



TRIBUNA JURÍDICA

Versión digital No. 2 - Guatemala, agosto de 2019



ÍNDICE

1. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO
2. DIÁLOGO Y CONCILIACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES EN EL MARCO DE LAS NORMAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO -OIT-
3. EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO* Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO GUATEMALTECO
4. LA MOTIVACIÓN Y SUB MOTIVACIÓN EN EL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL EN GUATEMALA
5. FALTAS AMBIENTALES EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA
6. EL FLAGELO DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y SU INCIDENCIA EN LA ECONOMÍA DEL ESTADO
7. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE GUATEMALA
8. VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN GUATEMALTECA
9. LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
10. APUNTES SOBRE LA CASACIÓN CIVIL
11. REFLEXIONES E IMPLICACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN GUATEMALA
12. EL DELITO, TIPOS, PENAS Y LA IMPRUDENCIA (CULPA) EN RELACION A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MEDICOS
13. ANALISIS TECNICO JURIDICO DE LAS FORMAS DE INICIACION DEL PROCESO PENAL
14. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO AL DERECHO DE FAMILIA
15. LA DIGNIDAD HUMANA DE ACUERDO AL DERECHO
16. LEGAL COMPLIANCE
17. LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO POLÍTICA CRIMINAL
18. OBLIGACION DEL JUEZ DE PRONUNCIARSE SOBRE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO, AL AUTORIZARLO DENTRO DE UN CONFLICTO COLECTIVO DE CARÁCTER ECONÓMICO SOCIAL

EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO

*Elvia Ester Velasquez Sagastume

Magistrada Vocal I Sala Primera de la Corte de Apelaciones

Ramo Civil y Mercantil

Introducción

La **interpretación conforme** es un principio de interpretación constitucional de la ley. Esta afirmación puede parecer categórica, pero es fundamental en cuanto a la postura sobre la **interpretación conforme** en el sistema constitucional en su conjunto, así “*un principio cualificado y especial de interpretación de la ley, cuya especialidad y particularidad se presenta precisamente porque utiliza la Constitución como parámetro en su versión más normativa*”. (Hesse, Konrad. ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Pp. 57)

Necesario resulta conocer que, para ejercer el control constitucional utilizando la propia Constitución como parámetro, esta le proporciona el carácter constitucional, puesto que:

“Mientras que el carácter de principio ha sido defendido por algunos autores al concebir la postura de que la interpretación conforme como forma peculiar de interpretar la ley, originada en el contexto jurisprudencial y aplicado generalmente como regla de interpretación en el control constitucional, es un verdadero principio general”. (García de Enterría, Eduardo. Op Cit. Pp. 113)

En efecto, un principio general que por tal característica precisa de aplicación universal y que no solo vincula a los órganos intérpretes de la ley en el control constitucional, sino que además vincula a todos los órganos en su función de aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico, contiene un verdadero principio constitucional de interpretación de la ley. En otras palabras, solo parece

aceptable una **interpretación conforme** sujeta al grado de movilidad interpretativa que resiste el ámbito interno de la ley, de modo que la solución interpretativa conforme a la Constitución, debiera ser clasificada como una excepción controlada de la valoración social en el ordenamiento positivo.

1. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME

El principio de **interpretación conforme**, de conformidad con el programa hermenéutico de Konrad Hesse, puede manifestarse de la forma siguiente: una ley no ha de ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución; pues indica que: *“Esta consonancia no sólo existe allí donde la ley desde un aspecto formalista establece una consecuencia jurídica, sino que permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido antiguo o indeterminado de la ley resulta imprecisa gracias a los contenidos de la Constitución”*. (Hesse, Konrad. Op Cit. Pp. 71. ⁴ IBÍDEM. Pp. 72)

Así pues, en el marco de la **interpretación conforme**, las normas constitucionales no son solamente normas de parámetro, sino también normas de contenido en la determinación del significado de las leyes ordinarias. Por el contrario, no es posible la **interpretación conforme** en contra del texto y sentido de la ley o en contra de la finalidad legislativa.

“A este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador, más bien de lo que se trata es de mantener el máximo de aquello que él ha querido y seguido; en ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad no es evidente, sino que únicamente existen reservas, por serias que puedan ser”.

En ese mismo sentido, Eduardo García de Enterría señala que la supremacía de la Constitución se refleja sobre todas las normas del ordenamiento; su carácter central en la construcción y la exigencia de validez del mismo en su conjunto, obligando a interpretar esta en cualquier momento de su aplicación al señalar:

“Los responsables de dicha aplicación, son los operadores públicos o privados, los Tribunales, los órganos legislativos o administrativos; dicha aplicación resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto de los principios generales, como de los específicos referentes a la materia jurídica de que se trate”. (García de Enterría, Eduardo. Op Cit. Pp. 101)

Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, la cláusula de ***interpretación conforme***, constituye en el Derecho comparado, una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, conceptualizándolo como:

“La técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”. (Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. INTERPRETACIÓN CONFORME Y CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. EL NUEVO PARADIGMA PARA EL JUEZ MEXICANO. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS JUECES NACIONALES. UNAM. MÉXICO. 2012. Pp. 123)

La cláusula de ***interpretación conforme*** es esencialmente una derivación de la hermenéutica, pues dicho parámetro interpretativo no constituye un método de interpretación para buscar dentro de una escala normativa, una norma que prevalezca sobre otra; o bien que se imponga de tal suerte una disposición que anule la fuerza normativa de un derecho sobre otro. Por lo cual los criterios clásicos de solución de antinomias y lagunas, no son aplicables en la justicia convencional para resolver la problemática entre principios de derechos fundamental (jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia).

Así, con Ferrer Mac-Gregor, desde esa perspectiva hermenéutica, en la interpretación conforme

“(…) no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio pro persona, y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstas en los tratados internacionales”. (IBÍDEM. Pp. 124)

En ese mismo sentido, Queralt Jiménez ha referido a ese proceso de armonización, como:

“(…) un elemento esencial en las jurisdicciones internas, cuando en uso de la cláusula de interpretación conforme, hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del TEDH, son utilizadas como herramientas hermenéuticas. La misma interpretación y aplicación de la jurisprudencia del TEDH, como instrumento interpretativo de sus propios catálogos internos de derechos y libertades se debe, en unos casos, a la existencia de una norma interna que prevea la necesidad de interpretación conforme con el estándar europeo”. (Queralt Jiménez, Argelia. LOS USOS DEL CANON EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA MUESTRA DEL PROCESO DE ARMONIZACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. En: TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL. UNED. No. 20. Madrid. 2007. Pp. 439)

La referencia que proporciona Queralt a la jurisprudencia como parámetro interpretativo, nos lleva directamente a la dinámica del círculo hermenéutico, en el cual los derechos se armonizan para su eficacia conjunta y su protección óptima. Con esto se pretende infundir en la interpretación constitucional, paradigmas y directivas que promuevan la convergencia entre derechos, desde el mismo parámetro de constitucionalidad homologado con los tratados internacionales; con lo cual, el paradigma del diálogo jurisprudencial se actualiza precisamente a través de los tribunales internacionales de los Estados nacionales; en los cuales se gestan las más protectoras directivas argumentativas, hacia la expansión de esos derechos a niveles más altos, a la manera de una espiral hermenéutica. José Luis Caballero Ochoa ya señalaba que *“el canon hermenéutico de los derechos humanos no resulta neutro”*. (Caballero Ochoa, José Luis. LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA Y MÉXICO. Editorial Porrúa. México. 2009. Pp. 340)

La cláusula de ***interpretación conforme*** no es neutral, conlleva de manera necesaria la adopción de una metodología compatible con los principios y valores de la Constitución en la interpretación de los derechos humanos; es decir, necesariamente adopta un concepto de derecho, cuando el operador jurídico argumenta y justifica el límite o el contenido normativo de un derecho fundamental, pues dichos contenidos son esencialmente morales.

En la hermenéutica de los derechos, la neutralidad de las normas se difumina, cuando apreciamos de manera clara el significado de la teleología de la Constitución; pues desde esa **interpretación conforme**, es posible afirmar que se trata de una **interpretación conforme a la Constitución** y a la jurisprudencia nacional o supranacional.

“La referencia a conceptos novedosos que advierten el carácter indisponible de los derechos humanos, tales como territorio inviolable, la esfera de lo indecible, el coto vedado, etc., son conceptos aparentemente falaces o paradójicos, con los cuales no se hace sino poner el dedo en el renglón, que en materia de derechos fundamentales, existen derechos, bienes e intereses de las personas, que no están a merced de las decisiones de las mayorías parlamentarias o jurisdiccionales en turno”. (Flores Saldaña, Antonio. EL PARADIGMA DE LA CONSTITUCIÓN ¿NEOCONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTAL O SUSTANCIAL?. En: Flores Saldaña, Antonio (coordinador). INTERPRETACIÓN Y PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. España. 2013. Pp. 373-374)

Así pues, en el control de convencionalidad del sistema interamericano de derechos humanos, la **interpretación conforme** de las normas de derecho interno —leyes internas, Constituciones, proyectos de reforma constitucional, actos administrativos, etc.— se realiza una comparación con el contenido de la CADH; siendo competentes la Corte IDH o el juez interno, para llevar a cabo dicho control de convencionalidad, tanto en sede internacional o nacional respectivamente. El principio de **interpretación conforme** que realizan los jueces nacionales de los Estados está sometido en cuanto a su régimen normativo interno, —su Constitución, leyes, actos administrativos, sentencias judiciales, etc.— a la vinculación normativa formal y material de las disposiciones internacionales de derechos humanos.

Esta máxima vinculación jurídica, se representa como un conjunto de normas superiores que provienen desde afuera del ordenamiento jurídico interno, pero a la vez pertenecen a él, en función de la técnica de la remisión normativa que se realiza desde el bloque de constitucionalidad y convencionalidad. Las normas internacionales que reconocen los derechos humanos que se incorporan en el derecho interno necesariamente deben prevalecer jerárquicamente desde un

aspecto sustancial; pues siendo la persona humana su titular, se convierte en el sujeto (activo) de Derecho internacional ante la jurisdicción internacional cuando el Estado soberano le ha vulnerado sus derechos humanos, asumiendo como sujeto pasivo y legítimo en la relación jurídico procesal, su condición de demandado (sujeto pasivo).

La interpretación de las normas internas e internacionales que reconocen los derechos humanos, debe concretarse a una interpretación conforme a la Constitución del Estado a través de la jurisdicción nacional. El régimen interior del Estado debe homologarse con el bloque de constitucionalidad, el cual precisa de la aplicación de las leyes ordinarias, la emisión de actos administrativos, y en general, a la determinación de cualquier medida o acto proveniente de los poderes públicos que restablezca el estado de cosas hasta el momento anterior en que se cometió la violación o, en su caso, el resarcimiento de daños y perjuicios.

Esa compatibilización, que exige una interpretación conforme a los derechos fundamentales contenidos en el bloque de constitucionalidad-convencionalidad, implica la armonización del contenido normativo, tanto del régimen interior constitucional como del régimen internacional de convencionalidad; ambos sistemas jurídicos, enlazados de manera simbólica y concordante desde la premisa fundamental del respeto y protección de los derechos humanos, lo que convierten al control de convencionalidad en un esquema hermenéutico de analogía comparativa entre normas nacionales e internacionales.

Las normas de Derecho interno, desde el paradigma de los derechos humanos, tienen vocación de convencionalidad. Es decir, las normas del Derecho nacional deben interpretarse de forma concordante con las extensiones lógico-formales y práctico-materiales contenidas en todo el bloque de convencionalidad, en particular, los tratados internacionales de derechos humanos, como su interpretación jurisprudencial por las Cortes de derechos humanos correspondientes a la región en que se aplican.

En ese contexto, las normas no se presumen constitucionales de manera automática, pues dicha presunción no se realiza de manera irrestricta o irracional sin una labor previa de argumentación material y justificación lógica, sino que la presunción de constitucionalidad de las normas conlleva, de manera necesaria, el análisis hermenéutico de las posibilidades de adecuación normativa, en compatibilidad con la Constitución, y en términos del control de convencionalidad, con los tratados internacionales de derechos humanos.

Konrad Hesse concebía a este principio, desde el punto de vista del Derecho interno, en el que *“una ley no ha de ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución”*. (Hesse, Konrad. Op Cit. Pp. 72) Ahora bien, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, esta consonancia no solo existe allí donde las opciones interpretativas sean compatibles únicamente con la Constitución; en ese sentido, la compatibilidad normativa juega en dos direcciones en relación a la presunción de su constitucionalidad y las posibilidades interpretativas en concordancia con la Constitución y los tratados de derechos humanos:

1. a) Compatibilidad jerárquica-formal: cuando se realiza un examen de correspondencia lógica entre lo establecido en el texto de las proposiciones normativas que constituyen el ordenamiento fundamental de un Estado, y lo señalado en las normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos en el contexto del círculo hermenéutico, sin que ninguno de los ámbitos normativos sean de inicio jerárquicamente superiores entre sí, sino armónicamente concordantes.
2. b) Compatibilidad axiológica-material: tiene lugar cuando de los contenidos expresados en los ordenamientos internacionales de derechos humanos, se deduce una indeterminación, antinomia o laguna axiológica con el sistema jurídico interno de un Estado; esto es, que el contenido de un derecho fundamental, plasmado en la Constitución de un Estado nacional, presenta

un contenido desactualizado, ambiguo, inexistente o indeterminado, para lo cual es necesario concretarlo a la realidad actual.

Esa actualización material que precisa la ponderación bajo el paradigma de los principios jurídicos en el Estado constitucional, se realiza como

“(...) un reconocimiento y observancia de los valores superiores del ordenamiento jurídico fundamental-supranacional que consagran los derechos humanos; bien como orden de valores superiores del ordenamiento jurídico nacional, o como reconocimiento de los derechos humanos de fuente internacional, que hunde sus raíces en la doctrina del ius cogens”. (Cruz, Luis M. LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN DE VALORES. PROBLEMAS JURÍDICOS Y POLÍTICOS. Editorial Comares. Granada. 2005. Pp. 86)

Ese reconocimiento supranacional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se actualiza a través del diálogo jurisprudencial con las Cortes Internacionales de derechos humanos y los Tribunales Constitucionales; lo que permite desarrollar un lenguaje común entre los Estados nacionales que pertenecen al mismo sistema de derechos humanos.

Ante ese escenario es necesario ponderar, pues con una interpretación y control sin ponderación, no se podría justificar que se realizó una interpretación conforme de una norma que contiene un derecho, si previamente no se valoró el principio inscrito en el derecho fundamental que se interpreta. Como ya lo habíamos señalado con Hesse, el marco de la interpretación conforme de las normas constitucionales no son solamente normas de parámetro, sino también normas de contenido en la determinación del sentido de las leyes ordinarias; no es posible la interpretación conforme en contra del texto y sentido de la ley o en contra de la finalidad legislativa. A este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador; más bien de lo que se trata es de mantener el máximo de aquello que él ha requerido y seguido. Por lo tanto, *“(...) en ningún caso debe ser declarada nula una ley, cuando la inconstitucionalidad no es evidente, pudiendo existir ciertas reservas al respecto para determinar lineamientos en un sentido conforme a la Constitución”.* (Hesse, Konrad. Op Cit. Pp. 72) Importante es indicar

que el principio de ***interpretación conforme*** no atiende a criterios de supra-subordinación ni implica un sistema de jerarquía de normas, con lo cual queda explícita la finalidad de dicho principio, que no puede ser otra que la necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos; una ampliación en la protección de los derechos humanos.

Desde ese contexto, el control de convencionalidad implica que la voluntad de los Estados quedó conformada en el *pacta sunt servanda* de los tratados internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el principio de la ***interpretación conforme*** no solo debe coincidir de manera silogística con el contenido de las normas de derechos humanos a nivel internacional, sino que también debe atender a la observancia del orden de valores de la ley fundamental en la interpretación de las leyes ordinarias y, en general, del Derecho interno.

Dicho principio tiene su fundamento en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico: las leyes emanadas bajo la ley fundamental debe ser interpretadas en consonancia con la Constitución y con el Derecho internacional que en materia de derechos humanos sea suscrito por los Estados miembros y de cuya interpretación jurídica se advierta una interpretación convencional determinada, sin la cual resulte controvertible su juridicidad.

En el sistema regional americano de derechos humanos, la Corte IDH es quien se pronunciará acerca de la adecuada concretización formal y material de los derechos en el ámbito interno de cada Estado miembro, estableciendo su convencionalidad o inconvencionalidad, o bien reformulando una interpretación conforme a la CADH. De lo contrario, al no ser interpretada la norma en concordancia con dicho tratado y el lineamiento de la citada Corte por no encontrar dentro de las posibles interpretaciones aquella que se adecue al bloque de convencionalidad, la presunción de constitucionalidad se pierde.

La ***interpretación conforme*** deja de ser aplicable cuando en la interpretación de

las opciones normativas, no se logra salvar la inconventionalidad de la norma interpretada. Por ende, si de la interpretación no existe la posibilidad de una ***interpretación conforme***, su aplicación se vuelve inconventional; a tal grado que de no observarse su adaptabilidad al boque de convencionalidad, se entenderá que su formulación no atiende a una adecuada concreción de los derechos humanos de la mejor forma posible en beneficio de la persona.

La correspondiente obligación del Estado americano de realizar determinado acto, o bien modificar su legislación interna tanto ordinaria como Constitucional, constituye un deber impostergable, que se reduce a una exigencia de adecuación en la observancia de la CADH, así como a su interpretación jurídica por la Corte IDH a través de su jurisprudencia.

Así pues, la ***interpretación conforme*** al bloque de convencionalidad de los Estados nacionales constituye una herramienta hermenéutica, mediante la cual las Cortes internacionales de derechos humanos encuentran dentro de las interpretaciones posibles de la norma cuestionada, un medio de conciliación del Derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos para lograr su respeto y protección.

2. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE GUATEMALA

En la justicia constitucional de Guatemala, los Tribunales Constitucionales han emitido algunas sentencias aplicando el principio de ***interpretación conforme***; en algunas de ellas consignándolo explícitamente, y en otras, de manera implícita.

Así, por ejemplo, en el expediente 5956-2016, consistente en la inconstitucionalidad general interpuesta por la Cámara de Industria de Guatemala contra los numerales I, II y III del Acuerdo Municipal 111-2016 del Concejo

Municipal de San Pedro la Laguna, departamento de Sololá:

a) El acuerdo municipal impugnado prohibió expresamente el uso, venta y distribución de bolsas plásticas, duroport, pajillas y derivados en el municipio de San Pedro la Laguna, Sololá, a fin de minimizar los graves perjuicios que el exceso de este tipo de productos están generando en el ambiente y en el lago de Atitlán.

b) La parte impugnante aludió violaciones a los artículos 2, 4, 39, 43, 152 y 154 de la Constitución Política de la República.

c) La autoridad impugnada, alegó en su defensa, además de algunas normas de la Constitución Política de la República y algunas leyes ordinarias, las reglas ambientales el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América, Centroamérica y República Americana (DR-CAFCA), la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribunales.

d) Por su parte, la Corte de Constitucionalidad, además de los instrumentos citados, utilizó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y citó alguna jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Conferencia de Estocolmo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

e) La Corte de Constitucionalidad desestimó la acción de inconstitucionalidad general planteada, aplicando el principio de ***interpretación conforme*** de las normas ordinarias y constitucionales con las normas de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos descritos supra.

f) Indistintamente de si la Corte tuvo razón o no en la sentencia citada, en efecto, en este caso, en teoría, realizó una ***interpretación conforme*** para resolver.

3. CONCLUSIÓN

Respecto a la constitucional, si se visualiza a todo el ordenamiento jurídico como un sistema, esta doctrina propone tanto una interpretación armonizante de la Constitución entre sus distintas cláusulas, así como también entre ella o desde ella, y el resto de las normas infraconstitucionales. Tal variable de la ***interpretación conforme*** aconseja que, por ejemplo, si una ley admite dos o más interpretaciones, una de ellas acorde con la Constitución y otra u otras opuestas, el exegeta debe preferir la que coincide con la Constitución, regla de preferencia que debe ser justificada para hacer funcionar todo el aparato normativo de un Estado en consonancia con la Constitución; y otra, porque optando por una interpretación constitucional del precepto en cuestión, se evita su declaración de inconstitucionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Arango, Rodolfo. **Derechos, Constitucionalismo y Democracia** Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.
2. Cruz, Luis M. **La Constitución como orden de valores, problemas jurídicos y políticos** Editorial Comares. Granada. 2005.
3. Ezquiaga Ganuzas, Francisco. **La argumentación en la Justicia Constitucional** Editorial Oñati. Instituto Vasco de Administración Pública. España. 1987
4. Fernández Segado, Francisco. **Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución** Revista Jurídica da Universidad de Santiago de Compostela. Vol. 8. No 2. España. 1999.
5. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. **Interpretación conforme y control difuso**

de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). **El control difuso de convencionalidad, diálogo entre la Corte Interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales** UNAM. MÉXICO. 2012.

6. Flores Saldaña, Antonio. **El paradigma de la constitución¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?** En: Flores Saldaña, Antonio (coordinador). **Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional** Editorial Tirant lo Blanch. España. 2013.
7. García de Enterría, Eduardo. **La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional** Civitas Ediciones. Madrid. 1988.
8. Hesse, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional** Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.
9. Kuhlen, Lothar. **La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales** Editorial Marcial Pons. Madrid. 2012.
10. Landa, César. **Teorías de la interpretación constitucional.** En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). **INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.** Tomo II. Editorial Porrúa. México. 2002.
11. López Bofill, Héctor. **Decisiones interpretativas en el control de la constitucionalidad de la ley** Editorial Porrúa. México. 2017.
12. Queralt Jiménez, Argelia. **Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del tribunal constitucional: Una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales** En: **Teoría y realidad constitucional.** UNED. No. 20. Madrid. 2007.

DIÁLOGO Y CONCILIACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES EN EL MARCO DE LAS NORMAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO –OIT–

Dra. Wanda Jahaida Azmitia Cabrera, Magistrada
Sala Segunda de Trabajo y Previsión Social

1. Introducción

El diálogo y la negociación entre los sujetos del derecho del trabajo es aplicable no solamente para la resolución de conflictos que surjan entre ambos, sino que también se ha reconocido su aplicación dentro de los mecanismos tripartitos, puesto que, a través de la búsqueda de intereses comunes entre trabajadores y patronos, se pueden fortalecer las relaciones laborales de un país.

En el derecho laboral, debido a que entre trabajadores y patronos existen intereses antagónicos, deben generarse esfuerzos para encontrar aquellos intereses en común que permitan establecer relaciones laborales sólidas, lo que permitirá la búsqueda también de una justicia social.

La Organización Internacional del Trabajo en su normativa contempla la promoción de la comunicación entre las partes y la búsqueda de acuerdos, tanto para la mejora de condiciones laborales, como para mantener relaciones laborales armoniosas, por lo que se muestra un análisis de aquellos convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo relacionados con este asunto, y se desarrolla también el tema de la normativa guatemalteca que contempla el diálogo y la conciliación en materia laboral en cumplimiento de dicha normativa internacional.

2. Conciliación como método para resolver conflictos laborales según la Organización Internacional del Trabajo

La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo establece en su Artículo 3, que la Conferencia General se compone de cuatro representantes de cada uno de sus miembros, de los cuales dos son delegados del gobierno, uno representa a empleadores, y otro representa a trabajadores, por lo que desde la forma en que se encuentra conformada, puede observarse que se procura en sus acciones la búsqueda de un equilibrio entre el sector empleador y trabajador.

Como lo indica la Organización Internacional del Trabajo en su página virtual, *“(…) en todas las actividades de la OIT es importante la cooperación entre gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores para fomentar el progreso social y económico.*

El diálogo entre el Gobierno y los dos ‘interlocutores sociales’ promueve los consensos y la participación democrática de los actores clave del mundo del trabajo. La OIT es la única agencia ‘tripartita’ de las Naciones Unidas, pues congrega a representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores para que diseñen conjuntamente normas de trabajo, políticas y programas. El diálogo social puede significar negociación, consulta o simplemente un intercambio de información y opiniones entre representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores.”

Por lo tanto, es a través del diálogo que se procuran consensos, no solamente para la suscripción de normativa y la determinación de acciones de la OIT, sino que se fomenta que, a través de dicho diálogo y la participación de los sujetos del derecho de trabajo, puedan llegarse a resolver los conflictos que surjan entre ambos.

El consenso para la resolución de conflictos de carácter laboral tiene ventajas para ambas partes, por lo que el diálogo y la negociación son herramientas valiosas para una armonía laboral, pudiendo incluso participar un tercero que apoye a las partes para lograr acuerdos satisfactorios.

La Organización Internacional del Trabajo ha definido **negociación**, según su artículo “Sistemas de resolución de conflictos laborales”, del Centro Internacional

de Formación, como: *“ el proceso en el que dos o más partes con intereses tanto en común como contrapuestos, se reúnen para hablar y escuchar a fin de llegar a*

un acuerdo mutuamente aceptable”, asimismo, con respecto a la **conciliación**, ha indicado:

“es el proceso mediante el cual el conciliador/mediador designado por el Estado ayuda a las partes del conflicto a tratar de llegar a un acuerdo. Por lo general es un proceso obligatorio mediante el cual una parte somete el conflicto a conciliación y la otra parte está obligada a asistir.”

3. Convenios y recomendaciones relacionados con la conciliación

Existen diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que fomentan el diálogo, la prevención de conflictos, y su resolución por la vía de la negociación entre las partes o con la ayuda de un tercero, así como convenios que específicamente se refieren a consultas tripartitas.

Para hacer mención del contenido del alguno de ellos, en el caso del Convenio 84 sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos), de 1947 (convenio no ratificado por Guatemala), se indica que, además de protegerse el derecho de asociación de los trabajadores con cualquier fin y de garantizarse a los sindicatos el derecho a celebrar contratos colectivos con los trabajadores, así como que el procedimiento para examinar los conflictos, deberá ser tan sumario y sencillo como sea posible. A lo anteriormente indicado, se agrega en el convenio que se deberá estimular a los empleadores y a los trabajadores para que eviten los conflictos, y para que, en el caso de que surjan, se resuelvan de forma equitativa y por medio de la conciliación, debiendo en la medida de lo posible cada miembro que ratifique el convenio, crear organismos para la solución de los conflictos entre empleadores y trabajadores.

De igual manera, con respecto al derecho a sindicalización y la negociación colectiva, los Convenios: 11, sobre el derecho de asociación (agricultura) de 1921; 141, sobre organizaciones de trabajadores rurales de 1975; y 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948 (ratificados por

Guatemala), establecen el derecho de todo trabajador a sindicalizarse y que se respete al sindicato como persona jurídica, y los Convenios 98 sobre el derecho de

sindicación y negociación colectiva de 1949 y 154 sobre negociación colectiva de 1981 (ratificados por Guatemala), contemplan que debe estimularse y fomentar entre empleadores y trabajadores, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con la finalidad de suscribir contratación colectiva y mejora de condiciones laborales.

Por otra parte, el Convenio 150 sobre la administración del trabajo de 1978 (no ratificado por Guatemala), contempla que cada miembro debe establecer procedimientos para garantizar dentro del sistema de administración del trabajo, la consulta, la cooperación y la negociación entre autoridades pública y organizaciones representativas de empleadores y trabajadores. El Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de 1978 (no ratificado por Guatemala) establece la protección al derecho de sindicación de empleados públicos, y que también para este sector deben fomentarse formas de negociación. De igual manera, en el Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores de 1971 (no ratificado por Guatemala), se indica que debe brindarse protección eficaz a representantes de trabajadores, reconociendo como tales a representantes sindicales o representantes electos libremente por los trabajadores.

Asimismo, existen recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el diálogo y la conciliación para la resolución de conflictos. Por lo que, por mencionar algunas, la Recomendación 91 sobre los contratos colectivos de 1951, indica que se deberían establecer sistemas adaptados a las condiciones propias de cada país para la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos; al igual que la Recomendación 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios de 1951, en la cual se indica que deberían establecerse organismos de conciliación voluntaria apropiados a las condiciones

nacionales, con el objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores.

Ante la importancia del mantenimiento de relaciones armoniosas dentro de los centros o establecimientos de trabajo, la Recomendación 129 sobre las comunicaciones dentro de la empresa de 1967, establece que tanto los empleadores y sus organizaciones, como los trabajadores y sus organizaciones, deberían en su interés común, reconocer la importancia que tiene dentro de la empresa, un clima de comprensión y confianza mutuas favorable tanto para la eficacia de la empresa como para las aspiraciones de los trabajadores, clima que puede favorecerse por la difusión e intercambio de informaciones completas y objetivas. La Recomendación 130 sobre el examen de reclamaciones de 1967, por su parte, expresa la importancia de un procedimiento para las reclamaciones de los trabajadores (se excluye de esta recomendación el tema de reivindicaciones colectivas). La Recomendación 149 sobre las organizaciones de trabajadores rurales de 1975, también indica que deberían tomarse medidas adecuadas de consultas y diálogo con las organizaciones de trabajadores rurales, sobre todas las cuestiones relativas a las condiciones de trabajo y de vida en las zonas rurales. En la Recomendación 163 sobre la negociación colectiva de 1981, se establece también que es necesario adoptar medidas adecuadas, para que los procedimientos de solución de los conflictos ayuden a las partes a encontrar por sí mismas una solución a los conflictos que las oponga.

En tal virtud, no puede negarse el reconocimiento a nivel internacional del diálogo y la negociación como herramientas efectivas en la prevención y resolución de conflictos laborales, tanto individuales como colectivos, así como la conciliación como un método de resolución de conflictos con apoyo de un tercero compondor, llevando el diálogo más allá, incluso para la determinación de intereses en común entre sector trabajador y patronal.

4. Tripartismo y diálogo social

Como fue mencionado con anterioridad, la estructura de la Organización Internacional del Trabajo es de carácter tripartito, lo cual permite y promueve el diálogo en el ámbito de sus funciones.

Según información de página virtual de la Organización Internacional del Trabajo, la estructura de la Organización Internacional del Trabajo —en la cual trabajadores y empleadores tienen el mismo derecho a voto que los gobiernos en sus deliberaciones— es una muestra del diálogo social en acción, se fomenta el tripartismo dentro de sus mandantes: empleadores, trabajadores y Estados miembros, al promover el diálogo social entre las organizaciones sindicales y de empleadores en la formulación y en la aplicación, cuando sea necesario, de políticas nacionales en el ámbito social y económico, así como con respecto a muchas situaciones. Por consiguiente, promueve desde instancias que velan por los derechos laborales a nivel internacional, el diálogo y la negociación.

Este tripartismo y diálogo es promovido también a lo interno de los Estados Miembros. El Convenio 144 sobre consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) de 1976, ratificado por Guatemala, establece que cada miembro se compromete a poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas, entre los representantes de gobierno, de los empleadores y de los trabajadores, sobre asuntos relacionados con las actividades de la Organización Internacional del Trabajo, consultas que deberán celebrarse a intervalos apropiados, fijados de común acuerdo y al menos una vez al año.

La Recomendación 152 de 1976 desarrolla dicha consulta tripartita, y por su parte, la Recomendación 113 sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional) de 1960, establece que la consulta no debe en ningún momento, vulnerar ni la libertad sindical ni los derechos de las organizaciones de empleadores y trabajadores de negociar colectivamente.

Por lo que no puede obviarse el diálogo y la comunicación efectiva para el tema de

consultas entre los sujetos del derecho de trabajo, si se procura entre partes, llegar a acuerdos realmente satisfactorios y de beneficio social.

5. Diálogo y conciliación para la resolución de conflictos laborales en Guatemala en aplicación de convenios de OIT

El sexto considerando del Código de Trabajo establece: *“Que las normas del Código de Trabajo deben inspirarse en el principio de ser esencialmente conciliatorias entre el capital y el trabajo, atender a todos los factores económicos y sociales pertinentes.”*

En tal virtud, en la legislación laboral guatemalteca se encuentra que, tanto en la etapa administrativa como en la etapa judicial, se procura que previo a la continuación del conflicto, se llegue a arreglos conciliatorios.

Los métodos alternativos de solución de conflictos buscan arreglos convencionales entre las partes, evitando así en la medida de lo posible, la vía judicial. Existen varios métodos alternativos de solución de conflictos aplicables a todas las ramas del derecho. Entre los más conocidos, con la intervención de un tercero componedor, se encuentran: la mediación, la conciliación y el arbitraje.

William Herrera, en su obra **“La conciliación también resuelve controversias”**, indica:

“...Mientras el mediador se limita a buscar un acercamiento entre las partes, el conciliador va un poco más allá por cuanto no se limita a buscar un simple acercamiento sino que propone fórmulas de cómo resolver el conflicto y, en el caso de la conciliación judicial, este protagonismo del juez no supone un prejuizgamiento ni constituye una causal de excusa o recusación.”

Sin embargo, para la Organización Internacional del Trabajo, no es de mayor importancia la diferencia entre mediación y conciliación, sino que basa la importancia del método, en la intervención de un tercero para la resolución del conflicto.

Por otra parte, en el arbitraje, el árbitro o tribunal arbitral, además de ayudar a las

partes a llegar a un acuerdo y proponerle soluciones, él decide si éstas no lo alcanzan. La Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, además

de regular el procedimiento del Arbitraje, desarrolla en sus artículos 49 y 50 la conciliación, y agrega que, en materia de arbitraje, queda excluida de dicha ley la materia laboral.

Por lo tanto, en materia laboral, se aplican estos métodos alternativos de solucionar conflictos, dentro de lo regulado en el Código de Trabajo, en la etapa administrativa y judicial del conflicto individual de trabajo, así como en los procedimientos para resolver conflictos colectivos de carácter económico social.

En Guatemala, la vía administrativa en materia laboral, es agotada en la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, según funciones establecidas en los Artículos 274 y 278 del Código de Trabajo y Artículo 40 de la Ley del Organismo Legislativo. La vía administrativa es recomendable, pero no se establece como obligatoria, previo al planteamiento de una demanda laboral. Sin embargo, si una de las partes la solicita ante la Inspección General de Trabajo, la otra parte se encuentra obligada a asistir.

En virtud de que también se procura una conciliación cuando ya se encuentra iniciado un proceso laboral, la legislación establece una etapa dentro del mismo, que procura que las partes lleguen a un arreglo previo a continuar con el conflicto.

De conformidad con el Artículo 340 del Código de Trabajo, una vez es contestada la demanda el Juzgador propone fórmulas ecuanimes de conciliación, la cual aprobará sino contraviene la ley.

Por lo tanto, una vez es contestada la demanda, el juzgador pasa a convertirse en un conciliador, ante lo cual toma otro papel muy importante en el que debe aplicar técnicas de negociación que procuren que las partes terminen su conflicto por medio del método alternativo de la conciliación. Sin embargo, el reglamento

interno de los Juzgados de Trabajo y Previsión Social, permite al Juzgador agotar la conciliación, incluso antes de la audiencia, y en cualquier etapa del proceso, lo cual también regula en el Artículo 66 de la Ley del Organismo Judicial, como facultades de los Jueces.

