado que ellas responden a una índole sumamente variada, salvo la concertación previa que pudiera llegar a establecerse entre las partes. Se trata, de una necesidad personal, pero no transitoria, sino continuativa e indeterminada dentro de ciertos límites, en los cuales están comprendidas las actividades propias de las tareas domésticas que se cumplen en el seno del hogar. Por ello, se estima que tales relaciones comprenden todas las inherentes al normal funcionamiento de la vida interna de una morada, o lugar que haga sus veces, como la limpieza, adquisición de alimentos, preparación de ellos, lavado, planchado, atención de niños, etc. personalmente realizados por trabajadores de uno u otro sexo. Es indudable por tanto, que las precisa-

das labores, que pueden ser físicas o intelectuales tienen que ir dirigidas hacia la persona del dueño de casa y sus familiares”. El mismo profesional, nos ilustra indicando cuales son LOS CARACTERES DEL TRABAJO DOMESTICO: “a. La convivencia; b. La continuidad carente de horario, ya que desde la mañana hasta la noche el trabajador doméstico está a las órdenes del dueño de la casa; c. Predominio de la prestación del servicio por mano de obra femenina y dentro de ellas, las solteras y las jóvenes; d. En lugares donde existen razas diferentes, el desempeño del trabajo doméstico desempeño por la raza menos apreciada; e. Variación e indeterminación en las tareas, ya que los domésticos realizan toda clase de servicios; f. La no persecución de lucro por el dueño de casa.”

El artículo 162 del Código de Trabajo, establece que salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores domésticos comprende, además del pago en dinero, el suministro de habitación y manutención. El mismo cuerpo legal en el artículo 164 preceptúa que el trabajo doméstico no está sujeto a horario ni a las limitaciones de la jornada de trabajo y tampoco le son aplicables los artículos 126 y 127. Sin embargo, los trabajadores domésticos gozan de los siguientes derechos: a) Deben disfrutar de un descanso absoluto mínimo y obligatorio de diez horas diarias, de las cuales por lo menos ocho han de ser nocturnas y continuas, y dos deben destinarse a las comidas; y b) Durante los días domingos y feriados que este código indica deben forzosamente disfrutar de un descanso adicional de seis horas remuneradas.

Es evidente la desigualdad que existe en nuestra legislación ya que no hay instituciones jurídicas que protejan a los trabajadores domésticos, en programas, prestaciones y otras ventajas laborales que si están reguladas en leyes, reglamentos y demás disposiciones legales vigentes, para otras actividades económicas.

En alusión a las reglas que rigen para los casos de enfermedad, en la relación laboral entre el trabajador doméstico y el patrono. El artículo 165 del Código de Trabajo, individualiza tales casos o presupuestos jurídicos de la siguiente forma: “a) Toda enfermedad contagiosa o infecto-contagiosa del patrono o de las personas que habitan la casa donde se prestan los servicios domésticos, da derecho al trabajador para dar por terminado su contrato a menos que se trate de afecciones para las que existen y hayan sido tomadas medidas de prevención de probada eficacia. Igual derecho tiene el patrono respecto del trabajador doméstico afectado por enfermedad infecto-contagiosa, salvo que ésta haya sido contraída en los términos del inciso d). b) Toda enfermedad del trabajador doméstico que sea leve y que lo incapacite para sus labores durante una semana o menos, obliga al patrono a suministrarle asistencia médica y medicinas; c) Toda enfermedad del trabajador doméstico que sea leve y que lo incapacite para sus labores durante más de una semana, da derecho al patrono, si no se acoge a las prescripciones del artículo 67, (que se refiere a la protección del IGGS) a terminar el contrato, una vez transcurrido dicho término sin otra obligación que la de pagar a la otra parte un mes de salario por cada año de trabajo continuo, o fracción de tiempo no menor de tres meses. Esta indemnización no puede exceder del importe correspondiente a cuatro meses de salario; d) En los casos del inciso anterior, si la enfermedad ha sido contraída por el trabajador doméstico por contagio directo del patrono o de las personas que habitan la casa, aquél tiene derecho a percibir su salario íntegro hasta su total restablecimiento y a que se le cubran los gastos que con tal motivo deba hacer; e) En