El conflicto colectivo de carácter jurídico (por el incumplimiento de normativa jurídica o de la contratación colectiva), es tramitado ante Juez de Trabajo y Previsión Social por la vía ordinaria, con fundamento en el Artículo 292 del Código de Trabajo, por lo que también permitiría la conciliación.

Por otra parte, los conflictos colectivos de carácter económico social, tienen establecida su forma de resolución en el título duodécimo del Código de Trabajo, en el que se mencionan el arreglo directo, la conciliación y el arbitraje.

El arreglo directo, regulado en los Artículos: 374 al 376 del Código de Trabajo, se refiere a un conflicto consistente en simples quejas o solicitudes por parte de los trabajadores, quienes incluso pueden no estar sindicalizados, sino que organizados en coalición de trabajadores, por lo que al enviar a su comité *ad hoc* o sus tres representantes, pueden llegar a un arreglo entre ellos mismos o con el apoyo de un tercero componedor.

Por otra parte, la conciliación como procedimiento, se encuentra estipulada para el planteamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social, en el cual una de las partes, que por lo general es el trabajador, procura la suscripción de una forma de normación colectiva, ya sea de un pacto colectivo de condiciones de trabajo o de un convenio colectivo, según procedimiento que inicia en el Artículo 377 del Código de Trabajo.

El planteamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social para la negociación por la vía forzosa de un pacto colectivo de condiciones de trabajo, requiere que previo a la presentación del conflicto, se agote la negociación por la vía directa, la cual se encuentra regulada en el Artículo 51 del Código de Trabajo.

El Artículo 51 del Código de Trabajo, establece:

“...Para la negociación de un pacto colectivo de condiciones de trabajo, el respectivo sindicato o patrono hará llegar a otra parte para su consideración, por medio de la autoridad administrativa de trabajo más próxima, el proyecto de pacto a efecto de que se discuta en la vía directa o con la intervención de una autoridad administrativa de trabajo o cualquiera otro u otros amigables componedores. Si transcurridos treinta días después de presentada la solicitud por el respectivo sindicato o patrono, las partes no han llegado a un acuerdo pleno sobre sus estipulaciones, cualquiera de ellas puede acudir a los tribunales de trabajo, planteando el conflicto colectivo correspondiente...”.

Para el caso de la negociación de un convenio colectivo, lo cual puede ser planteado por una coalición de trabajadores, no se requiere agotar la vía directa, salvo el caso de trabajadores del Estado, en virtud de que el Artículo 4 de la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado lo requiere.

En la vía directa, las partes discuten el proyecto de pacto colectivo de condiciones de trabajo, o de convenio en el caso de trabajadores del Estado, lo cual pueden efectuar solos o con la ayuda de un tercero que los apoye a llegar a un acuerdo.

Si no hay acuerdo, al plantearse el conflicto colectivo de carácter económico social, el juzgador en protección de la negociación colectiva ordenará a ambas partes evitar tomar represalias entre sí, y establecerá la obligación de solicitar autorización judicial previo a la terminación de todo contrato de trabajo. El juzgador, posteriormente, mandará a integrar un tribunal de conciliación, compuesto por un trabajador, un patrono y el juzgador, como lo regula el Artículo 293 del Código de Trabajo.

Este tribunal, en el procedimiento de conciliación, citará a las partes a una audiencia, y previo a ella escuchará a ambos por separado, posteriormente, elaborará un pliego de recomendaciones de solución que presentará a las partes a las cuales trata de avenir.

Si fracasa este procedimiento, por una única vez, el tribunal de conciliación puede programar otra audiencia. Una vez fracasada la conciliación, el tribunal efectúa

informe y se disuelve.

Si sucede lo anteriormente indicado, las partes pueden solicitar la legalidad de un movimiento de huelga o de paro, o por otro lado, procurar el arbitraje, el cual según el Artículo 397 del Código de Trabajo puede ser potestativo u obligatorio.

En el arbitraje, el juzgador mandará a integrar un tribunal de arbitraje, compuesto por un trabajador, un patrono y el juzgador, al igual que en el caso del tribunal de conciliación. Este tribunal arbitral también procurará avenir a las partes, pero de no lograrlo, decidirá sobre el asunto, y emitirá sentencia colectiva o laudo arbitral.

Como puede observarse por lo indicado anteriormente, la conciliación es muy importante para el derecho laboral en diversas fases del trámite de los conflictos. Sin embargo, es importante también, que esa oportunidad que existe para resolver el problema, sea aprovechada de la mejor manera posible para resolverlo. Si se lograra un arreglo en la vía administrativa para un conflicto individual, o en la negociación voluntaria previo a un conflicto colectivo de carácter económico social, se estaría no solamente evitando un proceso judicial, sino que un arreglo conciliatorio, por lo general, brinda más satisfacción a ambas partes.

Además de lo señalado con anterioridad, la mediación ha sido impulsada por el Organismo Judicial, a través del Centro de Mediación del Centro de Justicia Laboral y los otros centros de mediación, con lo cual se procura brindar al trabajador otra instancia para resolver sus controversias por consenso.

En cuanto al diálogo entre los sectores trabajador y patrono para efectos de lo estipulado en el Convenio 144 arriba mencionado, el Acuerdo Ministerial 45-2018, de fecha 6 de febrero del año 2018, fue emitido considerando que se debe contribuir al esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y los empleadores elegidos libremente por sus organizaciones, en igualdad con los representantes del Gobierno, participen con

compromiso en los procesos de elaboración de proyectos de legislación relativa al trabajo, en apoyo al Ministerio de Trabajo y Previsión Social en el monitoreo de su aplicación, y en la discusión de los asuntos que sean de interés y beneficio del país, fortaleciendo las relaciones laborales y promoviendo el bienestar común.

De igual manera, en los considerandos del acuerdo se estableció que la Constitución Política de la República reconoce el derecho de libertad sindical y, como consecuencia de la ratificación de los Convenios 87, 98, 144 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo, se debe (desde el espíritu del tripartismo), atender las materias reguladas por los mismos.

En el **Artículo 5** de dicho convenio, se establece que:

“1. El objeto de los procedimientos previstos en el presente Convenio será el de celebrar consultas sobre: a) las respuestas de los gobiernos a los cuestionarios relativos a los puntos incluidos en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo y los comentarios de los gobiernos sobre los proyectos de texto que deba discutir la Conferencia; b) las propuestas que hayan de presentarse a la autoridad o autoridades competentes en relación con la sumisión de los convenios y recomendaciones, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo; c) el examen a intervalos apropiados de convenios no ratificados y de recomendaciones a las que no se haya dado aún efecto para estudiar qué medidas podrían tomarse para promover su puesta en práctica y su ratificación eventual; d) las cuestiones que puedan plantear las memorias que hayan de comunicarse a la Oficina Internacional del Trabajo en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo; e) las propuestas de denuncia de convenios ratificados. 2. A fin de garantizar el examen adecuado de las cuestiones a que se refiere el párrafo 1 de este artículo, las consultas deberán celebrarse a intervalos apropiados fijados de común acuerdo y al menos una vez al año”.

El Acuerdo Ministerial 45-2018 en su **Artículo 1**, indica que se crea la Comisión Nacional Tripartita de Relaciones Laborales y Libertad Sindical con un carácter permanente, de alto nivel y espíritu tripartito, estableciendo que la misma no condiciona la acción del Ministerio de Trabajo y Previsión Social en sus funciones de armonizar las relaciones laborales, ni que las partes puedan, en determinado momento, utilizar los procedimientos de queja o reclamaciones ante los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo. La Comisión debe regir su funcionamiento sobre los principios de naturaleza consultiva, orientadora, de

diálogo, transparencia, prevención, gratuidad, independencia, innovación e igualdad.

La Comisión se integra por dos representantes titulares y dos suplentes de cada uno de los sectores: trabajador, empleador y Gobierno (Ministerio de Trabajo y Previsión Social) y se creó para funcionar con tres subcomisiones: 1) Subcomisión de cumplimiento de la Hoja de Ruta, 2) Subcomisión de Mediación y Resolución de Conflictos, 3) Subcomisión de legislación y política laboral. En el acuerdo mencionado, se establece lo relacionado con el funcionamiento de la Comisión.

Por lo que es necesaria la verdadera implementación del diálogo para los temas laborales a nivel nacional.

6. CONCLUSIONES

- La comunicación efectiva, el diálogo y la negociación entre las partes, así como la participación de un tercero como conciliador, son herramientas muy importantes para buscar soluciones por consenso en conflictos laborales, así como para mantener la armonía y el equilibrio entre trabajadores y patronos.
- La Organización Internacional del Trabajo promueve el diálogo social y el tripartismo, para generar en los Estados miembros la búsqueda de la justicia social.
- La legislación guatemalteca, al igual que normativa de la Organización Internacional ratificada por Guatemala, contemplan la conciliación y otros métodos alternos de resolución de conflictos, que no solamente permiten desjudicializar los conflictos laborales tanto individuales como colectivos, sino que procuran mantener relaciones laborales pacíficas y justas, así como promover el tripartismo y el diálogo social para la búsqueda de intereses en común del capital y el trabajo.

7. Referencias

HERRERA ÁÑEZ, William. ***La conciliación también resuelve controversias***. Ed. Kipus: 2016. Bolivia. Pág. 28.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***Sistemas de resolución de conflictos laborales***. Centro Internacional de Formación. Programa sobre Diálogo Social, Legislación Laboral y Administración de Trabajo. s/f. Pág. 22.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y textos seleccionados***. Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1985.

Código de Trabajo. Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala: 1989.

Ley de Sindicalización y regulación de la huelga de los trabajadores del Estado. Decreto 71-86 del Congreso de la República de Guatemala: 1986.

Ley de Arbitraje. Decreto 67-95 del Congreso de la República. 1995.

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

Convenios y recomendaciones de Organización Internacional del Trabajo:

Convenio 11 sobre el derecho de asociación (agricultura) 1921.

Convenio 84 sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos), 1947.

Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949.

Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

Convenio 141 sobre organizaciones de trabajadores rurales, 1975.

Convenio 150 sobre la administración del trabajo, 1978.

Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978.

Convenio 154 sobre negociación colectiva, 1981.

Recomendación 91 sobre los contratos colectivos, 1951.

Recomendación 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951.

Recomendación 113 sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional, 1960.

Recomendación 129 sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967.

Recomendación 130 sobre el examen de reclamaciones, 1967.

Recomendación 149 sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975.

Recomendación 152 sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo, 1976.

Recomendación 163 sobre la negociación colectiva, 1981.

Sitios web:

Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org>. Consultas meses de abril y mayo 2019.

EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO* Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO GUATEMALTECO

Por: Aura Nelly García de León
Magistrada Sala Segunda de Trabajo y Previsión Social.

I. Los principios del Derecho del Trabajo

1. Denominación, definición y funciones

Denominación: En primer término, referente a su denominación, puede mencionarse que se les ha llamado también: fundamentos, condiciones básicas y conceptos elementales, sin embargo, la más aceptada es de PRINCIPIOS.

Definición: Sobre su definición, debe apuntarse que no existe una única o universal ya que, al consultar las obras o tratados escritos por diversos autores acerca del tema, encontramos varias, entre las que exponemos las siguientes:

i) Grisolia (Grisolia, Julio Armando; 2005. Pág. 141) dice:

“Los principios del derecho del trabajo son las reglas inmutables e ideas esenciales que forman las bases sobre las cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico-laboral.” Sobre su finalidad, el mismo autor escribe: *“su finalidad es proteger la dignidad del trabajador y proyectar su eficacia, tanto al iniciarse el vínculo laboral, como durante su desarrollo y al momento de su extinción. Sirven también como una especie de filtro para la aplicación de normas ajenas al derecho del trabajo. Si bien la norma hace referencia a ellos, no los expresa directamente (enuncia su presupuesto) ni tampoco contempla un procedimiento técnico de exteriorización.”*

ii) Américo Plá Rodríguez, citado por Canessa Montejo (Canessa Montejo, Miguel Francisco; 2006. Pág. 106), señala que son:

“líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.”

Funciones: Al respecto, Julio Armando Grisolia, expone que se pueden establecer cuatro funciones esenciales, a saber:

“1) Orientadora e informadora, porque ilustra al legislador y delimita su actuar conforme a las pautas superiores; orienta también a quien debe sancionar una ley y, por ende, sirve como fundamento del ordenamiento jurídico. 2) Normativa o integrativa, ya que es un instrumento técnico para cubrir una laguna del ordenamiento jurídico; integra el derecho, actuando como fuente supletoria en caso d ausencia de la ley. 3) Interpretadora, ya que

fija reglas de orientación al juez o al intérprete de la norma en las controversias y lo conduce hacia la interpretación correcta; también está dirigida al abogado –que debe encuadrar una norma en un caso determinado– y al jurista y al doctrinario, que fuera de los litigios concretos deben interpretar una norma. (...). 4) Unificante o de armonización de política legislativa y judicial, ya que vela por la seguridad jurídica al preservar la unidad sistémica del derecho, evitando que tanto el legislador –al sancionar la ley– como el juez –al interpretarla– se aparten del sistema. (...)”.

2. Enumeración

También en la enumeración de los Principios del Derecho del Trabajo existe discrepancia entre los autores de esta rama del derecho, y por parecer la más amplia, a continuación se mencionan los que a criterio del autor Julio Armando Grisolia (*Op. Cit.* Pág. 146) son más importantes: 1) Principio Protectorio, el cual se manifiesta en tres reglas: a) *In dubio pro operario*; b) Regla de la aplicación de la norma más favorable; y c) Regla de la condición más beneficiosa. 2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos. 3) Principio de la continuidad de la relación laboral. 4) Principio de primacía de la realidad. 5) Principio de buena fe. 6) Principio de no discriminación e igualdad de trato. 7) Principio de equidad. 8) Principio de justicia social. 9) Principio de gratuidad. 10) Principio de razonabilidad.

En cuanto a los principios propios del Derecho Procesal del Trabajo, el autor guatemalteco Chicas Hernández (Chicas Hernández, Raúl Antonio. Págs. 8 y 9) menciona los siguientes: i) Principio protector o tutelar de los trabajadores; ii) Principio de economía procesal. iii) Principio de concentración. iv) Principio de impulso procesal de oficio. v) Principio de publicidad. vi) Principio de oralidad. vii) Principio de sencillez. viii) Principio de investigación. ix) Principio de flexibilidad. x) Principio de probidad o de lealtad.

II. El principio *in dubio pro operario*

1. Definición

Como introducción al tema, es importante destacar que a este Principio se le ha

atribuido la naturaleza de tal y también como subprincipio y como regla. Sin embargo, en el presente trabajo de investigación, será categorizado como un verdadero principio.

Algunos autores lo ubican como una de las tres reglas del PRINCIPIO PROTECTORIO O TUTELAR DE LOS TRABAJADORES, que es considerado como uno de los más importantes, y que tiene por finalidad amparar al trabajador ante el desequilibrio que existe frente a la superioridad del empleador. O También: proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana. Y como expresa el ya mencionado autor argentino Julio Armando Grisolia, *consiste en las distintas técnicas que se encaminan a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajadores y empleadores, a fin de evitar los abusos que ofendan la dignidad de quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros, atendiendo al poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico que existe entre ellos.*

Al igual que ocurre con la definición de los Principios del Derecho del Trabajo, la del *In Dubio Pro Operario* no consigue un consenso entre los autores de derecho laboral, por lo que se transcribe lo escrito por el autor Canessa Montejo (Canessa Montejo, Miguel Francisco. *Op. Cit.* Pág. 114):

“(...) la doctrina ha sido muy prolífera en definir al principio in dubio pro operario (también se le conoce como principio pro operario). El profesor español Luis de la Villa lo enuncia bajo estos términos: ‘de entre dos o más sentidos de la norma ha de acogerse aquél que, en cada caso, resulte más conveniente para el trabajador’. Para Américo Plá, el principio in dubio pro operario se presenta ‘en caso de que una norma pueda entenderse de varias maneras, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador’. En el caso del laboralista peruano Neves: ‘El principio del in dubio pro operario enuncia que, si una norma le permite a su intérprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable para el trabajador.’”

Y dicho autor, (Canessa Montejo) añade:

“Entre las diferentes definiciones reseñadas sobre el principio analizado hay tres elementos en común: a. El principio se ubica en el ámbito de la aplicación de la norma; b. Existe una duda en la interpretación de la norma, ya sea en su contenido o en su alcance; y c. Se selecciona la interpretación que resulte más favorable al trabajador.”

Al externar criterio, se establece que este principio debe aplicarse solo cuando una norma no contiene un texto claro y preciso, provocando duda racional sobre su verdadero sentido, contenido y alcance, es decir, que sea susceptible de interpretarse de varias maneras, obligando entonces a quien lo aplica, a escoger aquella interpretación que resulte más favorable al trabajador. O sea que el referido principio está estrechamente vinculado al tema de la interpretación de las normas jurídicas, denominado también “hermenéutica”. Sin embargo, como se menciona más adelante, hay corrientes doctrinarias y algunas legislaciones que extienden sus alcances más allá. Debe anotarse que, entonces, corresponde al juez o al intérprete realizar una minuciosa, objetiva y responsable exégesis de la ley a fin de desentrañar su auténtico sentido que resulte más favorable al trabajador.

2. Campo de aplicación

Al respecto se acota que, tanto en el ámbito de la doctrina como de la legislación internacional, no existe unidad de criterio acerca del alcance de la aplicación del principio objeto de estudio, ya que si bien es cierto que inicialmente se sostiene que atañe únicamente a la interpretación de las normas, se discute también si es aplicable en caso de duda sobre el establecimiento de los hechos que se debaten en un proceso laboral, así como sobre las normas convencionales. De esta manera puede mencionarse el caso del derecho de trabajo español, cuya legislación acoge dicho principio solo en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho, y más concretamente, de las normas estatales, dejando fuera las establecidas en pactos y convenios colectivos, reglamentos interiores de trabajo y las cláusulas insertas en los contratos de trabajo. En contraposición, algunos laboristas hispanoamericanos sostienen que ese principio también es aplicable a la interpretación de toda clase de normas laborales, tales como las que se mencionaron en el párrafo anterior, y que asimismo, justifica su aplicación en el ámbito de las pruebas que se aportan a un proceso en materia laboral, siempre

que su valoración favorezca al trabajador. En este aspecto, e independientemente del acierto o equivocación del criterio doctrinario y legal de las dos posiciones antagónicas brevemente reseñadas, es importante destacar que, siguiendo los lineamientos de la legislación nacional vigente, –como se observará más adelante– el principio objeto de estudio debe aplicarse a toda clase de normas laborales, sin distinción alguna, pero no a hechos controvertidos ni a valoración de pruebas.

El aspecto que sin duda está muy bien definido sobre el tema desarrollado es que su esencia es aclarar o despejar la duda que pueda presentar una norma que no sea clara y que, por consiguiente, de lugar a interpretarla de dos o más maneras, siendo obligación de quien tenga que aplicarla, escoger la interpretación que más favorezca al trabajador. Sin embargo, es motivo de discusión si este principio funciona también para la determinación de la norma que debe aplicarse, cuestión que corresponde al campo de aplicación de otro principio, el de LA NORMA MÁS FAVORABLE. Asimismo, se discute si el tantas veces mencionado principio sirve para resolver problemas de defecto de normas, o sea, la labor de integración de normas jurídicas, por lo que resulta clarificador transcribir el pensamiento del autor Aurelio Desdentado Boneto, citado por Canessa Montejo (Canessa Montejo, Miguel Francisco; Ibid. Pág. 122):

“(...) el principio in dubio pro operario, que es sólo un criterio interpretativo, no una vía para introducir normas nuevas en el ordenamiento. El propio fundamento del principio excluye además esta función. En efecto, para la norma estatal, puede sostenerse que, si se ha dictado para proteger al trabajador, ha de ser interpretada conforme a esa finalidad que constituye su espíritu. Esto ya no sucede cuando no hay norma: en la laguna no puede manifestarse una voluntad de protección, porque en el vacío no hay voluntad. No se ha encargado al juez social la tarea de integrar el ordenamiento laboral dictando normas alternativas favorables al trabajador”.

El presente artículo coincide con el criterio externado por el citado autor en mención, por acertado y congruente con la naturaleza o esencia del referido principio.

III. Reglas sobre interpretación de la ley en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Previo a reseñar las reglas sobre esta materia contenidas en el ordenamiento jurídico de nuestro país, se expone un resumen de lo que la doctrina ha expresado sobre la interpretación de las normas jurídicas.

García Maynez (García Maynez, Eduardo; 1955. Pág. 129) connotado jurista mexicano, expresa:

“(...) todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero éste no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase. En tal hipótesis, el intérprete se ve obligado a desentrañar la significación de la misma. El conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esa tarea constituye la técnica interpretativa. La labor de que hablamos representa un trabajo previo, relativamente al acto por el cual las reglas del derecho son aplicadas. Según su autor, la interpretación puede ser privada, judicial o auténtica. La primera es obra de particulares. Si éstos son especialistas se habla de interpretación doctrinal. La segunda proviene de los jueces o tribunales encargados de aplicar el derecho a casos concretos. La última la realiza el mismo legislador, con la mira de fijar el sentido de las leyes que ha dictado. Se le da el nombre de interpretación legislativa.”

En el párrafo anteriormente transcrito, su autor expresa con claridad y precisión en qué consiste la interpretación de las normas jurídicas, y solo puede agregarse que dicho vocablo se refiere al entendimiento de una norma, que consiste en comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido.

La Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República y sus reformas contiene las siguientes disposiciones:

“artículo 9. Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa. Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecerán sobre el derecho interno.”

El artículo 10, establece:

“Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el

sentido propiamente de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido

de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.” (el resaltado no es propio del texto).

Y el artículo 13 dispone: *“Las disposiciones especiales de las leyes prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma o de otras leyes.”*

En congruencia con tales principios, el legislador, al promulgar el Código de Trabajo, insertó normas especiales sobre la integración y la interpretación de ese cuerpo legal, contenidas en los artículos 15, que prescriben:

“Los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del derecho de trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de derecho común.”

Y el 17, que expresa: *“Para los efectos de interpretar el presente Código, sus reglamentos y demás leyes de trabajo, se debe tomar en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores en armonía con la conveniencia social.”*

Las normas legales citadas en este apartado sustentan la incorporación del principio objeto en este artículo, dado el ordenamiento jurídico guatemalteco, especificado dentro del derecho de trabajo, como se expone a continuación.

IV. La aplicación del principio *in dubio pro operario* en el derecho del trabajo guatemalteco

1. Su inclusión en la legislación guatemalteca

La aplicación del principio aludido en la rama del derecho del trabajo en

Guatemala, no se realiza solo por atender razones de orden doctrinario, sino porque está incorporado a la legislación nacional de esta materia, por lo que, en

consecuencia, debe atenderse y observarse obligatoriamente para resolver los casos concretos que puedan ocurrir dentro de la sustanciación de los procesos laborales. Es decir que, los órganos jurisdiccionales del ramo de trabajo y previsión social tienen la obligación de cumplir las disposiciones legales contentivas del principio *In Dubio Pro Operario* cuando tengan que aplicar una norma que, por carecer de un texto claro y preciso, induzca a ser interpretada de dos o más formas, aplicando la interpretación que sea más favorable al trabajador. Y en tal sentido, estimamos que dicha aplicación debe estar referida tanto a normas sustantivas como adjetivas o procesales.

Se transcriben los textos de las normas constitucionales y legales respectivas:

- a) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Artículo 103. *“Tutelaridad de las leyes de trabajo. Las leyes que regulan las relaciones entre empleadores y el trabajo son conciliatorias, **tutelares para los trabajadores** y atenderán a todos los factores económicos y sociales pertinentes. (...)”*

Por su parte el artículo 106, estipula que:

*“Irrenunciabilidad de los derechos laborales. Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva. Serán nulas ipso jure y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo. **En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.**”*
(los resaltados son agregados).

- b) CÓDIGO DE TRABAJO. Artículo 17. *“Para los efectos de interpretar el presente Código, sus reglamentos y demás leyes de trabajo, se debe tomar en*

cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores en armonía con la conveniencia social.”.

2. Campo de aplicación.

De acuerdo con el texto constitucional se puede afirmar que en Guatemala, el principio *In dubio pro operario* procede aplicarlo en los casos de duda sobre la interpretación de toda clase de normas laborales, es decir, legales, reglamentarias o contractuales, y no solo en las llamadas estatales, como en España. Es decir que, contrario a otras legislaciones, la legislación guatemalteca extiende su aplicación hasta las cláusulas o estipulaciones contenidas en los contratos colectivos o individuales de trabajo. Ámbito de aplicación que comprende normas, tanto sustantivas como adjetivas o procesales, pero, lo limita al ámbito normativo, sin que sea aplicable a los casos de duda sobre hechos que se puedan plantear como controvertidos en un proceso de trabajo y menos, a la valoración favorable al trabajador, de las pruebas producidas en el mismo. También no es posible confundir dicho principio con otras figuras procesales como la llamada “inversión de la carga probatoria” o con las presunciones legales a favor del trabajador.

V. Sentencias de la Corte de Constitucionalidad en las que se aplica el principio *in dubio pro operario*.

A continuación se hace referencia de algunas sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad, en las que se ha hecho aplicación del principio *In Dubio Pro Operario*.

En tal sentido, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012, emitida dentro del **expediente número 1090-2012, Amparo en Única Instancia**, expresa que:

“Este Tribunal arriba a la conclusión que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, al declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación promovido, analizó los hechos justificativos de su decisión, dándole respuesta a todos los motivos de inconformidad

esgrimidos por la trabajadora en el proceso administrativo disciplinario que antecede a la presente acción de amparo, motivo por el cual modificó la resolución apelada estimando necesario imponerle la sanción pero de forma gradual, ajustando su actuación a los

principios constitucionales de Inocencia e In Dubio Pro Operario, sustentando adecuadamente su decisión, sin vulnerar los derechos denunciados por la amparista, pues arribó a la conclusión aludida en cumplimiento de la ley rectora del acto, que la facultaba para emitir las consideraciones jurídicas pertinentes, luego de efectuar el análisis de las actuaciones practicadas y de valorar la prueba aportada y diligenciada en el procedimiento administrativo mencionado, entre la cual estimó que había evidencia que hacía concluir que los hechos denunciados no eran totalmente imputables a Norma Elizabeth Canahuí Cardona por lo que debía rebajarse la sanción impuesta de veinte días de suspensión sin goce de salario como originalmente se impuso, a cinco días de suspensión sin goce de salario.”. (el resaltado no es propio del texto).

En resumen, la Corte de Constitucionalidad interpretó en forma favorable – conforme al principio *in dubio pro operario*– a la amparista, el artículo 59 (Sanciones) de la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, en cuyo inciso b) está contemplada la suspensión hasta por veinte días, sin goce de salario.

Cabe indicar que la Corte de Constitucionalidad, ha reiterado el criterio de protección al principio *in dubio pro operario*, en sus sentencias: a) de fecha 3 de febrero de 2005, expediente número 1081-2004, Amparo en Única Instancia (la Corte de Constitucionalidad aplica el principio referido, a favor del trabajador del Organismo Judicial afectado por una medida de destitución, permitiendo la aplicación del artículo 74 de la Ley de Servicio Civil, que contempla el recurso de Revocatoria); b) fecha 16 de octubre de 2009, expediente número 1478-2009, Apelación de Sentencia de Amparo (se aplica el principio citado al interpretar en la forma más favorable, el artículo 110 de la Norma Fundamental, señalando que la indemnización era comprendido en el llamado “servicio exento”); y, c) de fechas 20 de agosto de 2010 y 21 de enero 2011, expedientes números: 1563-2010 y 2650-2010, Apelación de Sentencia de Amparo (casos análogos al expuesto anteriormente) y, en esta última sentencia de las mencionadas, el Alto Tribunal Constitucional hace notar que en ese mismo sentido se ha pronunciado en las

sentencias de fechas 26 de marzo, 7 de mayo y 6 de agosto, todas del 2010, dictadas dentro de los expedientes 56-2010, 4634-2009 y 1174-2010, respectivamente.

VI. Conclusiones.

- Algunos autores ubican al *In Dubio Pro Operario* como una de las tres reglas del PRINCIPIO PROTECTORIO O TUTELAR DE LOS TRABAJADORES, y es considerado como uno de los más relevantes. Sin embargo, conforme lo expresado en este artículo, debe ser considerado como un verdadero PRINCIPIO, como se reconoce en varias legislaciones y en la práctica de la justicia laboral guatemalteca.
- El principio referido debe aplicarse solo cuando una norma no contiene un texto claro y preciso, provocando duda racional sobre su verdadero sentido, contenido y alcance, es decir, que sea susceptible de interpretarse de varias maneras, lo que obliga a quien la aplica, a escoger aquella interpretación que resulte más favorable al trabajador
- Al seguir los lineamientos de la legislación nacional vigente de Guatemala, este principio debe aplicarse a toda clase de normas laborales, sin distinción alguna, pero no a hechos controvertidos ni a valoración de pruebas.
- Como lo afirma uno de los autores laboristas citados, este principio debe ser considerado únicamente un criterio interpretativo y no una vía para introducir normas nuevas en el ordenamiento. La opinión referida, es considerada por expertos en la materia como correcta, por ser más apegada o congruente con la naturaleza de dicho principio.
- El Código de Trabajo incluyó normas especiales sobre la integración y la interpretación de ese cuerpo legal, sus reglamentos y demás leyes laborales en beneficio del trabajador, contenidas en los artículos 15 y 17, distintas a las aplicables al derecho común.

- El ordenamiento jurídico guatemalteco incorporó el principio *in dubio pro operario* a nivel constitucional, estando plasmado en el artículo 106 de la Carta Magna, y desarrollado en una ley especial, el artículo 17 de Código de Trabajo.
- De acuerdo con la norma constitucional citada, se puede afirmar que en Guatemala el principio *In dubio pro operario* procede aplicarlo en los casos de duda sobre la interpretación de toda clase de normas laborales, es decir, legales, reglamentarias o contractuales y no solo a las llamadas estatales, pero lo limita al ámbito normativo, sin que sea aplicable a los casos de duda sobre hechos que se puedan plantear como controvertidos en un proceso de trabajo, y menos, a la valoración favorable al trabajador, de las pruebas producidas en el mismo.
- No es posible confundir dicho principio con otras figuras procesales como la llamada “inversión de la carga probatoria” o con las presunciones legales a favor del trabajador.
- En los fallos referidos en este trabajo, la Corte de Constitucionalidad ha realizado una correcta aplicación del principio *in dubio pro operario*, interpretando a favor del trabajador las normas analizadas.

VII. Referencias

A) Referencias Bibliográficas

1. CANESSA MONTEJO, MIGUEL FRANCISCO. **Manual de Derecho del Trabajo, Lección VI: Los Principios del Derecho del Trabajo y su Aplicación en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco** Tomo I. Guatemala, Guatemala. Serviprensa, S.A. 1ª. edición. 2008.
2. CHICAS HERNÁNDEZ, RAÚL ANTONIO. **Apuntes de Derecho Procesal del Trabajo** Guatemala, Guatemala. Gráficos P & L. 1ª. edición.
3. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. **Introducción al Estudio del Derecho** México D.F., México. Editorial Porrúa, S.A. 6ª. edición, corregida. 1955.
4. GRISOLIA, JULIO ARMANDO. **Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Lexis Nexis Argentina S.A. 11ª edición. 2005.

B) Referencias Normativas

5. Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución Política de la República de Guatemala** 1985.

6. Asamblea Nacional Constituyente. **Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad** Decreto 1-86. 1986.
7. Congreso de la República de Guatemala. **Ley del Organismo Judicial** Decreto 2-89. 1989.
8. Congreso de la República de Guatemala. **Código de Trabajo** Decreto 1441. 1961.
9. Congreso de la República de Guatemala. **Ley de Servicio Civil** Decreto 1748. 1968. Congreso de la República de Guatemala. **Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial** Decreto 48-99. 1999.

LA MOTIVACIÓN Y SUB MOTIVACIÓN EN EL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL EN GUATEMALA

Carlos Enrique Casado Mac

Para que proceda al estudio del recurso de apelación especial interpuesto por el interesado, es importante, para el efecto, cumplir cabalmente con el mandato indicado en el Código Procesal Penal. Así las cosas, tenemos que únicamente existen dos motivos por los que puede presentarse un recurso de esta naturaleza: **de fondo o de forma.**

1.- DE LOS MOTIVOS DE FONDO

Para presentar los recursos de apelación especial por motivos de fondo, el fundamento es el artículo 419 numeral 1. del Código Procesal Penal, cuidando eso sí, que se realice apropiadamente la fundamentación en la submotivación; es decir que se distinga si es un vicio que se ha producido por inobservancia de la ley, por interpretación indebida de la misma, o por errónea aplicación de la ley.

El efecto que tiene el acogimiento de un submotivo de estos será la anulación del fallo impugnado, y la emisión de uno nuevo por parte del tribunal de segunda instancia.

Con relación a este punto indica la jurista Yolanda Pérez Ruiz, en el libro RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL, (página 22), que: *“El juez o tribunal pueden incurrir en vicios de juicio, los que motivan el recurso de apelación especial por el fondo y ellos consisten en la inobservancia o interpretación indebida o (aplicación) errónea de la ley material”.*

Vale la pena tomar en cuenta en este artículo, lo manifestado por Alejandro Rodríguez Barillas y Carlos Roberto Enríquez Cojulún en la obra **APELACIÓN ESPECIAL**, página 128 cuando se refiere a los motivos de fondo:

“Se partirá aquí de un concepto de error *in iudicando* como un vicio en la aplicación del derecho penal sustantivo, que ha llevado a la inobservancia o errónea aplicación de la ley penal. La premisa teórica es que los hechos que el tribunal ha dado por acreditados han sido determinados de una manera correcta y dentro de un proceso que ha observado todas las garantías... El vicio que alega es puramente de encuadramiento legal del hecho en la norma material sustantiva, es decir, existe un error de subsunción entre hecho enunciado por el tribunal y norma jurídica sustantiva aplicada”.

2.- DE LOS MOTIVOS DE FORMA

Para la interposición del Recurso de Apelación Especial por motivos de forma, este siempre debe fundamentarse en el artículo 419 del Código Procesal Penal, y puede plantearse en recurso por dos motivos.

2.1 DE LOS MOTIVOS RELATIVOS DE ANULACIÓN FORMAL

En el caso de motivos relativos de anulación formal, el que los contiene es el numeral 2 del artículo 419 del Código Procesal Penal, y para el efecto, la Licenciada Yolanda Pérez Ruiz indica en su libro **RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL** que:

“Uno de los presupuestos para la validez de la sentencia es que tanto los jueces como los sujetos procesales observen las reglas del debido proceso, lo que equivale a decir que cumplan con todas las formalidades establecidas por la ley y que garantizan la realización de un juicio justo... Así es que mediante la interposición del recurso de apelación especial el tribunal superior establecerá si fueron o no cumplidos los preceptos reguladores de la actividad que el tribunal de sentencia o las partes debieron cumplir”.

En cuanto a los motivos de forma, cabe hacer una subclasificación, ya que en el artículo 419 numeral 2. del código citado se establece que los recursos de apelación que se presenten con ese fundamento, para ser admitidos, deberán cumplir con el requisito de que el interesado haya reclamado oportunamente su subsanación o hecho protesta de anulación, salvo en los casos del artículo siguiente.

Dos son los requisitos que deben cumplirse, pero es preciso indicar que, como indica la conjunción ‘o’, disyuntiva: *o es uno o es otro*. En el primer caso, se refiere a que el interesado haya los artículos 281 al 284 de la ley de rito, que regulan la actividad procesal defectuosa.

El artículo 281 del referido código establece que no podrán ser valoradas para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella (es decir de la decisión judicial), los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones provistas en este código. Por eso se necesita que se haya requerido la subsanación.

El segundo requisito que es necesario indica: “o protesta de anulación...” (se omite lo que dice a continuación por ser tema de otro apartado). Quiere decir que para la procedencia de este motivo de forma, se debe agotar uno u otro requisito:

1. Reclamar oportunamente su subsanación. O dejar asentada la protesta de anulación.

Hay algo que está muy claro. ¿Puede dejarse asentada la protesta por el acto realizado con inobservancia de la ley sin requerir que sea subsanado? De acuerdo con lo establecido taxativamente en la ley citada, si, porque solo se puede impugnar la resolución con la que no se está de acuerdo. Lo que ha sido consentido no puede ser motivo de impugnación; pero en este caso establece claramente el artículo 282 de la ley citada, que la subsanación o protesta debe hacerse “mientras se cumple el acto” o “inmediatamente después de cumplido” cuando haya estado presente en el mismo.

Este aspecto es muy importante, ya que las partes deben ser perspicaces y estar atentas, para que cuando se realice alguna actividad procesal que no esté de acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Penal, se indique de inmediato; en el acto e *in situ*, puesto que si culmina la audiencia y no se dijo nada al respecto, crea cosa juzgada y no podrá ser susceptible de impugnación; o bien si se presenta, será declarada sin lugar por no cumplir el requisito de “inmediatez”.

Por ende, se puede concluir que, para presentar un recurso de apelación especial por motivos de forma, los cuales son motivo relativos de anulación formal, “debe cumplirse” con cualquiera de estos dos requisitos:

I. Requerir la subsanación de la actividad procesal que se cree que es defectuosa, ya sea a través de actividad procesal defectuosa, o mediante el recurso de reposición;

II. Dejar asentada la protesta de ley. Pero esto sujeto a que el acto procesal conlleve la violación que sea producida por inobservancia de la ley, o errónea aplicación de la ley, por supuesto esta ley es la procesal, porque dice, “defecto de procedimiento”.

Se debe, entonces, concluir en el submotivo, ¿es por inobservancia o por errónea aplicación de la ley? Ese ya responde al estudio pormenorizado del asunto, del que deberá indicarse si se presenta alegando inobservancia o errónea aplicación de la ley, y depende del vicio detectado y denunciado como violado.

También puede darse que, en contra de la actividad procesal defectuosa, se solicite la subsanación de la misma a través de la actividad procesal defectuosa. Si lo declaran sin lugar, se puede solicitar que se deje asentada la protesta de anulación formal, derivado de que el motivo correspondía a la anulación; pero, al no concederlo a través del diligenciamiento del recurso de reposición, existe la posibilidad que el superior conozca y resuelva dicha situación, en virtud que se le pidió al tribunal de la causa que lo subsanara y resolvió negativamente.

Esta resolución y el asentamiento de la protesta, se convierten en la llave para abrir la *puerta* al recurso de apelación especial, por motivo de forma de los conocidos como “relativos de anulación formal”.

Por otro lado, si lo que se quiere es impugnar a través del Recurso de Apelación Especial es una actividad defectuosa que conlleve motivos absolutos de anulación

formal, será fundamento el artículo 420 de la ley de rito. Este artículo tiene seis submotivos, y para alegarlos no será necesario referirnos ya a los submotivos

establecidos en el artículo 419 numeral 2 indicados antes, que son específicos para los motivos relativos a la anulación formal, sino a los motivos absolutos de anulación formal.

2.2 DE LOS MOTIVOS ABSOLUTOS DE ANULACIÓN FORMAL

Los submotivos que establece el artículo 420 del Código Procesal Penal, son:

No será necesaria la protesta previa, cuando se invoque la inobservancia o errónea aplicación de las disposiciones concernientes: 1. Al nombramiento y capacidad de los jueces y la constitución del tribunal. 2. A la ausencia del Ministerio Público en el debate o de otra parte cuya presencia prevea la ley. 3. A la intervención, asistencia y representación del acusado en el debate, en los casos y formas que la ley establece. 4. A la publicidad y continuidad del debate salvo las causas de reserva autorizada. 5. A los vicios de la sentencia. 6. A la injusticia notoria.

Cabe hacerse la pregunta: ¿Cómo se distingue un motivo relativo de un motivo absoluto de anulación formal? Para el efecto se debe distinguir en primer lugar, si la resolución es una sentencia o es otro tipo de resolución: auto o decreto. Si es sentencia, se deberá fundamentar en el artículo 415; y si es otra resolución, el fundamento será el artículo 404, ambos del Código Procesal Penal.

A la vez es menester estudiar si la resolución es un auto que pone fin a la acción, que pone fin a la pena o que pone fin a una medida de seguridad y corrección; que imposibilite que ellas continúen, (la pena, la medida de corrección o la medida de seguridad), que impida el ejercicio de la acción o deniegue la extinción, que deniegue la conmutación o que deniegue la suspensión de la pena. Se deben cuidar estos aspectos para determinar cuál es el recurso que se debe presentar; si es el regulado en el artículo 404 o es el del 415, ambos del Código Procesal Penal.

En términos generales se puede afirmar que si es un auto el que se impugna, debe ser el artículo 404 su fundamento; si es una sentencia corresponde fundamentarlo en el artículo 415 de la ley ibídem.

Lo importante de establecer es que si se presenta un recurso de apelación especial por motivos relativos de anulación formal, deberá ser con base en el artículo 419 numeral 2º. Eso sí, debiendo siempre aclarar, indicar y señalar que se presentó la subsanación o la protesta de ley, en que parte de la sentencia o del acta de debate aparece tal circunstancia, e individualizando el acto viciado; el porqué del vicio y la forma de acuerdo con el criterio del apelante debió resolverse, indicando los agravios, formulando la tesis, solicitando que se revoque la resolución impugnada y se dicte la que en derecho corresponde, que sería la que de acuerdo con el artículo 421 último párrafo del código referido, anula la sentencia subida en grado y el acto procesal impugnado, ordenando el reenvío para que dicten otra sentencia en el tribunal de primera instancia.

Ahora bien, si se trata de un motivo absoluto de anulación formal, no se debe indicar como submotivo la inobservancia o errónea aplicación de la ley procesal; sino se debe adecuar a cualquiera de los seis casos que establece el artículo 420 tantas veces mencionado, procurando individualizar el error, indicando cómo se resolvió, manifestando cómo es que de acuerdo a criterio del apelante debe resolverse; y en el fondo de la petición, que se anule el fallo subido en grado declarando con lugar el recurso, ordenando que se realice nuevamente la actividad impugnada y que conozca de ella otro tribunal o Juez, distinto a quien la dictó.

En muchas oportunidades se ha establecido que los recursos de forma por motivos absolutos de anulación formal están fundamentados en la inobservancia de la ley o en la errónea aplicación de la ley, en este caso la ley procesal; lo que técnicamente no debe ser así. Sin embargo, así se han presentado algunos recursos y, por supuesto, se han conocido, tramitado y resuelto. Por supuesto, se les ha dado el trámite necesario y en otros se ha mandado a ampliar o a corregir el recurso con base en el artículo 399 del Código Procesal Penal.

Es importante mencionar que algunos recursos de apelación especial se refieren a CASOS DE PROCEDENCIA en sustitución de lo que fuera el fundamento de

derecho, manifestando lo siguiente: “*La presente gestión descansa en lo preceptuado en los artículos 398, 415, 416, 418 y 419 del Código Procesal Penal, que faculta a recurrir la sentencia dictada*”, lo que va contra lo indicado en el artículo 418 del CPP: El recurso de apelación especial será interpuesto por escrito, con expresión de fundamento.

Al leer el libro denominado **Apelación Especial** de los autores Alejandro Rodríguez Barillas y Carlos Roberto Enríquez Cojulún, (página 174 hasta la página 261 inclusive), al referirse a los motivos y submotivos de apelación por vicios de forma, lo hacen denominándolos *Motivos Específicos de anulación por vicio de forma*, apartado donde trata cinco de los vicios conocidos como motivos absolutos de anulación formal contenidos en el artículo 420 del Código Procesal Penal; no trata el número seis que se refiere a la Injusticia Notoria.

Es de destacar que, se les llame como se le llame, sea submotivos absolutos de anulación formal o Motivos Específicos de Anulación por Motivos de forma, el tema es que cuando se quiera indicar que se ha violado un submotivo de forma de los conocidos como motivos absolutos de anulación formal, el libro de los autores mencionados, le otorgan la razón al ponente de este aspecto, en virtud que no son los submotivos contenidos en el artículos 419 sino los que contempla el artículo 420, ambos del Código Procesal Penal.

CONCLUSIONES

Los motivos por los cuales pueden presentarse los recursos de apelación especial, son dos, de fondo y de forma. Pero con relación a los motivos de forma, son dos

formas a través de las que se pueden presentar: 1. Motivos de forma, que se refieren a motivos relativos de anulación. Y 2, Motivos absolutos de anulación formal.

Los motivos de fondo o *in iudicando* pueden presentarse por tres sub motivos: 1. Inobservancia de la ley. 2. Interpretación indebida de la ley; y, 3. Errónea aplicación de la ley. Necesariamente se debe indicar que la ley a la que se refieren los tres submotivos, se refieren a la ley sustantiva, es decir, a la ley penal o cualquier otra ley, pero de carácter sustantivo.

Con relación al recurso de apelación especial por motivos de forma, se pueden presentar por dos clases de submotivos: 1. Por motivos relativos de anulación, que son los regulados en el artículos 419 numeral 2. Y, 2. Por motivos absolutos de anulación formal, que son los regulados en el artículo 420, ambos del Código Procesal Penal.

Para que proceda el recurso de apelación especial por motivos relativos de anulación formal, se debe cumplir con cualquiera de los dos requisitos siguientes: 1. Requerir la subsanación de la actividad procesal que se cree que es defectuosa; y/o 2. Dejar asentada la protesta de ley.

Si se presenta un recurso de apelación especial por motivos relativos de anulación formal, deberá ser con base en el artículo 419 numeral 2º. Pero si se trata de un motivo absoluto de anulación formal, no se debe indicar como submotivo la inobservancia o errónea aplicación de la ley procesal; sino se debe adecuar a cualquiera de los seis casos que establece el artículo 420, los dos del Código Procesal Penal.

R E F E R E N C I A S

Pérez Ruiz Yolanda, **Recurso de Apelación Especial**, 1ra. Ed. Fundación Myrna Mack, Impreso en Arte, Color y Texto, S. A. Guatemala, 1999.

Rodríguez Barillas Alejandro y Enríquez Cojulún Carlos Roberto, **Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala**, Ed. Rukemik Na'ojil, Guatemala, 2005

FALTAS AMBIENTALES EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA

Rosa Herlinda Acevedo Nolasco de Zaldaña
Magistrada Vocal II de la Sala 2ª de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y
Mercantil

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el artículo 97 lo siguiente: Medio ambiente y equilibrio ecológico.

El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga 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. (Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986).

En Guatemala, la primera ley que tipifica las faltas al ambiente es la Ley de Caza, Decreto 8-70 del Congreso de la República de Guatemala, publicada el diez de febrero de mil novecientos setenta. En el Artículo 47 de dicha ley, se constituyen ocho incisos que corresponden a cada una de las faltas sancionadas.

En su parte introductoria la Ley de Caza, Decreto 8-70 del Congreso de la República de Guatemala, en su primer considerando establece:

"Que es obligación del estado dictar las disposiciones legales para la protección, incremento y conservación de la riqueza representada por la fauna silvestre y para evitar la extinción de las especies zoológicas, a causa de la explotación inmoderada de que han venido siendo objeto, sin la observancia de normas que determinen su racional aprovechamiento."

El objeto de esta ley es regular y controlar la caza de fauna cinegética, y así conservarla.

Los antecedentes históricos de la ley de caza los encontramos a través de la historia desde la antigua Grecia. Solón, viendo que el pueblo de Atenas se entregaba al ejercicio de la caza, no tuvo inconveniente en prohibirla por entero. En el derecho romano existe más bien una reglamentación civil de este derecho y

este es el camino que siguió nuestra legislación histórica, representada por el Fuero Real y las Partidas, la última de las cuales consigna que *"ningún hombre puede entrar en heredad ajena para cazar en ella; ni en otra manera contra deteniimiento de su señor"*. (Puig Peña, 1997)

La Ley de Caza promulgada en Guatemala, tiene históricamente sus orígenes en estas disposiciones, ya que la legislación guatemalteca procede del Fuero Real y las Partidas.

Se debe reconocer que en la Doctrina existen limitaciones para determinar la falta ambiental, por tal motivo es necesario elaborar con los elementos generales de la falta, un concepto que se adecue, tomando en cuenta la bibliografía consultada en materia ambiental, al partir del precepto de que falta ambiental es el quebrantamiento voluntario de las leyes ambientales; las que al ser violadas ponen en peligro la salud, el entorno ambiental y la biodiversidad. En Guatemala estas faltas son en su mayoría muy leves y fuera de actualidad.

Los sujetos de la falta ambiental. Se establece que el sujeto activo puede ser una persona natural como jurídica y, el sujeto pasivo en las faltas ambientales son la salud, el entorno ambiental y la biodiversidad. El sujeto es sobre quien recae la acción, típica, culpable, punible, que puede ser un animal, una planta, entre otros.

Características de las faltas ambientales

- Las faltas ambientales son quebrantamientos leves a las leyes ambientales;
- Son penadas con multas y arrestos de diez a sesenta días;
- En las faltas ambientales las cosas incautadas caerán en comiso;
- En caso de insolvencia del infractor deberán purgar en algunos casos un día de prisión simple por cada cinco quetzales; y
- Las faltas forestales darán lugar a amonestaciones por escrito y, en caso de reincidencia, con prisión de 15 a 60 días.

Las penas pecuniarias tuvieron antiguamente un desarrollo tan extenso como en la actualidad las de privación de libertad. Sin embargo, hoy no revisten sino la forma de multa que a decir de Cuello Calón, *presentan muchas ventajas como medio represivo*. Tales ventajas son las siguientes:

Esta pena lleva consigo una privación y, por consiguiente, un sufrimiento. Algunos, se ha dicho, se habitúan a la cárcel; pero nadie se acostumbra al pago de las multas. Mientras muchos individuos no sólo no temen la prisión; sino hasta la desean en ciertos momentos de su vida, no se encuentra a nadie que permanezca indiferente ante una condena al pago de una multa. En resumen, la multa es siempre aflictiva.

La multa es una pena sumamente divisible, flexible cual ninguna otra: puede adaptarse perfectamente a las condiciones de fortuna del condenado, aumentando o disminuyendo su importe proporcionalmente a su patrimonio.

Para conseguirlo no sería preciso que el Juez se entregara a una investigación de las fortunas de los acusados: bastaría tomar como punto de partida el impuesto pagado sobre la renta. La multa, a diferencia de la cárcel, no degrada al condenado ni a su familia; no es obstáculo a su rehabilitación social. El multado permanece entre los suyos, puede proveer a su subsistencia, no pierde su empleo ni su ocupación.

"Desde el punto de vista económico es recomendable por dos razones: puede constituir una fuente de ingresos para el Estado y contribuir a la indemnización de los daños que causados por delito o falta. Por otra parte, mientras la pena de prisión cuesta enormes sumas al Erario Público, la ejecución de esta pena no entraña gasto alguno". (Zeceña, 2000)

Penas impuestas por faltas ambientales en legislación guatemalteca

Arresto: consiste en la privación de libertad impuesta al infractor, durante el tiempo previsto por la norma. Es una sanción principal, que a veces se aplica en forma conjunta o alternativa con la de multa.

El arresto no debe confundirse con la prisión, que es pena del derecho penal, ni mucho menos con la reclusión. Los arrestados deben cumplir su sanción en lugares especiales, diferentes de aquellos en que se cumplen las penas, y sin que deban estar sujetos a trabajos obligatorios. No deben ser tratados como delincuentes.

El comiso o decomiso: consiste en la pérdida definitiva de la propiedad o simple tenencia de una cosa mueble, que debe sufrir el infractor como resultado de la trasgresión en que ha incurrido de una norma jurídica.

Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala

Artículos 485, 487, 490, 491, 493, 494, 495.

Ley de Áreas Protegidas, Decreto 4-89 y sus Reformas (Decreto 110-96) del Congreso de la República

Artículo 81.

Ley Forestal Decreto 101-96 del Congreso de la República de Guatemala

Artículo 103.

Ley General de Caza Decreto 8-79 del Congreso de la República de Guatemala

Artículo 47.

Ley de Sanidad Vegetal Decreto Presidencial número 446

Artículo 27, 28.

Derecho comparado con relación a las faltas ambientales

Ciudad de México con la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Delitos Ambientales.

El 13 de diciembre de 1996, se publica en el Diario Oficial de la Federación los Decretos por los que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y, para toda la República en materia de Fuero Federal.

Con estas disposiciones México pretende fortalecer y enriquecer los instrumentos de la política en la materia, con el fin de que cumplan efectivamente con su función, reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad, a efecto de ampliar la seguridad jurídica de la ciudadanía en materia ambiental; e incorporar conceptos fundamentales como los de sustentabilidad y biodiversidad, con el objeto de aplicarlos a las distintas acciones reguladas por el propio ordenamiento, así como los compromisos asumidos por México en los Tratados y Convenciones Internacionales en la materia.

Por su parte, las reformas al Código Penal tipifican como delitos, conductas contrarias al medio ambiente que no tenían ese carácter, protegiéndose con ello importantes recursos, como el suelo, bosques y diversas especies de flora y fauna silvestre; además, integran en un solo cuerpo normativo todos los delitos ambientales para darles mayor coercibilidad y orden.

La integración de los delitos ambientales en un solo cuerpo normativo, a efecto de lograr un mayor orden y sistematización de su regulación. Segundo: Establecer normas que incrementan las penas y multas, se amplían las figuras típicas. La

nueva estructura literal de los tipos previstos en la reforma, permite concebir a los delitos ambientales en su verdadera naturaleza, regulándolos como delitos de peligro y daño, así como la agravación del delito cuando las conductas delictuosas se lleven a cabo en un centro de población.

Como se aprecia, la Ley general del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Delitos Ambientales, promulgada en México, es un avance en la legislación ambiental actual, ya que sus objetivos son claros y precisos; es una ley, estudiada, planificada, y muy bien sustentada, en la cual participaron la mayoría de sectores involucrados en el tema ambiental.

Argentina en la legislación comparada

Argentina cuenta con un Código del Ambiente Humano y de los Recursos Naturales Renovables que sirve como ejemplo para conocer los diferentes criterios que se han tomado en cuenta para legislar en estos países. El Código del Ambiente Humano y de los Recursos Naturales Renovables está distribuido de la siguiente manera.

Ninguna de estas leyes argentinas contienen normas que tipifiquen delitos ambientales. Todas las leyes remiten a las normas del Código Penal, pero todas estas leyes sí tienen bien establecidas el régimen de contravenciones, las autoridades que deben de conocer y las sanciones que deben imponerse, de una forma ordenada y que facilita su conocimiento.

En la actualidad, Guatemala cuenta con variedad de leyes que regulan los recursos naturales. Existen proyectos que contemplan la creación de una ley general que contenga todas las normas ambientales que ayuden a su conocimiento y aplicación, sin embargo, debido a tropiezos en el camino no se ha concretado nada en esta materia.

A pesar de los esfuerzos realizados por personas interesadas en el tema, las leyes ambientales guatemaltecas todavía no cuentan con una ley general del ambiente, con la cual tendríamos los guatemaltecos un avance en el tema ambiental, tan necesario en la actualidad.

Guatemala cuenta con las siguientes normas ambientales, las cuales están contenidas desde la Constitución Política de la República de Guatemala, pasando por los Códigos, Reglamentos, Acuerdos Gubernativos, y Resoluciones.

Constitución Política de la República de Guatemala, de fecha 3 de junio de 1985.

Código Penal Decreto 17-73 de fecha 5 de julio de 1973 y sus reformas.

Código de Salud, Decreto 90-97 de fecha 2 de octubre de 1997.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92 de fecha 14-12-92.

Código Municipal, Decreto 58-88 de fecha 18 de octubre de 1988.

Código Civil, Decreto 106 de fecha 14 de septiembre de 1963.

Código Marítimo Decreto 2946 de fecha 15 de septiembre de 1942, artículos vigentes del 827 al 1319, según inciso 1º. Artículo 1º, disposiciones derogatorias y modificaciones del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley General de Caza, Decreto 8-70 de fecha 16 de abril de 1970.

Ley Forestal, Decreto 101-96 de fecha 4 de diciembre de 1996.

Ley que Reglamenta la Piscicultura y la Pesca, Decreto 1235 de fecha 18 de noviembre de 1932, derogado parcialmente por Decreto 1470 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Áreas Protegidas, Decreto 4-89 de fecha 10 de febrero de 1989 y sus

modificaciones Decreto 18-89 de fecha 3 de marzo de 1989, y reformada por Decreto 110-96 de fecha 12 de diciembre de 1989.

Ley de Sanidad Vegetal, Decreto 446 de fecha 20 de octubre de 1955 Derogada por Decreto 36-98 de fecha.

Se aprecia que Guatemala cuenta con una larga lista de disposiciones Ambientales; las normas al ambiente se encuentran reguladas en códigos, leyes, reglamentos, acuerdos gubernativos, resoluciones de contenido muy variado. Los delitos, las faltas e infracciones, las encontramos en códigos, leyes y reglamentos de una forma a veces confusa, y en algunos otros casos, de forma contradictoria, por eso creemos que una compilación de leyes o la creación de un código ambiental, ayudaría enormemente para que las personas involucradas en éste tema tengan un respaldo en el momento de hacerlas exigir.

Guatemala, cuenta con 99 áreas protegidas, con más de veinte organizaciones ambientalistas, con varias organizaciones gubernamentales, que diariamente ponen su granito de arena para avanzar en éste campo. Puede apreciarse que existen proyectos que ayudarían a crear una Ley de Aguas, ya que en esta materia las disposiciones son muy vagas y obsoletas, pero debido a problemas legislativos y a intereses de personas privadas, no se ha logrado concretar.

Discrepancias entre delitos y faltas

Existen doctrinas que sostienen la distinción sustancial entre el Delito y la Falta. Entre otras pueden citarse las siguientes:

- Teoría que se fija en los criterios de daño o peligro. En esta dirección se pronuncian algunos tratadistas italianos, para quienes el delito

constituye una violación del Derecho y la mera falta no constituye más que un mero peligro para el orden social.

- Doctrinas que encuentran la separación en razones de moralidad. Para sus partidarios, el delito y la falta se distinguen en que esta presenta una inmoralidad mínima.
- Doctrinas que encuentran la separación en la íntima naturaleza de la infracción.
- Relacionada con la anterior, se encuentra la tesis de Feuerbach, para quien hay delito cuando se viola un derecho existente antes de que la ley lo haya conocido, y hay contravención cuando se hace una cosa que sería lícita si el Estado no la hubiere prohibido.
- Doctrina que quiere encauzar la diferencia en el examen del Derecho Positivo. Esta es la tesis de Vicente Manzini, para quien la noción diferencial no puede encontrarse acudiendo a sistemas especulativos ni por indagaciones sociológicas, sino acudiendo a los preceptos del Código Penal y leyes especiales.

Infracciones ambientales

Las infracciones al derecho ambiental las encontramos por primera vez legisladas en la Ley que Reglamenta la Piscicultura y la Pesca.

Decreto 1253 del Congreso de la República de Guatemala, de fecha 1B de enero de 1932, que contempla desde el Artículo 135 al 139 las infracciones que se

impondrán a las personas que quebranten las disposiciones en ella dispuestas.

En su origen, el fin de esta ley fue el de reglamentar la piscicultura y la pesca en el país, con el fin de intensificarla. Esta ley sí tiene carácter ambiental, ya que lo que

busca es proteger la piscicultura y la pesca y evitar su uso indiscriminado, pero no es congruente con la época actual.

En tanto que no es congruente, el Congreso de la República de Guatemala debe buscar reformarla ya que en la actualidad los problemas de la fauna marina son múltiples, dada la evolución industrial que hemos adquirido desde la época en donde se emitió esta ley. Es necesario acoplar la ley a nuestra realidad, para que se aplique a casos concretos de nuestra época. Si bien es cierto, nuestros antepasados nos heredaron importante legislación en materia ambiental, hay necesidad de actualizarla.

En cuanto a la infracción ambiental, debemos de reconocer que en la actualidad existen limitaciones para determinarla. He aquí una elaboración posible con los elementos de la infracción.

Infracción ambiental

Es una trasgresión, violación o quebrantamiento de alguna ley o reglamento ambiental, que ponga en peligro la salud, el entorno ambiental y la biodiversidad. Por regla general, se da cuando no se cumple con un requisito administrativo, o cuando se incumple con un Reglamento. Un ejemplo de una infracción en el tema ambiental, es causar molestias públicas sin la debida autorización, tales como: ruidos, vibraciones, malos olores o pestilencias, que puedan afectar la salud o el bienestar de la población.

Las características de la infracción son transgresiones a una ley o reglamento.

- Las impone la autoridad administrativa según la ley o reglamento infringido.
- Las penas impuestas son. Amonestación escrita, multa, suspensión o clausura por tiempo indeterminado o definitivo de las actividades que den lugar a ellas.

- Las infracciones ambientales darán lugar a comiso, la definición de comiso se encuentra establecido en el código penal decreto 17-73.

Las infracciones ambientales pueden ser las siguientes:

Amonestación: La amonestación consiste en una seria advertencia o conminación al infractor, de la cual se toma nota, y que da lugar a reincidencia.

Multa Administrativa: La multa como sanción, es la obligación impuesta al infractor de pagar una suma determinada de dinero. Con dicho pago obtiene la desvinculación del daño que la infracción haya causado o podido causar. Esta multa administrativa en la actualidad no representa gran preocupación por los infractores, ya que muchas leyes son antiguas.

Clausura: La clausura que es, por lo ordinario, una sanción accesoria o conjunta, y que puede revestir el carácter de temporal, definitiva, o por tiempo indeterminado, consiste en la cesación o suspensión de una actividad determinada casi siempre industrial o comercial de cualquier tipo, y recae sobre el lugar, local o establecimiento en que dicha actividad se lleva a cabo.

Medida que se encuentra específicamente, en nuestro código penal, que bien es la que regula las penas multas de dichos delitos que se les asigna el comiso, las penas se definen como una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del estado al responsable de un ilícito penal.

El problema del deterioro ambiental en Guatemala no es producto de la falta de normas, se da más bien por la falta de aplicación pronta y cumplida sobre estas normas. La degradación de los recursos naturales es una realidad más que evidente

en Guatemala, por lo que se sufren las consecuencias, específicamente sobre la calidad de vida de cada uno de sus habitantes.

Otra ley de importancia es la Ley Forestal, creada mediante el decreto 101-96 del Congreso de la República de Guatemala. Por medio de esa ley se declaró *“de urgencia nacional y de interés social la reforestación y la conservación de los bosques, para lo cual se propiciara el desarrollo forestal y su manejo sostenible, mediante el cumplimiento de los siguientes objetivos”*:

a) Reducir la deforestación de tierras de vocación forestal y el avance de la frontera agrícola, a través del incremento del uso de la tierra de acuerdo con su vocación y sin omitir las propias características de suelo, topografía y el clima;

b) Promover la reforestación de áreas forestales actualmente sin bosque, para proveer al país de los productos forestales que requiera;

c) Incrementar la productividad de los bosques existentes, sometiéndolos a manejo racional y sostenido de acuerdo a su potencial biológico y económico, fomentando el uso de sistemas y equipos industriales que logren el mayor valor agregado a los productos forestales;

d) Apoyar- promover e incentivar la inversión pública y privada en actividades forestales para que se incremente la producción, comercialización, diversificación, industrialización y conservación de los recursos forestales;

e) Conservar los ecosistemas forestales del país, a través del desarrollo de programas y estrategias que promuevan el cumplimiento de la legislación respectiva;

f) Propiciar el mejoramiento del nivel de vida de las comunidades al aumentar la provisión de bienes y servicios provenientes del bosque para satisfacer las necesidades de leña, vivienda infraestructura rural y alimentos.”

(Artículo 1). La ley también crea el “Instituto Nacional de Bosques, que podrá abreviarse INAB e indistintamente como el instituto, para designaciones en esta ley, con carácter de entidad estatal, autónoma, descentralizada, con personalidad jurídica, patrimonio propio e independencia administrativa. Es el órgano de dirección y autoridad competente del sector público agrícola en materia forestal.

Conclusiones:

Fuera de las leyes relacionadas, existe una variedad de normas creadas por medio del Congreso de la República de Guatemala, relevantes para el tema ambiental en general, las cuales no son mencionadas en el presente artículo.

La tesis doctoral, una **Propuesta de reformas a la Ley de Áreas Protegidas para agilizar el pago de multas que contiene dicha normativa** de quien suscribe, es un aporte a la problemática ambiental en Guatemala a efecto de que algún día podamos comprender la necesidad de contribuir al medio ambiente para evitar problemas graves futuros.

EL FLAGELO DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y SU INCIDENCIA EN LA ECONOMÍA DEL ESTADO

Néctor Guilebaldo De León Ramírez
Magistrado Presidente de la Sala 4ª. de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente

El blanqueo de capitales constituye en la actualidad la nueva forma de la delincuencia organizada, fenómeno que se desarrolla en los países del mundo, y Guatemala no es la excepción, Es así como surgió la legislación sobre este flagelo basados en la Ley de 2001 para la Supresión Internacional del Lavado de Dinero y la Financiación de Actividades Terroristas —denominada también “**LEY PATRIOTA**”—creada en Estados Unidos, y que vino a darle una mejor solución a este mal endémico, y que acompaña asimismo al terrorismo así como el comercio y consumo de la droga.

La **Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos** fue emitida mediante Decreto No. 67-2001 del Congreso de la República, al considerar que el Estado de Guatemala había suscrito anteriormente Tratados Internacionales, aparte de que tenía el compromiso de prevenir, controlar y sancionar el lavado de dinero u otros Activos, como una manera de proteger la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco.

Al ser obligación del Estado proteger la formación de capital, ahorro e inversión y crear las condiciones adecuadas para promover la inversión en el país de capitales nacionales y extranjeros, se hizo necesario dictar las disposiciones legales para prevenir la utilización del sistema financiero para la realización de negocios ilegales.

Esta ley tiene como objetivo prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito, y establecer las normas que para este efecto deberán observar las personas obligadas a que

se refiere el artículo 18 de esta ley y las autoridades competentes. Asimismo, el artículo 2 de la **Ley de Lavado de Dinero u otros Activos** preceptúa los diferentes presupuestos de comisión del delito de Lavado de Dinero u otros Activos en tres casos distintos, dado que el propósito de las organizaciones criminales es generar ganancias para el grupo o para un miembro del mismo.

El lavado de dinero consiste en la disimulación de los frutos de actividades delictivas con el fin de encubrir y disimular sus orígenes ilegales. El concepto *encubrir* implica la acción dirigida a lograr que el crimen cometido o sus consecuencias queden impunes en cuanto no pueda ser aprehendido el criminal y no pueda ser secuestrado el botín obtenido. En cambio el concepto disimular si bien puede ser entendido como encubrir, se diferencia de este toda vez que no abarca únicamente el concepto clásico del delito de Encubrimiento, sino la obstrucción al descubrimiento del origen de una cosa, en el tema en análisis del origen ilícito de los bienes.

Actividades criminales tales como el desvío y comercio de armas, el contrabando, o el tráfico ilícito de drogas generan grandes sumas de dinero, por lo que las organizaciones criminales necesitan encontrar una vía para utilizar las ganancias sin despertar sospechas, respecto al origen ilícito de estos.

En la segunda mitad del siglo XX, con las amenazas de modernas y al mismo tiempo sofisticadas formas de actividad criminal transnacional, ha surgido la preocupación por la insuficiencia de legislaciones nacionales eficaces para combatir el crimen organizado y las actividades tendientes a lavar el dinero proveniente de actividades ilícitas. A partir del fenómeno anteriormente referido, surgieron nuevas legislaciones y esfuerzos en el ámbito internacional para combatir el lavado de dinero, así como la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, conocida como Convención de Viena, el Reglamento Modelo sobre Delitos de

Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Del mismo modo tenemos que, tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional han realizado esfuerzos tendientes al control de esta actividad. Como ha podido observarse, el desarrollo actual de la delincuencia es con tendencia hacia una criminalidad organizada, y no individual. Así tenemos empresas regidas por las leyes del mercado que dirigen su acción a la obtención de beneficios económicos aprovechando las oportunidades que brinda una economía mundial globalizada.

Las estimaciones sobre los alcances del lavado de dinero indican que este supera el producto bruto interno de la mayoría de los países. Esto permite comprender la cobertura que tiene el crimen organizado en donde se manejan grandes fortunas, el que es necesario estudiar y legislar a efectos de combatirlo. Las consecuencias dañinas de ésta nueva realidad pueden describirse como la contaminación y desestabilización de los mercados financieros, que ponen en peligro las bases económicas, políticas y sociales de la democracia. Dado que la integridad del sistema bancario y de los servicios financieros depende fundamentalmente de la percepción que de los mismos tenga la sociedad, dicha reputación, entendida como integridad, es uno de los valores más importantes de ambos sectores.

Debido a las razones anteriormente descritas es que el fenómeno del lavado de dinero u otros activos afecta en forma novedosa valores sociales tales como el orden socioeconómico. El lavado de dinero y los defectos en la transparencia financiera que los lavadores de dinero aprovechan, resultan críticos para el financiamiento de terrorismo global y la provisión de fondos destinados a organizar ataques terroristas. Los lavadores de dinero subvierten los mecanismos

financieros y relaciones bancarias legítimas, utilizándolos como una “cubierta” para el movimiento de fondos de origen delictivo, —el narcotráfico, por ejemplo — y para el financiamiento del crimen y el terrorismo, y al hacerlo, pueden amenazar la seguridad de los ciudadanos de los países y minar la integridad de las entidades financieras de cualquier país y de los sistemas financieros comerciales globales de los cuales dependen la prosperidad y el crecimiento.