todo caso de enfermedad que requiera hospitalización o aislamiento, el patrono debe gestionar el asilo del trabajador doméstico en el hospital o centro de beneficencia más cercano y costear los gastos razonables de conducción y demás atenciones de emergencia y dar aviso inmediato a los parientes más cercanos; y f) Si como consecuencia de la enfermedad el trabajador doméstico fallece en casa del patrono, éste debe costear los gastos razonables de inhumación (entierro). En todos los casos que enumera el presente artículo queda a salvo de lo que dispongan los reglamentos que dicte el IGGS siempre que el trabajador doméstico de que se trate, esté protegido por los beneficios correlativos del mismo.”

Es importante hacer saber a los trabajadores en general que para la reclamación de sus derechos establecidos en leyes laborales, cuando se produzca infracción o quebrantamiento de sus derechos laborales, pueden acudir inmediatamente a la Inspección General de Trabajo del lugar de su residencia, para lo cual pueden comparecer personalmente hacer sus gestiones, sin que para ello sea obligatorio la intervención de abogado. La autoridad de Trabajo mencionada por medio de su cuerpo de inspectores y trabajadores sociales, deben velar por el cumplimiento y respeto a las leyes, con facultad de legalizar los arreglos directos y conciliatorios que se celebren entre patronos y trabajadores. La Inspección General de Trabajo tiene carácter de asesoría técnica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, así como de los patronos o trabajadores en cuanto a las dudas que tengan sobre la forma en que deben ser aplicadas las disposiciones legales de su competencia.-

CONCLUSIONES:

El servicio doméstico se define, como el cuidado, atención, limpieza y seguridad de la casa que ocupa una familia.

La retribución de los trabajadores domésticos, comprende, además del pago dinerario, en suministro de habitación y manutención.

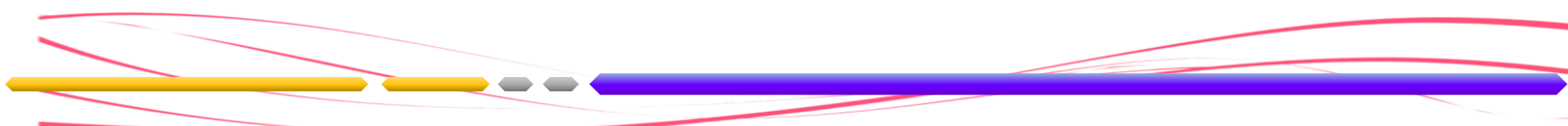
Los derechos que gozan, son muy limitados, en evidente desigualdad de los trabajadores que realizan otras actividades laborales.

REFERENCIAS

Código de Trabajo comentado por Dr. César Landelino Franco López.

Guatemala, Centroamérica 2014.

Diccionario enciclopédico de derecho usual de Guillermo Cabanellas Torres (Tomo VII (R-S)).



LA PELIGROSIDAD EN LA PONDERACIÓN DE LA PENA

MSc. Edwin Alberto Mis Ávila

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES, RETALHULEU

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena, y además de esta institución de derecho público, el orden jurídico prevé las medidas de seguridad como medios destinados para situaciones en donde las penas no resultan aplicables. De acuerdo a lo anterior, el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos siendo estos las penas y medidas de seguridad. En relación al primer instrumento, cabe mencionar que desde la antigüedad se discute acerca del fin de la pena, existiendo diversas corrientes o teorías que en sus más variadas combinaciones continúan hoy generando debate y caracterizando la discusión.

Los artículos 12 y 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1993 pág. 3) consagran el debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia a favor del sindicado; a partir de estos se pueden establecer como presupuestos para la aplicación de las medidas de seguridad los siguientes: a) Que la persona haya cometido una acción típica y antijurídica, aunque no culpable; b) Que exista peligrosidad criminal, es decir, la probabilidad de que realice en el futuro nuevos hechos constitutivos de delito. Interpretando los presupuestos anteriores, se debe concurrir un pronóstico de peligrosidad criminal. Si no existe tal *prognosis*, el sindicado no puede ser sometido a medidas de seguridad, dado que faltaría el fundamento específico que da lugar a las mismas; pero contrario a ello, cuando las personas no han cometido delitos, se trata de mera peligrosidad social.