Cabe destacar que en otros países distintos a los E.E.U.U. sus instituciones bancarias y su legislación permiten el anonimato de los cuentahabientes, aparte de que existen sistemas de control muy débiles para detectar y verificar este tipo de transacciones ilegales. Muchas veces el dinero depositado, y lavado, tiene orígenes ilícitos tales como: tráfico de drogas, terrorismo, contrabando de armas y tráfico de personas incluyendo fraudes financieros en donde las víctimas resultan ser los ciudadanos que cumplen con la ley. Hasta las propias remesas que envían los extranjeros que viven en el país del Norte (Estados Unidos), son de origen ilícito desde el momento en que ellos viven de forma ilegal en ese país.

Los servicios de la banca privada pueden ser susceptibles de manipulación por parte de estos lavadores de dinero, aunado a funcionarios corruptos de gobiernos extranjeros, especialmente si dichos servicios incluyen la apertura de cuentas en paraísos fiscales.

Se observa pues tanto la no tributación cómo el lavado de dinero y narcotráfico — entre otros males —, no han permitido que entren a las arcas nacionales el producto de los tributos con el objeto de que el Estado cuente con un presupuesto sólido y suficiente para cubrir las necesidades que requiere la sociedad guatemalteca, lo que agrava el problema económico que ha atravesado el país en los últimos años, sin incluir a la corrupción y otros flagelos relacionados.

En el marco de la globalización progresiva, los ordenamientos internos deben

reaccionar en forma organizada y firme frente a estos fenómenos disfuncionales conforme a criterios generalizados, sin olvidar las particularidades de cada Estado, lo que incluye a nuestro país.

CONCLUSIONES

1. Se hace necesario que el Estado controle el lavado del dinero u otros activos mediante acciones que promuevan la inversión de capitales con origen lícito en nuestro país.

2. Hay que promover una comisión integrada por miembros de sectores tales como: el propio gobierno, la iniciativa privada, los partidos de oposición, entre otros, a efecto de que se concienticen y tomen medidas para evitar que el sistema económico y financiero siga afectado gravemente en nuestro país.

3. No obstante que los flagelos tales como: el narcotráfico, el lavado de dinero u otros activos, el terrorismo, el contrabando, la corrupción, el crimen organizado, etc. deben de combatirse por medio de estrategias concretizadas en planes y programas bien estructurados para poder castigar a los responsables, debiéndose respetar al mismo tiempo el Debido Proceso y respetar los derechos fundamentales que contempla la Carta Magna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) PINTO Ricardo, OPHLIE CHEVALIER phelie Chevalier, **El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo** (Washington D.C-Estados Unidos: Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas- Editado y aprobado por Dr. Rafael Franzini Batlle (2006).

4) BLANCO CORDERO, Isidro, **El Delito de Blanqueo de Capitales** Editorial Arazandi, Argentina, 1997

3) CAPARRÓS, Dr. Eduardo Fabián, **Documento sobre Tipologías y Lógica del Lavado de Dinero**, España.

4) **Recomendaciones emitidas por el Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Activos** (AFI) de 1989.

5) **Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito, CICAD, Organización de los Estados Americanos, (OEA)**, 1998.

LEYES CONSULTADAS

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

- Ley de 2001 para la Supresión Internacional del Lavado de Dinero y de la Financiación de Actividades Terroristas
- Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos
- Ley contra la Narcoactividad
- Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo
- Ley contra la Delincuencia Organizada
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada de 2000 (Convención de Palermo)
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

LA CORTE CONSTITUCIONAL DE GUATEMALA

Esmeralda Judith Orozco Navarro
Magistrada Titular de la Sala Regional Mixta
de la Corte de Apelaciones de Zacapa

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE GUATEMALA

¿Qué tanto se sabe de este tan importante tribunal, cuando surgió, en dónde surgió, cuál fue su objetivo y su finalidad, cuál es su naturaleza? bueno, estas y muchas otras preguntas se hacen, para arribar a la conclusión de entender la importancia de este órgano encargado de administrar la Justicia Constitucional en Guatemala.

1. EL “REICHSGERICHT”

De conformidad con el **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**, Tomo II, (2014, página 1212), la autora Christina Binder, refiere lo siguiente: “*El Tribunal Constitucional de Austria está establecido como **guardián de la Constitución***”, encargado de garantizar la prevalencia de la Constitución dentro del funcionamiento del Estado. Denominado el **guardián de la Constitución**, ha sido una de las formas como se le ha conocido a este tribunal, y se le ha reconocido su calidad trascendental dentro del ámbito jurídico.

En la misma obra, la autora refiere en la página 1213, “*El precursor histórico del Tribunal Constitucional de Austria, es el “Reichsgericht”,...*” Sigue manifestando en la referida obra: “*establecido... Staatsgrundgesetz de 1867... Reichsgericht... tarea de proteger los derechos fundamentales incorporados en el Staatsgrundgesetz. No obstante las competencias, del Reichsgericht eran mas modestas que las del Tribunal Constitucional actual.*” Se puede apreciar

cómo, en 1867, en Austria ya se encontraba establecido el *Reichsgericht*, que consistía en el Tribunal de Justicia en Alemania, con competencias ordinarias como lo son civil y familia, entre otras, pero debido a la vigencia en 1867 de la Ley Básica conocida como *Staatsgrundgesetz*, se delegaron competencia de protección en materia de Derechos fundamentales, convirtiéndose así en el Primer Tribunal de rango Constitucional. Esa Ley Básica o Fundamental le confería tales calidades de protección a estos derechos fundamentales, que tal cual lo refiere la autora, se asemeja al sistema de justicia actual, al asumir la función de vigilante de la violación de los derechos fundamentales. Queda de esta manera demostrado que el antecedente básico e histórico de lo que hoy son los tribunales constitucionales, lo constituye, sin duda, el Tribunal *Reichsgericht*.

2. PRECURSOR DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Dicho lo anterior, corresponde hablar sobre el referente principal de este Tribunal, Hans Kelsen, quien es conocido como el Padre del Constitucionalismo.

En 1920, de conformidad con la Carta Federal de Austria, se establece el funcionamiento de la Corte Constitucional. Hans Kelsen propone que los problemas relacionados a la defensa de Derechos fundamentales establecidos en la Constitución, debían ser sometidos al conocimiento de un Tribunal especializado, convirtiéndose esta en una Corte Constitucional, con la finalidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas ordinarias contenidas en las leyes.

Según el autor Victor Malpartida Castillo, en su Tesis **Cosa Juzgada constitucional versus casa juzgada judicial**, (2012, pág 51), cita a Hans Kelsen, y manifiesta lo siguiente: “*Hans Kelsen parte de un concepto de constitución. Así señala: “...la constitución no es solo una regla de*

procedimiento, sino, además, una regla de fondo.”

De conformidad con lo manifestado por el autor antes referido, quien a su vez estudia el aporte grandísimo de Hans Kelsen, respecto al Tribunal Constitucional, este ilustre filósofo habla sobre la Primacía constitucional, que al implementarla como el principio básico que hoy conocemos y estar inmerso en nuestras constituciones, constituiría el punto de partida de la Justicia constitucional y de los Tribunales Constitucionales en un sistema forma y establecido, sobre normas de la misma Carta Magna y no orientado y contenido en leyes ordinarias, de tal manera que si dicho principio de supremacía constitucional estaba en la misma Constitución, la observancia sería de naturaleza obligatoria, de rango Constitucional e imperativo para todos.

De esa cuenta, al estudiar a Hans Kelsen, el autor establece que fue creado el Tribunal Constitucional como un Legislador negativo, pues su función es eminentemente jurisdiccional, pero su punto de partida lo es la propia Constitución, ejerciendo el control sobre cualquier ley ordinaria, creada por el poder Legislativo que la contraríe. En ese sentido, de forma contundente, concreta y precisa, es creado el Tribunal Constitucional, según la propuesta de Hans Kelsen.

Fue de esta manera que se le dio vida a una justicia constitucional mundial, de tal manera que hoy en día encontramos Justicia Constitucional en Europa, Estados Unidos, los países de América Latina y Sudáfrica, a través de los controles Difusos, Concentrados y Mixtos.

3. TRIBUNAL AMERICANO

Este surge con la Constitución de 1787, aplicando una jurisdicción

constitucional, un sistema americano y un control político, sustentado en el caso Marbury versus Madison, evidenciándose que estos tribunales invadieron la perspectiva de la justicia, tratando de encontrar un mecanismo de control supremo.

Al principio se habla de sistema, pero no concretamente de tribunal constitucional conformado por varios jueces, toda vez que, si el caso de referencia fue resuelto por un juez, en este caso el juez John Marshall, no por un tribunal especializado o especial, sino por un juez ordinario que ejerce el control de constitucionalidad en el conocimiento de los casos que son de su competencia, específicamente, en el cumplimiento de ser garante de los preceptos constitucionales.

Es así como surgirían dos sistemas de justicia constitucional: el sistema concentrado y el sistema difuso, ello, dependiendo de quien o quienes lo apliquen.

4. NATURALEZA

En principio, para la justicia constitucional alemana, la naturaleza de la Corte Constitucional, era impartir justicia a nivel del más alto organismo, puesto que, de conformidad con los estados federales, se hacía necesario que existiera un tribunal de rango mayor, que permitiera el cumplimiento de la ley suprema.

La autora Elena D'Orlando, en su artículo **LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA**, recopilado por los coordinadores Lucca Mezzetti-Eduardo Andres Velandia Canosa, en la obra **Justicia Constitucional, Sistemas y Modelos comparado**, (2017, pág. 280) dice: "*La GG (Ley Fundamental de Bonn) establece que algunos pronunciamientos del TCFA (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), deben tener fuerza de ley...*" lo que denota la importancia del mismo. La señora D'Orlando sigue manifestando

en la obra: “...los pronunciamientos que tengan un alcance erga omnes y no sólo entre las partes, tienen eficacia general y, en todo caso, fuerza de ley, desde el momento de publicación de la sentencia en el Boletín Federal de las leyes”.

De tal manera que, a través de la reconocida autora, se pueden apreciar dos elementos importantes de la Naturaleza de los Tribunales Constitucionales en sus orígenes en Alemania, mismos que persisten y sentaron las bases para replicar en todo el mundo, como lo son: **Eficacia general** y **Fuerza de ley**.

Y son hoy por hoy, dos aspectos que van de la mano con los Tribunales Constitucionales, caso contrario perderían esa naturaleza que los caracteriza, en su fuerza de ley, con cada fallo que emiten y que de conformidad con la ley, producen jurisprudencia de observancia obligatoria, constituyéndose en el efecto general por tener una eficacia que no podemos dejar de observar.

El autor Oscar Estuardo Paiz Lemus, en la obra **Manuel de Derecho Procesal Constitucional**, (2017, pág. 91, 92.) dice: “*En términos generales, hoy en día la mayoría de legislaciones europeas y latinoamericanas se han inclinado por la magistratura constitucional especializada...*” Esto implica que los tribunales constitucionales son una tendencia y no se pueden obviar. Sigue refiriendo “...separada y distinta de los tribunales ordinarios...”, por lo que se aprecia como un tribunal distinto a la justicia ordinaria. Explicando el autor :

“...modelos. 1. Tribunal especializado al margen de los tres poderes clásicos, su origen en el modelo kelseniano... 2. Tribunal especializado autónomo, dentro del Poder Judicial... es decir el Tribunal Constitucional coexiste con otros tribunales supremos. 3. Tribunal especializado dentro de la Corte Suprema; en este caso el Tribunal Especializado aparece como una sala especializada dentro de la Corte Suprema...”

Este es otro aspecto que caracteriza la trascendencia de los Tribunales

Constitucionales, como la especialización, de tal manera que el control constitucional se le encarga a un tribunal especializado, pero que, sin embargo, puede adoptar sistemas distintos de control, como lo son el concentrado, el difuso o el mixto. Lo que no puede negarse es que a través del sistema que se utilice, la especialización del tema debe prevalecer.

5. IMPORTANCIA

Desde su origen, este tipo de Tribunales Constitucionales se ha revestido de una actuación importante y trascendental en la vida de los estados, y es por ello que se han realizado diversos estudios sobre su función e importancia, debido a que propiamente sus fallos han traspasado los tiempos y se han conocido traspasando las fronteras, fallos y tribunales que se han convertido en un ícono de la justicia y del derecho, que bien necesitan ser incluidos en cualquier estudio de tipo constitucional como el presente.

Desde sus orígenes, como se anotó al principio de este artículo, el Reichsgericht, como Tribunal constitucional, se caracterizó por ejercer el control de normas fundamentales que han dejado huella y cuya importancia ha trascendido fronteras.

En ese sentido, el autor Oscar Estuardo Paiz Lemus, en la obra **Manuel de Derecho Procesal Constitucional**, (2017, pág. 92) cita a Javier Pérez Rojo, y dice: *“Una institución vigorosa, que no solo se ha difundido con el paso del tiempo, sino que se ha ido convirtiendo en una institución cada vez más importante, en el Estado Constitucional democrático.”*

Hoy en día los Tribunales Constitucionales o Cortes Constitucionales, tanto en Europa como en América Latina, tienen facultades de trascendencia y ello,

debido a los fallos emitidos para establecer ese control, esas garantías y ese respeto al Estado de Derecho, que debido a la vida política de un país en cualquier momento puede perderse, por lo que se reconoce la labor del Tribunal Constitucional.

6. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

Dicho lo anterior, como un resumen de lo que es el Tribunal Constitucional, su origen, naturaleza e importancia a nivel mundial, corresponde aterrizar en Guatemala, y establecer la línea que permitió la incorporación del Tribunal Constitucional, mismo que hoy en día mantiene su vigencia, su auge y su importancia.

Los antecedentes de creación del Tribunal Constitucional guatemalteco, se encuentran, como punto de partida, en la Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de 1965. En el Título VII establece lo relativo al Organismo Judicial, concretamente en el Capítulo V, con el epígrafe Corte de Constitucionalidad. Con base en lo antes manifestado, el Tribunal Constitucional en Guatemala fue creado en 1965, pero con el nombre de Corte de Constitucionalidad y así sea establecido hasta nuestros días.

En la Constitución Política de República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1985. En el Título VI, establece lo relativo a las Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional, concretamente en el Capítulo IV, con el epígrafe Corte de Constitucionalidad.

Se integra con un total de cinco magistrados titulares, cada uno con su respectivo suplente, designados de la forma siguiente: Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, otro por el Congreso de la República, uno más por el Presidente de la República en consejo de Ministros, el otro por

el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y el quinto por la Asamblea del Colegio de Abogados.

7. COMPETENCIA

Según la Constitución de 1985, su competencia es la defensa del orden constitucional, según la Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, constituida como tribunal colegiado y permanente, con independencia de los tres Organismos del Estado

La de 1965 se diferencia de la de 1985, en que esta última tiene competencia más amplia, es independiente de los tres organismos del Estado, es permanente y privativa, como tribunal, y cuenta ya con una independencia económica que le permite dar un avance e independencia en su desarrollo.

Como lo refiere Julio César Cordón Aguilar en la obra **Opus Magna Constitucional**, 2018 Tomo XIV, (2018, pág. 224), cita a Eduardo García Enterría y dice:

“Según indicaba el jurista austriaco, el órgano ad hoc competente para ejercer aquel control no es, en sí, un verdadero tribunal, pues es su función no se ocupa del enjuiciamiento de hechos concretos, sino que se constriñe a examinar la compatibilidad entre dos normas abstractas, dejando sin valor aquella que resulte contraria a la norma superior, pero haciéndole ex nunc (desde ahora) y no ex tunc (desde entonces).”

De tal manera que el Tribunal Constitucional en Guatemala está establecido y cumple con las funciones de un tribunal especializado, debido a que se denomina Corte de Constitucionalidad, habiéndolo creado de esa manera la Constitución Política de la República, reconociéndole su función especialísima debido a que tiene delegada la defensa del orden constitucional, la defensa de los Derechos fundamentales y de las garantías constitucionales,

así como velar para prevenir cualquier violación de derechos humanos.

Está separada de los tres Organismo del Estado y cuenta con un presupuesto propio, de tal manera que le permite tener una función independiente y fortalecida, que le facilita hacer una labor apegada a esa protección jurídico – política del orden constitucional.

Esta séptima magistratura, como se le ha denominado debido a la vigencia que tiene la actual constitución y que permitió establecer la Corte de Constitucionalidad tal cual la conocemos en el 2019, está integrada con los magistrados y magistradas siguientes: Presidente BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA, DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ, GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR, JOSÉ FRANCISCO DE MATA VELA, NEFTALY ALDANA HERRERA. Corte que ha dictado fallos en materia de amparos, exhibiciones e inconstitucionalidades, así como opiniones consultivas, en donde se logra apreciar los fallos emitidos con criterios modernos, innovadores, siguiendo la línea del control de Constitucionalidad y hoy en día, la línea del Control de Convencionalidad.

Los fallos dictados por las magistraturas de la Corte de Constitucionalidad, han tenido una trascendencia en el país, traspasando los Organismo del Estado, como lo fue el Ejecutivo, con el caso de Auto-Golpe de Estado, que intentó el expresidente Jorge Serrano Elías, en 1993, o con el fallo emitido ante la declaración de *Non Grato* del presidente de la República Jimmy Morales, en el año 2017. Fallos que han sido polémicos, pero que se han cumplido y han realizado la función de defensores de la Constitución.

CONCLUSIÓN

Concluyo en referir la importancia de la creación de los Tribunales Constitucionales, si bien es cierto, se puede atribuir un tinte eminentemente político, también lo es que su función es relevante al ser el defensor de la constitución y el intérprete de la misma, aplicando y defendiendo las garantías constitucionales, derechos fundamentales, derechos humanos, realizando la labor en cuanto a la interpretación inconstitucional de cada norma, ejerciendo el control constitucional y, hoy en día, también el control convencional, dentro de un sistema de justicia mixto, por ser complementado entre el concentrado y el difuso.

La presencia del Tribunal Constitucional, hoy en día se hace necesaria como garantía de los ciudadanos y de los Derechos Fundamentales, tal cual fueron establecidos desde sus orígenes.

Bibliografía

Acnudh y Scjn. **Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala.** Análisis de sentencias para el control de convencionalidad. México, D.F., 2012.

Badeni, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional.** Editorial la Ley. Argentina, 2006.

Bazán, Víctor y Nash, Claudio. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad.** Colombia (s.e.)Unión Gráfica Ltda. 2012. _____.

Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Colombia (s.e.), Opciones gráficas Editoriales Ltda.

2014.

Brewer-Carias, Allan. **La jurisdicción constitucional en América Latina,**

García Belaunde, Domingo; y Fernández Segado, Francisco (coords.): **La jurisdicción constitucional en iberoamerica.** Editorial Dykinson. Madrid, 1997.

Bidart Campos, German J. **Compendio de derecho constitucional.** Ediar, Sociedad Anónima. Editora comercial, industrial y financiera. 1ª. Edición. Buenos Aires, Argentina, 2004.

Cordón Aguilar, Julio César. **El tribunal constitucional de Guatemala, en Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad; Opus Magna constitucional guatemalteco,** tomo II; publicación de la Corte de Constitucionalidad, (s.e.). Guatemala, 2011.

Cueva Fernández, Ricardo. **De los niveladores a 'Marbury Vs. Madison: La génesis de la democracia constitucional.** Cepc, (s.e.). Madrid, 2011.

D'Orlando, Elena. **LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA,** recopilado por los coordinadores Lucca Mezzetti-Eduardo Andres Velandia Canosa, en la obra **Justicia Constitucional, Sistemas y Modelos comparado,** (2017, pág. 280)

“Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo II, (2014, página 1212)

Christina Binder, Falcón, Enrique (dir.). **Tratado de derecho procesal constitucional,** dos tomos.

Rubinzal-Culzoni, (s.e.). Santa Fe, 2010. Fernández Segado, Francisco. **El tribunal constitucional español como legislador positivo**. Revista pensamiento constitucional, Vol. XV, nº 15. Pontificia Universidad Católica del Perú, (s.e.). Lima, 2011.

Flores Juárez, Juan Francisco. **Constitución y Justicia Constitucional/ Apuntamientos**. 2ª Edición. Ed. Talleres gráficos de impresos. Guatemala. 2009.

Fix-Zamudio, Héctor. **Introducción al derecho procesal constitucional**. Fundap./Colegio de Secretarios de la SCJN. México, 2002. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Revista No. 64. Julio-Diciembre. Revista semestral, (s.l.) (s.e.) 2016. Instituto de Derechos Humanos Universidad de San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar.

Revista de Derechos Humanos Año V, Núm. 8. Editorial Serviprensa, S.A. Guatemala, 2008. Malpartida Castillo, Víctor. Tesis Cosa Juzgada constitucional versus casa juzgada judicial”, (2012, pág 51), Paiz Lemus, Oscar Estuardo, Manuel de Derecho Procesal Constitucional, (2017, págs. 91, 92.)

VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN GUATEMALTECA

Magister Benicia Contreras Calderón

Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, se reconoció en *Asamblea Nacional*, la importancia de la garantía de los derechos del hombre y la división de poderes, preceptuado en su artículo 16 de esta manera: *“Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos, ni definida la separación de poderes, carece de constitución”*.

Durante la historia, esta garantía la han observado muchos pueblos, y Guatemala tiene un historial de Constituciones, tanto durante el régimen colonial como en el de la República.

Este artículo circunscribe su análisis a la Constitución Política de la República de Guatemala, en sus artículos 6º. y 9º., por lo corto de su contenido, en el límite de las páginas, siguiendo instrucciones de la Coordinación del Doctorado. Vale la pena recordar que esta Constitución inició su vigencia el 14 de enero de 1986 y sufrió su primera reforma en el año 1993, en lo relativo al poder legislativo y judicial, así como en el sistema económico financiero.

Sobre nuestra Constitución, el jurista guatemalteco Jorge Mario García Laguardia, en su texto titulado **Breve Historia Constitucional de Guatemala** se refiere a su nacimiento y aprobación en estos términos:

“Dictada en un momento de euforia democrática, al final de un largo período muy oscuro de gobiernos autoritarios, en su mayoría militares, es totalmente legítima, producto de un cuerpo constituyente libremente electo, en el que las distintas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que realizar permanentes negociaciones para obtener consensos y definiciones; y su preocupación central es la de establecer la consagración y garantía de los Derechos Humanos, en un sistema democrático ya que siempre estuvo presente la preocupación por el pasado autoritario que se pretendía rebasar”.

Resultó ser una Constitución de vanguardia en América Latina, ante los antecedentes de gobiernos autoritarios y de dictadura militar. Ello, por ser eminentemente de corte humanista, ya que en su preámbulo afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; asimismo, se responsabiliza

al Estado de la promoción de sus valores e ideales de su pueblo, afirmados en dicha Constitución, por lo que cabe destacar el impulso a la plena vigencia de los Derechos Humanos.

Esta manifestación con ideales nobles, influyen necesariamente e implica la elaboración de normas jurídicas manifestadas en garantías de derechos fundamentales de la persona, importante subrayar también que el momento histórico fue determinante para el reconocimiento de los mismos desde una Constitución, especialmente los relacionados al derecho penal y procesal penal, ante la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho. Cualquier persona puede percibir los márgenes de libertad y respeto a los derechos humanos que imperan en el país.

Sin embargo, esa creencia debe cuestionarse para establecer sí es suficiente la existencia de una norma constitucional escrita y de ello provenga *per se* la observancia de las garantías fundamentales de la persona, específicamente con **la persona detenida**, relacionado con los artículos 6º. y 9º. de la Constitución.

Estos artículos regulan respectivamente, lo siguiente:

Detención Legal

“Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.

El funcionario, o agente de autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente”.

Interrogatorio a detenidos o presos

“Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas.

El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio.”

Sobre estos artículos está dirigido el análisis crítico de los criterios de validez y

eficacia de esas normas constitucionales en la práctica judicial; hasta dónde pueden estimarse con validez y eficacia en la vida jurídica de aplicación diaria en los tribunales penales de Guatemala; dos criterios de valoración necesarios para su estudio y comprensión del tema, y concluir si el valor justicia es una realidad o únicamente buenas intenciones escritas en un documento llamado Constitución.

El desarrollo del trabajo inicia con aspectos teóricos de carácter constitucional y su exposición desde una perspectiva filosófica respecto a los criterios de validez y eficacia de la norma, vinculados con la interpretación y aplicación de la misma. Finaliza con una conclusión pertinente sobre la observancia por parte de los operadores de justicia, relacionada con el respeto a las garantías fundamentales de la persona detenida.

LA NORMA CONSTITUCIONAL

Las normas contenidas en una Constitución son de singular importancia por constituir el pacto social acordado entre Estado y Pueblo, con regulaciones de peso y contrapesos en el ejercicio del poder, aparte de las funciones propiamente orgánicas de los distintos entes administrativos. Es la base sobre la cual pueden partir las demás leyes y comportamientos de las entidades y autoridades de gobierno, representado en los tres poderes del Estado.

El estudio de una norma jurídica, cualquiera sea su categoría, implica un análisis de la misma en atención a su creación, contenido, alcances, límites y consecuencia jurídica. Cada uno de estos aspectos presenta toda una clasificación y exposición de diversos autores, que tratan de desentrañar las diferentes situaciones de un planteamiento jurídico derivado de la observancia e inobservancia de una norma jurídica. Por ejemplo, no todas las normas jurídicas traen consigo una sanción, pues también pueden ser solo para otorgar facultades o potestades, o bien son eminentemente procedimentales, y las normas de

la Constitución de Guatemala, no escapan de esas situaciones.

Como se indica en un reciente texto sobre filosofía del derecho contemporáneo:

“(...) la Constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales.”

Por ello ha surgido la doctrina denominada “Neoconstitucionalismo”, con la idea de armonizar norma constitucional con norma ordinaria, en virtud que la norma ordinaria puede encontrarse atrasada o desfasada, incluso en contradicción con la misma norma constitucional, y por lo mismo, se hace imperativo aplicar la norma de jerarquía superior.

El Neoconstitucionalismo como proceso de constitucionalización, limita a los poderes del Estado y/o protege los derechos fundamentales del sistema o vida jurídica de un Estado Constitucional de Derecho.

El Neoconstitucionalismo, que significa justicia constitucional contemporánea, pretende perfeccionar al Estado Constitucional de Derecho, sometiendo todo poder al derecho y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad, es decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y como última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar, decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social ya globalizada, encontrándonos frente a la entronización del paradigma de un Estado Constitucional.

El Neoconstitucionalismo y las repercusiones en el diario que hacer de los jueces guatemaltecos, no importando si se trata de un Juez de Paz, de Primera Instancia, magistrados de las Cortes de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte de Constitucionalidad, representa un trabajo de mucho significado para nuestro país, puesto que constituye un cambio bastante radical,

en virtud que el juez verdaderamente debe hacer una argumentación jurídica constitucional; hace que cada uno de los que ejercemos la función de jueces seamos más conscientes de nuestro propio quehacer y, sobre todo, sustancialmente apoyada en bases del Derecho, hace que trascienda la labor interpretativa del juez. Además, como refiere el tratadista Edwin Figueroa Gutarra *“De igual forma, coadyuvan a que los jueces puedan manejar estándares argumentativos y brinden a sus decisiones una suficiente motivación”*.

A través del Neoconstitucionalismo se exige, con base en los derechos fundamentales de la persona, una motivación más profunda, debiéndose tener muy claro los derechos esenciales de las personas, teniendo como objetivo la compatibilidad que debe existir entre los principios, valores y directrices que establece la constitución, y los conflictos que atañen a las personas. Es de suma importancia la interpretación de la constitución, aparte de que marca la diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que se manejaba con anterioridad. El Neoconstitucionalismo asigna al juez la aplicación de más principios que reglas; es más, corre a cargo del juez la interpretación en un Estado Neoconstitucional, cuyos argumentos de interpretación van asumiendo un carácter de criterios comunes.

Todo lo anterior hace que el juez, al emitir una sentencia, sea lo más ajustada a la justicia, en virtud de que, además, el juez debe llevar a cabo una ponderación de los principios de los derechos fundamentales, y en esta actividad puede vislumbrarse mejor los criterios de legitimidad, validez y eficacia de la norma en pro del valor justicia.

Nos refiere el autor Norberto Bobbio, que a su juicio:

“(…) si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son independientes entre sí. En efecto, frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica”.

En ese sentido, se pretende evaluar la validez y eficacia de los artículos 6º. y 9º. de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual es factible hacerlo, con base en la experiencia tribunalicia adquirida mediante el ejercicio profesional en la judicatura del ramo penal, la observación sobre la praxis y la problemática que puede apreciarse.

LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional puede darse desde muchas vertientes, tanto como la indicada en el apartado anterior, como también por la interpretación “funcional”; por los efectos que origina, toda vez que, si la sentencia proviene del tribunal constitucional tiene efectos *erga omnes*, fija parámetros interpretativos que deben ser atendidos por los tribunales de jerarquía inferior.

Por otro lado, se encuentran los jueces ordinarios, quienes también tienen la obligación de ponderar los valores constitucionales en la resolución del conflicto sometido a su conocimiento, y por lo mismo puede concluirse que tienen una función creativa y, de repente, hasta innovadora en la aplicación de las normas al caso concreto, convirtiéndose entonces en los científicos del derecho.

El autor Néstor Pedro Sagües, en **La interpretación Judicial de la Constitución**, refiere:

“(...) lo de la interpretación práctica, es decir, además de interpretación fundamentalmente “profesional” (para el oficio de juez constitucional), interpretación útil, apta para dar respuestas sensatas y provechosas para la sociedad y para el sistema político donde se integra el juez constitucional, también debe optimizar las posibilidades de la Constitución para resolver adecuadamente los problemas, y no para agudizarlos o dejarlos inconclusos. En tal quehacer, le toca armonizar, y no contraponer, a los poderes del Estado, y encontrar (e imaginar) nuevas aptitudes en la Constitución para que ella resulte cada vez más operativa.”

Para visualizar lo dicho por el Doctor Sagües, en Guatemala podemos citar un ejemplo y que es atendido por los jueces de sentencia penal:

Artículo 16 de la Constitución: **Declaración contra sí y parientes:**

“En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.”

Artículo 370, segundo párrafo del Código Procesal Penal: **Declaraciones del acusado. ...**

“Si el acusado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, o incurriere en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, que se le pondrán de manifiesto, el presidente ordenará, de oficio o a petición de parte, la lectura de las mismas declaraciones, siempre que se hubiere observado en ellas las reglas pertinentes...”

Aquí podemos observar cómo la norma constitucional tiene un marcado carácter garantista en relación a los derechos del imputado; en tanto, la norma ordinaria no lo tiene. Como jueces respetuosos de la supremacía constitucional, nuestra actuación se circunscribe a la observancia del artículo 16 de la Constitución, respetamos el derecho del imputado si su deseo es no declarar, no obstante lo regulado en norma ordinaria.

Otro Ejemplo

Artículo 4 de la Constitución: **Libertad e igualdad.** *“En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...”*

Artículo 481 del Código Procesal Penal: **Desistimiento tácito.**

“Se tendrá por desistida la acción privada: 1)... 2) Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia de conciliación o del debate sin justa causa, la cual deberá ser acreditada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha señalada.”

Respecto a los otros sujetos procesales en cuanto a su incomparecencia, en este mismo procedimiento específico no se tiene norma; por consiguiente, por principio constitucional de igualdad, el Tribunal tiene el criterio que el mismo trato procesal deben tener el acusado y su defensor, y confiere dicho plazo también a estos otros sujetos procesales.

No obstante nuestra Constitución de corte humanista, contamos con todo un andamiaje jurídico de carácter internacional, sobre derechos humanos, y esto viene a darle a nuestro país mayor valía a su derecho interno, se estima que a la

fecha ya no tiene que ser objeto de discusión, si prevalece el derecho interno o si hay violación de la soberanía; ha costado entenderlo y aceptarlo, sobre todo en la administración de justicia, por parte de sus jueces (Primera Instancia hasta Corte de Constitucionalidad) llevó su tiempo hacer su reconocimiento a través de las resoluciones judiciales dictadas; hubo necesidad de sendos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su efectiva aplicación, e indicó en su momento que *“La responsabilidad primaria y fundamental de protección de los derechos de la persona humana corresponde a los Estados conforme a sus Constituciones Políticas y sus Leyes”*; asimismo, esperaba *“que sus resoluciones influenciaran cada vez más en las resoluciones de los tribunales internos, para que todo ser humano de nuestro continente tenga garantizado el acceso a la justicia y que la impunidad desaparezca de la vida política, social y jurídica de nuestros pueblos americanos.”*

NUESTRA POSTURA CRITICA SOBRE LAS REFERIDAS NORMAS CONSTITUCIONALES, RELACIONADAS CON LA PERSONA DETENIDA

El autor Bobbio nos refiere que para determinar la validez de una norma, deben realizarse tres operaciones:

- Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir esa norma jurídica
- Comprobar si no ha sido derogada, que no haya surgido una norma posterior que la derogara
- Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema, que en el caso de la norma constitucional, debe guardar armonía con las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos.

En atención a estos parámetros, podemos afirmar que los artículos 6º. y 9º. de la Constitución de Guatemala, es totalmente legítima y válida, toda vez que fueron

aprobados vía Asamblea Nacional Constituyente, guarda armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que su carácter de ley suprema le corresponde, y el respeto a los derechos humanos de la persona detenida están ampliamente observados, al fijársele plazo a las autoridades de gobierno, entiéndase Policía Nacional Civil, para presentarla ante autoridad judicial y, luego el plazo a esta última autoridad, para ser escuchada y resolver la situación jurídica de la persona detenida.

Plazos legales que pueden calificarse de muy poco tiempo, pero así se encuentran regulados. Seguramente, por parte del Constituyente prevaleció el afán de no repetirse y evitar actos similares a los ocurridos en las dictaduras militares y, por lo mismo, hasta puede considerarse *justa*, porque fue dictada en forma razonable y proporcional a una persona detenida, limitarle lo menos posible su garantía de libertad y libre locomoción y, a la vez, que su estado de incertidumbre jurídica también fuera el menor tiempo posible.

Ahora bien, calificadas como normas válidas, incluso *justas*, también pueden considerarse como normas eficaces; esa sería la consecuente pregunta.

Y la respuesta es un contundente **no**. Es lamentable lo que sucede a diario en las Comisaría de la Policía Nacional Civil y Juzgados de Primera Instancia Penal, de instrucción o contralores de la investigación. Estos juzgados tienen a su cargo recibir la primera declaración de los detenidos, en un plazo de veinticuatro horas, contados a partir de la detención, e inmediatamente resolver la situación jurídica del detenido, y luego quedarse a cargo de la etapa de investigación y etapa intermedia del proceso penal, y ya en este momento decidir si abre a juicio penal, o bien si ordena el sobreseimiento o clausura provisional del proceso.

¿Sucede así, **no**. ¿Por qué? Existe imposibilidad material para cumplir con ese plazo legal, ante la sobrecarga de procedimientos policiales con personas detenidas. En un solo operativo policial puede ponerse a disposición de un juez de turno más de diez personas. Imposible recibir primera declaración de todas estas

personas en el plazo de dieciocho horas, que son las efectivas para la autoridad judicial.

Nuestra Constitución entró en vigencia en 1986, a la fecha, los índices de criminalidad común, crimen organizado, en lo cual entran temas de trasiego de armas de fuego, narcotráfico, corrupción, trata de personas, etc., han aumentado en porcentajes altísimos; lo cual no sucede con la infraestructura física, presupuesto estatal y recurso humano de los entes del ejecutivo y del judicial.

Materialmente imposible ese incumplimiento de plazos establecidos en la Constitución, porque la administración de justicia la conforma todo un sistema. Al referirnos al proceso penal, intervienen instituciones como Policía Nacional Civil, Fiscalía del Ministerio Público, Defensor Público o Privado, Juez de Primera Instancia Penal y el Sistema Penitenciario; de faltar uno de ellos, el procedimiento no se puede llevar a cabo y el plazo legal no se detiene; las sanciones disciplinarias no solucionan porque el problema no es del personal nombrado, corresponde a un problema estructural, que implica duplicar el presupuesto nacional para estas entidades, y la voluntad política no aparece.

De nada sirve una norma válida, si la misma no es eficaz en su aplicación, porque trastoca el valor justicia. Es desafortunado que constitucionalmente haya una regulación muy atinada con el poder punitivo del Estado, y que la realidad jurídica sea otra en el mundo práctico. Razones hay muchas, pero no se ha tenido la suerte de contar con autoridades de gobierno que quieran resolverlas.

De parte del Organismo Judicial se han dado esfuerzos en muchas vías, pero es de reconocer el colapso del sistema de justicia en Guatemala. En el área penal, se nombraron jueces de turno para cubrir las veinticuatro horas y la inobservancia de los plazos legales aún subsisten, muchas veces porque no se cuentan con fiscal, defensor o agente de seguridad penitenciaria.

Nuestra Corte de Constitucionalidad ha conocido sobre los artículos mencionados, y han dado su interpretación como corresponde; estamos de acuerdo con sus pronunciamientos. Se cita uno de ellos relacionado con el artículo 6º.:

“...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).

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, en tanto no haya políticas públicas serias, de carácter estructural, no cosméticas ni temporales, estaremos adoleciendo de la ineficacia de las normas constitucionales contenidas en los artículos 6º. y 9º. de la constitución guatemalteca.

Es inevitable la correlación existente entre derecho y poder, toda vez que la teoría jurídica constituye el mecanismo formal de investidura, y con ello, la legitimidad de la que deben gozar los actos realizados con fundamento en un poder otorgado a través de una norma jurídica. Precisamente del derecho surge la diversidad de análisis y aplicaciones respectivas en los actos de gobierno y de Estado, asimismo, las políticas que deben implementarse, siempre dentro de un marco legal previamente establecido.

Si bien es cierto, ambos temas pueden ser analizados separadamente, ya que los alcances y límites de los mismos son distintos, también es cierto que en alguna parte van a coincidir y trabajarse conjuntamente, pues como sociedad nos encontramos inmersos dentro de un sistema político-jurídico, mismo que responde a una determinada organización política, económica y social, la que también puede ser susceptible de cambios, ya sea en forma pacífica o violenta, que de ser

violenta algunos estudiosos lo refieren como una revolución.

El autor Norberto Bobbio, concibe el derecho perfecto como aquel que une a un tiempo los requisitos de la validez, la eficacia y la justicia, es decir, los conceptos jurídicos que resumen las perspectivas normativa, sociológica y valorativa del derecho. Se considera que el esfuerzo intelectual y valorativo de los jueces y juezas está encaminado dentro de esa perspectiva y esa es la lucha diaria, aunque sus resultados no son tangibles ante el desbordamiento de los conflictos sociales que amenazan a la sociedad guatemalteca.

En el Derecho Penal, la norma jurídica se conceptúa como “dogma”, pues su naturaleza así lo exige para evitar arbitrariedades caprichosas o antojadizas por parte de los juzgadores; no obstante, la consideración de “dogma” establecida y la relación jurídica intersubjetiva, con apoyo en las propias normas jurídicas, el juzgador debe emitir una resolución judicial con aplicación de la norma jurídica al caso concreto y la misma debe responder a las cualidades señaladas por Norberto Bobbio. ¿Tarea difícil? Así es.

Sin embargo, aunque una resolución judicial significa el dinamismo del derecho, en su emisión debe acudir a un método que comprende su creación, interpretación, aplicación y enseñanza. ¿Cómo evaluar si esa resolución cumple su cometido? Dicha resolución debe reflejar en su contenido y decisión, condiciones como la racionalidad, comunicabilidad y verificabilidad, quiere decir, que sea razonable, responder a los principios lógicos del pensamiento; que contenga una redacción comprensible, con capacidad para ser socializada hasta con las personas legas o profanos y, finalmente, que se encuentre apoyada en ley, en norma jurídica aplicable al caso concreto.

Por supuesto que la existencia legítima y válida de las mencionadas normas constitucionales para nuestro país, es un triunfo, algo positivo; toda vez que lo

ineficaz puede ser una situación temporal y para algunos casos, en los que las circunstancias les han sido adversas y se han visto afectados por el incumplimiento del plazo constitucional y legal.

Actualmente las autoridades de los tres poderes del Estado de Guatemala están conscientes de la problemática surgida con las personas detenidas, por las últimas detenciones ordenadas en contra de altos funcionarios involucrados con delitos relacionados con corrupción, y han sentido en su propio ser lo grave que ha sido su indiferencia, pues no consideraban la administración de justicia una necesidad social, menos en el área penal, con la idea que las personas detenidas corresponden a estratos sociales marginales y que a nadie importa.

Se rompió el mito, en Guatemala pueden abrigarse mejores oportunidades con los esfuerzos que cada uno de sus ciudadanos hacemos, desde nuestras propias trincheras en el lugar que nos corresponda y vamos con fe para adelante, conscientes de los mandatos que nuestra Constitución ha establecido y la obligación de respetar los mismos.

REFERENCIAS

Bobbio, N. (1997) **Teoría General del Derecho**. Traducción de Jorge Guerrero R. Editorial Temis, S.A. Colombia,

Constitución Política de la República de Guatemala, con Notas de Jurisprudencia. Instituto de Justicia Constitucional. (s/f) Editorial Serviprensa.

García, J. (2002) **Breve Historia Constitucional de Guatemala**. Ministerio de Cultura y Deportes de la República de Guatemala

Sagües, N. (s/f) **La Interpretación Judicial de la Constitución**. Editorial Lexis Nexis

Soriano, R. (1993) **Compendio de Teoría General del Derecho**. Segunda edición corregida y aumentada. Editorial Ariel, S.A. Barcelona

LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Doctor Estuardo Cárdenas
Magistrado Titular de la Corte de Apelaciones de Guatemala

Cada vez es más común escuchar, y leer, sobre el “Control de Convencionalidad”, ya sea en conferencias especializadas, aulas universitarias o, inclusive, en alegatos sustentados por los abogados litigantes y en fallos de los distintos tribunales, especialmente de las más altas Cortes de los diversos países que, en particular, se encuentran inmersos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es por ello que deviene relevante el que se trate lo relativo al fundamento u objeto de dicho control; es decir, cuál es el fin o propósito total de que se ejerza el mismo.

En ese sentido, a través del presente artículo lo que se pretende es que, en efecto, se advierta sobre lo trascendental de identificar y precisar el fundamento y objeto del Control de Convencionalidad como lo son los Derechos Humanos. Y, más allá de los mismos, como un simple concepto, su protección a través de las instituciones obligadas a tal Control, ya sea a lo interno de los Estados, o bien a nivel internacional.

GENERALIDADES

Es indiscutible que después de la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente creación y establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas, lo relativo a los Derechos Humanos tuvo una preponderante relevancia en el concierto de las naciones; teniéndose como motivación subyacente, especialmente, los horribles crímenes de lesa humanidad perpetrados por el régimen nazi, en el sistema del nacional socialismo, bajo el mando de Adolfo Hitler, en el denominado holocausto del pueblo judío, que precisamente perseguía su exterminación.

Partiendo de lo anterior, y posteriormente a la puesta en vigencia de la Carta de las Naciones Unidas, se empiezan a gestar a nivel regional –continental–, sistemas que, atendiendo a las particularidades de las poblaciones afectadas, atiendan de forma más especializada y directa la protección a los derechos humanos y que, a su vez, también procuren la sanción y no impunidad de las violaciones a los mismos.

Es así como en América surge la Organización de Estados Americanos y, como resultado de la misma, lo que ahora conocemos como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo fundamento sustancial parte de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –1948–, la Carta de la Organización de los Estados Americanos –1948–, así como también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –1969–.

Este Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene como órganos especiales de control y protección de tales derechos las siguientes instituciones: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –con sede en Washington D.C., Estados Unidos–; y, b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos –con sede en San José de Costa Rica–; las que surgen como producto de la promulgación y entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –también denominada “Pacto de San José”–. Dentro de estos organismos, el segundo de ellos, con su competencia contenciosa, reviste total relevancia para el tema que ahora se aborda; pues es este el que, en principio, ha forjado y desarrollado la denominada doctrina del control de convencionalidad.

Derechos Humanos

PRECISIONES CONCEPTUALES

Para efectos prácticos, basta con decir que los derechos fundamentales son, a su vez, derechos humanos reconocidos como tales por los Estados; es decir, aquellos que se han positivizado. En ese sentido, el tratadista Javier Jiménez Campo, en su obra titulada **Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías**, manifiesta que:

“...la diferencia se acentúa en el ámbito constitucional y político, toda vez que un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución. Por esa razón, debe ser considerada la preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa...” (1999: 24).

Y ello tiene sentido, si se parte de la base de que las normas jurídicas, sean de derecho interno o internacional, solo reconocen y aseguran derechos humanos, pero no los constituyen ni los crean.

Por su parte, el insigne autor Luigi Ferrajoli, en su libro **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, señala lo siguiente: *<<...son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar... >>* (2009: 19).

A su vez, sobre el particular, el autor Humberto Nogueira Alcalá, en su libro titulado **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**, refiere que la distinción entre dichos términos surge especialmente de diferencias semánticas; manifestando que:

“El concepto de derechos humanos, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea éste consuetudinario o convencional (derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario). Muchas veces el concepto se extiende a los derechos constitucionales”; agregando al respecto: “El concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental...”; y, concluyendo en que: “En todo caso, los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional, y que vinculan a las personas y a los estados” (2003: 58).

Por lo que, independientemente de la diferenciación técnica y doctrinaria que pueda existir en cuanto a tales conceptos, en el presente trabajo, dada su extensión y fines, se entenderán como sinónimos; dado a que no se pretende cavilar filosóficamente sobre ello, sino más bien, por una parte, evidenciar que muchas veces se aborda el tema del control de convencionalidad, pero no se parte necesariamente del objeto o propósito esencial del mismo: los derechos humanos y su protección a través de la garantía del irrestricto ejercicio de ese control; y, por otra parte, concientizar en

que al realizar el control de compatibilidad que conlleva ínsito el mismo, se tenga presente que, además de ser su objeto, a su vez constituyen el fin mismo del control.

Control de Convencionalidad

Si bien es cierto se tiene la generalizada idea de que el control de convencionalidad surge a partir del 2003, con los votos razonados del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García, y que posteriormente se hace suyo por la propia Corte en mención a partir de sentencias del 2006, así también lo es que, en realidad, ese mismo Control ha sido ejercido desde siempre por el tribunal interamericano en cada una de sus actuaciones jurisdiccionales, o sea, desde el momento mismo del desarrollo de su función, puesto que este es, precisamente, su “razón de ser”.

No obstante lo anterior, y a pesar que de manera permanente la Corte Interamericana ha ejercido Control de Convencionalidad, es a partir de los votos razonados aludidos y, en especial, de la Sentencia dictada por dicha Corte en fecha veintiséis de septiembre del 2006, que ya se conceptualiza expresamente la Doctrina del Control de Convencionalidad, dentro del “*Caso Almonacid Arellano versus Chile*”.

Para el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor –actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–:

<<El “control...de convencionalidad” ...Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José. // Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH...>> (2016: 683 y 684)

En síntesis, debe entenderse como ese control de compatibilidad que siempre deberá realizarse, *ex officio*, con respecto al *corpus iuris* de los derechos humanos; ya sea de manera concentrada, por la propia Corte; o difusa, por todos los jueces.

DERECHOS HUMANOS Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Al partir de lo anteriormente expresado, como punto central se aborda la coexistencia de ambas instituciones dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; teniendo presente, desde luego, la preexistencia de estos con respecto al control en mención, pues constituyen el fundamento y objeto subyacente y, a la vez, su fin último, en cuanto a garantizar su protección se refiere.

Es relevante asentar formalmente, que el objeto del denominado Control de Convencionalidad precisamente lo constituye los Derechos Humanos y, más específicamente aún, su irrestricta protección –a nivel nacional e internacional–; puesto que, si bien actualmente se ha expandido el conocimiento y aceptación de dicha doctrina surgida de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, pareciera que se ha dejado de lado enfatizar que el propósito mismo de la legitimidad de su ejercicio lo constituye el reconocimiento de la existencia de los derechos humanos, y su consecuente protección, a través del examen y análisis de compatibilidad precitado, entendiéndoseles inmerso tácitamente en el mismo, y con ello dándoseles un trato indiferente y hasta secundario, o por lo menos invisibilizado.

En ese sentido, es importante traer a colación que, en todo caso, no basta con realizar este examen de compatibilidad teniendo como parámetro para ello solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino más bien, como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo precisó, entre otros, en la sentencia dictada en el **Caso Gudiel Álvarez y otros ('Diario Militar') Vrs. Guatemala**, también debe realizarse con respecto al denominado "*Corpus Iuris Interamericano*".

Dicho *Corpus Iuris Interamericano* de Derechos Humanos –denominado "Bloque de Convencionalidad" o "*Corpus Iuris* de Convencionalidad" por diversos doctrinarios–, comprende en especial entre otros, además de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales (1988); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”) (1994); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), conforme la jurisprudencia del propio tribunal interamericano.

Sin embargo, todo ello sería simple retórica si no se parte y se concluye en que, el fundamento y el objeto mismo, así como fin del control de convencionalidad, dentro del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, lo constituye la protección, *per se*, de dichos derechos fundamentales, partiendo de la dignidad de la persona.

En ese orden de ideas, el autor argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni, en su libro denominado **Procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, cuestiona cuál es en realidad el objeto de fiscalización en el control de convencionalidad: arriba a la siguiente conclusión:

“...De este modo, el objeto que fiscaliza la actuación se razona sobre tres pilares que la jurisprudencia supranacional fue elaborando.//Primero, el principio de la pacta sunt servanda, proveniente del derecho internacional, según el cual cuando un Estado asume compromisos internacionales, contrae el deber de cumplirlos aunque su derecho interno le oponga reparos.//Segundo, se introduce el efecto útil de la Convención propiciando que los Estados partes pongan sus mejores esfuerzos por darle eficacia al Sistema Interamericano.//Y tercero, se subraya la importancia de conseguir un Corpus Iuris Americano, que se visualiza con mayor acierto cuando vemos que los fallos de la Corte IDH rara vez se apoyan en las decisiones de su homónimo Tribunal Europeo, dando entender que el control de convencionalidad es una posición propia y elaborada sobre fundamentos y razones debidamente establecidos” (2016: 472 y 473)

Con lo que se puede colegir que en todo acto que conlleve el ejercicio del control de convencionalidad, más allá de las formas instituidas para hacerlo, debe tomarse en cuenta como cuestión de fondo, la debida protección de los derechos humanos en cuanto derechos fundamentales; ya que a ello debe estar orientado su ejercicio, siendo que su contenido esencial subyacente lo constituyen precisamente estos.

Queda evidenciado que, para efectos prácticos de comprensión del presente tema, cabe entender que mientras el control de convencionalidad importa un aspecto de

orden adjetivo, por su parte los derechos humanos propiamente dichos, conllevan el elemento sustantivo cuya protección debe realizarse mediante dicho control.

Por consiguiente, el control de convencionalidad debe entenderse no simplemente como una doctrina novedosa, interesante y en evolución, sino más bien como la garantía para la debida observancia, respeto, protección y defensa de los derechos humanos y/o derechos fundamentales en general; partiéndose, precisamente, de que estos constituyen precisamente su razón de ser, es decir, su fundamento o propósito total.

Lo precedente reviste trascendental importancia, porque se realza y puntualiza en que, inclusive, el control de convencionalidad podría desaparecer toda vez que en el futuro, nuevas tendencias doctrinarias o jurisprudenciales puedan surgir y sean más garantistas y objetivas. Sin embargo, por el contrario, la existencia de los derechos humanos no depende de dicho control, sino que se bastan así mismos, en cuanto son inherentes a todos los seres humanos por su mera condición de ser. Se concluye que, sea a través de los instrumentos o mecanismos que se pretenda proteger los derechos fundamentales de las personas, lo verdaderamente relevante es tener en cuenta el objeto de dicha protección, más allá del medio o procedimiento que se elija para su materialización, lo cual constituye su fundamento, pero también su fin.

Es así como, de manera sintética, se ha tratado de insistir y pretender que no se olvide, que el objeto y, a su vez, fin del control de convencionalidad ha sido y es la garantía de protección de los derechos humanos, y no simplemente un ejercicio simplista de confrontación o compatibilidad del derecho interno y el interamericano.

CONCLUSIONES

Si bien es cierto, actualmente se tiende a afirmar que el control de convencionalidad es una doctrina reciente y que surge a partir de sendos votos del juez mexicano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez, y que con posterioridad recoge la propia Corte en sus distintos fallos, empezando con el

“Caso Almonacid Arellano *Versus*. Chile”, así también lo es que, en realidad, ese control de convencionalidad lo ha llevado a cabo dicho Tribunal Interamericano desde el momento mismo del ejercicio de la función que le ha sido delegada; ya que ese es el propósito mismo de su existencia, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamado comúnmente “Pacto de San José”

Resulta imposible negar o discutir que, precisamente, es a partir del fallo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitiera en fecha veintiséis de septiembre del año 2006, en el caso contencioso precitado, que al ejercicio de dicha función por parte de ese Tribunal, se le empieza a reconocer, aceptar y denominar como la Doctrina del Control de Convencionalidad, con los matices que a lo largo de más de una década de la expresión del concepto se han ido definiendo.

A manera de colofón, se evidencia que dicha doctrina continúa en evolución, lo cual es importante, pero no debe pasar desapercibido que su fundamento y a la vez, su objeto y fin, lo constituyen precisamente los Derechos Humanos, así como la garantía de la protección irrestricta, ya sea en sede interna –control primario o difuso–, o bien en sede internacional, a través del propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos –control secundario o concentrado–; haciendo énfasis en que, al final e independientemente del medio, lo verdaderamente relevante es el objeto y fin cuya protección se busca garantizar, puesto que ello constituye su fundamento.

BIBLIOGRAFÍA

Albanese, Susana (coordinadora). **El control de convencionalidad**. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina, 2008.

Ayala Corao, Carlos. **Del diálogo jurisprudencia al control de convencionalidad**. Editorial Porrúa. México, 2013.

Bazán, Víctor y Nash, Claudio. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad**. Colombia (s.e.), Unión Gráfica Ltda. 2012.

_____. **Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos.** Colombia (s.e.), Opciones gráficas Editoriales Ltda. 2014.

Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Editorial Trotta. Madrid, España, 2009.

_____. **Derecho y razón.** Editorial Trotta. Madrid, España, 1997.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. **El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales.** Fundap. México, (s.e.). México, 2012.

García Sayán, Diego. **El control judicial interno de convencionalidad.** Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, 28. (s.e.). México, 2011.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. **Procedimiento en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Colombia, 2016.

Hitters, Juan Carlos. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación.** Estudios Constitucionales, año 7, núm. 2. (s.e.), 2009.

Ibáñez, J. **Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Anuario de derechos humanos, 8. (s.l.) (s.e.). 2012.

Jimena Quesada, Luis. **Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos.** Thomson Reuters-Aranzadi, (s.e.). Navarra, 2013.

Nogueira Alcalá, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (s.e.). México, 2003.

Quinche, M. **El control de convencionalidad y el sistema colombiano.** Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional, 12. (s.l.) (s.e.). 2012.

Rey Cantor, Ernesto. **El control de convencionalidad de las leyes y los derechos humanos.** Editorial Porrúa. México, D.F., 2008.

Sagüés, Néstor Pedro. **Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad, en Jurisprudencia Argentina.** Ed. Buenos Aires Astrea, 2014.

_____. **El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales, en la ley.** (s.e.). Buenos Aires, 2009.–

APUNTES SOBRE LA CASACIÓN CIVIL

Msc. Luis Fernando Aroche Arrecis
Magistrado Vocal II de la Corte de Apelaciones
del ramo Penal, en materia Tributaria y Aduanera

Generalidades

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que posee características muy especiales, lo que lo distingue de los medios de impugnación ordinarios. A pesar de que el artículo 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José, impone a los Estados el compromiso de velar para que los sujetos que intervienen en un proceso judicial tengan el acceso a un recurso sencillo, el instituto de la casación parece no encajar en esa concepción de “*sencillo*”.

Efectivamente, en la actualidad de nuestro sistema jurídico, la casación civil se presenta como una herramienta jurídica sumamente compleja, pues en la práctica reiteradamente se produce el rechazo o la desestimación de un sinnúmero de recursos. En primer lugar, el rechazo es debido al incumplimiento de requisitos formales y, en segundo lugar y en mayor porcentaje, la desestimación se debe a la deficiencia en el planteamiento de las tesis, por lo que es oportuno realizar un estudio de este instituto jurídico, con el fin de conocer con detalle las causas más comunes que provocan tales resultados.

En esta oportunidad se analizará el procedimiento y los requisitos formales que exige nuestro ordenamiento procesal, indispensables para que el recurso de casación sea admitido para su trámite.

Previamente, es importante acotar que las ramas o los procesos en las cuales es viable interponer el recurso de casación ante la Cámara Civil de la Corte Suprema

de Justicia, son: civil y familia (artículo 620 del Código Procesal Civil y Mercantil); mercantil (artículo 1039 del Código de Comercio); juicio de cuentas (artículo 220 de la Constitución Política de la República) y contencioso administrativo (artículo 221 de la Constitución Política de la República).

El procedimiento en casación

Las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación se encuentran en el Libro Sexto, Título V, del Código Procesal Civil y Mercantil, artículos del 619 al 635. El trámite es sumamente sencillo, ya que son pocas fases hasta llegar a la resolución final. Estas son:

1. Fase de interposición

1.1 Legitimación

De conformidad con la ley, únicamente están legitimados para interponer el recurso, los directa y principalmente interesados en un proceso (artículo 619 del Código Procesal Civil y Mercantil). Esto significa que la persona que promueve este recurso, justifica o legitima su actuación, con el hecho de haber sido parte en el proceso, ya que su interposición se encuentra limitada para las personas cuyos intereses se encuentran en conflicto.

2. Plazo para interponer el recurso

Según el artículo 626 del mismo cuerpo de leyes citado, el término para interponer el recurso es de quince días, contados desde la última notificación de la resolución respectiva, por lo que el plazo en este caso resulta ser común para todas las partes.

3. Requisitos para interponerlo

Uno de los aspectos más importantes en el procedimiento del recurso de casación, lo constituye el examen de admisibilidad, que no es más que la verificación del cumplimiento de los requisitos que exige la ley para su

interposición. El tribunal de casación, por mandato legal, es exigente en ese sentido, pues dada la naturaleza limitativa de este medio de impugnación, resulta obligatorio la observancia de los requisitos, ya que su incumplimiento o inobservancia obliga a su rechazo, sin que pueda darse la oportunidad de ser corregido por el interponente, ni puede ser enmendado de oficio por el Tribunal. La doctrina ha considerado que existen requisitos formales o de procedimiento y sustanciales o de contenido, que deben de ser tomados en cuenta por los recurrentes. En nuestra legislación, el artículo 619 del Código Procesal Civil y Mercantil regula los requisitos propios del recurso de casación; sin embargo, ese mismo artículo señala que, además, deben cumplirse con los de toda primera solicitud, por lo que los litigantes que hagan uso de este medio de impugnación, deben cumplir categóricamente con los señalados tanto en el artículo citado, como en el artículo 61 del mismo cuerpo de leyes, que es el que contiene los correspondientes a toda primera solicitud. A continuación, se comentan cuáles son esas formalidades de cumplimiento obligatorio, que están contenidas en los artículos mencionados:

1.3.1 Requisitos de toda primera solicitud

Aunque parecen elementales y el catálogo está claramente descrito en el Código Procesal Civil y Mercantil, en la práctica generan cierta dificultad, por lo que es importante examinarlos con detenimiento, ya que cualquier equivocación provoca el rechazo del recurso.

1.3.1.1. Designación del Juez o Tribunal a quien se dirige. Para cumplir con este requisito el memorial debe dirigirse específicamente a la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil.

1.3.1.2. Nombres y apellidos completos del solicitante o de la persona que lo represente, su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir.

En relación a esta formalidad, existe alguna confusión entre los litigantes, pues algunos estiman que es suficiente indicar que el compareciente es de generales conocidas en los procesos antecedentes de la casación. Esto no es correcto, pues la casación no es tercera instancia, por lo que debe considerársele como un proceso nuevo, en el que deben identificarse plenamente a los comparecientes.

1.3.1.3 Relación de los hechos a que se refiere la petición

Para cumplir con este aspecto, es necesario hacer una sucinta relación de los hechos y los procesos que sirven como antecedente del recurso de casación. Debe exponerse una historia jurídica de los sucesos que dan origen a la interposición de este medio de impugnación, es decir que deben exponerse las causas que provocaron el conflicto de intereses subjetivos que motivaron las acciones judiciales que desencadenaron el proceso judicial, tanto en primera como en segunda instancia y las respectivas sentencias, en los procesos en los que existan dos instancias.

En el caso del proceso contencioso administrativo, debe relacionarse el conflicto surgido con la administración pública y el resultado del propio proceso contencioso a través de la sentencia respectiva, ya que este se sustancia en una sola instancia.

1.3.1.4 Fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas.

En relación a este requisito, es importante incluir dentro del fundamento de derecho, principalmente las normas que regulan el recurso de casación, de acuerdo a la rama o materia a la que corresponda el juicio.

1.3.1.5 Nombres, apellidos y residencia de las personas de quienes se reclama un derecho; si se ignorare la residencia, se hará constar.

Este requisito no amerita mayor explicación y solamente debe recalcar que deben citarse todas aquellas personas que hayan sido demandadas en el proceso subyacente y a quienes pueda afectar, en determinado momento, la sentencia de casación.

1.3.1.6 Petición en términos precisos.

La forma en que está formulado este requisito en la ley, provoca que su interpretación sea diversa. En cuanto a las peticiones de trámite tradicionales, no hay ningún inconveniente. El problema surge por las peticiones que se refieren al fondo de la cuestión que se pretende. Es importante destacar que la petición de fondo del recurso de casación debe ser lo más específica posible, empezando por lo relativo al recurso de casación en sí, debiéndose solicitar que se declare procedente el mismo y se case la resolución impugnada. Si es por motivo de forma, que se haga el reenvío correspondiente; si es por motivo de fondo, se dicte nueva sentencia, incluyendo las pretensiones concretas y precisas sobre la materia que se está discutiendo, prácticamente en forma similar a la petición de fondo de la demanda presentada en primera instancia. La petición estará técnicamente bien planteada si se hace de esa forma.

1.3.1.7 Lugar y fecha.

1.3.1.8 Firmas del solicitante y del abogado colegiado que lo patrocina, así como el sello de este. Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará por él otra persona o el abogado que lo auxilie.

Los requisitos antes descritos, son los que corresponden a toda primera solicitud, los cuales pueden considerarse formales. Existen otros requisitos como el

establecido en el artículo 45 del mismo código, el cual establece que los representantes deben justificar la personería con que actúan en la primera gestión que realicen, acompañando el título correspondiente, debidamente registrado en la oficina respectiva.

1.3.2 Requisitos específicos del recurso de casación

Después de los requisitos generales detallados anteriormente, corresponde examinar los requisitos específicos del recurso de casación, contenidos en el artículo 619 del Código Procesal Civil y Mercantil:

1.3.2.1 Designación del juicio y de las otras partes que en él intervienen.

Es importante especificar cuál es el proceso subyacente, dentro del que se llegó hasta la casación. Es decir, que tipo de acción se promovió y la numeración asignada al mismo. Además, debe identificarse el expediente que corresponde al recurso de apelación en la segunda instancia, cuando proceda. También es necesario mencionar los otros sujetos que intervienen en la relación procesal, es decir, la contraparte y cualquier otro tercero que tenga interés y que haya intervenido en el asunto.

1.3.2.2 Fecha y naturaleza de la resolución recurrida.

La naturaleza de la resolución es determinante para establecer si la misma es recurrible mediante la casación. El artículo 620 del mismo Código, regula que procede el recurso de casación contra las sentencias y autos definitivos, que terminen los juicios ordinarios de mayor cuantía. Cualquier otra resolución en materia civil, que no reúna estas características, no es susceptible de ser impugnada mediante casación. En las otras materias, no se exigen esas mismas características. Por ejemplo, son susceptibles de ser impugnadas en casación, las resoluciones emitidas en los juicios sumarios mercantiles de valor indeterminado o

en aquellos cuya cuantía exceda de cuatrocientos mil quetzales. Fundamento legal: artículo 1039 del Código de Comercio.

En los procesos contencioso administrativos, juicios de cuentas y de familia (divorcios), no se exige cuantía mínima.

1.3.2.3 Fecha de la última notificación al recurrente y de la última, si fueren varias las partes en el juicio.

Este dato sirve para establecer si el recurso de casación se presentó en el plazo correspondiente, o por el contrario si se planteó en forma extemporánea.

1.3.2.4 El caso de procedencia, indicando el artículo e inciso que lo contenga.

Este requisito, como los que se analizan a continuación, se consideran sustanciales o de contenido. Como se ha mencionado, el recurso de casación procede por motivo de forma y por motivo de fondo. Cada uno de estos motivos tiene varios casos de procedencia, que también son conocidos como submotivos de casación. Para cumplir con este requisito es necesario indicar en forma clara y precisa el caso de procedencia, el cual debe estar en congruencia con el motivo de casación que se invoca. Los casos de procedencia están regulados en los artículos 621 y 622 del Código Procesal Civil y Mercantil.

1.3.2.5 Artículos e incisos de la ley que se estimen infringidos y doctrinas legales en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 627 del citado Código.

El artículo referido establece que:

“En el escrito en que se interponga el recurso deben citarse los artículos violados y exponerse las razones por las cuales se estiman infringidos. No será necesaria la cita de leyes, en relación al motivo de casación que consiste en error de hecho en la apreciación de la prueba. Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro contrario.- El tribunal no tendrá en cuenta otras leyes y doctrinas

legales que las citadas al interponerse el recurso o antes de señalar día para la vista del asunto.”.

Esta norma prácticamente explica la forma en que debe cumplirse con este requisito. En cuanto a las razones por las que se estiman infringidas las leyes, este aspecto forma parte de lo que es el planteamiento de la tesis en el recurso de casación. Para efectos de cumplimiento de esta formalidad, queda claro que deben señalarse las razones por las cuales el recurrente considera que se violan las leyes que cita como infringidas.

1.3.2.6 Si el recurso se funda en error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, debe indicarse en qué consiste el error alegado, a juicio del recurrente; e identificar, en el caso de error de hecho, sin lugar a dudas, el documento o acto auténtico que demuestre la equivocación del juzgador.

Como puede apreciarse, el texto de la norma contempla dos exigencias; primero, que se indique en qué consiste el error alegado. De acuerdo a la técnica en casación, tanto el error de hecho como el de derecho tiene características muy particulares, por lo que debe exponerse con propiedad en qué consiste el error de acuerdo a su naturaleza. La segunda exigencia consiste en que debe identificarse sin lugar a dudas, el documento o auto auténtico que demuestre la equivocación del juzgador. Ese requisito se refiere a la plena identificación que debe hacerse del medio de prueba sobre el cual recae el error. Es decir que deben indicarse sus características que la distingan del resto de pruebas, como por ejemplo, si se trata de un instrumento público, deben indicarse los detalles más relevantes, fecha, lugar y notario autorizante.

Debe entenderse por “documento o acto auténtico” todos aquellos medios de convicción que hayan sido incorporados legalmente al proceso y hayan pasado por todo el *iter* probatorio correspondiente, incluidos su ofrecimiento, proposición y diligenciamiento.

1.3.3 Otros requisitos

Existen otros requisitos que no están contemplados en los artículos citados, pero que de igual forma provocan el rechazo del recurso. Por ejemplo, en el artículo 624 del Código Procesal Civil y Mercantil, se exige la alegación conjunta de los motivos de la casación, es decir, que debe interponerse un solo recurso, debiendo invocarse de una vez todos los motivos y submotivos que se estime pertinentes, para impugnar la resolución de que se trata. La presentación de dos recursos por un mismo actor, provoca el automático rechazo del segundo.

2. Fase de admisión

Esta fase corresponde con exclusividad a la Corte Suprema de Justicia, según lo regulado en el artículo 628 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece que: *“Recibido por el tribunal el escrito en que se interpone el recurso, pedirá los autos originales; y si hallare el recurso arreglado a la ley, señalará día y hora para la vista. En caso contrario, lo rechazará de plano sin más trámite”*.

Al analizar esta norma, se advierte que como primer paso, se deben solicitar los autos originales al Tribunal que dictó la resolución impugnada o al órgano jurisdiccional en donde se encuentren. Al contar con los antecedentes, la Cámara Civil procede al examen de admisibilidad del recurso, con el objeto de establecer si el mismo se encuentra, como lo dice el citado Código, arreglado a la ley. Esto significa que si en el memorial se cumplen con todos los requisitos que exige el Código en referencia, debe ser admitido para su trámite. En caso contrario, es decir si no se cumple con alguna de las exigencias o formalidades que se enumeraron, la Corte Suprema de Justicia está facultada para rechazar de plano el recurso. De acuerdo con su regulación legal, este recurso no ofrece posibilidad alguna para remediar los errores o las deficiencias en que incurrir los litigantes, por lo que es necesario ser muy cuidadoso al interponerlo, pues de lo contrario se agota la única oportunidad para hacerlo valer.

3. Fase de diligenciamiento

Una vez admitido a trámite el recurso de casación, se señala día y hora para la vista, para que las partes involucradas presenten sus alegatos. La vista puede ser pública a solicitud de parte. El interponente del recurso solamente podrá referirse a los motivos y submotivos invocados en el memorial de casación, y no podrá hacer planteamientos nuevos ni invocar otras leyes que las denunciadas como infringidas en el memorial inicial. La contraparte tiene la oportunidad de destruir la tesis de casación y referirse a los argumentos de la sentencia impugnada. Agotada la vista, la casación estará en estado de resolver y la Cámara Civil deberá dictar la sentencia correspondiente. El Código Procesal Civil y Mercantil no establece un plazo específico para dictar sentencia, por lo que se aplica supletoriamente la Ley del Organismo Judicial, y en tal virtud, el plazo para dictar sentencia es de 15 días después de celebrada la vista.

4. Fase de decisión

La sentencia deberá dictarse en el siguiente orden: primero, si se interpuso inconstitucionalidad en caso concreto, lo cual permite la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, este debe resolverse inicialmente, ya que del resultado de dicha acción, depende el resto de pretensiones promovidas en la casación. Segundo: deben resolverse los motivos de forma, y si el recurso es declarado procedente, ya no se resuelven los otros motivos que se hayan invocado, ya que debe casarse la sentencia impugnada y ordenar el reenvío al tribunal que dictó el fallo casado, para que haga la corrección correspondiente y dicte nueva sentencia sin los errores establecidos en la casación. Tercero: si los motivos anteriores fueron desestimados, procede conocer los motivos de fondo, y en el evento que alguna de las tesis fuera acogida, de conformidad con el artículo 630 del Código Procesal Civil y Mercantil, la Cámara Civil deberá casar la sentencia impugnada y dictar una nueva, debiendo fallar conforme a la ley, como lo indica el propio texto del citado artículo, resolviendo las pretensiones oportunamente

deducidas de acuerdo a la naturaleza del proceso que se trate y según la parte que lo haya promovido.

5. Publicidad

El artículo 635 del Código Procesal Civil y Mercantil establece la obligatoriedad de dar a conocer las sentencias de casación en la “*publicación oficial de los tribunales*”. El propósito de esta disposición es la divulgación de los criterios sustentados por la Cámara Civil en sus sentencias, ya que una de las principales funciones del instituto de la casación es la unificación de jurisprudencia, y porque, además, la reiteración de cinco fallos emitidos en casos similares crea doctrina legal (jurisprudencia obligatoria), por lo que es importante dar a conocer a la comunidad jurídica tales criterios. En la actualidad, además de la publicación impresa, la tecnología moderna ha permitido que se cree la gaceta electrónica, la cual se encuentra en la página web del Organismo Judicial, y en la cual se pueden conocer los fallos de la Cámara Civil (www.oj.gob.gt).

REFLEXIONES E IMPLICACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN GUATEMALA

M. A. Francisco Medrano Zapeta

Magistrado Vocal II, de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones de
Mazatenango, Suchitepéquez.

Introducción

Como aporte a la noble labor que realizamos en forma cotidiana y con el objeto de contribuir con el conocimiento social, se aborda en este espacio la Seguridad Social a la que muy poco se le ha dado importancia, a pesar de ocupar un lugar privilegiado en el derecho de trabajo y previsión, así como en los derechos humanos sociales, por lo que es importante destacar algunos puntos importantes, tanto de su historia dentro del valladar político de Guatemala, como su normativa y casos judicializados por la denegatoria de la prestación de los servicios o prestaciones a los afiliados.

Se consultó la bibliografía que se relaciona con la seguridad social, la normativa del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y doctrina legal. Lo anterior como producto de la experiencia que se ha tenido en la Sala Cuarta de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social de Mazatenango, Suchitepéquez y con los conocimientos que se han adquirido debido a la especialización en esta rama del derecho, tan comprometedor para construir un Estado que vela por el bienestar de sus habitantes.

Reseña histórica de la Seguridad Social en Guatemala.

La Seguridad Social tal como la conocemos hoy en día, ha sido el logro de grandes conquistas de los trabajadores con el recorrer del tiempo, no solo en nuestro país, sino en todo el mundo. Como antecedente histórico:

“en Guatemala, en el año de 1906 se promulgó la Ley Protectora de Obreros sobre Accidentes de Trabajo, en la que contemplaba prestaciones sociales a los trabajadores en caso de accidentes profesionales, asistencia médica y enfermedad y maternidad, subsidios

*en dinero por incapacidades y pensiones vitalicias para las incapacidades permanentes.”
(Fernández, 2010)*

El fracaso de dicho sistema se dio debido a que no existía una entidad estatal que fuera la encargada de dichos beneficios sociales para los trabajadores. Sin embargo, se puede decir que fue el inicio de la respuesta estatal hacia una demanda social, como es la protección del trabajador en cuanto a los riesgos que se expone por ocasión del trabajo, y darle un trato digno en su condición como la parte más débil de la relación de trabajo.

Otro avance significativo en el tema de la seguridad social en Guatemala, lo constituye la promulgación de la Ley de Trabajo de 1926, dando origen a importantes beneficios sociales para los trabajadores, como el sistema de jubilaciones, pensiones, la protección de la maternidad y montepíos, exclusivo para los funcionarios y empleados públicos y que estuvo en vigor hasta 1970.

En 1944, a través del Decreto 47, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, como una de las funciones de la Secretaría de Gobernación, Trabajo y Previsión Social, se le encomendó procurar la implantación y funcionamiento de los sistemas de seguro social, que cubrieran los casos de enfermedad, incapacidad, vejez, desempleo y muerte del Trabajador. Con estos avances, el Poder Ejecutivo estaba tomando el control de la seguridad social, a través de una Secretaría, ni siquiera un Ministerio como el que actualmente se conforma en el Gabinete del Organismo Ejecutivo.

Entre las conquistas sociales que se destacan en la historia de Guatemala, la constitución del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social como una institución autónoma fue de gran importancia, uno de los resultados de la Revolución de octubre de 1944. De esa cuenta, por invitación del presidente Arévalo Bermejo a los eminentes precursores de la seguridad social en Centro América, Oscar Barahona Strever y Walter Dittel Mora, elaboraron las Bases de la Seguridad Social en Guatemala, que sirvió para la creación del Instituto Guatemalteco de

Seguridad Social.

Por mandato constitucional, quedó establecido en la Constitución de la República de Guatemala de 1945, en su “Artículo 63:

Se establece el seguro social obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y la forma en que debe ser puesto en vigor. Comprenderá por lo menos seguros contra invalidez, vejez, muerte, enfermedad y accidentes de trabajo. Al pago de la prima del seguro contribuirán los patronos, los obreros y el Estado.”

Contemplando desde sus inicios riesgos que más adelante la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 de Naciones Unidas, iba a disponer en su artículo 25:

“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...)

En ese orden de ideas, Guatemala se ubicaba en una posición vanguardista en el tema de seguridad social.

Con la emisión de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Decreto 295 del Congreso de la República, publicado el 31 de octubre, 1 y 4 de noviembre de 1946, vigente hasta el día de hoy, se crea el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el cual, en su artículo 1 establece:

“Crease una institución autónoma, de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es la de aplicar en beneficio del Pueblo de Guatemala y con fundamento en el artículo 63 de la Constitución Política de la República (ver anexo 1), un régimen Nacional, unitario y obligatorio de Seguridad Social de conformidad con el sistema de protección mínima. Dicha institución se denomina “Instituto Guatemalteco de Seguridad Social” y, para los efectos de esta Ley y des reglamentos “Instituto”.

Hay que resaltar que el Instituto, es una entidad reconocida ampliamente en el ámbito del derecho administrativo como una de las instituciones públicas autónomas, así es como se concibió, y hoy día, aún así funciona. En los considerandos de la Ley Orgánica quedó impreso el sentimiento provocado por la conquista lograda a través de la Revolución del 44. Cabe resaltar que antes de esa fecha, nada se había hecho en la seguridad social.

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, en el artículo 100 dejó establecido que la seguridad social es un derecho, se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria. Sobre tales principios se fundamenta la seguridad social. Para Rodríguez-Arana:

“el derecho a la seguridad social entendido en el sentido amplio se articula como un auténtico y genuino derecho fundamental social de toda persona. Por el hecho de trabajar, toda persona debe tener derecho a una cobertura digna y adecuada que le permita una plena realización como trabajador en todos los sentidos especialmente cuándo ha finalizado su vida laboral.” (2014).

Es precisamente esa protección la que el constituyente dejó plasmada en la norma constitucional, la protección de aquella población vulnerable después de haber forjado en su actividad diaria la contribución en el progreso del país.

Con la implementación del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Estado ha cumplido su verdadera función de velar por el bienestar de todos los habitantes del país y, además, provee escenarios para mejorar las condiciones sociales de los trabajadores, que mucho tiempo atrás, fue la bandera de manifestaciones y protestas de la clase obrera y campesina.

Principios que rigen la Seguridad Social.

Para Luis Fernández Molina, existen cinco principios que rigen la seguridad social en Guatemala, entendiendo como principio las bases o fundamentos sobre los cuales se construye la seguridad social y que son los siguientes: obligatorio, universal, unitario, tripartito y patrimonial. También se destaca, algunos principios que ha tenido relevancia en las Sentencias de la Corte de Constitucional, como el **principio de progresividad**, refiriéndose a él como:

“(...) la idea según la cual la protección que brindan los sistemas de seguridad social debe ser cada vez mayor para las personas, habida cuenta de las limitaciones económicas que tales sistemas enfrentan para establecer ab initio una protección plena. Este principio se basa en la idea de que las sociedades aspiran cada vez a un mayor bienestar económico y social, de suerte que los sistemas de seguridad social deben tener una tendencia permanente al mejoramiento de la protección.” (Arenas Monsalve, 2000).

Lo que significa que, desde ningún pretexto puede disminuirse la protección que gozan los afiliados al Seguro Social, todo lo contrario, debe mejorarse en incrementar los servicios que reciben.

La doctrina legal establece, según expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011, casos de Inconstitucionalidad general total y parcial, sentencias de fecha 6 de septiembre de 21012. Esta Corte ha indicado que la progresividad:

“... se atribuye a aquellos derechos que requieren la adopción de conductas que habrán de implementarse durante un lapso para lograr la satisfacción del derecho de que se trate. Implicará entonces, la adopción de medidas cuyo resultado sólo logrará con posterioridad al inicio de la actividad del Estado destinada a cumplirlas...” (Sentencia de veinticinco de abril de dos mil siete, expediente 2863-2006).

De igual manera se expresa en relación al **principio de no regresividad**. Esta Corte ha indicado que:

“El principio de no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos fundamentales que veda en consecuencia a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel alcanzado por los derechos sociales y de las prestaciones de que goza la población, más aún si se encuentran en situaciones de vulnerabilidad extrema, precariedad o exclusión social.” (en sentencia dictada el veinte de mayo de dos mil diez en el expediente 4095-2009)

Con lo anterior se complementa la progresividad en la seguridad social, los derechos como mínimos que, desde ninguna circunstancia pueden disminuirse en detrimento y vulneración a ese derecho entre afiliados que gozan de este. La Corte de Constitucionalidad explicó que los derechos sociales constituyen condiciones mínimas de asistencia e inclusión social para los grupos vulnerables que se benefician con las prestaciones continuas que brindan los programas que tiene a su cargo la autoridad impugnada, derivados del deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, para su satisfacción. El principio de no regresividad o de no retroceso social –consagrado en algunos de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– conlleva la prohibición de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos sociales o de las prestaciones brindadas. De acuerdo con este principio, una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce por medio de un servicio prestado por el Estado implica el

reconocimiento de un status jurídico básico de inclusión social, por lo que su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. En efecto, una vez que la Administración Pública cumple con las tareas constitucionalmente impuestas y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos de los más necesitados, está obligado a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten contra esa situación.

Acuerdo 1118 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social cuenta con una base normativa para su funcionamiento, pero interesa y es importante conocer cuáles son las normas que se aducen cuando se le niega el derecho de las prestaciones a los afiliados que solicitan ser protegidos, y que están relacionadas con los programas de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia.

El Acuerdo número 1118 REGLAMENTO SOBRE RECAUDACIÓN DE CONTRIBUCIONES AL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL, emitido el diez de marzo de dos mil tres, por la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, con el objeto de reglamentar las normas para recaudar las contribuciones que deben pagar los patronos, los trabajadores y el Estado, para financiar los programas de cobertura del Régimen de Seguridad Social, establece en su artículo3:

“El patrono está obligado a descontar las contribuciones de seguridad social a sus trabajadores, para enterarlas al Instituto junto con la contribución patronal, dentro del plazo reglamentario. El incumplimiento de lo anterior dará lugar a que el Instituto inicie las acciones judiciales correspondientes.”

Esta norma reglamentaria impone al patrono la obligación de descontar del salario del trabajador las contribuciones que debe aportar para el sostenimiento de los programas establecidos para cubrir la seguridad social. De esa cuenta, por el incumplimiento, es decir, el no descontar las contribuciones, el Instituto puede iniciar acciones judiciales en contra del empleador. Sin embargo, el artículo 4 del mismo Acuerdo, preceptúa que por cualquier motivo por el que no hayan sido descontadas las cuotas oportunamente de sus salarios, *“serán de cargo exclusivo del patrono.”*

Es decir, se entiende que, al ser vencido en un juicio, además de las sanciones que se pudieran derivar del incumplimiento del artículo anterior, deberá la parte patronal de pagar las cuotas que no se descontaron al trabajador.

El Acuerdo 36-2003, de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social establece las cuotas para cada programa del Seguro Social. Existen dos programas que el Instituto tiene para cubrir los riesgos de sus afiliados, el Programa de Accidentes, Enfermedad y Maternidad y el Programa de Invalidez, Vejez y Supervivencia. En ese orden, el patrono descontará los montos sobre los salarios mensuales de cada trabajador, tal como se aprecia en la tabla siguiente:

PROGRAMAS	PATRONO	TRABAJADOR
Accidentes en general	3.00 %	1.00 %
Enfermedad y maternidad	4.00 %	2.00 %
Invalidez, Vejez y Supervivencia	3.67 %	1.83 %
Total de contribuciones a pagar	10.67 %	4.83 %

En la tabla se puede apreciar que el total del monto que el empleador le descuenta al trabajador sobre el salario es el 4.83 %, mientras que las obligaciones del empleador en cuanto al descuento son: Debe dejar constancia de las sumas descontadas individualmente a sus trabajadores en su contabilidad o en su planilla del IGSS, el patrono debe efectuar los descuentos sobre el salario afecto a contribuciones, esto incluye el salario ordinario y extraordinario, los rubros exentos de descuento serían: El pago de indemnización y compensación en dinero por vacaciones al finalizar la relación laboral, el pago de aguinaldo, la bonificación incentivo, según Decreto 78-89 y 7-2000 y el pago de la Bonificación Incentivo Anual para Trabajadores del Sector Privado y Público.

El artículo 3 del Acuerdo número 1118 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, impone la obligación al empleador de descontar las contribuciones de seguridad social a sus trabajadores. En caso de

incumplimiento, dará lugar que el Instituto inicie las acciones judiciales correspondientes. Además, impone la misma norma legal que si se diera el supuesto anterior, el patrono debe asumir el pago de las contribuciones no descontadas. Los artículos 9 y 10 del mismo Acuerdo, preceptúan que, en casos de incumplimiento de las obligaciones patronales, el Instituto podrá ejercer acción directa por medio de sus inspectores, para realizar lo siguiente: a) obtener información sobre la situación de la empresa; b) revisar los libros de contabilidad o registros, y c) Iniciar un proceso de cobro por la vía que sea pertinente. Con la salvedad de que el Instituto dará por rescindido o terminado cualquier juicio, se deberá cancelar previamente el adeudo en su totalidad, incluyendo intereses y costas judiciales. Con la legislación citada, en ninguna ley se establece el control del trabajador sobre las cuotas descontadas, sino que le corresponde al empleador, lo que se convierte en un verdadero calvario para el trabajador en caso solicitara ser acogido en algún riesgo. En caso de que el empleador haya dejado de entregar cuotas al seguro social, y en todos los casos, se verificará el cumplimiento de tales contribuciones, sin embargo, en los archivos del IGSS, al no establecerlo, la pensión que se solicita será denegada por el Instituto. Por otro lado, el artículo 4 del Acuerdo número 1118 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, impone la responsabilidad a los empleadores de entregar las cuotas descontadas a los trabajadores, a las cajas del seguro social, en todo caso, son responsables de pagar dichos faltantes, con las posibilidades de otras sanciones administrativas. Ahora bien, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social tiene que soportar el pago de las pensiones, aunque no haya recibido en su totalidad dichas contribuciones por disposición judicial, esta circunstancia, desde luego, va en detrimento del patrimonio del mismo Instituto, sin embargo, tal como se ha resuelto por los órganos jurisdiccionales, posee todo el respaldo legal para hacer que los empleadores entreguen la totalidad de las cuotas descontadas a los trabajadores.

Conclusiones

La seguridad social tiene sus principios que le son propios y que constituyen su fundamento. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social cuenta con una serie de

reglamentos que desarrollan la Ley Orgánica del mismo, con el objeto de cumplir su mandato constitucional de proveer la seguridad social a todos los habitantes del país. Se establece que los empleadores tienen la responsabilidad de descontar las cuotas del salario mensual de los trabajadores, y posteriormente, trasladarlos a las cajas del Seguro Social con la finalidad de obtener los beneficios de los programas establecidos para todos los afiliados. Al no descontar las cuotas o no trasladar las cuotas al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, los empleadores pueden ser demandados judicialmente, siendo objeto también de sanciones administrativas o, en todo caso pagarlas en su totalidad. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, al no contar con las cuotas establecidas de los trabajadores, puede llegar a presentar problemas financieros, ya que los órganos jurisdiccionales condenan al Instituto en los casos de trabajadores a quienes no les aparecen pagadas las cuotas en su totalidad.

Bibliografía.

1. Álvarez Mancilla, Erick Alfonso. **Derecho Procesal del Trabajo**. S.E Guatemala, 2006
2. Arenas Montsalve, Gerardo. **Estudios sobre Seguridad Social**. Madrid, España. 2000. www.oiss.org
3. Fernández Molina, Luis. **Relaciones Colectivas de Trabajo**. IUS-Ediciones. Guatemala, 2010
4. Organización Internacional de Trabajo. **Las Reglas del Juego**. S.e. Ginebra, Suiza, 2009
5. Rodríguez Garzona, Lucy Georgina. Tesis. **La Doctrina Legal de la Corte de Constitucionalidad en Materia de Interposición de Recursos Administrativos**. USAC. 2009.
6. Rodríguez-Arana. **La cláusula del Estado Social de derecho y los derechos sociales: en especial el derecho a la seguridad social**. Revista española de la función consultiva. No. 21. 2014
7. Schiele Manzor, Carolina. **La Jurisprudencia como Fuente de Derecho**. Universidad Católica de Chile. 2008
8. Código de Trabajo de Guatemala
9. Constitución Política de la República de Guatemala de 1985
10. Constitución Política de la República de Guatemala de 1945

NOTA DEL AUTOR

El presente artículo es de la autoría del autor, por lo que me responsabilizo expresamente por los criterios, opiniones, posturas o tendencias ideológicas contenidas en el mismo, así como doy fe de que nunca ha sido publicado en ningún medio físico o virtual.

EL DELITO, TIPOS, PENAS Y LA IMPRUDENCIA (CULPA) EN RELACION A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MEDICOS

Edith Marilena Pérez Ordóñez
Magistrada de Apoyo
Sala Tercera de la Sala Tercera de Apelaciones Penal

I. CONCEPTO MATERIAL DEL DELITO

En una definición sustancial, Reyes Echandía, definió el delito como: “*El comportamiento humano que, a juicio del legislador compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal*”. (González, 2003, p. 27). En una definición dogmática el delito se define como: “*la acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable*” (González, 2003, p. 27).

Toda acción u omisión, típica, antijurídica, culpable, imputable a un sujeto responsable. *La tipicidad* es que está definida en la ley como delito o falta. *Antijurídico*: Lo que es contrario a derecho o el desvalor sobre el hecho. *Culpable*: Es la atribución al autor del acto prohibido. Al juicio de Desvalor sobre el autor del hecho, se le llama: *Culpabilidad*. Sólo se puede responder de hechos propios. En el Código Penal tenemos en el artículo 10 la relación de causalidad, que refiere que toda causa tiene un efecto. En la ejecución de los delitos interviene el dolo, que consiste en la voluntad deliberada de cometer uno o más delitos, a sabiendas de su carácter delictivo (Conocimiento de la Illicitud) y la voluntad de realizarlo. En contraposición al dolo, tenemos la definición de culpa, que según el **Diccionario de la Lengua Española** significa: Falta más o menos grave, cometida a sabiendas y voluntariamente. Responsabilidad, causa involuntaria de un suceso o acción imputable a una persona. La que da motivo para exigir legalmente alguna responsabilidad. La del que no previno ni aun lo que hubiera prevenido un hombre descuidado y negligente. (2014, p.623).

II. BIENES JURIDICAMENTE TUTELADOS

Son aquellos valores humanos que protege el Estado: la vida, la salud, el patrimonio, la libertad. VON LISZT, creador del concepto, señalaba que: *“bien jurídico es el interés jurídicamente protegido (...) Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”* (González, 2003, p. 41).

III. CONTENIDO DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o una medida de seguridad o corrección. Entre los presupuestos se cuenta ante con las descripciones de conductas delictivas, tales como el homicidio, las lesiones y el hurto, entre otros.

La norma penal se compone de dos partes: 1. El supuesto de hecho (la Descripción de la conducta); y 2. La consecuencia jurídica. Por ejemplo: Artículo 123 del Código Penal: Homicidio. Comete Homicidio quien diere muerte a una persona. Al homicida se le impondrá prisión de 15 a 40 años. El supuesto de hecho: Dar muerte a una persona. (descripción de la conducta). La consecuencia Jurídica: Prisión de 15 a 40 años (Pena).

IV. ELEMENTOS DEL DELITO

1. Sujeto Pasivo: es contra de quien recae la acción (víctima o agraviado)
2. Sujeto Activo: quien realiza la acción (responsable)
3. Acción: Posibilidad o facultad de hacer alguna cosa, y especialmente de acometer o defenderse;
4. Objetos: arma blanca, arma de fuego,

El Derecho Procesal Penal contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar. El artículo 5 del Código Procesal Penal refiere que el proceso penal tiende a la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, a determinar a los

partícipes y todo aquello que tienda al esclarecimiento de los mismos.

Según el jurista alemán Welzel, la Misión Central del Derecho Penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino asegurar la vigencia de los valores ético sociales positivos como el respeto a la vida, la salud, la libertad, la propiedad ajena, entre otros.

V. LA IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS CULPOSOS

Según el **Diccionario de la Lengua Española** imprudencia significa: *“Falta de prudencia. Acción o dicho imprudente. Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, al mediar malicia en el actor serían delitos”* (2014, p.1149) En contraposición, entendemos como prudencia, *Una de las cuatro virtudes cardinales que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. Una persona prudente actúa con moderación y cautela. Templanza, cautela, moderación. Sensatez, buen juicio.* (2014, p.1685)

Los delitos imprudentes solo son punibles cuando la ley conmina expresamente con una pena la actuación imprudente, ello sucede sobre todo en la lesión y puesta en peligro de la integridad física y la vida, o sea en el homicidio culposo.

Los delitos contra la seguridad colectiva (sobre todo en el tráfico automovilístico, pero también en la empresa y en el hogar), cerca de la mitad de ellos son considerados delitos imprudentes. Una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto, pero en el tipo se decide si es imprudente.

En estos delitos la característica principal es la inobservancia del debido cuidado, en esto, la posición del sujeto activo es la de garante. En primer término, la mayoría de las veces se menciona la infracción del deber de cuidado como primer causal. Junto a él se encuentra la “previsibilidad”, cognoscibilidad o advertibilidad y

evitabilidad del resultado como presupuestos o requisitos de la conducta imprudente. La infracción del deber de cuidado se caracteriza por el desvalor de la acción de los delitos imprudentes, pero pretende concretar esa contrariedad al cuidado debido mediante los criterios de evitabilidad y previsibilidad. Ejemplo: un sujeto conduce conforme a las normas del tránsito y, a pesar de ello, lesiona a alguien que se abalanza contra su vehículo. Solo la referencia a la observancia del riesgo permitido hace posible una fundamentación exacta a la exclusión de la imprudencia.

Desde el punto de vista de la lógica de la norma, produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere una interpretación errónea como un delito de "omisión". Al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo sino el haber creado un peligro no amparado por un riesgo permitido y si abarcado el fin de protección del tipo, dando como resultado un caso típico. El caso típico de los delitos imprudentes son los que se causan al conducir vehículo. A estos casos va unida la responsabilidad del Derecho Civil, siendo aplicable el artículo 1645 del Código Civil que preceptúa: *Toda persona que cause daño a otra, sea intencionalmente, o sea por descuido o por imprudencia, está obligado a repararlo. Salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima*"; En este tipo de delitos generalmente se busca una indemnización de los daños y perjuicios que se hayan causado.

Resulta un indicio para la constatación de la imprudencia, pero no hace superfluo un examen judicial autónomo del riesgo creado. En el ámbito de la actuación médica, vemos en algunos casos la cooperación con división del trabajo (por ejemplo: el equipo médico en Sala de Operaciones). Es reconocido que en una operación quirúrgica, los médicos especialistas que intervienen confían en la colaboración correcta del colega de la otra especialidad. Además, en la cooperación con división de funciones, el principio de confianza debe retroceder cuando los intervinientes, por ejemplo, el médico que dirige la operación, posee

especiales deberes de vigilancia, frente al médico asistente aún inexperto u otras misiones de control, o a la enfermera que tiene la responsabilidad de contar el instrumental quirúrgico a emplear, antes, durante y al final de la operación. Al especialista solo le pueden imponer deberes de vigilancia que pueda cumplir sin poner en peligro su parte personal.

En otros países, se tiene un baremo (cuadro gradual que evalúa o mide la conducta de un médico), para evaluar los daños derivados de accidentes o enfermedades, de acuerdo a los méritos personales, la solvencia de la empresa, entre otros. Por ejemplo: si un médico general o especialista ha presuntamente causado un daño, si su actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura baremo, y no concurre una creación de peligro, o al menos no supera el riesgo permitido, no se configura la imprudencia.

En Guatemala, no se han creado ese tipo de instrumentos, además, no existe como tal el delito de mala práctica médica, sino cuando un profesional de la medicina incurre en alguna negligencia, es sometido al catálogo de los delitos establecidos en el Código Penal (lesiones, lesiones culposas, lesiones graves, homicidio culposo). Debe establecerse con cuidado, a través de peritajes, si en la causación de daños a los pacientes, se debió a la imprudencia de su actuación profesional, o a otros factores.

En esto aplica el sentido común, que nos ilustra brevemente lo siguiente:

- Quien no sabe algo, debe informarse;
- Quien no puede hacer algo, debe dejarlo.

Por ejemplo: cuando un paciente comunica al médico que tiene algo en “*el corazón*”, es imprudente proceder a una anestesia general sin previo examen de un internista o cardiólogo, o que un médico general atienda a una persona a la que se le ha expresado que tiene dolencias del corazón. La obligación, en este caso, es que una vez verificado los síntomas que presenta el paciente, el internista deberá remitirlo al especialista que corresponda. O bien, cuando un médico

general que sólo ha recibido cursos de cosmetología estética en el extranjero, proceda a realizar tratamientos invasivos, porque esto debería ser realizado por un cirujano plástico. Respetando el principio de legalidad y de especialidad, cada profesional debe actuar únicamente para lo que está autorizado, conforme las acreditaciones respectivas.

CONCLUSIONES

1. En las normas del Derecho Penal están establecidas todas las conductas calificadas de delitos o faltas.
2. Las normas penales están compuestas de dos partes: el supuesto de hecho, que es la descripción de la conducta, y la consecuencia jurídica.
3. En los delitos culposos se causa un daño, generalmente, cuando se actúa de manera negligente, con impericia y de manera imprudente.
4. En la actualidad no se ha creado un catálogo de delitos, que se aplique de manera exclusiva a los profesionales de la medicina.
5. En la práctica médica profesional, los facultativos tienen el rol de garante, en los procedimientos en que actúen, con la obligación de cuidar la vida de los pacientes que atienden.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Diccionario de la Lengua Española (2014); España, Editorial Espasa Calpe, S.A

González, E. (2003). Guatemala. **Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco**. Fundación Mirna Mack.

Roxin, Claus. (1997). España. **Derecho Penal, Parte General, Tomo I**. Editorial Civitas. Traducción y Notas Diego - Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal

LEGISLACION:

1. Constitución Política de la República de Guatemala (1986). Asamblea Nacional Constituyente, Congreso de la República de Guatemala.
2. Congreso de la República de Guatemala (1973). Código Penal. (Decreto 17-73).
3. Congreso de la República de Guatemala (1992). Código Procesal Penal. (Decreto 51-92).

ANALISIS TECNICO JURIDICO DE LAS FORMAS DE INICIACION DEL PROCESO PENAL

Manfredo Alberto López Fuentes
Magistrado Presidente
Sala Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

A. DENUNCIA

El proceso penal puede iniciarse a través de una denuncia formulada por escrito y oralmente ante la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público y/o juzgado o tribunal que corresponda. El inicio de cualquier acción penal, está sujeto a determinar si las acciones que se ponen en conocimiento por cualquiera de las formas previstas en la ley, revisten las características de ilicitudes, ya que, cualquier ciudadano puede comparecer a formularla; sin embargo, los entes arriba mencionados, tienen la tarea de calificar si los hechos son constitutivos de delito o falta, a efecto de iniciar los actos de investigación, una vez, que la denuncia sea trasladada al Ministerio Público a quien le corresponde la tarea de perseguir penalmente, siempre cuidando la legalidad de los actos y la objetividad en el ejercicio de sus funciones.

B. LA PREVENCION POLICIAL

Según El diccionario de Ciencias Jurídicas, Política y Sociales, prevención policial, es: *“medio usual de iniciar el sumario en los delitos que dan lugar a la acción pública, mediante las actuaciones y diligencias practicadas por los funcionarios de la policía, tan pronto como tienen conocimiento de la comisión de un delito...”*. (Ossorio, 1976, p. 768). Es por ello, no menos importante, que los elementos de la Policía Nacional Civil, que tengan noticia de un hecho punible y que es perseguible de oficio, deben informar inmediatamente al Ministerio Público, y deberán practicar los actos de investigación urgentes, que trasladarán con la

prevención policial. Es deseable que los agentes de la Policía Nacional Civil cuenten con un mínimo estudio y capacitación alrededor de la denuncia obligatoria, su contenido y forma de proceder, cuando estando en ejercicio de sus funciones presenciaren cualquier hecho ilícito. En este caso, deberán aprehender, si procediere, a quien sorprendan en el momento mismo de cometer el delito o instantes después de ejecutarlo, con huellas o instrumentos del delito, ya que se está en presencia de delito flagrante conforme al Código Penal.

Además, es importante que los agentes de la Policía Nacional Civil conozcan los derechos y garantías constitucionales y procesales de que gozan todos los ciudadanos, especialmente saber lo que la ley dispone, la obligación de poner a disposición de autoridad competente a toda persona detenida dentro del plazo legal de 6 horas después de la aprehensión, así como, de recibir por el órgano competente su primera declaración dentro de las 24 horas siguientes. Por ello es de vital importancia que las personas que sean sindicadas de la comisión de un hecho ilícito, tengan el derecho desde el momento de la sindicación de un hecho, de contar o asistirse de un abogado defensor de su confianza que les asesore, para poder ejercitar el derecho de Defensa y debido proceso, constitucionalmente establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, como en Tratados sobre Derechos Humanos, ratificados por Guatemala.

Una de las formas de iniciación del proceso penal es, como ya se indicó anteriormente, la denuncia, que según el Diccionario de la Lengua Española significa: *“Acción y efecto de denunciar. Noticia que de palabra o por escrito se da a la autoridad competente, de haberse cometido algún delito o falta. Documento en que consta dicha noticia...”*. (P. 681). Respecto a la anterior definición, cualquier persona que se sienta agraviada, puede poner en conocimiento de cualquier autoridad algún hecho que revista carácter de ilicitudes. Asimismo, es obligatoria la denuncia, cuando cualquier funcionario o empleado público conozca

el hecho en ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, los médicos que en el ejercicio de su profesión se enteren de algún delito de acción pública cometido por un particular en contra de la vida, cuando atienda en su consultorio a un herido o a un o una menor que haya sido ultrajado. Constituye una obligación efectuar la denuncia correspondiente para no incurrir en responsabilidad penal por omisión de denuncia (artículo 298 del Código Procesal Penal).

La denuncia es el relato circunstanciado de la comisión de un hecho punible, estableciendo como requisitos indispensables: describir el día y la hora del hecho, el nombre de los partícipes y posibles responsables, los agraviados, si existen testigos consignar los nombres; estos datos constituyen la noticia de algún crimen. Los delitos que deben ser denunciados de manera obligatoria son los que están clasificados como de acción pública (artículo 24 Bis del Código Penal), excepto, los delitos contra la seguridad de tránsito y aquellos cuya sanción principal, sea la pena de multa, que serán tramitados ante la autoridad competente conforme al juicio de faltas.

Uno de los problemas que se presentan con mayor frecuencia tiene que ver con la debilidad en el planteamiento y formulación de las prevenciones policiales que se presentan ante Órganos jurisdiccionales Frecuentemente no son redactadas de manera correcta, es decir, clara, precisa y concreta, lo que conlleva que en el momento de resolver la situación jurídica de algún sindicado, después de haber prestado primera declaración de su análisis para la adecuación jurídica del hecho imputado por parte del juez de conocimiento, generalmente no cuenta con elementos fácticos de hecho y derecho que sustente, o de soporte probatorio a la decisión del órgano jurisdiccional, provocando en muchos casos, que los jueces dicten falta de mérito.

C. QUERELLA

Definición de querrela:

“La querrela, es una forma de instancia similar a la denuncia y que existe, también, en una participación de conocimiento a la autoridad; es decir, que es una participación calificada de conocimiento y el carácter calificado radica en que la querrela solo puede ser hecha por la parte directamente afectada por los actos o hechos... y que van a ser objeto de la participación al órgano estatal...” (<http://www.diccionariojuridico.mx/definición/querrela>)

Otra de las formas de inicio del proceso penal es la *querrela*, la que debe plantearse ante el juez de Primera Instancia que controla la investigación (órgano contralor de garantía). Es una de las formas más técnicas de introducción al proceso penal, y generalmente, son elaboradas por los abogados en ejercicio que tienen conocimientos legales, técnicos y doctrinarios, con el propósito de que las mismas reúnan todos los requisitos establecidos en el artículo 302 del Código Procesal Penal. A través de las querellas, se pone en conocimiento de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público los hechos delictuosos, en donde exista una o más personas perjudicadas u ofendidas (agraviados), y una o varias personas sindicadas.

La Querrela, deberá contener: los nombres y apellidos del querellante, en su caso, el de su representado; su residencia, el documento con el que acredita su identidad; en el caso de personas jurídicas, el documento que acredita su personería; el lugar que señala para recibir citaciones y notificaciones. De primordial importancia es el relato circunstanciado del hecho (día, lugar y hora), señalando los posibles responsables en el hecho o hechos, individualizando quienes son las víctimas y, si existieran testigos, también deben ser individualizados.

Debe ponerse especial atención a los elementos de prueba que sustenten los hechos. Estos deben describirse para que se tengan al alcance, entre ellos, los antecedentes que puedan servir de referencia para que el Ministerio Público pueda realizar la investigación pertinente que permita establecer el móvil del delito, así como las consecuencias perjudiciales personales o patrimoniales que

causaron en las víctimas. Si existiere prueba documental, debe adjuntarse o en su caso, indicar el lugar donde se encuentre. Además, los hechos denunciados, deberán calificarse de manera provisional como posibles figuras delictivas por el principio de legalidad, deben estar contenidas en el código penal.

Los juzgadores deberán ser cuidadosos en la calificación de los requisitos exigidos en la ley para dar trámite a la querrela. Es ineludible la obligación de velar porque las querellas sean presentadas de manera explícita y completa, para que el juez de conocimiento, haciendo el ejercicio intelectual respectivo, pueda verificar si las mismas reúnen los presupuestos exigidos de procedibilidad. Si la querrela no tiene los elementos necesarios para proceder a darle trámite, debe imponer previos a la misma, a efecto de que sean cumplidos los requisitos que hagan falta, o en su caso, debe proceder a su rechazo.

Si se da trámite a la misma, deberá remitirla de manera inmediata con la documentación acompañada al Ministerio Público, para que proceda a la inmediata investigación de los hechos denunciados; la ley procesal fija un plazo de 3 días para que sean enviadas con la querrela, todas las actuaciones. (Artículos 303 y 307 del Código Procesal Penal).

CONCLUSIONES

1. Los actos introductorios en el proceso penal son: la denuncia, la prevención policial y la querrela;
2. La denuncia es el relato circunstanciado de un hecho punible (día, lugar y hora, los nombres de los posibles responsables, agraviados, testigos y cualquier otro medio que sea útil en la averiguación de los hechos);
3. La prevención policial constituye el medio mediante el cual los agentes policiales, que tengan noticia de un hecho criminal de acción pública,

informan inmediatamente al Ministerio Público para poner en práctica los actos urgentes de investigación.

4. La denuncia es el medio a través de la cual se da la noticia de la ocurrencia de un hecho, señalado como delito o falta, regulados en el código penal;
5. Los funcionarios o empleados públicos que conozcan de un hecho delictivo en el ejercicio de sus funciones, tienen la obligación de denunciarlo ante la autoridad competente;
6. La querrela constituye el medio técnico jurídico para poner en conocimiento de Órgano jurisdiccional competente de hechos calificados como delitos. Su redacción debe hacerse de manera clara, precisa y circunstanciada, debiendo contener todos los requisitos contenidos en la ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. **Diccionario de la lengua española** (2014. España: Editorial Espasa Calpe, S.A.)
2. Ossorio, M. (1976. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales**). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L

LEGISLACION:

1. Constitución Política de la República de Guatemala (1986). Asamblea Nacional Constituyente, Congreso de la República de Guatemala.
2. Congreso de la República de Guatemala (1973). Código Penal. (Decreto 17-73).
3. Congreso de la República de Guatemala (1992). Código Procesal Penal. (Decreto 51-92).
4. Congreso de la República de Guatemala. (1994). Ley Orgánica del Ministerio Público. (Decreto 40-94).

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO AL DERECHO DE FAMILIA

Patricia Leonor Salazar Genovez

El régimen económico del matrimonio

El análisis económico del Derecho aplicado al régimen patrimonial del matrimonio, demuestra cómo es posible cuestionar y transformar una institución legal dada, cuando se analizan el Derecho y la economía.

En este artículo se hará una relectura de algunos aspectos del régimen económico del matrimonio con la finalidad de contemplar la posibilidad de permitir (por medio de una reforma legislativa), la elección de los contrayentes en cuanto a determinar previamente el destino del patrimonio conyugal en caso de disolución del matrimonio; lo cual podría evitar una gran cantidad de conflictos al momento de terminar, sea por vía voluntaria u ordinaria, la relación jurídica matrimonial.

De aprobarse la ley, esta podría incidir positivamente en la celeridad de la tramitación de expedientes en los órganos jurisdiccionales competentes y en la resolución rápida de controversias provenientes de la disolución del vínculo matrimonial.

1. La formación y la disolución del matrimonio y sus consecuencias

A pesar de la semejanza del matrimonio con una sociedad de tipo contractual, la relación marital no es un ejemplo puro de los principios del mercado libre. *“La institución central de la familia es el matrimonio, una relación que se desenvuelve inciertamente entre los límites del contrato”* (Posner, Richard A. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. 2002. Pp. 238.).

Primero, las partes no están en libertad para fijar la duración del contrato, o

siquiera para terminar el contrato por mutuo consentimiento, la duración es de por vida, sujeta a la terminación por una causa legal. *Segundo*, a pesar de la larga duración, la sanción por el incumplimiento es más severa que en el caso de un contrato regular: si el esposo abandona a la esposa o viceversa, no solo deberá continuar sosteniéndola (lo que es análogo a tener que pagar daños y perjuicios), sino que no podrá casarse con nadie más. Esto es como si pudiera prohibirse al que viola un contrato, la sustitución de un contrato sustituto del que rompió, y por el resto de su vida. *Tercero*: a pesar de la naturaleza fuertemente vinculada de su relación, si los cónyuges tienen una disputa durante el curso del matrimonio, los tribunales no intervendrán de ordinario para arreglar la disputa, aunque los cónyuges hayan firmado un contrato que asigne derechos y obligaciones que uno de los cónyuges alegue han sido violados; los cónyuges estarán obligados a resolver su disputa por sí mismos.

En consecuencia, el derecho matrimonial es una amalgama desconcertante de intrusión (en lo tocante a la duración del contrato y a las sanciones del incumplimiento) y de no intrusión. La explicación podría ser que el *contrato* matrimonial afecta a terceros que no han consentido: los hijos del matrimonio.

Cuando se disuelve una asociación contractual, los activos de la asociación deben distribuirse entre los socios, y lo mismo ocurre con el matrimonio. Pero es difícil la determinación de las porciones de los activos respectivos adquiridos por la unidad familiar durante el matrimonio.

Si la esposa ha tenido muy escaso ingreso económico, todos o la mayor parte de los activos tangibles de la unidad familiar han sido comprados con el dinero del esposo, pero es posible que su capacidad de ganar ingresos se deba mucho a los esfuerzos de ella. Es posible que ella lo haya sostenido mientras él terminaba sus estudios, reduciendo su propio consumo y también sacrificando oportunidades para aumentar su propia capacidad de ganar ingresos mediante un adiestramiento avanzado. Entonces, habiendo la esposa invertido en la capacidad de ganar

ingresos del esposo, ella tiene derecho a que se le pague con los activos o los ingresos de él.

El valor de la contribución no pecuniaria de la esposa podría haber sido tan grande como el de la contribución del esposo, y en todo caso, es improbable que haya sido insignificante. Si el esposo hubiera tenido que dedicar una parte sustancial de su tiempo a la producción doméstica, su ingreso de mercado habría sido menor, y se habrían acumulado menos activos; algunos de tales activos se compraron, entonces, por el trabajo de la esposa en la unidad familiar.

Además de prescribir la división de los activos del matrimonio, una sentencia de divorcio ordenará por lo común al esposo, que pague a la esposa: i) una suma periódica fija, a menos que ella se case de nuevo; y ii) una parte del costo de la manutención de los hijos del matrimonio, de quienes ella tendrá, generalmente, la custodia. Los gastos de mantenimiento o medios de vida, son analíticamente complejos y parecieran desempeñar funciones económicas distintas.

La más importante función económica del pago de medios de vida podría ser la de proveer a la esposa de una forma de pago de separación o subsidio de desempleo. En la familia tradicional, en la que la esposa se especializa en la producción hogareña, se deprecian todas las habilidades que pueda haber tenido en la producción para el mercado, y finalmente, sus posibilidades primarias de empleo.

Es por todas estas dificultades que en algunos ordenamientos jurídicos se regula el denominado *contrato prenupcial*.

2. El Código Civil de Guatemala y el régimen patrimonial del matrimonio

El Código Civil de Guatemala regula un régimen patrimonial matrimonial forzoso e inmutable, en el cual se debe optar por alguna de las tres opciones legales reguladas. No obstante ello, en la doctrina, desde hace tiempo se han realizado propuestas a fin de modificar dicho régimen legal. Los argumentos a favor de

mantener el actual sistema manifiestan que:

“(...) la propuesta de la posibilidad de los cónyuges de optar entre distintos regímenes patrimoniales, incluyendo uno que se rija por la autonomía de la voluntad (de libre disposición), no es necesariamente bueno y conveniente, pues siempre se ha concebido al matrimonio como una institución del Derecho de familia ajena a toda especulación pecuniaria y el régimen de los bienes, corresponde que sea fijado exclusivamente por la ley, de acuerdo a la justo y razonable” (Tavano, María Josefina. COASE: UN TEOREMA PARA EL DERECHO. SU APLICACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LOS DERECHOS PATRIMONIALES, AL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y AL DERECHO DE FAMILIA. En: Kluger, Viviana (compiladora). ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 2006. Pp. 81.).

Sin embargo, son varios los argumentos a favor de un régimen patrimonial matrimonial que permita la opción de los cónyuges a someter el destino del patrimonio conyugal a la autonomía de la voluntad. Frente a una realidad que siempre se presenta diversa y cambiante, es difícil poder sostener la existencia de un único modelo de familia en el devenir histórico, incluso en la actualidad, se habla de nuevos paradigmas familiares.

Desde el punto de vista histórico, ha devenido en crisis el modo de estudiar la familia a través del enfoque aislado y cuantitativo de instituciones inamovibles para tratar de resolver los problemas patrimoniales que presenta el matrimonio. De manera que es necesario que la concepción patrimonial del matrimonio sea revisada frente a una realidad histórica bastante distinta. Los criterios conocidos no deben seguir sosteniéndose solo como reconocimiento de la tradición. Los ordenamientos jurídicos deben reflejar la realidad, de tal modo que puedan seguir siendo un instrumento válido para la convivencia humana.

3. La autonomía de la voluntad como reguladora de los aspectos económicos del patrimonio conyugal

La autonomía de la voluntad contiene implícita la afirmación de que la voluntad individual, la voluntad de las partes, tiene el suficiente poder jurídico como para regular los derechos entre ellas, y por lo tanto, lo que las partes acuerdan debe ser cumplido, y esta concepción, aceptada de distintas formas en el ámbito

patrimonial-contractual, no es vista con agrado en el ámbito del patrimonio conyugal.

De tal manera, se ha sostenido que en el matrimonio, “*el régimen de los bienes corresponde que sea fijado exclusivamente por la ley, de acuerdo a lo que es justo y razonable*” (Ibídem. Pp. 83.). La expresión anterior plantea un fuerte componente ideológico, pues en tanto los futuros contrayentes acuerdan sobre diversas cuestiones personales, no pueden acordar libremente sobre el aspecto patrimonial. Se dice, en ese sentido, que lo patrimonial, lo económico, supuestamente contamina los afectos, por tanto, es necesario dejarlo en un segundo, tercero o si es posible último plano, lo más lejos posible de los sentimientos.

Se asume, en ese sentido, que se podrá argumentar que todos los acuerdos personales no son obligatorios, ni pueden ejecutarse, pero nadie duda que su incumplimiento puede causar serios deterioros en el matrimonio. No obstante, pareciera ser que lo patrimonial, cuya influencia es evidente, no puede ni siquiera ser tratado, esto plantea el problema de que la sociedad conyugal será puramente legal, a fin de evitar las pasiones o intereses menos dignos que tanta influencia tienen en los matrimonios.

Los factores económicos influyen decididamente en diversos aspectos referidos al vínculo matrimonial. Según manifiesta Becker:

“(…) los iguales tienden a casarse entre sí, cuando esto se mide por la inteligencia, educación, raza, antecedentes familiares, altura y muchas otras variables. La implicación de que los hombres con promedio salarial relativamente alto se casan con mujeres con promedio salarial relativamente bajo sorprende a muchos, pero es consistente con los datos a la mano cuando estos se ajustan para la amplia fracción de mujeres casadas que no trabajan. El enfoque económico también implica que las personas de ingresos más altos se casan más jóvenes y se divorcian con menos frecuencia que otras, siendo estas implicaciones consistentes con la evidencia a la mano, pero no con las creencias comunes. Otra implicación más es que el aumento en los sueldos relativos de las esposas aumenta la posibilidad de disolución marital, lo cual explica en parte el mayor promedio de disolución entre familias pobres que entre familias de ingresos altos” (Becker, Gary. EL ENFOQUE ECONÓMICO DEL COMPORTAMIENTO HUMANO. Editorial Colección Jurídica Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L. Santa Fe, Argentina. 1992. Pp. 11.).

Se debe destacar que Becker fue galardonado con el Premio Nobel de Economía, por haber extendido la esfera del análisis económico a nuevas áreas de las relaciones y comportamiento humano.

Por otro lado, pareciera contradictorio que antes de contraer matrimonio, cuando las partes están en armonía, tienen fuertes lazos afectivos y están en mejores condiciones de acordar, no se les permita hacerlo, y sin embargo, si pueden hacerlo cuando se divorcian, cuando se supone que la armonía ya está rota, y los sentimientos de encono y de rencor los colocan en peores condiciones para llegar a acuerdos.

Desde el punto de vista económico, y aplicando el Teorema de Coase, que puede sintetizarse del siguiente modo: *cuando las partes afectadas por las externalidades pueden negociar sin incurrir en costo alguno, el resultado es eficiente independientemente de quien sea jurídicamente responsable de los daños. Las leyes y las instituciones sociales más eficientes son las que colocan la carga del ajuste que obligan a hacer las externalidades en aquellos que pueden lograrlo con el menor costo posible.* En otras palabras, la formulación de Ronald Coase, para que pueda formularse como teorema, lo que dice es que: *sea cual fuere la asignación inicial específica de los derechos de propiedad, el resultado final será eficiente siempre y cuando la asignación inicial legal esté bien definida y cuando las partes puedan llegar a un acuerdo y aplicarlo sin costo alguno.* Es cuestionable entonces, que algunos ordenamientos jurídicos no permitan a quienes contraen matrimonio suscribir acuerdos cuando los costos de la transacción serán seguramente cero, es decir, que no habrá costos de negociación, y se les permita hacerlo cuando tales costos puedan llegar a ser prohibitivos. En ese sentido, puede formularse la pregunta: ¿por qué el acuerdo que era indigno antes del matrimonio se convierte en digno al momento de su disolución?.

La autonomía de la voluntad encuentra una nueva formulación en el Teorema de

Coarse en el que subyace la simple idea de que las partes involucradas puedan llegar a negociar y a darse a sí mismas una solución óptima. Reconocer y revalorizar la autonomía de la voluntad de las partes como reguladora de sus derechos.

En los ordenamientos jurídicos que permiten la suscripción de un *contrato prenupcial* para decidir previamente el destino del patrimonio conyugal al momento de la disolución del matrimonio, si bien se admite la necesidad de reconocer la autonomía de la voluntad de las partes para elegir, para optar por un régimen diseñado por la autonomía de la voluntad, adicional a los que regule el ordenamiento jurídico de manera rígida, tampoco se deja de reconocer la potestad judicial para impartir justicia en aquellos casos en que las partes, por diversos motivos, han actuado notoriamente en contra de sus propios intereses, es decir, en el que se dé la existencia de cláusulas leoninas.

“En los sistemas de amplia libertad, no se admite que las estipulaciones concretas sean contrarias a las leyes, a las buenas costumbres, o limitativas de la igualdad de los derechos que corresponden a cada cónyuge” (Díez Picazo, Luis & Gullón, Antonio. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid. 1985. Pp. 485.).

Es importante hacer notar que cuando la opción se admite, igualmente “las leyes establecen un conjunto de normas imperativas básicas en aspectos de la gestión de bienes y de responsabilidad por deudas” (Méndez Costa, María Josefa. VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Editorial Rubinzal-Culzone. Argentina. 1998. Pp. 36.).

En estos ordenamientos no se propicia la libertad absoluta, indiscriminada, en que todo debe dejarse en manos de los contrayentes, sino una libertad responsable, que permita a los sujetos discernir, conforme a las distintas situaciones, qué es lo que más les conviene.

4. La igualdad de derechos de los cónyuges

Un sistema rígido de regulación del régimen del patrimonio conyugal está pensado para una mujer económicamente débil, susceptible de protección preferente, que no trabajaba en actividad productiva alguna. Pero ninguna de estas consideraciones puede ya sostenerse, ni la protección de la mujer puede relacionarse con *ser inferior*, y en realidad, la mujer siempre ha trabajado. La mujer ha trabajado en las diversas tareas del hogar, que conformaban una economía propia, incluso autosuficiente, y además, se ocupa del cuidado y educación de los hijos.

Es cierto que el trabajo remunerado era casi un privilegio de los hombres; pero también es cierto que muchas mujeres, especialmente las de las clases menos favorecidas, además de la economía familiar y de los hijos, se ocuparon –en el caso de las familias rurales– del trabajo de la tierra a la par de cualquier jornalero; o –en el caso de las familias urbanas– de ciertas tareas remuneradas, aunque en un principio muy inferiores en la consideración social.

Se ha afirmado que, incluso durante la colonia, la mujer se destacó en las tareas domésticas, pero también estuvo compartiendo con los hombres las innumerables aventuras del trabajo de todos los días. El sistema de gananciales, por ejemplo, tomó en cuenta la tarea femenina que no era valorada económicamente y la computó al mismo nivel que los aportes masculinos. En tal sentido, fue un sistema que favoreció la igualdad; pero desconoció la diversidad de muchas otras situaciones.

No hay duda de que los distintos regímenes que regulan el patrimonio conyugal responden a distintas finalidades.

“El régimen de comunidad de gananciales, por ejemplo, representa un esfuerzo por

comunicar a la mujer los productos de la actividad adquisitiva del marido, en justa compensación a su trabajo en el hogar; el de separación absoluta garantiza la intangibilidad de los bienes y ganancias de la mujer y la independencia económica de esta (cuando posee o gana); el de comunidad absoluta parece aunar ambas ventajas, si bien plantea problemas difíciles a su liquidación. Los otros regímenes, que han tenido gran papel en la historia y todavía se conservan en algunos países, no ofrecen las ventajas de estos y paulatinamente van perdiendo terreno” (Lacruz Berdejo, José Luis. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. Tomo IV. Derecho de Familia. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona. 1990. Pp. 271.).

5. Conclusión

No hubo ni hay un solo modelo de familia, porque la mujer desarrolla muchas otras actividades fuera del hogar, y en ese sentido, el régimen patrimonial matrimonial debe permitir que las partes puedan y deban decidir previamente el destino del patrimonio conyugal, ya que la realidad es muy diversa y no debe mantenerse un régimen legal patrimonial rígido del matrimonio. Resulta sano reconocer las diferencias, reconocer la pluralidad y confiar en los propios interesados y en el papel de los jueces.

6. Bibliografía

1. Becker, Gary. **EL ENFOQUE ECONÓMICO DEL COMPORTAMIENTO HUMANO**. Editorial Colección Jurídica Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L. Santa Fe, Argentina. 1992
2. Díez Picazo, Luis & Gullón, Antonio. **INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL**. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid. 1985
3. Lacruz Berdejo, José Luis. **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. Tomo IV**. Derecho de Familia. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona. 1990
4. Méndez Costa, María Josefa. **VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**. Editorial Rubinzal-Culzone. Argentina. 1998

5. Posner, Richard A. **EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**. Fondo de Cultura Económica. México. 2002.
6. Tavano, María Josefina. **COASE: UN TEOREMA PARA EL DERECHO. SU APLICACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LOS DERECHOS PATRIMONIALES, AL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y AL DERECHO DE FAMILIA**.
7. En: Kluger, Viviana (compiladora). **ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 2006.

LA DIGNIDAD HUMANA DE ACUERDO AL DERECHO

Beyla Adaly Xiomara Estrada Barrientos
Magistrada de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal,
Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente

La Dignidad Humana

Cuando nos referimos a 'dignidad', destacamos que es un derecho inherente al ser humano en su misma esencia, en sentido estricto, cuando nos referimos a este derecho, aludimos específicamente al valor intrínseco que tiene toda persona por ser humana, es decir que al poseer ese valor jamás puede eliminarse de su entorno, pues la persona nunca pierde su valor y nunca debería perderlo. La *dignidad* también es el respeto y la estima que amerita el ser humano, es darle un realce por ser una persona. En decir entonces que, en la amplitud del término *dignidad*, se interesa resaltar el especial énfasis en los derechos humanos que le asisten y que se vea reflejada su distinción a través de esa racionalidad que le hace superior ante otros seres vivientes.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 1 establece: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

La dignidad humana no se pierde por ningún motivo, se ostenta desde el nacimiento hasta la muerte, porque es intrínseca a la persona y es lo más valioso que posee. Por ese motivo, se considera que la persona no debe ser jamás utilizada como instrumento. *“Dentro de este concepto encontramos que la dignidad de la persona constituye una realidad ontológica supraconstitucional, por lo cual el Estado y la Constitución sólo la reconocen y garantizan, pero no la crean”*. Declaración Universal de Derechos Humanos

Cuando es tratada la dignidad humana como un principio fundamental de observancia general, resulta imperioso manifestar que constituye el deber del Estado garantizar a todos sus habitantes una vida digna, en donde se encuentren inmersos factores tales como el bienestar, las oportunidades de trabajo, condiciones de vida en sociedad, libertad, calidad de vida, certeza y seguridad jurídica a fin de conformar un entorno sano y estable para todos sus habitantes que merecen un trato digno.

Definiciones de Dignidad Humana

Distintos autores han expuesto varias definiciones de lo que significa dignidad humana, una de las más claras es la que expresa Kant: *“Todo tiene un precio o una dignidad. Lo que tiene un precio puede ser sustituido con otra cosa conocida como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalente, posee dignidad”* Kant, I Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Ediciones Encuentro. Madrid 2003. Pp 74. Entiéndase entonces absolutamente nada puede estar por encima de la persona en virtud de que no habrá un precio que pueda equiparar o ser equivalente con un ser humano.

Con el transcurso del tiempo, la influencia religiosa en la conceptualización de la dignidad humana ha tenido su plena manifestación; así, durante la época del Imperio Romano, las leyes y costumbres surgían sobre privilegios y contratos que tenían como base el derecho natural, el cual era obligatorio para el papa y el emperador. *“Se reconocía la dignidad del hombre como hijo de Dios, de la cual brotaban sus derechos fundamentales”* IBIDEM Pp.329. En términos religiosos, desde esa óptica, se puede concluir que la dignidad común a todas las personas proviene de la condición de hijos de Dios, y por lo tanto, su posibilidad para observar la ley moral. Esta posición religiosa se contrapone a la que considera

la dignidad humana como la posibilidad real y material de regirnos bajo nuestra propia decisión y consideración, como seres humanos pensantes de proceder bajo nuestra propia ley moral, y en consecuencia, por la autonomía moral.

Hay autores que se refieren al término Dignidad como un concepto filosófico y que así debe de resaltarse, tal es el caso de Jûrgen Habermas:

“(...) por su parte con Kant alcanzó a materializarse en textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes hasta después de la segunda guerra mundial. Siendo que durante las últimas décadas la dignidad humana ha desempeñado un papel protagónico en la jurisdicción internacional” Habermas, Jûrgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos, anales de la Cátedra Francisco Suárez, Número 44. Granada España. 2010. Pp 107.

Jûrgen Habermas manifiesta: *“La defensa de los derechos humanos se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana”* IBIDEM. Pp 156. El irrespeto a la dignidad de una persona es una penosa realidad, pues se han conocidos varios casos en donde se ha evidenciado la afectación y vulneración al derecho de toda persona a que se le respete su dignidad.

Nogueira Alcalá define la dignidad humana de la siguiente manera:

“La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe afirmar también positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos” Nogueira Alcalá, H. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. UNAM. México. 2020. Pp. 145.

Por otro lado, González Pérez, le ha asignado cuatro funciones básicas a la dignidad dentro de un Estado social y democrático de derecho:

“La primera, fundamentar el orden jurídico; segunda: orientar la interpretación del mismo; tercera: servir como base a la labor integradora en el caso de las lagunas; y, cuarta: ser eventualmente un límite a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales” González Pérez, J. La dignidad de la persona. Editorial Civitas. Madrid.1986. Pp. 94.

De acuerdo a lo definido por los distintos autores, plenamente puede concluirse que los derechos humanos emanan precisamente de esta dignidad de la persona, por lo cual es una responsabilidad estatal su reconocimiento, la garantía de

cumplimiento y su protección. La dignidad humana se fundamenta o justifica en cuatro principios fundamentales: la igualdad, la libertad, la solidaridad y la seguridad. A partir de estos cuatro principios surge la base de todos los demás derechos fundamentales.

La Dignidad Humana dentro del andamiaje jurídico

Como bien indica la Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, Christian Steiner y Patricia Uribe, página 5

"la base fundamental de los derechos humanos es brindar las condiciones necesarias para la realización del potencial humano (...) La obligación de respetar significa que los Estados deben de abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos o de limitarlos"

Cuando nos referimos a dignidad, no es solamente una relación del Estado con el individuo, sino también entre todas las personas, dado que el respeto es requisito esencial para el mantenimiento invaluable de la dignidad humana, como lo establece el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta implicación se da necesariamente por el simple hecho de que el ser humano vive en sociedad, y el respeto mutuo y el reconocimiento como seres iguales es esencial en la convivencia humana. La dignidad es el valor del individuo como persona humana, al tener claro su concepto y la utilización para los fines que corresponde, puede evitarse cualquier mal uso de manera indiscriminada y sin razonamiento para fines particulares.

Asimismo, la dignidad humana trasciende a nivel internacional; su observancia y tutela es reconocida en tratados y convenios internacionales. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en el artículo 1.1 refiere lo siguiente:

"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama "conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia, la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables"

La Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 11.1 también refiere *“(...)toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”*

La jurisprudencia internacional se compacta con lo enunciado por nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, la cual el artículo 4 indica:

“En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos (...) Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”

A su vez, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la jurisprudencia emitida, ha manifestado lo siguiente:

“Es absolutamente innegable que los asuntos que conciernen a la protección de la dignidad de las personas, tienen el carácter fundamental y prioritario, por lo que debe condenarse todo acto de discriminación racial que viole los derechos humanos y libertades fundamentales; todo ello con el objeto de promover la comprensión y tolerancia, dentro de los habitantes de la República, bajo el insoslayable principio de que todos somos iguales en dignidad y derechos e impulsando la plena vigencia de lo Derechos Humanos protegidos por nuestra Constitución y por los convenios aprobados por el Estado...” Gaceta 70 Expediente 855-2003 sentencia de fecha 27/10/2003.

Como puede advertirse, en cuanto al andamiaje jurídico vigente, ya sea nacional como convencional, la dignidad de la persona es parte de los derechos fundamentales en materia de derechos humanos, pues cuando se refiere a la dignidad a su vez se refiere a la igualdad y a la libertad, por lo que es sumamente importante no desvincularlo y desarrollarlo de forma unificada teniendo en cuenta que, como se ha mencionado, no puede separarse del ser humano, es un valor que es inseparable a la persona y debe fomentarse a fin de observar con cuidado su protección.

Hoy en día el valor denominado ‘dignidad’ suele someterse a una condición en

que puede vulnerarse con frecuencia, la debida fraternidad en cuanto a la conducta que debe guardarse entre seres humanos no se ha respetado como un ideal Estatal, para llevar una vida en sociedad con estándares de verdaderas acciones positivas, que logren un desarrollo pleno del sujeto como fin social.

Se reconoce que uno de los deberes *prima face* por parte del Estado es garantizar en todo momento el derecho a una vida digna, a una vida de calidad y que conlleva varias condiciones. El reconocimiento constitucional del derecho a la dignidad de la persona, existente dentro del cuerpo normativo principal, implica una tutela hacia el ser humano, susceptible de asumir varios significados en lo que más sea oportuno a este principio constitucional. También lo es que al reconocerse la dignidad de la persona, se le limita al Estado y al legislador, pues no podría nunca legislarse o implementar políticas en detrimento o menoscabo de este valor, pues de hacerlo, implicaría que se pierde su esencia o su eficacia.

Otro punto importante es que siempre el Estado deberá evitar entrar en una polémica o disyuntiva entre el deber del Estado *de no lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos* por un lado, y *el deber de protegerlos de forma activa* por otra parte, en caso en que se encuentre en esta disyuntiva, deberá siempre, con especial énfasis, considerar en primer lugar la prevalencia de la dignidad y los derechos individuales.

Los alcances y dimensiones cuanto al valor de la dignidad humana, evidencia que con el paso del tiempo se ha alcanzado tutelar, proteger y evitar lesionar los derechos fundamentales, principalmente el de la dignidad de la persona, basada, como se ha reiterado, en la importancia de la libertad e igualdad como parte de la dignidad, y que son esenciales en un Estado de Derecho como principios propios y oportunos de una democracia.

Es importante indicar que la dignidad humana influye sobre los mecanismos estatales para limitar el derecho a la libertad personal, tal es el caso de la

implementación de penas, a fin de evitar tratos crueles o denigrantes, prácticas humillantes con el propósito de lograr un trato digno y de respeto hacia las persona, aun si encuentra privada de libertad.

Conclusiones

1. Este artículo realiza un breve análisis del valor otorgado a la dignidad humana dentro de la amplitud del derecho, tomando en consideración que la dignidad es un valor para la esencia individual y social del ser humano. Dicha dignidad debe ser respetada de acuerdo a sus características y condiciones particulares, no dependiendo de ninguna condición o diferencia entre etnia, sexo o condición social, ya que es, en esencia, un valor inherente al ser humano.

2. Se concluye que al tratar *la dignidad humana*, debe de hacerse dentro de una esfera social y no individual, procurando el Estado satisfacer el ideal de una vida digna en sociedad, lo que significa satisfacer las necesidades básicas y primordiales, como es la alimentación, el derecho a una vivienda, a la salud, al trabajo y la educación. Cabe aclarar que una persona puede tener todos los derechos anteriormente descritos, pero no llevar una vida digna al dedicar su vida a actividades ilícitas o contrarias al buen vivir.

3. Las distintas definiciones planteadas sobre el concepto de 'dignidad, buscan el reconocimiento dentro del campo del derecho de un principio y derecho fundamental del ser humano. A la dignidad humana se le dan varias perspectivas, en el ámbito legal, religioso o popular, pero a pesar que existen varias definiciones y alcances que le puedan dar cada una de ellas, todas tienen en común que la dignidad es un valor absoluto, intrínseco y esencial.

4. El andamiaje jurídico emanado de órganos internacionales que conforman el control de convencionalidad, así como del órgano constitucional nacional, sustentan la importancia del reconocimiento a la dignidad humana, su observancia

y debida atención, debido que actualmente es violentada y no hay existe preocupación por parte de la sociedad ante dicha situación. Por el contrario, a veces es la misma sociedad la que vulnera los derechos del ser humano, al observar acciones de desigualdad con ciertos grupos humanos.

RECOMENDACIONES

La dignidad humana debe ser un estilo de vida en la sociedad; un modo de vivir, de esa forma prevalecería el bien común establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 1, en el cual se establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona. Asimismo establece en el artículo 2 que, dentro de los deberes del Estado esta garantizar a todos los habitantes de la República el desarrollo integral de la persona, enmarcando de esa forma la dignidad humana, en los aspectos de la vida, la libertad, la justicia, la seguridad y la paz, protegiendo las necesidades y condiciones diferentes de cada grupo social que habita en el territorio nacional.

El reconocimiento internacional y nacional del principio y derecho fundamental a la dignidad humana, busca evitar lesionar o vulnerar ese principio y lograr su protección y consideración necesaria. Esta premisa se logra a través de la seguridad jurídica, en la cual, dentro de un Estado de Derecho, garantiza una legislación coherente ante las necesidades de la población.

LEGAL COMPLIANCE

Licda. Flor de María Gálvez Barrios
Magistrada Presidenta Sala Primera de la
Corte de Apelaciones de Familia

El origen del término *LEGAL COMPLIANCE* aparece en el sector empresarial anglosajón y, específicamente en el financiero, obedeciendo a que este se considera la meca del sistema financiero europeo, además de que este siempre ha tenido una regulación bastante estricta o rigurosa. Aunado a lo anterior, también existen aspectos que pueden sumarse a su origen, por ejemplo, temas político-históricos como fue la guerra fría en los años setenta, y que es destacado por algunos autores. Al ser en el sector financiero donde primero se visualiza la necesidad de dar cumplimiento a toda la normativa existente y aplicable para llevar a cabo un trabajo confiable, las finanzas de las empresas son las que le brindan a la misma la solidez necesaria para subsistir y generar la confianza en sus clientes o usuarios; por lo que es fácil entender que esa es la razón por la que el *legal compliance* tiene su origen en aquel contexto.

Es así como nace la necesidad de asegurar el cumplimiento con toda la normativa o protocolos, los que en ocasiones son bastante complejos y que, en caso de no observarse, dan lugar a sanciones costosas. De esta manera dio origen a que se emplearan departamentos completos dedicados exclusivamente a asegurar el cumplimiento de aquella normativa, lo que en un principio significó que dicha tarea fuera realizada por los departamentos legales de las instituciones o empresas. Con el paso del tiempo, esta materia se fue especializando y copiando en distintos departamentos o áreas, pero con sus propias especificaciones hasta derivar en toda una profesión.

Del análisis de distintos documentos para la realización del presente estudio, se concluye que la utilización y generalización en algunos sectores del sistema

aludido, dio origen a la sistematización de este por medio de lo que fue denominado normas ISO, las cuales son específicas y destinadas a la gestión del cumplimiento.

Las normas ISO, que no son más que un conjunto de guías orientadas a ordenar la gestión de una empresa en sus distintos ambientes, son establecidas por la organización denominada International Standard Organization (ISO) y se componen de estándares y guías relacionadas con sistemas y herramientas específicas de gestión, aplicables a cualquier tipo de organización.

De esta manera se infiere que el *COMPLIANCE*, o cumplimiento como también ha sido llamado, no es más que el establecimiento de las políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa, incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados, cumplan con el marco normativo internacional aplicable.

El éxito de la institución estudiada se debe de manera especial a que en la aplicación del mismo ha surgido la especialización, de allí que el *COMPLIANCE* se ha convertido en los últimos años en un *TRENDING TOPIC* —TEMA DE TENDENCIA o DE MODA— dentro del mundo legal y empresarial, con un súper protagonismo que incluso ha dado origen a una nueva profesión, muy solicitada, como lo es el *COMPLIANCE OFFICER*.

Amén de lo anterior, y para comprender el papel del *compliance officer* —*CCO* – *CHIEF COMPLIANCE OFFICER* —, una encuesta reciente sobre sueldos y beneficios para profesionales ha revelado que los profesionales de cumplimiento constituyen una profesión bien remunerada, que arroja un promedio de ingresos anuales entre US\$ 150,000 y US\$ 180,000, lo que representa alrededor de US\$ 15,000 mensuales.

BENEFICIOS QUE APORTA

A partir de la implementación del *COMPLIANCE*, el resultado es que va generando un rendimiento que puede verse a través de clientes contentos y, por supuesto, clientes que vuelven a la empresa, o que solidifican las relaciones con el proveedor. Al mismo tiempo, trabajadores que ya no son considerados como tales, sino que se sienten como parte misma de las organizaciones, lo que genera fidelidad hacia la empresa o institución; y por lo tanto, en este ámbito, dejan de llamarse trabajadores para adquirir un nuevo término incluyente denominado 'colaboradores'.

Claro está que esta cultura o filosofía no se adquiere de la noche a la mañana, sino que más bien deriva como resultado de una serie de cambios dentro de cada organización y que requiere un gran esfuerzo; inicialmente implicará hasta el rechazo de los distintos integrantes de las instituciones, empresas u organizaciones.

Debe indicarse que el marco normativo que acompaña o da origen al cambio organizacional al que se ha hecho referencia, no contempla solamente las normas legales como leyes y reglamentos; sino que también involucra en el cambio las políticas internas, los compromisos con clientes, proveedores o terceros, y especialmente, los códigos éticos con los que la empresa se haya comprometido a respetar, ya que existe infinidad de casos concretos en los que una determinada actuación, si bien es cierto puede ser legal, no resulta ética. Este es el distintivo del *COMPLIANCE*.

Para lograr en una empresa o institución la implementación del **LEGAL COMPLIANCE**, se deben realizar cinco pasos que deben ser coordinados entre sí, debiendo planearse adecuadamente. Estos son:

Identificación. Deben identificarse los riesgos a los que se enfrenta la empresa teniendo en cuenta su severidad e impacto y la probabilidad de que se den.

Prevención. Una vez conocidos los riesgos, se deben diseñar e implementar procedimientos de control que protejan a la empresa.

Monitorización y Detección. La efectividad de los controles implementados debe ser supervisada, informando a la dirección de la exposición de la empresa a los riesgos, y realizando las auditorías periódicas que sean precisas.

Resolución. Cuando a pesar de todos los cuidados surge algún problema de cumplimiento, debe trabajarse inmediatamente para su solución.

Asesoramiento. Tanto directivos como trabajadores deben recibir toda la información necesaria para llevar a cabo su trabajo de acuerdo con la normativa vigente.

ELEMENTOS

Tal y como se había explicado anteriormente, *COMPLIANCE*, o sistemas de gestión de cumplimiento, no es ni más ni menos que el conjunto de procedimientos y buenas prácticas (elementos) adoptadas por las empresas o instituciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan, con el fin de establecer mecanismos internos de prevención, gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos.

Una vez explicado el concepto, encontramos como primer componente del *LEGAL COMPLIANCE* la existencia del elemento esencial: el convencimiento de los directivos de una empresa o entidad de querer adoptar este sistema para que cobre vida dentro de aquellas; convencimiento que no solo debe existir en una persona, sino que debe estar en el subconsciente y razón de cada una de las cabezas que dirigen la organización. Sin duda, esta parte constituye el reto más difícil, pues solo podrá echarse a andar un proyecto de esta naturaleza si existe de primero en el corazón y razón de quienes dirigen la empresa. Se debe estar consciente que, como seres humanos, existe resistencia al cambio, menos aún

cuando se esta en una zona de confort. Este es el principal obstáculo para implementar este sistema en el sector público, no obstante, este segmento (sector público) se tratará de manera especial en el apartado correspondiente del presente artículo.

Una vez agotado el paso anterior, se toma como elemento del sistema en estudio el tipo de normas que constituirán nuestro propio *COMPLIANCE*. Este depende de cada empresa o entidad así como de las actividades o servicios que presten, y es aquí donde se encuentran diversos tipos de normas, ya sean legales o voluntarias.

Significa que dependerá de cada empresa u organización el adoptar el compromiso de cumplir con los requisitos, no solo legales de aplicación, sino que también decidirá sobre los que voluntariamente adoptaran y que se encuentran basados en los valores esenciales de la organización.

De allí que el *COMPLIANCE* puede trabajarse con dos tipos de normativas: *HARD LAW* y *SOFT LAW*.

Las primeras se refieren a las normas de carácter jurídico cuyo cumplimiento es obligatorio, tales como leyes nacionales, normas y directrices nacionales e internacionales de cumplimiento obligatorio.

Las segundas son prácticas voluntarias que han asumido las empresas o instituciones y, a pesar que no son obligatorias en sentido legal, poseen fuerza autoritaria, es el caso de recomendaciones o directrices bajo estándares privados nacionales e internacionales.

ORIGEN DE LAS NORMAS DE CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO

Estas normas han nacido como consecuencia de la globalización, ya que al haberse incrementado la complejidad de la verificación de las normas legales a

nivel general, también existe para los Estados la dificultad de su verificación, por lo que al darse el incremento y complejidad de las normas legales que son de aplicabilidad obligatoria a la actividad empresarial, requirieren la implementación de instrumentos que faciliten la comprensión y el adecuado cumplimiento de las mismas. En el mismo sentido, se hace necesario que los miembros de la organización conozcan los valores y prácticas voluntarias con los que se ha comprometido la empresa o institución, y que se constituyen como normas voluntarias.

De la complejidad de lo anteriormente expuesto, así como la poca especialización estatal para la verificación legal de los mercados transnacionales donde estas operan, provocan que al mismo Estado le sea difícil legislar respecto de los nuevos modelos de negocios que van surgiendo, así como inspeccionar su cumplimiento. De allí deriva la autoregulación como una posible solución a dicho problema; constituyéndose plenamente en un tema de voluntad.

Como ejemplo de lo anteriormente expresado, encontramos actividades como el denominado servicio de taxis “Uber”, o el servicio de hospedaje “Airb&b”, mercados con los cuales a los Estados se les ha dificultado la verificación de cumplimiento de normas legales, y que dicho sea de paso, en Guatemala se encuentran operando de alguna manera abierta y libre, sin que el Estado tenga alguna participación en la verificación y cumplimiento de normas legales, menos aún la comprobación del pago de impuestos.

Esta situación dio origen que, en otras latitudes, las empresas privadas han recurrido a la AUTORREGULACIÓN, que puede conceptualizarse como la devolución de parte de la autoridad reguladora del Estado a los actores del sector privado; y puede llegar a definirse como una forma de autoimposición voluntaria de normas o códigos de conducta por parte de las organizaciones.

Las normas voluntarias de las que se viene hablando pueden manifestarse de

diferentes maneras, por ejemplo:

- Ética empresarial
- Responsabilidad Social Corporativa (RSC)
- Buen gobierno
- Cumplimiento

Las ideas anteriores y siempre dentro del tema de las normas voluntarias, conducen al campo de los denominados Códigos de Conducta, que no son más que reglas de comportamiento no exigidas por la ley, pero voluntariamente establecidas por los interesados, quienes dan publicidad a su compromiso de actuar conforme a estas reglas, siempre armonizadas con el Derecho aplicable.

También debe indicarse que existen diferentes tipos de autorregulación, atendiendo a la relación que esta guarda con el ordenamiento jurídico y los órganos estatales o, lo que es lo mismo, el grado de voluntariedad:

- **Autorregulación voluntaria:** El Código ético de una organización.
- **Autorregulación regulada:** Como ejemplo de éstas se tiene el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo, en cuyo artículo 27 de la Directiva europea de protección de datos, 95/46/CE, regula este aspecto
- **Autorregulación estimulada:** El artículo 31 bis 2 del Código Penal de España que incentiva la autorregulación mediante sanciones positivas.

Siempre dentro de marco del tema de las normas o códigos voluntarios, se llega a las normas **ISO 19600 SISTEMA DE GESTION DE CUMPLIMIENTO**, que de acuerdo a Colom (2015), *“(...) este sistema normativo constituye el mejor ejemplo de normas de cumplimiento voluntario cuyo contexto involucra dependiendo de la naturaleza de la propia organización:*

Liderazgo

Planificación

Soporte

Operación

Evaluación del desempeño

Mejora

La norma ISO 19600 de Sistemas de Gestión de *Compliance*, contiene características muy particulares que la hacen diferente de otras normas ISO, ya que lo normal es que se centren en expedir certificaciones. Sin embargo, en la normativa indicada no se trata de una obligación legal, sino que establece recomendaciones válidas para todo tipo de empresas en función de su naturaleza, complejidad, estructura y tamaño.

CONCLUSIONES

La implementación de las normas de cumplimiento en entidades públicas o privadas redundará en beneficio de los usuarios o clientes, garantizando un excelente servicio, a la vez que transparenta las funciones que se realizan, de donde deviene que la implementación de la normativa ISO en el Organismo Judicial en la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil, así como varias dependencias administrativas de la Corte Suprema de Justicia, constituye un cambio y mejora en las funciones que se realizan.

LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO POLÍTICA CRIMINAL

Dr. Carlos Patricio Rodríguez Meza

1. Prevención del delito

Prevenir el delito es una de las funciones político-criminales del Estado y debe llevarlo a cabo por medio de la ciencia, así como de su legislación penal. Prevención, según el diccionario jurídico significa: “*Anticipado conocimiento de un mal o perjuicio*” (Cabanellas de Torres, 2014, pág. 255), en cuyo caso, el Estado es quien anticipa el mal que produce el delito, para evitarlo. Por consiguiente, la palabra prevención, desde un punto de vista jurídico y más propiamente desde un punto de vista penal, habrá que ligarla indefectiblemente, al concepto de evitar.

La prevención del delito es en sí, el conjunto de medidas y acciones que planifica y ejecuta un Estado para evitar la conducta delictiva de los ciudadanos. Se trata de medidas para erradicar el delito antes de que este sea cometido. Hay que advertir que, siendo así, pudiera llegar a confundirse el papel de la política criminal con el de la criminología y relacionar la prevención del delito con cambios en la conducta exterior del individuo. Esto, en el pasado, como quedó explicado anteriormente, ha conducido a una parte de la doctrina penal, a considerar que la política criminal no es más que la criminología, en cuyo caso se confunde el papel de una con el de la otra y, subsecuentemente, se queda sin sustancia una de las dos.

Si la postura esbozada fuera la correcta, entonces el papel de la política criminal procedería aplicarla al tratamiento individual o colectivo de los ciudadanos para lograr cambios en sus actitudes, en sus conductas, en sus acciones externas, pero trabajando una especie de tratamiento para cambiar sus condicionamientos, denominados más propiamente en el ámbito de la criminología: factores criminógenos.

Considerar a la política criminal como tal, condujo en el pasado más remoto a acoger en el derecho penal teorías como la del delincuente nato, o bien, a creer que los ciudadanos que delinquen lo hacen por condicionamientos psicológicos, genéticos o biológicos propios de la psiquiatría forense. Esta postura, aunque no absolutamente descartable, se ha comprobado que no aplica a la generalidad de tipos penales, y que los métodos a los que condujo son hoy, de muy infausta recordación. Es preciso ejemplificar lo que se indica con aquellos casos en los que se empleó en los individuos terapia de choque eléctrico para lograr cambios en sus conductas socialmente antijurídicas. Más deafortunado, cuando se consideraba que el delincuente ya no podía ser “rescatable”, se le aplicaban penas aun más inhumanas, como el caso de aquellos condenados por robo a quienes se les amputaban las manos.

La prevención del delito como política criminal del Estado, consiste en un estudio técnico de la incidencia en la comisión de crímenes, determinando el grado de riesgo que enfrentan los distintos bienes jurídicos tutelados, y conformar la programación de un conjunto de medidas pre y post delictuales, que garanticen la disminución en la curva estadística de su comisión, y que asimismo, contemplen como un objetivo real, la erradicación de su práctica antijurídica y ofensiva a la sociedad.

Cuando se establecen como punto de partida los bienes jurídicos tutelados y la preocupación de la vulnerabilidad de estos, que a la vez, derivan de la necesidad de brindar seguridad ciudadana, se están sentando las bases de la victimización.

Entre estas medidas se encuentra el desarrollo de planes y programas de contingencia, cuya entidad ejecutora puede ser entre otras, las fuerzas policíacas. El contacto con miembros de la comunidad que sirva para el desarrollo de algunas acciones conjuntas entre policía y sociedad civil, o bien el simple hecho de la divulgación de los riesgos a los que se exponen las personas con cierta clase de

prácticas afines a determinados actos preparatorios de delitos, siendo en algunos casos, ajenos a las intenciones originales o la buena fe de las personas. Ejemplo de esto se tiene en delitos en los que personas, de buena voluntad, puedan ser sorprendidas en su proceder al prestar su nombre, y que el mismo fuese utilizado para llevar a cabo una felonía contra el Estado, como defraudación, fraude de ley etc.

Otras medidas de política criminal las constituyen las reformas legales, que puedan conducir a la denominada prevención general, nombrada también por determinado sector de la doctrina como de intimidación, por virtud de la cual se amenaza a la población con sanciones específicas a conductas concretas (tipos penales más desarrollados).

Las mencionadas anteriormente constituyen medidas predelictuales, con la intención de que la ciudadanía no caiga en la comisión de ninguno de los actos preparatorios o de ejecución de un delito.

Entre las acciones postdelictuales, se tiene la llamada prevención especial, es decir, la aplicación de la consecuencia jurídica regulada en ley para determinado tipo penal, y que realiza el juez en aplicación de la legislación vigente, al sujeto que ha resultado culpable de la comisión de delito en proceso penal.

Además de lo anterior, también pueden mencionarse las medidas aplicables en la ejecución de la pena, medida postdelictual clásica, que tiene por objeto prevenir el delito en el sujeto que ha sido condenado, con la intención de que este no vuelva a delinquir una vez que cumpla su condena. En este caso, se trata de lograr una adecuada política penitenciaria que permita la verdadera rehabilitación del condenado. Todas estas acciones en su conjunto, representan a saber, medidas de política criminal para prevenir el delito.

La prevención del delito involucra tres fases. En el caso de la prevención en

primera ratio, la misma va dirigida a la generalidad de la población; en la segunda, ya se ha identificado a personas más proclives a cometer el delito que se pretende evitar; y finalmente, en la prevención en tercera fase, se trata de aplicar medidas a sujetos que ya han sido judicialmente identificados como delincuentes, es decir, los condenados.

2. La prevención como criminología o como política criminal

Existe cierto nivel de discrepancia en cuanto a si la prevención en el delito es un tema de criminología, como lo toma la mayoría de documentos escritos al respecto, o bien, si es un tema de política criminal. Pero también es posible distinguir una posición ecléctica al respecto, puesto que aquellos autores como Francisco Muñoz Conde que consideran a la política criminal más bien como “política criminológica” (Muñoz Conde, 1993, pág. 43), consideran de paso que la prevención del delito es una política criminal que se basa en la criminología.

Para examinar cada una de las posturas, es necesario referirse a cada una de ellas por separado. Al respecto de realizar tal análisis a continuación, cabe mencionar que, si se hace tal esfuerzo, poco explorado anteriormente, esto obedece al interés que para el presente estudio representa la verdadera naturaleza de la prevención en el delito, puesto que, desprovéyéndolo de todo tipo de carácter jurídico, quedaría como tema de ciencias del ser y no del deber ser como lo es la ciencia del derecho y, especialmente en forma integral, la del derecho penal. En ese caso, la prevención del delito de lavado de dinero u otros activos no operaría como política criminal en el ámbito jurídico, sino como problema de la criminología y las ciencias conductuales.

En primer término, se tiene la prevención del delito en cuanto a lograr cambios en las actitudes o comportamientos de los seres humanos. Esto indica que, si un individuo tiene la patología de apropiarse de lo que no es de él, entonces debe

aplicársele tratamiento en forma personal. Esto indicaría que la prevención del delito en tal caso, sería objeto de estudio, análisis y ejecución de las ciencias conductuales, entre las que cabe mencionar, como parte del derecho penal, a la psicología o la psiquiatría forense, todas dirigidas y ordenadas por la criminología. Otro ejemplo lo constituyen las acciones del Estado dirigidas en fase predelictual a lograr que el individuo se abstenga de cometer delito. En tal sentido, se trabaja en los colegios, institutos, escuelas, fábricas, comunidades etc., dando charlas y haciendo trabajo de concienciación por medio de campañas de divulgación en los que, si bien es cierto, pueden trabajar las instituciones de seguridad pública del Estado, no por ello significa más que política social. Cualquier plan educativo entra en la naturaleza social de las políticas estatales. El carácter jurídico se reduce en ellas de forma notable, hasta su desaparición.

Enfocar la prevención del delito, en la forma en que se indica hasta aquí, es una manera plausible, sin embargo, no es jurídica. La naturaleza de la prevención del delito en este caso, es social.

La crítica para esta concepción de la prevención del delito, deriva de que desde este punto de vista, los autores se pierden en sus cavilaciones porque llegan incluso a considerar que no existe una política criminal sino una política social; o bien, lo que es lo mismo, que la política criminal no es más que política social. El problema en tal sentido, es que se excluye el componente jurídico, y al hacerlo, se condena a los planes de prevención a carecer de esta lateralidad. Por otro lado, es procedente analizar por qué es importante considerar siempre el carácter jurídico de la prevención del delito, porque siendo política social o no, esta corresponde al derecho penal, y este indudablemente es de naturaleza jurídica. Si se niega este hecho, entonces no habría psicología forense, sino solo psicología. No habría psiquiatría forense, sino solo psiquiatría. Ya no habría necesidad de la lateralidad jurídica en ellas, incluso no habría necesidad de criminología y los aspectos criminógenos caerían en el orden de las disciplinas éticas y morales.

Quienes confieren absoluta razón a este tipo de concepción de la prevención del delito, difícilmente podrían aplicar a la parte represiva del derecho penal, el carácter de prevención y la aplicación de penas, así como el tema de su cuantificación, y todo a la ejecución de la pena privativa de libertad, serían constructos que caerían en cualquier otro punto de vista menos en el de prevención. Lo que no tendría una solución adecuada a derecho entonces es el objeto de la rehabilitación o la reeducación.

La segunda postura, por el contrario, plantea la prevención del delito como de naturaleza jurídica. En este sentido, las políticas preventivas de Estado entrarían evidentemente en el ámbito de la rama criminal *per se*. Cualquier plan elaborado por el Estado obedece, en este caso, a concepciones de tipo jurídico. Si lo que se busca es frenar la inseguridad ciudadana por la continuidad de robos, por ejemplo, y con base en esa necesidad se aplica una serie de programas de divulgación acerca de las penas relativas al delito de robo en cualquier institución educativa o no, dicha acción entraría entre los asuntos jurídicos del Estado y la política criminal en ese sentido serviría de orientación al justificante para llevarla a cabo, cual podría ser la de que el Estado de cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de brindar seguridad a la población.

Visto de la manera en que se plantea, como es notorio, también resulta un poco ambiguo y confuso el carácter exclusivamente jurídico de la prevención en el delito. Existen planes educativos que ciertamente forman parte de la política criminal de Estado, como pueden ser los programas penitenciarios de rehabilitación al delincuente. Esto se entiende como parte del sistema de aplicación de pena y tiene un carácter jurídico más que demostrado. Se trata de prevención del delito en fase represiva no pre-delictual sino lo contrario, post-delictual. Ahora bien, aplicar este mismo concepto al hecho de las acciones llevadas a cabo en colegios y escuelas para enseñar a los educandos a no delinquir, parece una exacerbación del componente jurídico y queda más adecuado al concepto de política social preventiva del delito.

Existen planes educativos que ciertamente forman parte de la política criminal de Estado, como pueden ser los programas penitenciarios de rehabilitación al delincuente.

Entre los planes de prevención del delito, se han contemplado durante décadas la posibilidad de elevar los niveles de vida de la población, para que los miembros de este conglomerado social (especialmente los más pobres) no incurran en actividades delictivas.

Este tipo de política se ajusta más al carácter social de las medidas del Estado, incluso sabiéndose que sus resultados no son exclusivamente preventivos del delito, sino una obligación constitucional del Estado, y que sus resultados se verán a mucho más largo plazo que cualquier otro intento estatal por frenar la criminalidad.

Revisadas tanto las posturas que pretenden ver a la prevención como un asunto social, y las que lo hacen como tema jurídico, es procedente ahora explorar una tercera postura, en la que la prevención del delito tiene una naturaleza ecléctica entre social y lo jurídico conjuntamente.

Esta parece ser una postura más idónea a la concepción de la prevención del delito. Claramente, si se trata de programas educativos predelictuales, o incluso divulgativos, de mera información en medios de comunicación masiva, una medida en tal sentido puede considerarse como política social. Sin embargo, no puede concebirse la prevención del delito en tal sentido, como exclusivamente social y relacionar necesariamente a las medidas preventivas que el Estado activa, como una política social no criminal.

Se puede afirmar que es una política criminal de carácter social, por cuanto para

llevarse a cabo y para estructurar su contenido y diseño, debe especialmente tomar en cuenta los estudios criminológicos, y con base en ellos, partir de una orientación de política criminal estatal determinada.

Es claro entonces que los componentes de un plan preventivo desde este punto de vista ha de considerar distintos factores en forma integral, granítica: factores criminógenos, estadística delincencial, efectividad de aplicación de la justicia penal y factores meramente preventivos: pre y postdelictuales. No puede haber consistencia en un plan divulgativo o educativo sobre las penas relativas a determinado delito, si la población no tiene en el momento en que se ejecuta tal plan, la confianza en su sistema judicial y ahí entonces, queda probada, la relación estrechísima entre una medida educativa de carácter social, con los factores jurídicos.

Por consiguiente, de todo lo analizado hasta aquí, la prevención en el delito tiene naturaleza ecléctica pues se sirve de dos componentes: jurídico y social. En otras palabras, las medidas implementadas por el Estado para prevenir el delito tienen tanto de jurídico como de social. Por tal virtud, la prevención en el delito es política criminal *per se*, aunque ciertos tipos de prevención tengan carácter social y persigan fines sociales. Cuáles son los fines del derecho penal y cuáles los medios para alcanzarlos, cualquier debate en torno a tales cuestiones será: política criminal, y esto incluye indudablemente aspectos preventivos del delito desde un punto vista jurídico y social.

Bibliografía

Cabanellas de Torres, G. (2014). **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Heliasta SRL.

Muñoz Conde, F. (1993). **Teoría del delito**. Barcelona: Tirant lo Blanch.

OBLIGACION DEL JUEZ DE PRONUNCIARSE SOBRE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO, AL AUTORIZARLO DENTRO DE UN CONFLICTO COLECTIVO DE CARÁCTER ECONÓMICO SOCIAL

Fredy López Contreras

A) PREVENCIONES

La negociación colectiva es una parte esencial del Derecho del Trabajo de beneficio a la clase trabajadora en conjunto de determinada empresa o sector laboral, a través de la cual se obtienen mejoras en los aspectos económicos y sociales, que se puede realizar voluntariamente por acuerdo entre las partes o bien promover judicialmente a través de un conflicto colectivo de carácter económico social ante Juez competente y si se tratare de la negociación de un pacto colectivo de condiciones de trabajo, únicamente lo podrán plantear los sindicatos debidamente establecidos.

Al acudir a la vía jurisdiccional un sindicato o grupo coaligado a plantear un conflicto colectivo de carácter económico social, inmediatamente entra en vigencia la protección al trabajador la cual se hace efectiva a partir del momento de recepción del memorial respectivo, es decir, a partir del momento en que se estampa el sello de recepción a la solicitud conocida también como demanda colectiva. Seguidamente el Juez admite para su trámite el conflicto colectivo planteado y ordena las prevenciones que consisten en que ninguna de las partes deberá tomar represalias ni impedir el ejercicio de los derechos y específicamente a la parte empleadora, que ningún trabajador de la empresa o entidad donde surgió el conflicto será despedido sin autorización judicial, orden que perdura durante el trámite del proceso en todas sus instancias hasta la huelga o bien hasta que se deje sin efecto el trámite del conflicto. La contravención a ese mandamiento judicial conlleva la orden de reinstalación ante la denuncia del despido y el pago de los salarios y

demás prestaciones laborales dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo fuera el trabajador, mas una multa que se duplicará en caso de reincidencia.

Las prevenciones que se dictan en el trámite del conflicto colectivo de carácter económico social, son de vital importancia porque son los pilares de la estabilidad laboral, mientras se dilucida el problema; se puede decir que las prevenciones de igual manera que el pliego de peticiones, son la parte medular, ya que sin ellas el procedimiento no tendría ninguna eficacia jurídica y prácticamente sería nulo en virtud de que todos los trabajadores intervinientes, sindicato o grupo coaligado que acordó el planteamiento del conflicto, serían despedidos inmediatamente, lo que tendría como consecuencia que no prosperaría pues nadie se arriesgaría a continuar con el trámite, ante la amenaza latente de despido y como consecuencia la negociación colectiva sería inexistente pues solo se tendría en la normativa constitucional y legal pero en la práctica no se obtendría ningún resultado.

Para tratar de definir las prevenciones que comúnmente son mal denominadas “*emplazamiento*”, lo cual es impropio, se consulta el Diccionario de la Real Academia Española, el cual indica que prevención es “*Preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo*”. (Diccionario de la RAE. <https://dle.rae.es/?id=U9Cow1I>). Cabanellas determina que prevención es “*preparación, disposición anticipada de lo necesario para un fin (...) Advertencia aviso (...) Práctica de las diligencias necesarias para evitar un riesgo...*”. Guillermo Cabanellas de Torres. Diccionario Jurídico Elemental. Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas Editorial Heliasta. (Pag. 319).

Se pueden definir entonces las prevenciones como “*La orden de Juez competente dentro de un conflicto colectivo de carácter económico social dirigida a las partes de no tomar represalias ni impedir el ejercicio de sus derechos y para preservar la estabilidad laboral de los trabajadores mientras se resuelve el asunto*”; a través de las cuales se pretende evitar:

- a) Represalias. Si bien van dirigidas a la partes, es la parte empleadora la proclive a tomar represalias contra el trabajador por el planteamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social, que pueden ser de diversas

formas como traslados, cambio de condiciones de trabajo, despidos, etcétera.

- b) Impedir el ejercicio de los derechos. Se trata de evitar que la parte patronal ejecute actos que impidan el ejercicio de los derechos de quienes intervienen en el conflicto como de todos los trabajadores de determinado centro de trabajo aún de quienes no firmaron el pliego de peticiones.

Así también un propósito importante que persiguen las prevenciones tal vez el mas importante:

- c) La Estabilidad laboral. De las represalias quizás la mas grave que un empleador puede tomar, es el despido. Para evitar que suceda, las prevenciones taxativamente ordenan que ningún trabajador pueda ser despedido, sin autorización judicial, gestión que se tramitará en incidente, siendo éste el mandamiento que mas incomoda a los empleadores al no poder despedir directa y especialmente a los organizadores o dirigentes del movimiento.

Fundamento constitucional y legal

La negociación colectiva tiene rango constitucional y está contenida en el artículo 106 de la Constitución Política de la República, el cual determina: *“Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva”*. Se puede afirmar entonces, que las prevenciones son parte medular de la negociación colectiva que es precisamente lo que se pretende a través del planteamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social, las cuales están taxativamente establecidas en los artículos 379 y 380 del Código de Trabajo, los cuales determinan:

“Artículo 379. Desde el momento en que se entregue el pliego de peticiones al Juez respectivo, se entenderá planteado el conflicto para el solo efecto de que patronos y trabajadores no puedan tomar la menor represalia uno contra el otro, ni impedirse el ejercicio de sus derechos...”.

“ARTICULO 380. A partir del momento a que se refiere el artículo anterior toda terminación de contratos de trabajo en la empresa en que se ha planteado el conflicto, aunque se trate de trabajadores, que no han suscrito el pliego de

peticiones o que no hubieren adherido al conflicto respectivo, deberá ser autorizada por el Juez quien tramitará el asunto en forma de incidente y sin que la resolución definitiva que se dicte prejuzgue sobre la justicia o injusticia del despido...”.

B) DE LA AUTORIZACION PARA EL DESPIDO

De conformidad con la norma citada, la autorización de despido, se tramitará en incidente y la ordenará el juez **sin que la resolución final prejuzgue sobre la justicia o injusticia del despido.** Es importante hacer un análisis sobre la improcedencia de las resoluciones que facultan el despido dentro de un conflicto colectivo de carácter económico social, con esa salvedad, aspecto que constituye lo medular del presente análisis, ya que resulta necesario profundizar sobre la actitud del Juzgador si puede ordenar o no, un despido sin que le importen el origen y las consecuencias de dicho despido, ya que en cumplimiento de esa norma, la resolución se dicta de esa manera.

De conformidad con el párrafo citado del artículo 380, el Juez tiene facultad sin ninguna limitación para ordenar un despido, basta únicamente que se le solicite. Así como está redactada la norma, el Juez se convierte en un simple receptor de solicitudes con potestad para autorizar un despido sin ninguna función de juzgador pues ordenar el despido sin que la resolución prejuzgue sobre la justicia o injusticia del despido, aleja totalmente al juez de su función que es juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, ya que conforme la norma relacionada, sencillamente se debe solicitar al Juez competente la autorización para el despido sin ninguna formalidad y éste la podrá ordenar sin razón y obviamente sin medios de prueba, lo que conlleva la consecuencia negativa al trabajador de tener que acudir a un órgano jurisdiccional a que el patrono le pruebe la causa del despido para tener derecho de indemnización por tiempo de servicio y demás prestaciones, situación que de no haber conciliación durará años.

La Corte de Constitucionalidad a través de su doctrina legal acorde a las dos normas citadas, determinó como condiciones para ordenar el despido:

- A) Que no se trate de represalias
- B) Que no afecte el movimiento. Sentencias del 16-11-2015, dictada en el expediente 3270-2015; Sentencia del 3-12-2015 emitida en el expediente 2600-

2015 y del 6-4-2016 tres de diciembre de dos mil quince en el expediente 2600-2015.

A través de esa doctrina legal se impone al juez la obligación de observar esas dos razones, sin embargo queda muy amplia en relación a las funciones del Juzgador, como se establece a continuación:

- A) El término represalias es subjetivo pues únicamente el patrono sabe la razón por la cual solicita el despido, quien siempre dirá que no se trata de represalias, mientras el Juez no puede interiorizar en el solicitante para llegar a la verdad.
- B) Que no afecte el movimiento es un criterio también muy amplio. En efecto, es de suponer que dependiendo del número de trabajadores que apoyan y del número de trabajadores a despedir, el movimiento se verá afectado, o bien puede ocurrir que el despido de un grupo de trabajadores no tenga incidencia en el conflicto y se pueda realizar con un grupo minoritario, caso en el cual pueden ser objeto de despido quienes sean designados por el patrono.

Se establece entonces que aún con las limitaciones impuestas por la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad el Juez sigue facultado para autorizar el despido que se le solicite, sin que la resolución final prejuzgue sobre la justicia o injusticia del despido, lo cual contradice su mandato,

De la Derogatoria del párrafo relacionado de la norma

El párrafo citado del artículo 380 del Código de Trabajo, que determina ***“sin que la resolución definitiva que se dicte prejuzgue sobre la justicia o injusticia del despido”*** está derogado, como se explica a continuación:

Se debe recordar que el Código de Trabajo fue promulgado en mil novecientos sesenta y uno. De conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en mil novecientos ochenta y cinco (Ley posterior), *“Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”*, de manera que por mandato constitucional, el Juez debe juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, en ese sentido la norma constitucional (artículo 203), deviene incompatible con el párrafo citado del artículo 380 del Código de Trabajo, en consecuencia de conformidad con el artículo 8 inciso b) de la Ley del Organismo Judicial, dicho párrafo (del artículo 380 del Código de Trabajo) está derogado y en observancia de la jerarquía de las normas, de conformidad con el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, prevalece la norma constitucional. El artículo 3 de la Ley de la Carrera Judicial, detemrina: “... Los

jueces y magistrados están obligados a procurar un rendimiento satisfactorio en el ejercicio de sus funciones, de manera que contribuyan a una pronta y eficaz administración de justicia". Además acorde a la definición de Cabanellas "justicia" consiste en "administrar Justicia" (página 222 Diccionario citado) que atendiendo el concepto del mismo autor, justicia es "Supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo según el pensamiento (...) Equidad" (páginas 222 y 223 Diccionario citado).

Partiendo de la normativa constitucional y ordinaria así como las definiciones citadas, no puede un administrador de justicia cuya función principal es juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, emitir una resolución en la cual no resuelva sobre la justicia o injusticia del despido, es decir, sin que le importe el origen del despido y que el trabajador se vea obligado a acudir a un juicio ordinario para que le prueben la justicia del despido y evidentemente se autoriza un despido sin ninguna justificación lo que vulnera la estabilidad laboral del trabajador, en tanto que el Juez incumple su función de juzgar, convirtiéndose en un simple receptor de solicitudes.

CONCLUSIONES:

De lo anterior se concluye:

- a) El párrafo *"sin que la resolución definitiva que se dicte prejuzgue sobre la justicia o injusticia del despido"*, del artículo 380 del Código de Trabajo, fue derogado por el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en consecuencia, es improcedente la resolución a través de la cual se autoriza el despido de un trabajador cuando hay prevenciones, que se emite *"sin que la resolución definitiva que se dicte prejuzgue sobre la justicia o injusticia del despido"*.
- b) El Juez en su calidad de administrador de justicia, actúa contra su propio mandamiento al autorizar el despido de un trabajador sin que la resolución que se dicte prejuzgue sobre la justicia o injusticia del mismo porque su deber es juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.
- c) El Juez, en la resolución definitiva que dicte en la cual autoriza el despido de un trabajador al existir prevenciones ordenadas dentro de conflicto colectivo de carácter económico social, se debe pronunciar sobre la procedencia o

improcedencia del mismo con base en las razones esgrimidas por el solicitante y los medios de prueba aportados al incidente.

BIBLIOGRAFIA

Diccionario de la Lengua Española Edición del Tricentenario. Actualización 2018.

<https://dle.rae.es/?id=U9Cow1I>)

Guillermo Cabanellas de Torres. Diccionario Jurídico Elemental. Edición

Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

Editorial Heliasta.