Los estados peligrosos

Para la imposición de una medida de seguridad, además de la declaración jurisdiccional de la comisión de un delito por medio de sentencia firme, es necesaria la concurrencia de un estado de peligrosidad criminal. El ordenamiento penal guatemalteco incluye en el Art. 87 del Código Penal un catálogo de índices de peligrosidad criminal. Los estados peligrosos reconocidos son (Código Penal, 1973):

1°. La declaración de inimputabilidad. 2°. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado. 3°. La declaración del delincuente habitual. 4°. El caso de tentativa imposible de delito, prevista en el artículo 15 de este Código. 5°. La vagancia habitual, entendiéndose por vago el que teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerable se mantiene habitualmente en holganza, viviendo a costa del trabajo de otros, o de mendicidad, o sin medios de subsistencia conocidos. 6°. La embriaguez habitual. 7°. Cuando el sujeto fuere toxicómano. 8°. La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena. 9°. La explotación o *el ejercicio de la prostitución. *(La expresión subrayada, fue derogada por Artículo 69 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República).

Naturaleza

Es imprescindible determinar la naturaleza jurídica de los índices de peligrosidad criminal, para establecer si estos representan una peligrosidad criminal o, por el contrario, se trata de mera peligrosidad social. A la luz de lo anterior, es necesario mencionar que la peligrosidad criminal significa que existe una probabilidad razonable de que el sujeto cometa nuevos hechos delictivos en el futuro, exigiéndose habitualmente que tal pronóstico se haya reforzado a través de la previa comisión de un delito, lo que quiere decir, que su exigencia lleva a excluir de la imposición de las medidas de seguridad a todas las personas que, aun encontrándose formalmente dentro de un estado peligroso, no hayan cometido un delito o, habiéndolo cometido, no presenten peligrosidad criminal.

Si se siguiera el anterior punto de vista resultarían inaplicables completamente como causas de estado peligroso los siguientes: “La declaración de habitualidad, la vagancia habitual, la mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena, la explotación” (Código Penal, 1973), y todos ellos serían entonces supuestos de mera peligrosidad social.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Real Academia Española, 2019) define *peligrosidad* como “cualidad del peligroso”, *peligroso* como “que tiene riesgo o puede causar daños”, y *dicho de una persona* “aquella que puede causar daño o cometer actos delictivos”.

Es decir, el peligroso posee una tendencia a cometer un delito, aun siendo actos futuros e inciertos.

Inaplicación del juicio valorativo del estado de peligrosidad

Es de resaltar, que tanto el Tribunal de Casación como la Corte de Constitucionalidad han considerado la inaplicación del estado de peligrosidad del sindicado en la determinación de las penas, conforme lo regulado en el ar-

tículo 65 del Código Penal, respecto del presupuesto de “mayor o menor peligrosidad del culpable” (1973) pues se estaría aplicando el derecho penal de autor, y no de acto, lo que resulta contrario a los principios constitucionales que inspiran la construcción de un derecho penal de acto al referirse a condiciones particulares anteriores al delito que constituyen calidades morales que lo estigmatizan como peligroso social.

Por ello, se estima que no debe tomarse en cuenta el estado peligroso, por tres razones principales:

- a) En primer lugar, porque ello daría lugar a un derecho penal de autor, en donde lo que se castiga no es el hecho, sino directamente la personalidad desviada del sujeto. En efecto, algunas formas de vida pueden resultar molestas para la convivencia social; pero de ello no puede deducirse una peligrosidad criminal, en consecuencia, no debe confundirse la peligrosidad social con peligrosidad criminal.
- b) En segundo lugar, la medida de seguridad solo cabe frente a imputables que revelen peligrosidad criminal. Por ello, las medidas de seguridad son medios que tiene la sociedad para enfrentarse a personas que han cometido delitos a las cuales no se les puede imponer pena, por carecer de capacidad de culpabilidad.
- c) Y, en tercer lugar, si se aceptara la posibilidad de aplicar pena y, posteriormente, una medida de seguridad a las personas que se encuentran en los incisos precitados, ello daría lugar a una doble penalización, contraviniendo el principio jurídico *non bis in ídem*. Por lo que no podría castigarse a una persona dos veces por el mismo hecho, aun cuando el fundamento de la pena y la medida de seguridad sean distintos.

Por lo tanto, los estados peligrosos no deben aplicarse sin una debida comprobación, primero, de un hecho típico y antijurídico y, luego, de la peligrosidad criminal del sujeto.

Peligrosidad criminal en la ponderación de la pena

Para la fijación de la pena, el artículo 65 del Código Penal (1973), regula:

El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.

Mención especial merece el presupuesto regulado en dicha normativa, respecto a la estimación que debe realizarse para la ponderación de la pena sobre la mayor o menor peligrosidad del culpable. Sin embargo, cabe resaltar que la Corte de Constitucionalidad, ha sostenido que el término de peligrosidad como elemento decisivo para la imposición de la pena en el delito de Asesinato, regulado en el artículo 132 del Código Penal (1973):

(...) resulta lesivo al principio de legalidad, por cuanto solo pueden ser punibles las acciones calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Debido a que la peligrosidad constituye una característica endógena cuya naturaleza eventual inherente impide determinar con precisión cuál es el bien jurídico tutelado que podría ser lesionado, la sanción que se imponga estaría vinculada a una conducta hipotética, la que de acuerdo al postulado constitucional citado, no

sería punible. Mayor gravedad entraña el que una circunstancia psicobiológica sea relevante para imponer una sanción de la magnitud de la pena de muerte, lo que reflejaría únicamente un serio retroceso en la humanización del sistema represivo de antaño, cuyas rigurosas teorías retributivas veían la pena capital como solución absoluta a la problemática delincencial, criterio que resulta desproporcionado e inaceptable dentro del modelo garantista actual de los derechos fundamentales. En ese sentido, la frase impugnada prevé la imposición de la pena capital con base en las circunstancias personales del imputado y no por el hecho punible concreto en que incurrió, lo que constituye un resabio de la escuela positivista que debe ser superado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales, previa verificación de la efectiva existencia de la conducta típica, de tal forma que no se incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, se ha pronunciado en cuanto a la valoración de la peligrosidad del agente por parte del juzgador, considerándola un retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos, al imponer una sanción no con base en lo que ha hecho el infractor, sino en lo que es (caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de veinte de junio de dos mil cinco). Conforme lo anterior, la frase impugnada vulnera el artículo 17 constitucional, por lo que es meritoria su expulsión del ordenamiento jurídico (...) (Sentencia 11/02/2016, expediente 1097-2015).

Además, debe resaltarse que la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que el término de peligrosidad no debe tomarse en cuenta para ponderar la pena en cualquier tipo penal, no solamente en el delito de Asesinato, pues la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, en el caso de Fermín Ramírez Ordóñez contra el Estado de Guatemala, declaró la peligrosidad se refiere a hechos que posiblemente podrían o no ocurrir en el futuro, puesto que si se tomara el pasado para considerarla, se estaría frente a un derecho penal de autor, lo que también es prohibido por el derecho internacional.

En efecto, el Tribunal de Casación consideró para ponderar la pena de prisión, que no debe estimarse la peligrosidad del culpable, manifestando:

(...) En el presente caso de homicidio, la pena deberá fijarse entre quince y cuarenta años de prisión inconvertibles. Se deberá tener en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, lo cual razona el A quo, que por ser el derecho penal de acto, y no de autor, no entra a valorar en perjuicio ni en beneficio, aspectos de peligrosidad, y expone así por qué no le da valor probatorio a la carta laboral y a las cartas de recomendación; ni a los antecedentes personales de éste, y tampoco a los de la víctima (...) (Sentencia 27/09/2013, expediente 919-2013).

Por ello, se considera que la peligrosidad del culpable no debe estimarse de la misma manera en aquellos delitos que contemplan dicha circunstancia como presupuesto para fijar la pena, como por ejemplo, en el delito de Parricidio en el Art. 131 o bien en el delito de Ejecución Extrajudicial Art. 132 Bis, ambos artículos del Código Penal (1973).

De igual manera, especial mención debe hacerse sobre el presupuesto regulado en el artículo 51 del Código Penal (1973), para la aplicación de la conmuta de la pena de prisión atendiendo a la peligrosidad social del culpable, al establecer:

La conmutación no se otorgará, entre otras circunstancias: 1°. A los reincidentes y delincuentes habituales; [...] 4°. Cuando apreciadas las condiciones del penado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho,

se establezca, a juicio del Juez, su peligrosidad social.

Sin embargo, siguiendo el criterio anterior, respecto del derecho penal de autor, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, estimó que no debe apreciarse la peligrosidad para denegar la conmuta de la pena de prisión de la siguiente manera:

(...) debe interpretarse que, aunque la conmuta no tiene relación directamente con el tema de aumentar la pena de prisión, sí tiene efectos de favorabilidad para el procesado, pues le permite sustituirla pena de prisión por una menos grave pagando una cantidad de dinero por cada día de prisión, y por esa misma razón el juicio sobre la peligrosidad social del procesado tampoco debe incidir en la decisión de rechazar la conmuta de la pena de prisión, pues eso también significa un “agravamiento” en la situación del procesado basada en sus características personales (...) (Sentencia 18/12/13, expedientes 987-2013 y 995-2013)

En igual sentido se pronunció el mismo Tribunal de Casación:“(...) En cuanto a lo segundo, la peligrosidad sólo debe considerarse para el efecto de aplicar medidas de seguridad, según su encuadramiento de estado peligroso conforme a lo regulado en el artículo 87 del Código Penal (...)” (Sentencia 27/04/2012, expediente 2008-2011).

Conclusiones

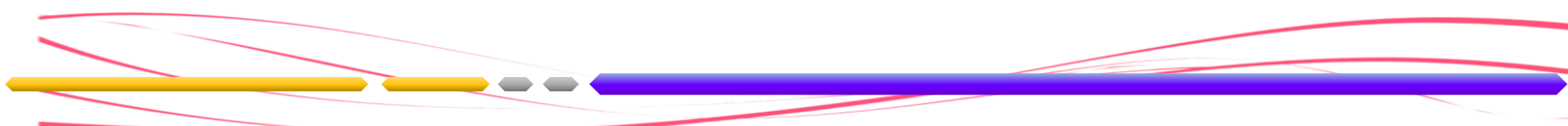
La pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito, esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesto tras un debido proceso por los órganos jurisdiccionales. Por ello, se hace importante tomar en cuenta la peligrosidad criminal, lo que significa que existe una probabilidad razonable de que el sujeto cometa nuevos hechos delictivos en el futuro, exigiéndose habitualmente que, tal pronóstico se haya reforzado a través de la previa comisión de un delito.

Tanto los Jueces Sentenciadores en primera instancia, como los Magistrados de las Salas de Apelaciones, al conocer en alzada, deben considerar que el presupuesto de peligrosidad del culpable solamente debe tomarse en cuenta para el efecto de aplicar medidas de seguridad, según los presupuestos de estado peligroso regulados en el artículo 87 del Código Penal, pues así lo ha afirmado el Tribunal de Casación.

Por ello, la peligrosidad del culpable no debe tomarse en cuenta: a) para aumentar la pena de prisión, conforme lo regulado en el artículo 65 del Código Penal; b) para negar la conmuta de las penas de prisión, conforme lo previsto en el artículo 51 del Código Penal; c) para negar la suspensión condicional de la pena, regulada en el artículo 72 del Código Penal; d) para negar el perdón judicial, conforme lo previsto en el artículo 83 del Código Penal (1973).

Referencias

- Congreso de la República de Guatemala. (1973). *Código Penal*. Ciudad de Guatemala: Organismo Legislativo.
- Congreso de la República de Guatemala. (1993). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala: Organismo Legislativo.
- Díaz, G. L. (1996). *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ta. Edición. Madrid: Tecnos S.A.
- Real Academia Española. (2 de Abril de 2019). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/?w=diccionario>
- Sentencia 11/02/2016, Expediente 1097-2015 (Corte de Constitucionalidad).
- Sentencia 18/12/13, Expedientes acumulados 987-2013 y 995-2013 (Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia).
- Sentencia 27/04/2012, Expediente 2008-2011 (Tribunal de Casación).
- Sentencia 27/09/2013, Expediente 919-2013 (Cámara Penal, Corte Suprema de Justicia).
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anónima Editora.



IMPORTANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL, COMO TAREA COMPARTIDA ENTRE LOS SISTEMAS NACIONALES Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA PRACTICA JUDICIAL

M. A. Jenny Noemí Alvarado Tení

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

1.1 El sistema internacional de derechos humanos

La Carta de las Naciones Unidas fue el primer instrumento de derecho internacional en utilizar el término derechos humanos, luego de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), se provocó un desarrollo creciente de instrumentos en materia de protección de derechos humanos especializados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (PDESC).

Por lo anterior se concluye que el sistema universal o internacional de protección de los derechos humanos, el cual se encuentra bajo la sombra de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), es el inicial y más importante, el cual provoca obligaciones a los Estados miembros al adoptar los instrumentos de derecho internacional que suscriben.

1.2 El sistema interamericano de derechos humanos

Luego del sistema universal o internacional de protección de derechos humanos, sigue el sistema regional de protección de derechos humanos. Así por ejemplo para el caso de Guatemala, se está bajo la esfera del sistema

interamericano de protección de derechos humanos, el cual se inició con la Organización de Estados Americanos (OEA), sus instrumentos básicos son la Declaración Americana de Derechos Humanos (DADDH) y la Convención Americana sobre de Derechos Humanos (CADH), la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978 luego de haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación. Este sistema cuenta con dos órganos de control, la Comisión Interamericana de Derecho Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo más importante es que los Estados parte de la Convención Americana sobre de Derechos Humanos (CADH), han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ya existe una enorme cantidad de sentencias dictadas en contra de los Estados parte de lo cual Guatemala no ha sido ajena.

1.3 El carácter subsidiario de los sistemas de protección de derechos humanos

Los sistemas regionales y universales o internacionales de protección de los derechos humanos son la *última ratio*, es decir, tiene un carácter subsidiario, cuando los Estados han fallado de proteger los derechos humanos de sus habitantes. Cuando a una persona se la han vulnerado sus derechos humanos, esta debe

acudir a las autoridades nacionales, presentar las denuncias respectivas y solamente en caso de que luego del agotamiento de todos los recursos y mecanismos internos de cada país, exista denegación de justicia, o bien no se restaure el imperio de los derechos humanos vulnerados, se puede acudir al sistema internacional o al interamericano de protección de derechos humanos. Tal y como la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido:

“La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno, antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la protección internacional de los derechos humanos, por ser esta coadyuvante o complementaria de la interna.” (CIDH, 1989, pág. 61)

1.4 El salto cuántico de la teoría a la práctica: la creciente ejecución del derecho internacional de los derechos humanos en los órdenes jurídicos nacionales

Los Estados partes, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y de cualquier otro tratado internacional en materia de derechos humanos, asumen obligaciones de derecho internacional las cuales deben cumplir sin menoscabo de su propio derecho interno. Lo descrito con anterioridad significa que los Estados no puede alegar el contenido de su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales, en especial las asumidas en los tratados, por ello, los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para darles cumplimiento, sea a través de reformas legislativas del derecho interno, sea a través de darles a los tratados y convenios el rango de ley constitucional, o bien a través del reconocimiento de los derechos humanos de los tratados dentro del propio texto constitucional, además de la adopción de políticas públicas para darles el debido cumplimiento a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

1.5 Los movimientos de reformas constitucionales y la labor de los operadores jurídicos nacionales

América Latina, a partir de los años 80 y 90 ha atravesado una época de cambio de constituciones o bien de reforma de dichos cuerpos normativos, adoptando normativas en pro de los derechos humanos. Sin embargo, algunas naciones no han realizado las modificaciones legislativas a nivel constitucional ni ordinario, dejando incólume su derecho interno. Es ahí donde entra en juego la importante labor de los operadores jurídicos para darle vida al *corpus iuris* internacional, realizando una interpretación efectiva de sus normas, dándole preeminencia sobre su respectivo derecho interno.

1.6 La interpretación y aplicación de los tratados internacionales

Los derechos humanos no son creados por el derecho, simplemente son reconocidos por este, al punto de que, se debe tomar en cuenta que en la mayoría de ocasiones cuentan con una triada normativa de protección, es decir, dentro del derecho nacional, el derecho internacional de sistema regional de protección de derechos humanos y del sistema universal o internacional de protección de derechos humanos.

1.6.1 Breves anotaciones sobre las fuentes del derecho internacional público y los mecanismos para su interpretación

El derecho internacional público y por lo tanto el derecho internacional de derechos humanos por ser una rama del primero cuenta con las siguientes fuentes:

- a. Las convenciones o instrumentos internacionales no importando la denominación que se les otorgue;
- b. La costumbre internacional como parte del *ius cogens*;
- c. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas del mundo; y
- d. La jurisprudencia y la doctrina internacional.

Lo que se destaca en este punto es que la interpretación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos debe ser una interpretación evolutiva, es decir, que debe adaptarse a los nuevos contextos sociales, sin menoscabar el núcleo duro de los derechos humanos, el cual contiene derechos como: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, entre otros.

1.6.2 La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha creado la doctrina de control de convencionalidad, lo que significa que todos los funcionarios públicos, no solamente los jueces, sino cualquier órgano del Estado que pertenezca o no a los clásicos tres poderes del Estado (dado que existen órganos extra poder como el Ministerio Público) deben observar el principio de que el *corpus iuris* interamericano debe prevalecer respecto del derecho interno, en cuanto a la protección de los derechos humanos respecta, es decir que al momento de resolver, dictar sentencia, tomar una decisión de carácter administrativo, etc., deben observar el contenido del derecho internacional de los derechos humanos para verificar que con sus decisiones no se vulnere ningún precepto de derecho internacional al cual Estado se encuentra comprometido. Lo anterior es una poderosa herramienta de control para el respeto de los derechos humanos.

1.7 El incumplimiento de la obligación internacional

Los Estados al suscribir, aceptar y ratificar un tratado internacional en materia de derecho humanos, adquiere un compromiso internacional, el cual se espera que sea cumplido en su totalidad de lo contrario es viable considerar que su incumplimiento provoque que el Estado incurra en responsabilidad, incluso de la denominada: hecho internacionalmente ilícito. Por lo anterior es que cuando un Estado

reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH), puede ser eventualmente condenado por esta, dado que en el plano de derecho internacional se reconoce el Estado como un sujeto único e indivisible, de ahí que la actividad de cualquier funcionario u órgano del Estado que vulnere derechos humanos, son considerados actos del Estado, sin importar que estos haya sido cometidos por personas o grupos de personas, siempre que pertenezcan a la maquinaria Estatal serán atribuidos al Estado propiamente dicho, de ahí la razón por la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), juzga a los Estados y no a los individuos.

Ahora bien, las personas que ejercen funciones de orden judicial son una pieza fundamental, al momento de garantizar la protección de los derechos humanos y del respeto del *corpus iuris* internacional, regional y nacional de protección de derechos humanos. Por lo que al momento de tomar una decisión plasmada en una resolución o sentencia deben obligatoriamente además de realizar un control constitucional de su decisión, realizar un control de convencionalidad de su fallo. Lo anterior, con el objetivo de permitirle al Estado darle cumplimiento total a las obligaciones internacionales adquiridas pero en especial garantizar la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente en los tratados del sistema universal de protección de derechos humanos y del sistema regional de protección de derecho humanos. Así por ejemplo antes de resolver tiene que tomar en cuenta que el contenido de las decisiones judiciales no colisiones aquéllos que han sido ratificados por Guatemala.

CONCLUSIONES

1. Existe un enorme *corpus iuris* interamericano e internacional, que es de observancia obligatoria para todos los entes del Estado, no importando su ubicación dentro del poder público
2. Los magistrados y jueces deben tomar en cuenta al momento de cualquier decisión que tomen al dictar sentencia el *corpus iuris* internacional y el interamericano para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos.

REFERENCIAS

Doctrinarias

CIDH. (1989). *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras*. San José de Costa Rica: s.e.

López Contreras, R. E. (2006). *Derechos humanos*. Guatemala: Fenix.

Normativas

Declaración Americana de Derechos Humanos

Convención Americana de Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos