ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Instituto de Magistrados de
la Corte de Apelaciones

Junta Directiva 2021 - 2022

Revista Tribuna Jurídica

IX CONGRESO JURÍDICO
La Función Juridisccional dentro del Estado Constitucional de Derecho

Edición No. 6

Guatemala, 2022

Revista Tribuna Jurídica

CRÉDITOS

Bajo la coordinación y redacción de:
Igmain Galicia Pimentel
Luis Alberto Hernández Arrivillaga

Con la colaboración de:
Jaime Amilcar González
Roaldo Isaias Chávez Pérez
Teódulo Idelfonso Cifuentes Maldonado
Carlos Rodimiro Lucero Paz
Nicolás Cuxil Guitz
Kimberly Yuman Ovalle

Con el apoyo de:
Magistrada Silvia Patricia Váldes Quezada
Presidente del Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia

Secretaría de Comunicación Social y Protocolo del Organismo Judicial

Diseño y Diagramación:
Perla Sofía Guzmán

Revista Tribuna Jurídica

Contenido

Página 4 **Junta Directiva**

Página 5 **Editorial**

Página 6 **Sección Académica**

- El constitucionalismo guatemalteco a lo largo de la historia
- Improcedencia de la garantía pedida al demandante cuando la parte demandada ha sido declarada rebelde en una resolución que ha cobrado firmeza
- Análisis de la tesis denominada: LA INDIA COMO SIRVIENTA de la autora: Aura Estela Cumes Simón
- Control de convencionalidad y derechos implícitos
- Organismo Judicial: Implementación del modelo de atención victimológico a mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia.
- Control de convencionalidad y constitucionalidad en la negociación colectiva en Guatemala
- La arbitrabilidad

Página 45 **Actividades**

Página 49 **Congreso Juridico**

Página 55 **Nota de Pésame**

JUNTA DIRECTIVA
2021-2022

Igmain Galicia Pimentel
Presidente

Teodulo Idelfonso Cifuentes Maldonado
Primer Vicepresidente

Mario René Guerra Lucas
Segundo Vicepresidente

Roaldo Isaias Chávez Pérez
Secretario

Carlos Rodimiro Lucero Paz
Pro-Secretario

Jaime Amilcar González Dávila
Tesorero

Aracely Amaya Fabian
Pro-Tesorero

Giovanni Francisco Soto Santos
Vocal Primero

Benicia Contreras Calderón
Vocal Segundo

Francisco Medrano Zapeta
Vocal Tercero

Luis Alberto Hernández Arrivillaga
Vocal Cuarto

Henry Alejandro Elías Wilson
Vocal Quinto

Fausto Fernando Maldonado Méndez
Vocal Sexto

Karen Jaquelina Sierra Castillo
Vocal Séptimo

Nicolás Cuxil Güitz
Vocal Octavo

EDITORIAL

En esta oportunidad se reconoce y felicita a los Honorables Magistrados de Salas de las Cortes de Apelaciones de toda la República de Guatemala, el cumplimiento del mandato constitucional en la impartición de justicia, pronta y cumplida en estos tiempos de pandemia que se atraviesa a nivel nacional, dentro del cual han perdido la vida, compañeras y compañeros magistrados, en el cumplimiento de su trabajo, nuestro señor los tenga en su gloria.

Es de resaltar la importante asistencia de los Honorables Magistrados de la Corte de Constitucionalidad Nester Vasquez Pimentel, Rony López Contreras y Claudia Paniagua Pérez, de la Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, Patricia Valdés Quezada y Magistrado Manuel Duarte Barrera, así como la asistencia y participación de más del 95% de todos los Magistrados y de las Corte de Apelaciones de todo el País, al acto inaural y desarrollo, del IX Congreso Jurídico denominado "LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DENTRO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO", el cual se llevó a cabo en la ciudad colonial de Antigua Guatemala, los días 1 y 2 de junio del año 2022; el cual fue todo un éxito. Fue muy valiosa y fundamental la participación las conferencias de: Magistrado Manuel Duarte Barrera quién desarrolló el tema "Importancia de la Independencia Judicial en el Estado de Derecho Constitucional", Doctor Saúl González Cabrera quién expuso el tema "Estándares Nacionales e Internacionales de la Prisiòn Preventiva", el Doctor Edgar Ralón Orellana dio la conferencia "Observaciones de Convenios Internacionales en la aplicación de la Justicia Guatemalteca", y por último el Doctor Omar Barrios, disertó sobre el tema "Procesos Judiciales y los medios de Comunicaciòn Social"; va para estos honorables juristas nuestro agradecimiento y reconocimiento por el apoyo académico dado al desarrollo de nuestro IX Congreso Jurídico.

Quedó claro que el fortalecimiento al sistema de justicia implica una estricta observancia a la imparcialidad por parte de Jueces y Magistrados, al dictar sus respectivas resoluciones, y que las mismas pueden ser impugnadas a través de los recursos que contemplan las leyes respectivas, y no por los medios de comunicación social, pues éstos y redes sociales si, en determinados momentos presionan la Independencia Judicial que debemos gozar jueces y Magistrados que impartimos justicia; en mi opinión, en Guatemala se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial. La transparencia, el rigor y la independencia judicial del día a día en la labor de mis compañeros Magistrados son tan imprescindibles, como una cobertura periodística especializada, veraz y

responsable para no generar desconfianza en el que hacer jurisdiccional de nosotros los jueces y magistrados.

También debe de entenderse que la independencia judicial no consiste en un privilegio del magistrado, sino en una garantía constitucional a los derechos de los ciudadanos y tiene que funcionar contra todos los poderes, sean estos públicos y privados, políticos, económicos, oligárquicos o de cualquier otra índole.

Por ultimo, quiero patentizar mis respeto y agradecimiento a mis compañeras magistradas y magistrados que conforman la actual junta directiva de este Instituto que yo presido, pues en verdad sin el apoyo incondicional de todos y cada uno de ellos, las diferentes actividades de toda índole, que se desarrollaron en el periòdo 2021-2022 no hubiesen sido posible, como por ejemplo el IX Congreso Jurídico desarrollado en la ciudad de Antigua Guatemala. Va para ellos un fuerte apretón de manos y un abrazo.

Magistrado
Igmaín Galicia Pimentel
Presidente de la Junta Directiva 2021 - 2022
del Instituto de Magistrados de la Corte de
Apelaciones del Organismo Judicial

SECCIÓN ACADÉMICA

Magistrado
Nicolás Cuxil Güitz
Sala Mixta de la Corte de Apelaciones, Izabal

EL CONSTITUCIONALISMO Y EL CONSTITUCIONALISMO GUATEMALTECO, A LO LARGO DE LA HISTORIA.

ORIGEN E HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO.

La palabra constitucionalismo está compuesto por el adjetivo constitucional o sea que se relaciona con la constitución de un Estado y por el sufijo ismo, que describe una tendencia moderna en la cual los principios del derecho se aplican dentro de un sistema constitucional. El constitucionalismo nació a raíz de un conjunto de nuevas ideas con fines políticos, que persigue asegurar la garantía de la libertad frente al poder público, a través de la creación de un documento escrito de carácter jurídico, que tiene supremacía frente a las demás normas de un Estado y cuya existencia permanente. Lo que pretende el constitucionalismo es materializar en forma física los fines que persigue el derecho constitucional. Este documento escrito en el cual se materializan tales fines, es al que llamamos Constitución, tal documento debe ser escrito pues sólo la escritura puede dar a las normas jurídicas la fijeza y rigidez necesarias para la defensa del mismo.

El constitucionalismo es quien permite la existencia de un ordenamiento jurídico permanente en forma escrita, cuya sujeción se da por igual por parte de gobernantes y gobernados, con lo que se propone excluir la arbitrariedad, el constitucionalismo permite la existencia de un sistema constitucional, en el cual encontramos una serie de instituciones cuya vida encuentran su base en normas jurídicas, de existencia indispensable para la vida política del Estado, así como, el reconocimiento explícito de derechos exigibles y también las garantías que protegen su aplicación; la era del constitucionalismo excluye la posibilidad de reconocer la existencia de un Estado que no sea Estado de Derecho, es decir, se requiere de una comunidad de hombres libres, organizada política y jurídicamente, bajo el imperio de una ley fundamental, que determine el área dentro del cual el Estado desarrolle su actividad; eliminando con ello el poder personal de hecho, por el poder impersonal de derecho. De acuerdo con Sánchez Viamonte, el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario. Citando otra definición, constitucionalismo es: “Una tendencia socio-política cuyos objetivos principales son: **a)** Dotar a los estados de una constitución escrita; **b)** hacer valer la supremacía de la constitución; **c)** reconocer los derechos inherentes a la persona y **d)** someter el Estado al derecho”.

Importantes definiciones, pues llenan los elementos analizado sobre el constitucionalismo, principalmente la segunda ya que describe de una forma muy detallada sus objetivos; no obstante, tal claridad, conviene resaltar algunos aspectos que encontramos en estas definiciones tales como: **a)** Se dice que es un ordenamiento jurídico porque forma parte del derecho, vive dentro de él, se ajusta a él; **b)** Es un movimiento socio-político porque va dirigido directamente a una sociedad humana organizada, cuya lucha es la búsqueda de la libertad; **c)** Para alcanzar su objetivo, el constitucionalismo sienta su base en un documento escrito llamado Constitución, la cual es escrita, para diferenciarla de los derechos emanados de la costumbre o del derecho consuetudinario; **d)** Tal supremacía es importante para diferenciarla de cualquier otro cuerpo normativo existente en el Estado; **e)** En ningún momento podríamos hablar de constitucionalismo si no llega a existir un total sometimiento a la norma constitucional por parte de gobernantes y gobernados. En la línea de los críticos analizados por otros pensadores, se puede considerar este proceso como un desarrollo histórico, como una plataforma teórica o concepción acerca del fenómeno jurídico y como una posición doctrinaria, institucional e ideológica, acerca de la actividad que los juzgadores están encaminados a efectuar dentro de una democracia constitucional; en ese sentido, las denominadas corrientes neoconstitucionalistas como procedimiento histórico se originan con la profunda transformación que se produce en los sistemas jurídicos europeos, específicamente con la promulgación de las constituciones de la Segundo Guerra Mundial y la labor

que, a pedir de ellas, empiezan a ejecutar los tribunales constitucionales manifiestos a partir de la vigencia de las constituciones de la postguerra, en países como Alemania, Italia y Francia, más tarde a partir de 1978 en España. Algunas de estas innovaciones estructurales del sistema jurídico se difundió luego, especialmente a partir de la década del 90 hacia América Latina, como por ejemplo en Colombia, la constitución de 1990 y la jurisprudencia de su tribunal constitucional, los ex países comunistas como Hungría y otros Estados como Sudáfrica, Indica y Turquía por la importancia que van alcanzando dentro de ellos la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por consolidar su supremacía, substancialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos humanos por parte de los jueces constitucionales, esto supone una innovación fundamental del orden normativo y de todo el sistema jurídico de estos países, especialmente para sus seguidores. La reestructuración de Europa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se produjo también en el ámbito jurídico, provenido en parte a que la sociedad estaba sorprendida ante algunas atrocidades ejecutadas con base en el derecho vigente de países europeos; por ello, se hizo indispensable transformar el modelo jurídico, concretamente el papel y la posición de la Constitución. Bajo esta premisa, se fue desenvolviendo un constitucionalismo más propicio a ciertos ideales morales, lo que derivó en un nuevo modelo de concebir a la organización estatal, de un Estado de Derecho a un Estado constitucional o democrático de derecho.

Asimismo, se tiene el Constitucionalismo y se ha denominado el Constitucionalismo a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórico conceptual o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivas, en el desarrollo del constitucionalismo han influido poderosamente ciertos aspectos implícitos en la constitucionalización recién señalada, entre ellos cabe destacar un aspecto material, un aspecto estructural y funcional y un aspecto político. El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales, el Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica, se ha rematerializado, el aspecto material de la constitucionalización ha tendido así a reforzar entre los juristas un concepto no positivista del Derecho en el que el sistema jurídico está vinculado a la moral conceptualmente. El aspecto estructural de la constitucionalización del ordenamiento tiene relación con la estructura de las normas constitucionales, se expresa por medio de tipos de argumentaciones que fomentan, los principios constitucionales permiten por su particular estructura expandir inmensamente su ámbito de influencia y bajo su aspecto funcional, los principios constitucionales alientan una forma distinta de aplicar el Derecho, la ponderación. La restauración de Europa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se produjo también en el ámbito jurídico, provenido en parte a que la sociedad estaba sorprendida ante algunas atrocidades ejecutadas con base en el derecho vigente de países europeos, como en Alemania. No todos contemplan en el Estado Constitucional que cede perfección formal a cambio de un vínculo sustancial de dimensión ética, de dimensión axiológica, por ejemplo, esta ventaja considerada por Habermas como una desventaja e insiste en que la dimensión axiológica que adquieren las Constituciones comporta una indeseable flexibilización y consiguiente judicialización del Derecho que anula los cortafuegos de nuestros derechos fundamentales; sin embargo, esta crítica no parece del todo justo. Es cierto que con su derrotabilidad sobre bases éticas normas jusfundamentales incrementan el grado de incertidumbre, pero a cambio permiten aspirar a un mayor grado de justicia, mayor grado de justicia en un sobre sentido, hacia arriba los principios jusfundamentales determinan ideales a los que debemos aproximarnos, hacia abajo, los principios jusfundamentales ven su eficacia condicionada al caso concreto con el fin de tratar igual los casos iguales y desigual los casos desiguales, con el fin, dicho de otro modo, de considerar las particularidades del caso. Los principios son por su parte el intento de salvar el desfase entre el plano deontológico del Derecho, su configuración normativa, con el plano axiológico. Asimismo, es importante establecer que se denomina constitucionalización al proceso y al resultado de la transformación del Derecho causada por la Constitución RICARDO GUSTINI ha destacado rasgos en un sistema jurídico constitucionalizado, no todos tiene la misma relevancia conceptual, pero aquí cabe prescindir esas mezcles al objeto de una caracterización muy general del estado en que suele hallarse un sistema constitucionalizado: **1)** Una Constitución rígida. El ordenamiento jurídico está presidido por una Constitución escrita y resistente frente a la legislación ordinaria. **2)** Una garantía jurisdiccional de la Constitución. El sistema cuenta con alguna forma de control de constitucionalidad de las normas. **3)** La fuerza vinculante de la Constitución. Esta condición sugiere un rasgo de la cultura jurídica de la ideología de los juristas, cuando el ordenamiento jurídico está constitucionalizado, los juristas consideran la Constitución como una verdadera norma jurídica y no como una simple declaración programática. El nuevo paradigma jurídico del constitucionalismo parece ser consecuencia de esta circunstancia, los juristas aceptan la normatividad de la Constitución, la dogmática desarrolla una teoría del Derecho atenta a este fenómeno y la teoría del Derecho bajo un punto de vista interno un nuevo concepto de Derecho. **4)** Sobreinterpretación de la Constitución. Los argumentos, la analogía y la innovación de principios constitucionales amplían e intensifican la presencia de la Constitución en el ordenamiento hasta el punto de hacer posible cierta omnicomprensividad del Derecho, toda controversia podría hallar respuesta en un sistema constitucionalizado gracias a su sobreinterpretación. **5)** La aplicación directa de la Constitución. La Constitución no sólo sirve para regular las

relaciones entre los poderes del Estado o entre el Estado y los ciudadanos, sino todas las relaciones sociales. **6)** La interpretación de la Leyes conforma a la Constitución. El control de constitucionalidad no se debate únicamente entre dos opciones, Constitucionalidad o inconstitucionalidad de la normas. Existe una posibilidad intermedia, en Italia es el caso de las sentencias interpretativas o de las manipulativas (reductoras, aditivas o sustitutivas). **7)** La influencia de la Constitución en las relaciones políticas. Los principios constitucionales con su fuerte impronta moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del Estado y lo que es más relevante para nuestros fines, permiten así a órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional entrara examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas. La teoría y la práctica de la revisión judicial han puesto en manos de los jueces la potestad de considerar las leyes como contrarias a la Constitución y de negarles aplicación en el caso sometido a su conocimiento en el cual se decide la inconstitucionalidad; el principio de la supremacía de la Constitución sobre cualquier ley o tratado, ha sido reconocido desde el siglo pasado, aun cuando curiosamente no aparece en el texto constitucional, es relevante la importancia que le concede a la Ley Fundamental. La Asamblea Legislativa del Estado de Guatemala al promulgar en febrero de 1838 un Decreto de cuatro artículos: En el primero indica que Ninguna ley evidentemente contraria a la Constitución puede ni debe subsistir; El segundo establece que Cuando se presente alguna ley notoriamente contraria a la Constitución, los tribunales deberán arreglarse en sus juicios al sentido claro de la fundamental, informando en seguida al cuerpo legislativo; En el tercero, indica que Cuando se presentaren casos dudosos, los tribunales y cualquier ciudadano puede pedir a la Asamblea la declaración correspondiente, sin perjuicio de que los tribunales resuelvan desde luego, según entiendan de justicia y por su propia convencimiento y el cuarto indica, La declaratoria que haga el cuerpo legislativo, solamente podrá aplicarse a los casos posteriores al que motivó la duda y sin que pueda tener jamás efecto retroactivo.

Sin embargo, con las reformas constitucionales de marzo de 1921, introducidas a la Constitución de 1879, cuando se establece en el artículo 93 literal c): Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al poder judicial declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes, cuando fuere contrario a los preceptos contenidos en la Constitución de la República; pero de esta facultad sólo podrán hacer uso de las sentencias que pronuncie. Por lo que empieza a tomar carta de naturaleza el sistema difuso de control constitucional de las leyes. En las posteriores reformas constitucionales, la doctrina de la supremacía de las disposiciones fundamentales se regula con más claridad, así en la de diciembre de 1927, en el artículo 54 numeral 1º se estableció que Ninguna Ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. En el artículo 85 regula la Potestad de Juzgar, que prescribió: El Poder Judicial se ejerce por los Jueces y Tribunales de la República, a ello compete exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia declara, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera que sea su forma, no es aplicable por ser contraria a la Constitución; también corresponde a los Tribunales de Segunda Instancia y a los Jueces Letrados que conozcan en la Primera, declara la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, cuando fueren contrarias a los preceptos contenidos en la Constitución de la República. La inaplicación indicada solo la podrán declarar los tribunales referidos, en concreto y en las resoluciones que dicten. La Constitución de 1945, en su artículo 170 establece: Corresponde a los Tribunales juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado y aplicar las leyes en todo aquello que las mismas hagan de su conocimiento. Los de jurisdicción ordinaria y el de lo Contencioso administrativo, podrán declarar en caso concretos y por sentencia de primera, segundo y casación, la inaplicación de cualquier ley o disposición de los organismos que ejerzan las demás funciones del poder público, cuando sean contrarias a la Constitución. Si se declarare la inconstitucionalidad, la resolución será transcrita al Congreso o a los Ministros correspondientes y publicada en el Diario Oficial. Con la Constitución de 1965 se innova la Justicia Constitucional guatemalteca, al establecer un sistema mixto. Se mantiene la tradición del control difuso para la declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos e introduce la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorio de la ley (sistema de control concentrado), recogiendo la recomendación contenida en la conclusión V Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal, de establecer la declaración general de inconstitucionalidad combinada con la desaplicación en el caso concreto. Se reserva el principio de supremacía constitucional y el control de oficio. En el artículo 77 prescribe: Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los disminuyen, restringen o tergiversan. La confirman los artículos 172 que estipula, Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución; las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure. El 246 estatuye: Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la constitución prevalece sobre cualquier leo y tratado internacional.

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, la que cobró vigencia el 14 de enero de 1986, modificó en gran parte la regulación de la Justicia Constitucional del país, al normar con más claridad y amplitud los medios técnico-jurídico de protección de las disposiciones constitucionales que son ya de abolengo dentro del ordenamiento jurídico y que a la par del control constitucional de las leyes, constituyen con la Exhibición Personal y el Amparo, la tríada de instrumentos al servicio del justiciable para la defensa de sus derechos, desarrollados en el Decreto número 1-1986

de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene la Ley de amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en la cual, se han facilitado y flexibilizado estos mecanismos para permitir su utilización racional por cualquier persona, evitando con ello que únicamente se les vea como expresiones retóricas. Entonces, la jerarquía constitucional consiste en que la ley fundamental mantiene el principio de primacía de la norma constitucional, en la misma forma que reguló la Constitución de 1965, así la nulidad ipso jure o de pleno derecho aparece en los artículos 44 tercer párrafo y 175 (los artículos 77 y 172 de la Constitución de 1965); la obligación de los tribunales de observar este principio, en toda resolución o sentencia que dicten, el cual prevalece sobre cualquier ley o tratado, lo recoge el artículo 246 de la Constitución de 1965. Salvo en asuntos de derechos humanos, para los cuales por vez primera el constituyente da un gran avance en esta materia, al disponer la preeminencia del Derecho Internacional sobre el interno, cuando estipula en el artículo 46: Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno. Como una verdadera innovación que ha creado discusión y criterios encontrados, pues para muchos no pueden existir leyes, sean Tratados o Convenciones, superiores a la Constitución, desconociendo en este sentido la labor de la doctrina constitucional para establecer a nivel internacional un medio de control y freno para los gobiernos con el fin que en cada uno de los países se tenga en cuenta a sus asociados como verdaderos seres humanos. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD se ha hecho la distinción del Estado Legal de Derecho y reconocido a Estado Constitucional de Derecho que garantiza al ciudadano a defender la Carta Fundamental, por lo que se expresa: Fundado el Estado guatemalteco en el estado constitucional de Derecho, corresponde a esta Corte, ante la instancia popular promovida, la facultad o más precisamente, la obligación de interponer la Constitución, dilucidando si la ley enjudicada está o no conforme a con el texto de la Ley Fundamental. También el Tribunal Constitucional en relación a la función que ha sido asignada, ha reconocido sin limitar su ejercicio, esta acción popular, al apuntar: Esta Corte constituye un Tribunal permanente de Jurisdicción Privativa cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Establece la constitución Política de la República de Guatemala y desarrolla la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la acción popular de inconstitucionalidad, estatuyendo que tiene legitimidad para plantear la inconstitucionalidad de las leyes, cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos. La existencia de una Constitución Política rígida y codificada en nuestro país así como el influjo del Derecho Procesal Constitucional y la necesidad de tutelar los derechos fundamentales frente a los órganos estatales, han sido propicios para instruir un órgano jurisdiccional específico y permanente para el control y defensa del orden constitucional.

II) EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONSTITUCIONALISMO.

A) EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL. Constituye la primera etapa del constitucionalismo, también conocido con el nombre de movimiento constitucionalista, surge en Inglaterra a finales del siglo XVII, luego se extiende a Francia y en el siglo XVIII, a otros países de Europa. El constitucionalismo liberal fue creado a imagen de las necesidades e intereses de la burguesía, con el fin de consolidarse como la clase social superior y tenía como objeto ser un movimiento reaccionario en contra de los regímenes absolutistas e imperantes. Dentro de sus bases ideológicas están: **a)** Crear una sociedad posesiva del mercado; **b)** La existencia de un orden natural económico y la intervención mínima del Estado; **c)** La representación política con base en la riqueza; **d)** División de los ciudadanos en categorías.

B) EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. El constitucionalismo social marca la segunda etapa del constitucionalismo y busca ser la respuesta a las deficiencias que presentó el constitucionalismo liberal; en él la riqueza se concentró en pocas manos, con ello el socialismo se constituyó en una ideología que propugnaba la mejor distribución de la riqueza y la eliminación de las clases sociales. Dentro de sus bases ideológicas están: **a)** Un concepto real de libertad; **b)** Un concepto real de igualdad; **c)** Clasificación del trabajo y de los trabajadores; **d)** Función social de la propiedad; **e)** Justicia social; **f)** Intervención estatal. Así también, las constituciones inspiradas por el constitucionalismo social, regularon lo referente a los derechos sociales, la prevalencia del interés social sobre el particular, la protección al derecho del trabajo y la garantía de seguridad social.

Magistrado
Hector Orlando González García
Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guatemala

IMPROCEDENCIA DE LA FIJACIÓN DE GARANTÍA, COMO REQUISITO PARA DECRETAR UN EMBARGO, CUANDO LA PARTE DEMANDADA HA SIDO DECLARADA REBELDE, EN UN JUICIO ORDINARIO:

El presente caso, que no es muy común en los juzgados de primera instancia civil, se presenta, cuando la parte demandada ha sido notificada conforme la ley, de la acción que ha sido promovida en su contra y no ha comparecido a contestarla o a tomar la actitud legal que considere procedente, habiendo sido posteriormente, solicitado y decretado un embargo como medida precautoria, conforme lo estipulado principalmente en los artículos 527, 531 y 532 del Código Procesal Civil y Mercantil, (Dto. Ley 107). El artículo 114 del mismo cuerpo legal, constituye la excepción a la regla, la que obliga al solicitante de la medida precautoria, a prestar garantía para que se mantenga vigente la misma. Así tenemos que:

1. Se promueve el proceso, que en este caso trataremos de un Juicio Ordinario, para mayor facilidad de comprensión, pues es el de más amplitud en su desarrollo y que tiene menos normas limitativas, en las diferentes etapas del mismo;

2. Se decreta la rebeldía de la parte demandada, conforme el artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil, que regula: "(Rebeldía del demandado). Si transcurrido el término del emplazamiento el demandado no comparece, se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo y se le seguirá el juicio en rebeldía, a solicitud de parte."

3. Al ser solicitado por la parte actora, se procede a decretar el embargo precautorio, con fundamento en lo regulado en el artículo 527 del Código Procesal Civil y Mercantil (Dto. Ley 107), que dice: " Podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, para cuyo efecto son aplicables los artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución." Luego, conforme el artículo 531 del mismo cuerpo legal, se le fija a la parte actora, solicitante del embargo, el monto de la garantía que debe prestar, bajo apercibimiento de no ejecutar tal providencia, de no hacerlo así. Dicho artículo nos indica que: "De toda providencia precautoria queda responsable el que la pide. Por consiguiente, son de su cargo las costas, los daños y perjuicios que se causen, y no será ejecutada tal providencia si el interesado no presta garantía suficiente, a juicio del juez que conozca del asunto. Esta garantía, cuando la acción que va a intentarse fuera por valor determinado, no bajará del diez por ciento ni excederá del veinte por ciento de dicho valor, cuando fuere por cantidad indeterminada, el juez fijará el monto de la garantía, según la importancia del litigio…" ;

4. Siempre respecto a la obligación de prestar garantía, el artículo 532 del Código Procesal Civil y Mercantil, última parte del párrafo tercero, dice: "… Si la garantía no se presta en el término y monto señalados por el juez, la medida precautoria dictada se levantará." El último párrafo del artículo precitado, nos indica, que el término para prestar la garantía, no será menor de cinco días.

5. Sin embargo, y como una excepción a la regla, en el caso que se plantea a manera de ejemplo, en el hipotético proceso, se declara la rebeldía de la parte demandada, por medio del órgano jurisdiccional correspondiente, conforme lo preceptuado en el

artículo 113 de la ley ya mencionada, sin que la misma expusiera los hechos que pudieran dejar sin efecto dicha rebeldía y el embargo decretado, los cuales están contenidos en el artículo 114, tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Mercantil, que preceptúa: "Artículo 114…Podrá dejarse sin efecto la declaratoria de rebeldía y el embargo trabado, si el demandado prueba que no compareció por causa de fuerza mayor insuperable. También podrá sustituirse el embargo, proponiendo otros bienes o garantía suficiente a juicio del juez. …". Estos dos presupuestos no suceden en el caso de estudio;

6. La declaratoria de rebeldía puede ser aceptada tácitamente por la parte demandada, si no expuso los motivos que ya se indicaron en el numeral anterior, también dicha declaratoria de rebeldía puede aceptarse expresamente tomando el proceso o procedimiento, en el estado en que se encuentre, cuando comparezca por primera vez, y manifestarlo así en el memorial respectivo. Pues para comparecer a tomar el procedimiento en el estado en que se encuentra, el presupuesto legal es estar rebelde, como en el caso que ejemplifica;

7. Al respecto el arto. 114, primer párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil (Dto. Ley 107) que constituye la excepción a la regla dice: "Desde el momento en que el demandado sea declarado rebelde podrá trabarse embargo sobre sus bienes, en cantidad suficiente para asegurar el resultado del proceso." O sea que el presupuesto legal para trabar el embargo (la rebeldía), ya se dio, sin que se mencione en el citado artículo, la prestación de una garantía, pues si se tratara de reglamentar el mismo caso regulado en el artículo 527 del Decreto Ley 107, se repetiría lo que indican los artículos que la regulan (a la garantía), es decir, especialmente los artículos 531 y 532 del Código Procesal Civil y Mercantil (Dto. Ley 107), pero es evidente que el precitado artículo 114 del mismo cuerpo legal, legisla que, procede el embargo sin necesidad de prestarla (la garantía);

8. **El artículo indicado en el numeral anterior del mismo cuerpo legal, párrafo segundo dice: " Compareciendo el demandado después de la declaración de rebeldía, podrá tomar los procedimientos en el estado en que se encuentren".- Este es exactamente la situación procesal en el caso que se pone como ejemplo: se decretó la rebeldía, se efectuó la solicitud para que se declare la rebeldía de la parte demandada, se efectuó la solicitud de la parte actora de trabar el embargo, la parte demandada aceptó la rebeldía en forma tácita o expresa, por lo que el embargo es procedente sin prestar garantía.**

9. El mismo artículo, párrafo 3º. preceptúa: "Podrá dejarse sin efecto la declaración de rebeldía y el embargo trabado, si el demandado prueba que no compareció por causa de fuerza mayor insuperable. También podrá sustituirse el embargo, proponiendo otros bienes o garantía suficiente a juicio del juez...." Por lo que, si la parte demandada, no alega ni prueba que no compareció por causa de fuerza mayor insuperable, son procedentes tanto la rebeldía como el embargo, este último sin necesidad de prestar garantía. Esto significa y pone en evidencia, que los dos presupuestos legales, para dejar sin efecto la rebeldía y como consecuencia el embargo, son: a) Si la parte demandada prueba que no compareció por causa de fuerza mayor insuperable, b) Proponiendo otros bienes o garantía a juicio del juez. Al no realizarse por lo menos uno estos dos presupuestos, son procedentes tanto la declaratoria de rebeldía como el embargo, sin necesidad de prestar garantía, por el contrario, es improcedente la fijación de garantía por el estado de rebeldía de la parte demandada.

10. Al respecto el arto. 527 del Dto. Ley 107 preceptúa: " Podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, para cuyo efecto son aplicables los artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución.- " Es decir, que procede el embargo precautorio, pero con la variante contenida en el artículo 114 del Código Procesal Civil y Mercantil (Dto. Ley 107) primer párrafo, que es la excepción a la regla, en ese sentido, dicho embargo procede aún sin que el actor deba prestar garantía, aunque sea solicitada por la parte demandada.

Lo expuesto tiene su fundamento legal, principalmente en los artículos 113 y 114 del Código Procesal Civil y Mercantil, citados con anterioridad.

Esta es **exactamente** la situación procesal: se decretó la rebeldía, **la parte demandada la aceptó expresa o tácitamente, compareciendo a tomar el expediente en el estado en que se encontraba, o no comparece.** En el caso hipotético, los presupuestos para dejar sin efecto la rebeldía establecidos en este mismo artículo, no se dan. Dentro de los presupuestos, que al concretarse permiten al juzgador, dejar sin efecto el estado de rebeldía y el embargo precautorio, al encontrarse rebelde la parte demandada, no se encuentra el que la parte actora, no preste garantía, si esta fuera decretada por el órgano jurisdiccional. Es decir, a contrario sensu que, al haber rebeldía, el embargo precautorio procede sin necesidad de prestar

garantía.

Medios de prueba que pueden ser los idóneos para probar los hechos:

1. Memorial de interposición de demanda,

2. Resolución en donde se declara la rebeldía de la parte demandada, dictada por el órgano jurisdiccional respectivo;

3. **Memorial presentado por la parte demandada, si ese fuera el caso, en donde acepta la declaratoria de rebeldía, al tomar el proceso en el estado en que se encuentra, conforme lo estipulado en el artículo 114 párrafo segundo (2°) ya tantas veces mencionado;**

4. **La resolución en la que se fija plazo para prestar garantía, si ese fuera el caso;**

5. **Presunciones legales y humanas que de los hechos probados se deriven.**

REFERENCIAS

• Estudio jurídico del Magistrado Hector Orlando Gonzalez Garcia

• Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley 107)

Análisis de la tesis denominada: LA INDIA COMO SIRVIENTA de la autora: Aura Estela Cumes Simón

Magistrada
Zonia de la Paz Santizo Corleto
Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, narcoactividad y delitos contra el Ambiente, Guatemala

"LA INDIA COMO SIRVIENTA"

La autora Aura Elena Cumes Simón aborda el tema denominado "La Indica como Sirvienta" de una manera reflexiva en relación con las condiciones de las mujeres que se dedican al trabajo domestico en casas particulares; inicia refiriéndose a un foro al que asistió en el 2013 en donde se analizó la importancia del Convenio 189 de la OIT para hacer valer los derechos laborales de las trabajadoras de casa particular, indicó que al igual que en otras oportunidades se le hizo imposible cerrar los ojos ante lo evidente, la presencia de mujeres mayas, vestidas con trajes, sobresalían en el grupo e trabajadoras de casa. Las organizaciones que fueron invitadas a esa actividad fueron la Asociación de Trabajadoras del Hogar a Domicilio y de la Maquila (ATRAHDOM), Casa San Benito, Centro de Derechos Laborales (CDL), Organización de Mujeres en Superación, Comité de Mujeres Itzapecas de Mostaza, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado (ODHAG) CatolicReliefServices (CRS); la autora refiere a que habían mujeres mayas vestidas con ropa de occidentales, refiriéndose a la que no usan trajes mayas, sin embargo aclara que esta situación se da constantemente porque los trajes mayas son muy caros, por lo que las mujeres mayas dejan de usarlos por los escasos recursos económicos no tienen acceso a los mismos entre las mismas mueres mayas.

La autora hace un análisis etnográfico en el que describe algunas circunstancias del trabajo domestico en Guatemala y lo asimila al trabajo que realizaban las indígenas en la época de la colonia. Indica la autora que Brenda Cabrera del consorcio de organizaciones sociales de la Mujer en la economía, fue la que abrió el evento e hizo énfasis que el trabajo doméstico es una labor imprescindible, sin embargo en Guatemala no se le ha llegado a considerar como un trabajo productivo, lo cual fue reforzado por Nery Rodenas, quien indico que el trabajo doméstico es el trabajo mas productivo de Guatemala, por lo que merecen ser ejercidas en condiciones dignas y justas, apeló a un trato más humano y justo para las trabajadoras de casa.

En la actividad hubo varias trabajadoras que relataron sus experiencias, dentro de las que se puede mencionar a Ana MaribelaAcabal, quien relató lo siguiente: "La señora me maltrataba y la hija me pegaba, No me daban comida me levantaban a las 4:00 de la mañana. Y dormía a las 11:00 de la noche. La señora ofreció pagarme Q1000.00 ($128.00) pero al final del mes solo le daban Q 800.00, ($102.00) y así sucesivamente las jóvenes fueron contando sus experiencias, las cuales según lo t4ranscrito por la autora eran experiencias similares de discriminación al trabajo doméstico realizado por estas mujeres.

Maritza Velásquez,hace un análisis sobre la situación de las trabajadoras de casa particular en Guatemala y concluye diciendo que ese trabajo tiene raíces en la época colonial, pues la mayoría de las trabajadoras son mujeres indígenas y pobres.

Resulta interesante la participación del representante del CACIF, quien manifestó que a nadie que represente al CACIF le gusta representar este tipo de eventos, el CACIF representa al sector opuesto a las organizaciones sociales y de derechos humanos. A pesar de ser varios los y las ponentes, los participantes del foro se enfocaron en la intervención del CACIF, se indicó que el CACIF es del sector empleador delas trabajadoras de casa, el representante del CACIF asistió al foro a pensar de no pensar igual que los demás y de no estar a favor del convenio 189, la autora hace énfasis que el discurso del representante del CACIF respecto a que los derechos no se cumplan con más leyes, es contradictorio con la posición institucional de esta entidad tremendamente legalista cuando se trata de defender sus interese a partir de invocar el estado de derecho y el cumplimiento de la ley.

Es importante saber que según la autora el gobierno y el sector patronal mantienen una oposición a la aprobación del

Convenio 189, bajo el argumento de que no es con leyes que la situación de las trabajadoras de casa va a cambiar, sino a través de la dinámica de libre mercado y de la ley de la oferta y la demanda. Es el movimiento natural de mercado y de la decisión libre del patrono del trabajador lo que tenía regulando las condiciones. Continúa manifestando la autora que bajo esta posición no se ve las condiciones sociales ni relaciones de poder asimétricas que median la supuesta libertad de elegir, tal y como se ve en el lenguaje de autoridad que usa el representante del CACIF, las trabajadoras y los trabajadores no son vistos como ciudadanos, trabajadores y sujetos políticos, sino son tratados como "gente necesitada". Bajo esta óptica, la trabajadora tendría calidad de sirvienta y el trabajo domestico modalidad de servidumbre. La trabajadora o el trabajador aquí están despojados de la libertad del derecho de protestar, de conquistar derechos, de insubordinarse; si así lo hacen se les considera como desobedientes, desconsiderados, injustos, violentos o terroristas. Expone la autora que el trabajo doméstico es un sistema establecido y reconocido socialmenteconnormas, pautas y conductas tácitas y con un gran nivel de consenso social, por esto mismo lo comprendo como una institución. Aquí incluiré una variante más, en el imaginario social cunado se piensa en trabajadora de casa particular, se piensa en sirvienta, y cuando se piensa en sirvienta se piensa en una mujer indígena mucho más que en una mujer pobre, aunque no todas las trabajadoras de casa son indígenas, ni todas las indígenas sontrabajadores de casa. Además, se da por hecho que las mujeres indígenas son rurales. La equiparación ocupacional de las mujeres indígenas con el servicio doméstico permite pensar en Guatemala está ligado a la servidumbre colonial producto de la forma en que se fundó este país. Expone la autora expone que la racionalidad patronal criolla no es exclusiva de las élites de las élites. A menudo se escucha que empleadores de clase media, piensan que son mas justos que los ricos y que los pobres; también expone que la forma como piensan los sirvientes es la forma como piensan los indígenas. De acuerdo con la autora, la idea de que las mujeres esclavas eran típicas empleadas domésticas, las mujeres indígenas ocupaban el lugar más bajo en la época de la colonia y en la actualidad esa condición se manifiesta en la forma como son tomadas las criadas domesticas como una servidumbre sin derechos laborales como lo hace ver la autora en el documento analizado.

REFLEXIONES

La tesis de la Dra. Aura Elena Cumes Simón reviste vital importancia, considerando que en ella aporta una realidad que se esconde en la economía del país, pues se sabe de la existencia de mujeres que se dedican al trabajo doméstico, sin embargo, el trabajo que realizan no es tomado como un trabajo productivo, simplemente se considera como el trabajo que les toca hacer a las mujeres, a las cuales se les tiene estereotipadas como pobres e indígenas. Cabe destacar que las reflexiones que aporta la autora en la tesis analizada revelan que el trabajo doméstico tiene raíces coloniales, pues en esa época las mujeres a las que se les asignaba esa tarea eran las indígenas que se encontraban al servicio de los criollos, eran tratadas sin consideraciones y eran esclavizadas a trabajar más por comida y techo pero sin remuneración; el reflejo de que siguen siendo tratadas como trabajadoras domésticas con raíces coloniales se visualiza desde la forma como son tratadas por sus empleadores, no reciben el trato digno y derechos que deberían corresponderle por ser trabajadoras, no tienen derecho a servicios de salud, tienen sueldos bajos, no tienen horarios controlados, son tratadas como mujeres necesitadas del trabajo se consideran que todas son pobres y por la necesidad que tienen es que aceptan a trabajar casi en condiciones infra humanas, esas formas de trabajo son discriminatorias y contra todos los derechos humanos que les pudiera corresponder, no solo por ser mujeres sino por ser trabajadoras, tienen derechos laborales, aun los mínimos derechos tienen que hacerlos valer. Otro de los aspectos importantes a resaltar es que el trabajo doméstico no se considera un trabajo productivo, también se considera que las trabajadoras domésticas realizan ese trabajo porque son pobres e indígenas, entonces que por la necesidad que tienen aceptan las condiciones que se le impongan, razón por la cual deben trabajar en la forma que los empleadores la contratan, es por eso que se hace necesario regular su función como trabajadoras, pues en su mayoría sino es que todas las trabajadoras domestica no reciben el salario mínimo. Llama la atención como en el foro que originó las reflexiones que hace la autora, comparece el representante del CACIF, quien mediante sus pronunciamientos evidenció y ratifico que el trabajo doméstico no es tratado como un trabajo formal al indicar que no es a través de las leyes que las cosas van a cambiar, sino a través de la concientización, hay que ser más estratégicos e inteligentes, que se logra mas así en vez de generar leyes. Su lógica se centra únicamente en los intereses de los patronos, estima que las empleadas estarán bien si las empleadoras las tratan bien, por lo que a quienes tienen que trabajar es las empleadoras. Este es un criterio errado el representante del CACIF porque solo mediante una norma jurídica de orden coercitivo es que se pueden proteger a este gremio de trabajadoras, pues de otra manera no se puede obligar a los patronos a pagar a las empleadoras los sueldos mínimos y concederles los mínimos derechos humanos que les corresponde. Otra de las conclusiones que se puede extraer del documento leído resulta de considerar que las trabajadoras domésticas son las mujeres pobres e indígenas, ese es un resabio de la colonia, pues puede ser que una mujer ladina. Se necesita de un cambio que permita tener una visión diferente del trabajo realizado por las mujeres que se dedican al trabajo doméstico, pues el derecho de igualdad constitucional en el orden laboral no se visualiza para ese grupo de trabajadoras y trabajadores.

Magistrado
Carlos Patricio Rodríguez Meza
Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, narcoactividad y delitos contra el Ambiente, Guatemala

Control de convencionalidad y derechos implícitos

Introducción

Cuando en el año 2006 con motivo del caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, fuera formulado por primera vez en la historia el control de convencionalidad; seguramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, no habrá podido tomar en cuenta los diversos efectos que el mismo produciría tanto para los fallos subsecuentes a éste por parte de la misma Corte, así como para los procesos judiciales de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas internos de justicia.

Entre los efectos aludidos ut supra, ineluctablemente se encuentra el de la expansión del catálogo de derechos que contiene la Convención, por vía de los denominados derechos implícitos. Esta situación empieza ahora a generar controversia en la opinión de algunos expertos; así como posiciones de aceptación interpretativa en el proceso intelectivo de algunas Cortes internas encargadas de aplicar el control de convencionalidad.
El Estado de Guatemala ha cumplido con aplicar dicho control de convencionalidad, a pesar que efectivamente su origen es relativamente reciente. No obstante lo indicado, es procedente cuestionarse acerca de dos aspectos fundamentales, relevantes para la justicia. Primeramente, acerca de la efectiva expansión del catálogo de derechos derivado de la implicitud que genera la hermenéutica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y segundo lugar, los efectos de la misma en las legislaciones internas; o lo que resulta siendo lo mismo: la conveniencia de esta tendencia interpretativa, que seguramente tendrá un efecto en el mediano y largo plazo, en la constitucionalización de derechos, sobre todo por cuanto los Artículos 31, 76 y 77 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así lo propician.

1. Implicitud de derechos en la Convención Americana de Derechos Humanos

La implicitud de derechos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, surge precisamente a partir de la comprensión de la existencia de derechos explícitos reconocidos en su texto. Por simple lógica de asociación, y por la experiencia que va marcando la jurisprudencia y la doctrina judicial, los derechos reconocidos en forma expresa en el texto de la convención generan sin lugar a dudas, la consecuente interpretación de derechos implícitos contenidos en cada norma. No puede dejar de ser tomado en cuenta que, en materia de Derechos Humanos las normas materiales que los garantizan, son contentivos de principios que determinan su carácter de meta normas.

> ***La expresión «norma implícita» es comúnmente usada en el lenguaje jurídico para referirse indistintamente a la clase de las normas no expresas... Ahora bien, toda norma no expresa, por definición, no es fruto de la legislación (en sentido material) –de otro modo sería una norma expresa– sino de una «construcción jurídica». Es fruto, por tanto, de un razonamiento de los intérpretes. Las normas no expresas derivadas de razonamientos del primer tipo pueden denominarse «implícitas» (en el sistema jurídico) en sentido estricto. (Guastini, 2017, pág. 2).***

Los derechos implícitos resultan ser construcciones jurídicas originadas en la interpretación de las normas que contienen derechos explícitos. En tal virtud, la generación de la ratione materiae de los Derechos Humanos, hace prevalecer la expansión del catálogo de derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y produce, por necesidad de resguardar otros derechos y libertades no contenidos en forma expresa en el texto de la norma convencional, la visualización de otras garantías en forma implícita.

Aquellos derechos que no aparecen en forma expresa en el contenido material de las normas positivas del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pueden llegar a tener una existencia implícita, como consecuencia de la interpretación que realizan los cuerpos colegiados que tienen entre sus funciones la aplicación del control de convencionalidad. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, ha evidenciado la posibilidad de

la expansión del catálogo de Derechos Humanos con base en esta posibilidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos regula que: "podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades" (Artículo 31). Coherentemente con el contenido literal de esta norma convencional, también se estatuye en dicho cuerpo normativo, lo siguiente:

> ***De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. (Artículo 77)***

Esto significa que la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos da pie a la posibilidad de que los Estados miembros, puedan por ejercicio natural de su sistema de justicia y la labor intelectiva de sus cortes, tribunales y juzgados, de determinar, señalar la existencia de otros derechos y libertades para incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma.

Los derechos implícitos, resultan ser un tema importantísimo en la ruta de la interpretación convencional. Sin embargo, más allá del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, en el ámbito de la legislación nacional interna del Estado de Guatemala, puede llegar a observarse la presencia de derechos implícitos, naciendo estos a su vez de los derechos expresos o explícitos contenidos en el texto convencional.

> ***De este modo está no sólo permitido sino incluso es adecuado acudir al diccionario de la Real Academia Española para definir lo explícito y lo implícito. Lo primero se define como aquello que "expresa clara y determinadamente una cosa"; mientras que lo segundo se define como lo "incluido en otra cosa sin que esta lo exprese". Predicados estos adjetivos del sustantivo derechos se obtiene lo siguiente: derechos explícitos son aquellos derechos expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, como por ejemplo puede ser una ley; mientras que los derechos implícitos son aquellos derechos no expresados clara y determinantemente en una norma jurídica positiva, sino que se incluye en ella sin que ésta lo manifieste. Derechos constitucionales explícitos serán aquellos derechos expresados clara y determinadamente en el texto de la Constitución; mientras que los derechos constitucionales implícitos, serán aquellos que se incluyen en la Constitución sin que ésta lo exprese clara y determinadamente. (Castillo- Cordova, 2008, pág. 6).***

En consonancia con lo expuesto anteriormente, existen derechos que no aparecen en forma expresa en el contenido literal de una norma jurídica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, empero se consideran implícitos en los derechos que en forma explícita en el contenido de la norma jurídica y precisamente por ello, se les puede considerar implícitos.

Invariablemente se debe tomar en cuenta así mismo que, al tenor de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas con respecto a su objeto y fin. Este hecho implica la labor interpretativa que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en relación con la aplicación del principio de interpretación pro homine, por virtud del cual se puede llegar a realizar una labor hermenéutica en el sentido de proporcionar el mayor grado de protección a los seres humanos. A este tipo de interpretación se le conoce con el nombre de: "finalista". En relación al control de convencionalidad, esto implica que en cualquier labora interpretativa no se excluyan garantías no reconocidas expresamente en el texto de la Convención.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estatuye que:

> ***Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. (Artículo 29)***

De esta forma, la aplicación del principio pro homine queda evidenciado de forma clara, como parte de la ratione materiae de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH.

A partir de la siguiente definición, se puede construir el reconocimiento que pueden tener los derechos implícitos en general. Aunque la cita que se hace a continuación evidencia iusnaturalismo manifiesto, resulta relevante como puede observarse:

> ***Aquellos derechos que no están directamente reconocidos en la Constitución, pero que cuentan con relevancia material suficiente -proveniente de su particular naturaleza o relación con la dignidad humana- determinada a partir de una fundamentación iusfundamental correcta efectuada por autoridad competente, que otorgó a la pretensión subjetiva revelada reconocimiento y protección constitucional. (Navarro Aracena, 2016, pág. 16)***

Como puede apreciarse, los derechos no reconocidos por

el texto convencional sin embargo, cuentan con importancia concreta y relevante, derivada de la naturaleza de la dignidad humana, para la fundamentación de su respeto por parte de la autoridad estatal y especialmente para garantizar el cumplimiento del sistema interamericano de Derechos Humanos, como principal objeto y fin de la interpretación finalista que del texto convencional realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. Se trata de derechos no enumerados, lo que conlleva ya la utilización de otra forma de denominación de los derechos implícitos como se había advertido anteriormente en este estudio. Además, que tales derechos, quedan garantizados aun así, por medio de los derechos expresos que si se encuentran contenidos en forma explícita en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH.

La consecuencia o efecto inmediato de la aceptación de esta tendencia interpretativa del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, es la expansión del catálogo de Derechos Humanos que garantiza dicho tratado internacional, lo que ineluctablemente ha de tener una influencia en la labor de control de convencionalidad que deben pasar a realizar los jueces u operadores de justicia ordinaria y los entes encargados de salvaguardar la protección de la dignidad de las personas antes cualquier tipo de amenaza o conculcación de sus derechos.

2. La doctrina del control de convencionalidad

La expansión interpretativa del catálogo de derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como consecuencia de la implicitud de derechos, tiene especial relación con la aplicación del control de convencionalidad. Esta doctrina o principio debe ser debidamente cumplida por las Cortes, tribunales y juzgados encargados de forma directa de su resguardo. No obstante lo cual, la aplicación de esta doctrina como resguardo de los derechos de las personas en la legislación interna y en el sistema interamericano de Derechos Humanos, significa indudablemente, la evolución del Derecho.

No puede dejar de indicarse que el Derecho es dinámico, y en especial el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, evidencia un desarrollo progresivo que en momentos históricos puntuales, puede llegar a significar avances significativos en su labor protectora y salvaguarda de las libertades y derechos de los seres humanos.

Efectivamente, el control de convencionalidad constituye toda una doctrina del Derecho Internacional, que como se ha podido analizar someramente, puede llegar a constituir una serie de efectos que tengan influencia en las legislaciones internas de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, por cuanto pueden llegar a constituir un aumento en el cúmulo de trabajo los diferentes entes encargados de la aplicación del control de convencionalidad. No obstante esto, resulta bastante necesario, al confrontar dicho proceso con el progreso de los sistemas interregionales de protección a los Derechos Humanos.

> ***Una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el corpus juris interamericano; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno. (Ferrer, 2014, pág. 233)***

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ha manifestado en diferentes ocasiones que salvaguardar la dignidad de los seres humanos, habitantes de los Estados parte de la Convención, es precisamente pro homine y en tal virtud, la obligación de los Estados de aplicar el control de convencionalidad procede precisamente de derecho. Estatuye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo siguiente:

> ***Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Artículo 1)***

En este mismo sentido, el contenido del Artículo 2 del cuerpo legal internacional de marras, estatuye que el ejercicio del conjunto de derechos y libertades proclamados en el texto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos CADH, debe estar garantizado por disposiciones legislativas. De esto se colige que, cuando un Estado (como el caso de Guatemala) pueda ser condenado por no resguardar el principio de convencionalidad, la sanción supone la intervención del Congreso de la República en la modificación de cualquier texto de legislación ordinaria que contravenga el texto y espíritu de la Convención.

Al tenor de las normas jurídicas citadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, se puede interpretar de forma sencilla que cada Estado está obligado a garantizar la aplicación de su contenido en la realidad social interna de cada uno y asimismo, sirviendo de fundamento legal las normas jurídicas en cuestión, también puede ser argüido como texto legal concordante con tal materia, el de

la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido de estatuir la última de las convenciones indicadas el principio de Pacta sunt servanda, referido a que todo tratado suscrito por un Estado y durante el imperio de su vigencia, obliga precisamente a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. En tal virtud, no se puede alegar como excusa de incumplimiento del tratado que se trate, la aplicación de normativa interna.

En consecuencia con lo indicado anteriormente, la obligación de aplicar el control de convencionalidad resulta un deber de cada Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; debiendo encontrarse un avenimiento entre las normas internas y la aplicación del texto convencional.

3. La aplicación del control de convencionalidad en Guatemala

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, es el ente encargado del control de Constitucionalidad, que salvaguarda por vía de la aplicación de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, el control de convencionalidad como garantía de aplicación de toda norma jurídica que brinda protección a la dignidad de todo ser humano y asegura el cumplimiento de sus derechos y libertades. Este ente, creado a partir de la vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala, constituye un tribunal permanente extra poder en materia privativa, cuya función principal al tenor de la legislación atinente es el de la defensa del orden constitucional.

En la jurisdicción ordinaria se encuentra la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Superior, integrado por magistrados que por disposición legal integran cámaras para conocer los distintos asuntos sometidos a su conocimiento.

Por virtud de la existencia de estos entes nacionales en ratione materiae de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se puede confirmar la aplicación del control de convencionalidad. De hecho, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dictado fallos declarando auto ejecutabilidad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, en diversos procesos. En subordinación y respeto a esta última, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala ha declarado nulidad de sentencias nacionales para ordenar procesamiento adecuado de los casos, particularmente disponiendo el cumplimiento del debido proceso y la demostración de los hechos endilgados a los sujetos incoados. La misma Corte Suprema de Justicia de Guatemala, ha declarado en contenidos de sus fallos que, el Estado de Guatemala no puede oponer su derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de sentencias internacionales proferidas por el alto Tribunal regional del sistema interamericano de Derechos Humanos.

En consecuencia con lo anterior, es procedente evidenciar que efectivamente, el Estado de Guatemala ha aplicado control de convencionalidad, para garantizar que el contenido de sentencias y fallos judiciales sean armoniosos con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH. Cabe indicar asimismo que, aunque desde la creación de la doctrina del control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, el Estado no ha modificado por vía del Congreso de la Republica, ninguna disposición contenida en leyes ordinarias como consecuencia de algún fallo de la Corte Interamericana, pese a que este mecanismo si es establecido en forma expresa para garantizar el restablecimiento del respeto a los Derechos Humanos de los habitantes de Guatemala.

4. La implicitud de derechos y el control de convencionalidad

En coherencia con lo expuesto anteriormente es procedente destacar ahora que, como efectivamente puede colegirse, el Estado de Guatemala ha aplicado debidamente y como corresponde el control de convencionalidad. Esto es así por cuanto se garantiza por un lado el cumplimiento del compromiso con la obligación convencional de que de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Derivado de lo anterior, también puede evidenciarse que el Estado de Guatemala ha cumplido con no sólo aplicar el texto de la Convención y por ende el catálogo de derechos contenido en ella, sino además su aplicación en bloque derivado de las diversas sentencias y fallos que ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, especialmente aquellos en los que existe una actividad interpretativa de la indicada Corte, por virtud de la cual se ha podido expandir el catálogo de Derechos Humanos.

El Estado de Guatemala ha sido respetuosa incluso de la implicitud de los derechos contenidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos CADH, por cuanto la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia ha proferido fallos en los cuales ha observado el espíritu de la Convención en cuanto a salvaguardar lo que implícitamente estatuye el texto convencional con respecto a la aplicación y fijación de penas en estricta observancia de un derecho penal de acto y no autor. En efecto, el Organismo Judicial de Guatemala es coherente con el principio de legalidad penal, salvaguardado por el texto convencional: “Nadie puede ser

condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable" (Artículo 9).

Este mismo principio, que resulta concordante con el texto constitucional del Artículo 17, por otro lado se convierte de esta forma en un derecho fundamental, al ser constitucionalizado en tal norma jurídica. La implicitud sin embargo, puede determinarse de la siguiente forma: La fijación de la pena sólo puede ser establecida por el grado de acción ilícita y el de la responsabilidad por ella. En caso contrario a esto, se estaría desoyendo el principio de derecho penal de acto en el momento decisivo del ius puniendi.

Para expresar con mayor claridad lo que se está indicando en las líneas precedentes, se ha alegado como argumento de apelación especial en casos concretos de procesos penales en Guatemala, que para la fijación de la pena el tribunal sentenciador deba observar antecedentes del sujeto encartado, a manera de evidenciar la falta de peligrosidad social. Esto quiere implicar que el sujeto no representa amenaza para la sociedad por carecer de conductas delictivas demostradas antes de la perpetración del hecho por el cual se le juzgó y encontró culpable. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido en sus fallos el criterio de que tal situación constituiría la aplicación del derecho penal de autor que es contrario al principio de derecho penal de acto que implícitamente estatuye la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH.
En esa virtud también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, y la doctrina misma al establecerse que:

> ***...cuando se sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. La peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo, con pena de muerte inclusive, no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. (Roxin, 1993, pág. 78)***

La apreciación de esta acción de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala, demuestra la observancia de una norma implícita en resguardo de la aplicación, como se indicó, de un derecho penal de acto en vez de un derecho penal de autor.

Esto significa que, considerar los antecedentes penales del culpable de un delito, para fijar la cuantificación de la pena, al igual que intentar ponderar la peligrosidad de dicho sujeto, únicamente apuntala la aplicación de un derecho penal de autor, al no considerar la acción ilícita y la responsabilidad o reproche que produce ésta (lo que en otras palabras constituye la antijuridicidad del acto), sino que se está valorando la conducta social del sujeto que cometió el delito antes de la comisión del mismo, no teniendo trascendencia en la perpetración el acto mismo.

Por virtud de lo anterior, no es dable desde un punto de vista jurídico, el alegato referido a la ponderación de una pena fundamentada en circunstancias personales distintas al hecho, sin embargo, es criterio de la Cámara penal de la Corte Suprema de Justicia que deben existir acreditadas circunstancias, referidas al hecho, que hagan plausible la cuantificación de la pena superior al mínimo fijado.

Habiendo ocurrido este hecho en la práctica judicial de Guatemala, es evidente como se indicó anteriormente, que el Estado ha sido respetuoso del control de convencionalidad y al aplicar el mismo se ha cumplido también con respetar más allá del texto y la literalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH, los derechos que implícitamente pueden proceder en una interpretación expansiva de las normas explícitas contenidas en el instrumento jurídico internacional de marras.

Tal como se indicara al principio de esta exposición, dos son los aspectos interesantes en cuanto a la implicitud de derechos devenidos de la labor interpretativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, y la aplicación del control de convencionalidad, por un lado la efectiva expansión del catálogo de derechos derivado de la implicitud que genera la hermenéutica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y segundo lugar, los efectos de la misma en las legislaciones internas que, como en el caso de Guatemala, constituyen efectos normales del ejercicio que supone la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad.
En cuanto al hecho de que la labor interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, produce la expansión del catálogo de derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH; puede expresarse que, efectivamente esta puede ser una consecuencia normal también para las cortes, tribunales y juzgados en los fueros internos de cada Estado parte, pero especialmente en Guatemala, en la aplicación del denominado control de convencionalidad.

Por otro lado, los efectos que esto produce en la labor interna de los órganos jurisdiccionales del sistema de justicia interno en el Estado de Guatemala, indudablemente está el hecho de que el cúmulo de trabajo para los administradores de justicia se acrecienta, sobre todo con el hecho de que su acervo técnico jurídico en cuanto Derechos Humanos, no puede ser el mismo que en el caso de no aplique el control de convencionalidad.

La carga que la expansión del catálogo de derechos de los contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, resulta bastante evidente, por cuanto no se trata del mantenimiento cuantitativo de la dimensión de derechos sino del incremento en el número de estos.

En tal virtud, se puede confirmar que, la tendencia a considerar los derechos implícitos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, efectivamente expande el acervo sobre Derechos Humanos. Y en segundo lugar, como se puede constatar, esto implica además que el operador de justicia, el juzgador, el sentenciador, deban tener en cuenta también ese cúmulo de derechos que va incrementándose en la medida en que van cumpliendo su labor, no precisamente por vía de jurisprudencia interna, sino por la producida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conclusiones

Conteste con la tendencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, a observar derechos implícitos que emanan de las normas explícitas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, se empieza a evidenciar una expansión en el catálogo de derechos, que trae efectos no sólo para el alto tribunal regional en materia de Derechos Humanos sino asimismo, para las legislaciones internas de los Estados parte, de los cuales Guatemala, al observar de manera cumplida el compromiso convencional, no es una excepción.

Por otro lado, la tendencia descrita en la labor interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, se puede apreciar como efecto inmediato en los órganos jurisdiccionales y entes nacionales de aplicación de justicia, especialmente aquellos que como la Corte Suprema de Justicia deban cumplir con la observancia del control de constitucionalidad, junto a la expansión del catálogo de derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, el incremento de conocimientos que deben tener los operadores de justicia en general, con relación a la materia de Derechos Humanos. 4

Bibliografía

Castillo-Córdova, L. Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos, Lima, Pirhua. 2008.

Ferrer MacGregor, Eduardo, "Control de convencionalidad (sede interna)", en Ferrer MacGregor, Eduardo et al., Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, vol. I, p. 233.

Guastini, Ricardo. Derechos Implícitos. México, DF, s. Ed. 2017.

Navarro Aracena, J. Análisis crítico de los Derechos Constitucionales Implícitos, U de Chile, 2017.

Roxin, Claus, et al. Determinación Judicial de la Pena. Editorial EDIGRAF, Argentina, 1993,

Organismo Judicial: Implementación del modelo de atención victimológico a mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia.

Magistrado
Rogelio Cán Si
Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Cobán

1. Planteamiento previo de la política institucional del Organismo Judicial

El Organismo Judicial a través de la Unidad de Control, Seguimiento y Evaluación delos Órganos Especializados en delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer,en el marco de la perspectiva de génerolanzó la denominada Guía Práctica para el Sistema de Protección de Medidas de Seguridad y Atención Estandarizada ,Oportunay con Calidad a Mujeres Víctimas y Sobrevivientes de Violencia, que equivale a un Protocolo Nacional de Atención a Víctimas de Violencia, en el que específicamente se plantean pautas de actuación para la intervención en casos de mujeres víctimas de violencia; asi mismo, establece información y estandarización en este servicio esencial para que la víctima tenga acceso a la justicia, sobre todo que reciba atención y protección efectiva como regla general de actuación precisamente a mujeres víctimas.

De este protocolo debe destacarse la aplicación de la perspectiva de género pues asi entaque la indicada unidad:

Afronta el reto de las transversalidades, para lograr la implicación de todas las áreas del sector judicial y dependencias administrativas que faciliten el acceso libre a la justicia y a las mujeres; sin olvidar la protección y acompañamiento integral de las mujeres víctimas y sobrevivientes de la violencia. (Juárez, 2017,p.5)

Esto permite inferir que se plantea un protocolo de actuación judicial con énfasis en la violencia de género, de donde se advierte el empoderamiento que se debe tener respecto a los derechos de la víctima y sobre todo esa atención integral. Esta guía establece que al seno del Organismo Judicial se plantea una política de coordinación institucional de todos los servicios especializados para el adecuado abordaje de la violencia contra la mujeres, principalmente se crean mecanismos necesarios para dar respuesta a sus demandas de justicia, pues no de ser así, también se propiciaría la revictimización de la víctima, pues requiere de acceso a la justicia con el objeto que la acción criminal de la que ha sido víctima no quede en la impunidad.

De manera que para la aplicación de este protocolo la unidad que lo elaboró espera la inclusión afirmando que es fundamental que el personal del Organismo Judicial que trabaja y atiende a mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia, cuente con una guía para su atención, que permita fortalecer los principios, criterios victimológicos y rutas de atención estandarizados, lo que evidencia que el Estado asume y cumple esa obligación legal de atender a las mujeres víctimas mejorando la atención que necesita luego de sufrir violencia de género.

2. Conceptos generales relacionados al modelo de protección

2.1. Violencia

Para comprender el contexto en que se desarrolla el análisis de este protocolo, es menester establecer cuestiones previas relacionadas al ámbito de la violencia, así como lo que constituye la víctima, en la denominación de la Guía que es objeto de análisis están comprendidos dichos términos. En ese sentido, el término violencia refiere: “Cualidad de violento. Acción y efecto de violentar o violentarse. "Acción violenta o contra el natural modo de proceder" (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española,1992, p. 2093); en tanto que el término violento, significa. “Que está fuera de su naturalestado, situación o modo, que obra con ímpetu o fuerza, que se hace bruscamente,

con ímpetu e intensidad extraordinarias"(Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 1992, p. 2093); entonces se deriva que el victimario actúa con ímpetu o fuerza para mantener el control y dominación sobre la mujer.

Por otra parte, el vocablo "intrafamiliar" está formado del prefijo "intra" que significa"dentro de, en el interior", y del vocablo "familiar" que significa algo "perteneciente alafamilia" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 1992, pp.949-1183), porque la violencia generalmente ocurre en el ámbito privado, es decir que es en este espacio donde se manifiestan relaciones desiguales de poder tendientes a mantener en un estatus de subordinación a la mujer. De lo anterior se deriva que la violencia se genera dentro de una familia, por parte de uno de sus miembros; para los efectos de comprender lo que legalmente significa violencia intrafamiliar se advierte que se concibe como:

Cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, por parte de parientes o conviviente o ex conviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas. (Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, 2010, p.8)

Como se verifica en el ámbito legal el concepto de violencia intrafamiliar es amplio, abarca como autores de la misma a los miembros de la familia de la víctima, en sentido literal, también aquellas personas que alguna vez pudieron haber formado parte de una familia, tal es el caso del ex conviviente o ex cónyuge o la persona con quien se haya procreado hijos o hijas. Esto nos permite inferir que la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar laViolencia Intrafamiliar, se pretende proteger la vida, la integridad, la seguridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar; herramienta legal que se cumple por el Estado de Guatemala ello derivado de lo que establece la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En esta ley con las medidas de seguridad que se dictan se busca proteger la vida, integridad, seguridad y dignidad de las mujeres como colectivo que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, por ello,es importante que se otorguen las contempladas en el artículo 7 de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, pero con perspectiva de género.

2.2. Violencia contra la mujer

A los propósitos que el presente artículo guarde coherencia con la denominación de la guía que se revisa, se trae a cuenta lo que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer refiere sobre el alcance de violencia contra la mujer, preceptuando: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte,daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" esto es porque la referida Convención refiere que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado; en ese orden de ideas, las pautas de actuación para atender a mujeres víctimas debe tener componente de género para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

2.3. Victimología y víctima

Al revisar el protocolo que se analiza previamente es pertinente traer a colación que "el objeto de la victimología es la persona que sufre algún tipo de daño operjuicio" (Ortíz, 2019, p.2); en tanto que víctima de acuerdo a la Declaración sobrelos principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder se concibe como: "a toda aquella persona que individual o colectivamente haya sufrido algún daño, incluyendo lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales como consecuencias de acciones u omisiones que violen la legislación penal de su Estado"; concepto de delito que se toma en consideración en este estudio pues la aludida guía se formuló en el contexto de la Ley contra el Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer, de manera que es la que tiene relación con la legislación interna guatemalteca de conformidad con lo que establece el artículo 13.

Sin embargo, de acuerdo a la referida Declaración se establece que en la expresión "víctima" se incluye, además, en su caso a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización, en consecuencia, también se debe brindar apoyo victimológico a las víctimas indirectas.

3. Atención victimológica

Este concepto resulta relevante en la medida que para implementar efectivamente las pautas de actuación se deben contar con criterios victimológicos estandarizados a nivel institucional. La atención victimológica está referida a:

Una serie de acciones relacionadas entre sí, que se desarrollan secuencialmente, de manera integral y tienen por objetivo contener los efectos de la victimización a

través del acompañamiento efectivo a la víctima, durante todas las etapas y momentos que ésta requiere, atendiendo oportunamente sus necesidades jurídicas, médicas, psicológicas y sociales y buscando su restablecimiento, ofreciéndole seguridad, confianza y protección (Ortíz, 2019,p.17);

Lo anterior mejoraría los mecanismos necesarios para atender la demanda de acceso a la justicia que requiere la víctima del OrganismoJudicial.

4. Componentes de la Guía Práctica para el Sistema de Protección de Medidas de Seguridad y Atención Estandarizada, Oportuna y con Calidad a Mujeres Víctimas y Sobrevivientes de Violencia del Organismo Judicial.

4.1. Acciones de atención victimológica

En cuanto a este punto en el Capítulo 2 que hace referencia a la Atención a Mujeres Víctimas de Violencia en los Centros de Justicia sí cumple con acciones de atención victimológica, aunque no existe denominación expresa, ello, se deriva de los subtemas que integran este Capítulo pues se incluyen: Características de atención a las mujeres víctimas de violencia; principios de atención; criterios de atención victimológica y niveles de protección integral a la víctima.

Precisamente en el subtema 2.1. Características de atención a las mujeres víctimas de violencia, se evidencia que recoge acciones porque hace referencia a los siguientes aspectos:

La atención será multieinterdisciplinaria; b) La perspectiva de género debe ser transversalizada en la atención; c) La atención a víctimas debe ser encaminada a lograr el empoderamiento de las mujeres; d) Los servicios de atención a víctimas se proporcionarán de manera imparcial. (Juárez, 2017,pp.30-32)

Lo que se complementa con el apartado denominado: Criterios de atención victimológica, pues en la guía se establecieron los siguientes:

Evitar que la víctima sea confrontada con el agresor, salvo cuando la ley expresamente señale que para la realización de un acto debe estar presentes la víctima y el victimario. Evitar la utilización de juicio de valor que estigmatice a la víctima. Evitar el uso de terminología, acciones y/o comentarios misóginos. Garantizar que en los actos y diligencias procesales se evite exponer la identidad, integridad física y psicológica de la víctima. Garantizar que la víctima reciba atención especializada necesaria durante todo el proceso, en especial previamente a prestar declaraciones en cualquier etapa del proceso. Evitar que la víctima declare innecesariamente dentro del proceso; sin perjuicio del derecho que le asiste a declarar cuantas veces ella lo considere. Evitar que en el interrogatorio a la víctima le sean dirigidas preguntas en las que se utilicen términos discriminatorios o estigmatizantes. Garantizar que la víctima reciba información oportuna sobre el estado del proceso y el alcance de las actuaciones judiciales. Minimizar o eliminar los efectos colaterales que puedan derivar de la ejecución de medidas de seguridad. (Juárez,2017,p.34)

Los referidos aspectos se plasmaron en correlación con el Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales con Competencia en Delitos de Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer, pues ahí, están plasmados los criterios de atención victimológica, como se establece en el Artículo 4 del Acuerdo 30-2010 de la Corte Suprema de Justicia, de fecha dieciocho de agosto de dos mil diez.

5. Marco normativo en el que se sustenta

Al revisar este apartado se establece en el Capítulo 1 (Aspecto Victimológico) que para el desarrollo de su contenido la Unidad de Control, Seguimiento y Evaluación de los Órganos Especializados en Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer del Organismo Judicial, hace énfasis en la Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la ONU, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas y la Ley contra el Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer, como fundamento para referirse a la violencia contra la mujer en sus diferentes manifestaciones.

Ahora en el Capítulo 2 (Atención a Mujeres Víctimas de Violencia en los Centros de Justicia) para explicar el contenido del mismo utiliza como fundamento el Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad, la Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la ONU, la Ley contra el Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer, el Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales con Competencia en Delitos de Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, son sustanciales la aplicación de diversos instrumentos internacionales y nacionales.

También en el Capítulo 3 (Medidas de Seguridad) en el desarrollo del contenido la indicada unidad se apoya en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

"Convención Belém Do Pará), el Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belém Do Pará, (MESECVI), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación contra la Mujer, la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar y el Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales con Competencia en Delitos de Femicidio y Otras formas deViolencia contra la Mujer. Como se advierte la Unidad correspondiente para el desarrollo de los temas que comprende cada capítulo, seleccionó normas de la legislación internacional tanto vinculantes y no vinculantes; además de la legislación interna, tomando en cuenta los alcances del protocolo para mejorar las pautas de atención victimológica.

6. Definiciones sobre la víctima

En el Capítulo 1 que se denomina Aspecto Victimológica, se hizo referenciaa la definición de víctima contenida en la Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de las Naciones Unidas, la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, la Ley contra el Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer, y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer dela ONU; asimismo, la guía en atención a su denominación hace referencia a la violencia contra la mujer, así como la tipología de la violencia,y las modalidades de violencia regulada en la Ley contra el Femicidio y Otras formas de violencia contra la mujer, de acuerdo a lo que establece el artículo 3. De manera que en la guía se pueden verificar estos aspectos muy relacionados entre sí, porque se explica la escalada y el ciclo de la violencia, lo cual es importante para entender el contexto en que se produce la violencia contra la mujer y con ello mejorar las pautas de atención victimológica institucional.

7. Principios rectores

En este punto debe resaltarse que no se denominan principios rectores. En el capítulo 2 denominado Atención a Mujeres Víctimas de Violencia en los Centros de Justicia, existe un apartado que se llama "Principios de atención", de manera que la guía plantea atender a las mujeres mediante el cumplimiento de procesos de atención integral,multieinterdisciplinario, con base en los siguientes principios: Atención expedita, Trato empático, Cumplimiento de las Leyes, Respeto a los Derechos Humanos, Debida diligencia; Atención de ontológica, Privacidad y Confidencialidad del caso y Atención individualizada, gratuita y efectiva, explicando en que consiste cada uno de ellos.

Además, en el mismo capítulo, en el apartado Criterios de atención victimológica, la unidad respectiva asentó otros principios que rigen la pauta de acompañamiento en los órganos jurisdiccionales, tales como: Atención sin discriminación y sin estereotipos de género, Información continua del proceso y acompañamiento y seguimiento, que, orientan a proporcionar atención integral conperspectivade género.

8. Procedimientos institucionales con perspectiva de género

En lo que respecta a los procedimientos institucionales la indicada unidad, asienta: "estamos conscientes que las brechas que se han abierto requieren de la participación responsable, institucional y colectiva para fortalecerlas" (Júarez, 2017. p.6) de lo que se advierte que la guía hace énfasis en que se contribuye a erradicar la violencia contra las mujeres, ello es así porque la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Belém Do Pará". En el artículo 3 establece que entre los derechos protegidos, refiere que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Se resalta que la unidad genera esa conciencia de aplicar la perspectiva de género porque hace referencia a que afronta el reto de la transversalidad, para lograr la implicación de todas las áreas del sector judicial y dependencias administrativas que faciliten el acceso libre a la justicia a las mujeres, sin olvidar la protección y acompañamiento integral de las mujeres víctimas y sobrevivientes de la violencia.

Lo fundamental se establece cuando en la presentación del documento se consigna que es importante tener claridad en la relevancia de la coordinación de todos los servicios especializados y conjuntar los esfuerzos institucionales para el adecuado abordaje de la violencia contra las mujeres, así como crear y fortalecer los mecanismos necesarios para dar respuesta a sus demandas de justicia, de lo que se evidencia el compromiso que debe tener todo el personal del Organismo Judicial para ser eficaces y eficientes en la aplicación de los criterios victimológicos.

A pesar de lo anterior no existe un apartado que haga referencia expresamente de esos procedimientos institucionales del Organismo Judicial, sin embargo, con lo explicado precedentemente y al revisar la guía en el capítulo denominado Atención a Mujeres Víctimas de Violencia en los Centros de Justicia, se desprenden elementos relacionados a la aplicación de la perspectiva de género, toda vez que en los incisos b) y c) del punto2.1, la Unidad refiere dos aspectos: La perspectiva de género debe ser transversalizada en la atención y

que la atención a víctimas debe estar encaminada a lograr el empoderamiento de las mujeres; asimismo, en el punto 2.2.,de dicho capítulo se consigna que debe atenderse a las mujeres a través del cumplimiento de procesos de atención integral, entre otros a través de un trato empático, con bebida diligencia,con privacidad y confidencialidad del caso y sobre todo el respeto a los derechos humanos de lasmujeres víctimas.

En el apartado identificado como 2.3, se estableció otros principios que rigen laruta de acompañamiento en los órganos jurisdiccionales, sobre todo en cuanto a la atención sin discriminación y sin estereotipos de género, información continua del proceso y acompañamiento y seguimiento, lo que nos conlleva a establecer que losprocedimientos institucionales tienen la perspectiva de género con el objeto que esas rutas de atención faciliten a la víctima el acceso a la justicia.

9. Incorporación de instrumentos internacionales como base para la atención a la víctima

Al tomar en consideración que los estándares internacionales para la atención a víctimas son:

"El conjunto de instrumentos internacionales negociados o avalados en materia de derechos humanos, sin importar que sean vinculantes o no. Por tanto, se abarca en esta definición, tanto a los documentos que crean obligaciones legales, como a los que hacen recomendaciones acerca de la conducta y políticas públicas que deberían aportar los Estados. (Ortíz,2019,p.5)

Se toma en cuenta que al revisar la Guía no se encuentra un apartado específico que haga referencia a las herramientas jurídicas internacionales, mucho menos que se expliquen las razones del porqué de la aplicación de esos instrumentos vinculantes ono; tampoco, se establecen criterios que pudieran tener la connotación de estándares; por el contrario, únicamente se citan en el contenido de los capítulos que comprende la guía para referirse a un concepto. Así tenemos en el Capítulo 1 (Aspecto Victimológica) se utiliza la Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la ONU, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, los cuales no tienen carácter vinculante, pero sí establecen directrices para la atención de las mujeres víctimas de delito.

También en el capítulo 2 (Atención a Mujeres Víctimas de Violencia en los Centros de Justicia) se utiliza el Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad, la Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la ONU, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comoparte de su contenido, de lo que se evidencia la cita de instrumentos internacionales no vinculantes y vinculantes, respectivamente para la atención efectiva de las víctimas de violencia.

Finalmente en el capítulo 3 (Medidas de Seguridad) los instrumentos internacionales consistentes en: la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belém Do Pará), el Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicarla Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación contra la Mujer, que integran instrumentos jurídicos vinculantes y no vinculantes, son utilizados en el desarrollo del contenido; sin embargo, no existe un apartado que haga referencia el porqué del uso en la atención integral que se le debe proporcionar a la mujer víctima y el porqué de su utilización en la guía que es objeto de análisis para mejorar la pautas de atención victimológica en los órganos especializados.

10. Conclusiones

La Guía objeto de análisis fue realizada por el Organismo Judicial a través de la Unidad de Control, Seguimiento y Evaluación de los Órganos Especializados en delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, contiene lineamientos generales y específicos relacionados al Sistema de Protección de Medidas de Seguridad y Atención Estandarizada, Oportuna y con Calidad a Mujeres Víctimas y Sobrevivientes de Violencia; según su contenido equivale aun Protocolo de atención a la víctima, se elaboró bajo criterios victimológicos según su naturaleza.

De acuerdo al estudio del protocolo,no obstante la naturaleza del documento se percibe en forma clara y sencilla qué pretende la Guía, es decir, tiene la idea central respecto de lo que pretende resolver, cuál y de qué manera ésta logra una efectiva atención integral a la víctima.

Se considera bien delimitado de cuál es el enunciado proposicional cualitativo que se pretende alcanzar, de lo que se deriva que es con fundamento en declaraciones internacionales, decálogos, estatutos, convenciones, protocolos y leyes específicas guatemaltecas relacionadas a la materia, lo cual permite entender las pautas de actuación al momento de intervenir en casos de mujeres víctimas de violencia.

Sin embargo, es importante resaltar la importancia de los procedimientos institucionales con perspectiva de género que la unidad pretenda su empoderamiento por parte de todo el personal del Organismo Judicial, incluidos órganos especializados y administrativos, pues en líneas generales se hace ver la participación institucional la necesidad de aplicar dicha herramienta con el objeto que las víctimas logren el acceso libre a la justicia.

En todo protocolo y al tomar en cuenta que la atención victimológica debe ser integral en cuanto a la atención y protección efectiva, resulta importante que se tomen en cuenta esos principios en materia de prevención del delito y justicia penal, pues no debe verificarse que los instrumentos internacionales sean vinculantes o no, lo que se trata es queexista esa atención a la dignidad humana de la víctima, están en juego sus derechos humanos. Además de los instrumentos internacionales debe tomarse en cuenta la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el aporte que hacen los comités específicos que atañen a este tema como para derivar buenas prácticas.

El uso de instrumentos internacionales relacionados a la atención integral de la víctima, están dirigidos a entender el contexto internacional de la mejora de aplicación de las pautas de atención victimológica en los órganos especializados y los órganos administrativos. Se establece que el Protocolo en mención busca la respuesta efectiva a su demanda de justicia, caso contrario el propio Organismo Judicial la podría revictimizar

Es relevante hacer mención que el protocolo de actuación judicial debe estar en función de resolver casos de violencia de género contra las mujeres, evitar la Re victimización, porque el propio sistema de justicia aún lo propicia; en consecuencia, esta Guía busca generar conciencia y empoderamiento en todo el personal del Organismo Judicial, ya sea a nivel jurisdiccional o administrativo.

Derivado de lo anterior queda claro que la Guía persigue la atención estandarizada, oportuna y concalidad a mujeres víctimas y sobreviviente de violencia, con el objeto de garantizar la protección y acompañamiento integral de las mujeres víctimas, porque de ahí derivan aspectos importantes como la sostenibilidad durante todo el proceso, pues no es un ensayo; asimismo, que no se vuelva a revictimizar a la mujer sobreviviente de violencia, se sabe del impacto que le causa revivir el episodio violento a que estuvo sujeta por su agresor.

Es necesario mencionar que el componente cultural es un aspecto a considerar en la Guía, la violencia contra las mujeres no solo ocurre en las mujeres urbanas, también en la mujer rural, donde soporta dos condiciones: la de ser mujer y la de ser indígena; de manera que este documento debe tener esa visión de la diversidad cultural,si se toma en cuenta que el Organismo Judicial ya tiene cobertura de servicio en todos los municipios de la República de Guatemala, en consecuencia, debe evitarse la discriminación, pues los conflictos sociales no tienen barreras.

Referencias Bibliográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979). Convención Para la Eliminación DeTodas las Formas De Discriminación Contra la Mujer. Guatemala: OrganismoJudicial.

Asociación Iberoamericana de Víctimas Contra la Violencia Vial. (2012). Carta Iberoamericana Sobre Derechos de las Victimas. Argentina: Cumbre Judicial Iberoamericana.

Comisión de la Mujer de la Corte Suprema De Justicia.(2015).Marco Normativo Nacional e Internacional en Materia de Derechos Humanos de las Mujeres.Guatemala:Organismo Judicial.

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

Cromo,C.(1992).Diccionario De la Real Academia Española. (Vigésima primera edición.,vol.2 tomos).España:00 Espasa Calpe,S.A.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008) Reglas De Brasilia Sobre Acceso A La Justicia De Las Personas En Condición De Vulnerabilidad. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2014).El Protocolo De Actuación Judicial Para CasosDe Violencia De Género Contra Las Mujeres. Recuperado de file:///C:/Users/rogel/Downloads/Protocolo%20casos%20de%20violencia%20vol%202.pdf

Departamento De Comunicación Social Del Organismo Judicial De Guatemala.(2012). Convención para la Eliminación Todas las forma de Discriminación contra la Mujer CEDAW y Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer Belem Do para.Guatemala: OrganismoJudicial.

Escuela De Estudios Judiciales Unidad De Capacitación Institucional Organismo Judicial De Guatemala. (2010). Protocoló de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer. Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales.

Escuela De Estudios Judiciales Unidad De Capacitación Institucional Organismo Judicial De Guatemala. (2010). Protocolo de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer. Guatemala: Silvia Regina de León M.

Facio, A. (2007). Cuando el Género Suena Cambios Trae Guatemala: Serviprensa

Juárez,M.(2017). Guía PrácticaparaelsistemadeProtecciónde MedidasdeSeguridad y Atención Estandarizada, Oportuna y con Calidad a Mujeres VíctimasySobrevivientesdeVi olencia.Guatemala: Servíprensa.

Maldonado,A.(2011). Constitución Política De La República De Guatemala Y Su Interpretación por La corte de Constitucionalidad.Guatemala: Corte de Constitucionalidad.

Naciones Unidas. (2010). Únete para poner fin a la violencia contra las mujeres. Guatemala: Naciones Unidas.

Naciones Unidas. (2015). Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género, en la elaboración de sentencias relativas a delitos de Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Guatemala: NacionesUnidas.

Organismo Judicial. (2011). Reglamento de Gestión Para Los Juzgados y Tribunales Con Competencia En Delitos De Femicidio y otras Formas De Violencia Contra La Mujer. Guatemala: IDEART estudio.

Organismo Judicial. (2012). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención De Belem Do Pará).Guatemala: Organismo Judicial.

Organización de las Naciones Unidas. (1985). Declaración sobre los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Guatemala: Organización de las Naciones Unidas.

Organización De Las Naciones Unidas. (2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recurso y obtener reparaciones.Guatemala:Organización de las Naciones Unidas.

Ortiz,N.(2019). Atención Integral con Perspectiva de Género.Guatemala: Universidad Mariano Gálvez.

Ortiz,N.(2019). Atención Victimológica con Perspectiva de Género.Guatemala: UniversidadMariano Gálvez.

Ortiz,N.(2019). Contexto Nacional de la Violencia Contra la Mujer.Guatemala: Universidad Mariano Gálvez.

Ortiz,N.(2019).Desarrollo Humano. Guatemala: Universidad Mariano Gálvez

Ortiz,N.(2019). La igualdad en la Autonomía económica y los Derechos Humanos. Guatemala: Universidad Mariano Gálvez.

Ortiz,N.(2019). Las brechas de Género un obstáculo para el desarrollo económico de las mujeres. Guatemala: Universidad Mariano Gálvez.

Rodríguez, A. (2018). Teoría del Derecho y Perspectiva de género - Análisis crítico del Derecho con perspectiva de Género y Etnicidad.Guatemala: Universidad Mariano Gálvez.

Congreso de la República de Guatemala.(2008) Ley Contra El Femicidio Y Otras Formas De Violencia Contra La Mujer. Decreto 22-2018. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/ley_contra_el_femicidio_y_otras_formas_de_violencia_contra_la_mujer_guatemala.pdf

Presidente de la República De Guatemala. (2000).Reglamento De La Ley Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Intrafamiliar. Guatemala

Control de convencionalidad y constitucionalidad en la negociación colectiva en Guatemala

Magistrado
Jorge Rolando Sequen Monroy
Sala Tercera de Trabajo y Prevision Social, Guatemala

Los denominados Tribunales de Conciliación y Arbitraje son órganos permanentes integrados actualmente por Jueces de Trabajo y Previsión Social y por representantes de los sectores obrero y patronaldesignados anualmente, que tienen la función otorgada en el Código de Trabajo de celebrar convenios colectivos de condiciones de trabajo, los cuales pasan a ser ley entre las partes (patrono y trabajadores), de conformidad con el artículo 49 del citado código, el que establece: "…El pacto colectivo de condiciones de trabajo tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industrias o regiones que afecte…"

Esta cualidad de los Pactos conlleva implícita una doble función para el Juez de Trabajo y Previsión Social, cuando fracasa la denominada Vía Directa ejercida por patronos y trabajadores, ya que de conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política de Guatemala, a estos les corresponde únicamente la facultad de administrar justicia, sin embargo al formar parte de un Tribunal de Conciliación también se les otorga la facultad de crear normas de aplicación y observancia entre patronos y trabajadores, las cuales tienen fuerza de ley, según se ha determinado precedentemente.

ASPECTOS DOCTRINARIOS

En el derecho laboral, una de las instituciones más importantes lo constituye la negociación colectiva, en virtud de que mediante ésta se cumple con la principal finalidad del derecho colectivo, identificando ésta como hacer *"realidad el principio de igualdad entre las partes negociadoras"; además "es el medio que permite elevar el nivel de vida de los trabajadores, al poder superar las condiciones mínimas contenidas en la ley"(Martínez Méndez, 2006, pág. 67).* En el ordenamiento jurídico guatemalteco, los Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo tienen fuerza de ley entre las partes, tanto presentes como futuras, al indicar que *"tiene fuerza de ley, tanto para las partes que lo suscriben como para los que concierten en el futuro, contratos individuales o colectivos dentro de la misma empresa o centro de producción, lo que elimina la posibilidad de que el patrono al contratar nuevo personal, lo haga disminuyendo las condiciones y prestaciones existentes en el centro de trabajo, con el objeto de debilitar las organizaciones de los trabajadores"*(Martínez Méndez, 2006, págs. 67-68).

Llegando a concluir que *"Los pactos colectivos o convenciones colectivas son producto de la lucha emprendida por la clase trabajadora con el propósito de mejorar las condiciones en que el trabajo debe prestarse"* habiendo identificado como las finalidades esenciales de los Pactos Colectivos de Empresa *"el mejoramiento de las condiciones de trabajo y el logro de prestaciones económico sociales más favorables"; determinándose que "Los pactos colectivos de condiciones de trabajo tienen el carácter de ley profesional desde el momento en que se celebran y entran en vigencia"*(Orozco Castañeda, 2007, pág. 41).

Y en lo que respecta a la creación de leyes profesionales, concluye que*"Por la naturaleza jurídica del pacto colectivo*

de trabajo, el Estado delega poder público en los sindicatos de trabajadores y patronos para la creación de leyes profesionales,por medio de un procedimiento especial cuyas estipulaciones son obligatorias para las partes suscriptoras, para los que laboran en la empresa al entrar en vigor el pacto, aunque no sean sindicalizados, y para los que celebren en el futuro contratos individuales o colectivos ya que no pueden contratar en condiciones inferiores a las del pacto"(Orozco Castañeda, 2007, pág. 42).

Debido a lo anterior, se considera que dicha facultad de crear convenios con fuerza de ley entre trabajadores y patronos, no debe ser competencia de los Jueces de Trabajo y Previsión Social, ya que estos, de acuerdo a la norma constitucional ya descrita, ven limitada su actuación a aplicar el derecho existente a través de los denominados juicios de derecho.

La Negociación Colectiva en este caso debería contar con el acompañamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo quien de conformidad con el artículo 274 del Código de Trabajo, debe velar por el desarrollo, mejoramiento y aplicación de todas las disposiciones legales referentes a la materia laboral, que no sean competencia de los Tribunales, principalmente las que tengan por objeto directo fijar y armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores.

La facultad de la Autoridad Administrativa de Trabajo de intervención en los Conflictos Laborales entre patronos y trabajadores no resulta nada nuevo pues ya se haya en alguna forma determinada en el mismo cuerpo legal al facultarle a homologar los Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo y en su caso a intervenir dentro del denominado Arreglo Directo, en el cual, a su instancia se puede resolver las controversias que surjan entre dichas partes.

De acuerdo a lo anteriormente indicado, solamente en caso de incumplimiento a los acuerdos a que hayan llegado patronos y trabajadores dentro de una negociación colectiva, se habilitaría la competencia de dichos jueces, quienes a partir de su requerimiento a través del derecho de acción de la parte que se considere perjudicada, podrían actuar y determinar el derecho controvertido.

Por lo tanto, la facultad de intervenir, avenir y autorizar los convenios surgidos entre patronos y trabajadores con ocasión de un conflicto colectivo sería una ampliación expresa y bien determinada a sus facultades ya señaladas en la ley de forma general.

MARCO LEGAL

El Código de Trabajo define,en su artículo 49, al Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo como aquel que*"se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo debe prestarse y las demás materias relativas a éste.*

El Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo *tienen carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industrias o regiones que afecte".*

El carácter de ley profesional se ratifica y acentúa en el artículo 50 del Código de Trabajo, al establecer éste artículo que: *"Las estipulaciones del Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo tienen fuerza de ley para:*

a. *Las partes que lo han suscrito,*

b. *Todas las personas que en el momento de entrar en vigor el Pacto, trabajen en la Empresa o Centro de Producción a que aquel se refiera en lo que dichos trabajadores resulten favorecidos y aun cuando no sean miembros del sindicato o sindicatos de trabajadores que lo hubieren celebrado; y,*

c. *Los que concierten en los futuros contratos individuales o colectivos dentro de la misma Empresa o Centro de Producción afectados por el Pacto en el concepto de que dichos Contratos no pueden celebrarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en el Pacto Colectivo".*

En el artículo 51, el Código de Trabajo regula el Procedimiento de Negociación de un Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo, estipulando que: *"…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 que se resuelvan el punto o puntos en discordia.*

Para este efecto, de ser posible, junto con el pliego de peticiones se presentará la comprobación de los puntos convenidos, especificándose en dicho pliego aquellos otros respecto a los cuales no hubo acuerdo.

Si no se pudiere presentar tal comprobación, en el pliego de peticiones se harán constar los puntos en que existe conformidad y en los que no la hay, a fin de que el Tribunal de Conciliación pueda comprobar estos extremo".

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por lo anterior existe un conflicto de competencias por la contraposición de dos tipos de facultades reconocidas en la normativa guatemalteca a los Jueces de Trabajo y Previsión Social, lo cual puede afectar la certeza y seguridad jurídica en la administración de justicia.

Esto porque de conformidad con lo preceptuado en el artículo 203 de la Constitución Política de Guatemala que establece: "*Artículo 203.- Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar.La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones…"* le corresponde al Juez de Trabajo y Previsión Social la facultad de administrar justicia, de resolver conforme a derecho los conflictos que les sean sometidos a su conocimiento y decisión; sin embargo al formar parte de un Tribunal de Conciliación, cuando ha fallado la etapa Vía Directa realizada entre patrono y trabajadores, también se les otorga la facultad de crear normas de aplicación y observancia entre patronos y trabajadores, las cuales tienen fuerza de ley, como ya se ha indicado.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Según la organización Internacional del Trabajo –OIT- *"La negociación colectiva es un principio y un derecho fundamental en el trabajo. La negociación colectiva también es considerada como un derecho habilitador"* (OIT, 2016, pág. 4)

El Convenio relativo a la promoción de la negociación colectiva (154), del cual Guatemala es parte, establece: *"Artículo 2. A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".*

En cuanto a los temas que se desarrollan en un proceso de Negociación Colectiva, este *"centra su atención en las condiciones de trabajo y empleo y en la regulación de las relaciones entre los empleadores o las organizaciones de empleadores y uno o varios sindicatos.*

Las condiciones de trabajo y empleo podrían incluir cuestiones como salarios, horas de trabajo, bonificaciones anuales, vacaciones, licencia de maternidad, seguridad y salud en el trabajo y otros asuntos.

Las cuestiones concernientes a las relaciones entre las partes pueden incluir temas como instalaciones para los representantes sindicales, procedimientos para la solución de conflictos y consultas, cooperación e intercambio de información entre otros" (OIT, 2016, pág. 3)

El Convenio Colectivo de Condiciones de Trabajo *"constituye un marco privilegiado para la gestión flexible y participada de las relaciones laborales. (…) [Es] un instrumento jurídico negocial preferente y como la expresión más genuina de la autonomía colectiva negocial… surge con el propósito o la finalidad de superar las desigualdades de poder existentes entre las partes de una relación de trabajo, la versatilidad que se desprende de su capacidad inherente de adaptación a las circunstancias y exigencias del entorno en el que se desenvuelve, su carácter dinámico consensuado por las partes implicadas en las relaciones laborales, por su efectividad y eficacia.*

La negociación colectiva y el convenio colectivo son instituciones jurídicas y figuras que han adquirido en el tráfico jurídico unas connotaciones precisas, como medio de autorregulación de las condiciones de trabajo en el sector jurídico-laboral y como técnica de autogobierno del modelo democrático de relaciones laborales. …encarnan la faceta más viva e interesante del Derecho del Trabajo" (Amaadachou Kaddur, 2014, pág. 425.426).

Los beneficios de la negociación colectiva que ha identificado la Organización Internacional del Trabajo son los siguientes: *"Los estudios muestran que la negociación colectiva contribuye a mejorar los salarios y las condiciones de trabajo, así como la igualdad. También ha desempeñado un papel decisivo al facilitar la adaptabilidad de las empresas y economías durante una crisis económica.*

Cuando es efectiva, la negociación colectiva ayuda a crear confianza y respeto mutuo entre los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones, y contribuye al mantenimiento de relaciones laborales estables y productivas. (…) Asimismo, las instituciones de negociación colectiva débiles e ineficaces pueden llevar al aumento de los conflictos laborales, con los consiguientes costos económicos y sociales.

El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva permite formular un tipo de normativa que complemente la legislación. Los contratos colectivos pueden reforzar el cumplimiento de las disposiciones legales, permitir que las partes las mejoren y ofrecer mecanismos para abordar cuestiones propias de determinadas empresas o sectores económicos.

Esto puede beneficiar a ambas partes, garantizando que los trabajadores obtengan una participación justa de los beneficios de la productividad sin poner en riesgo la capacidad de los empleadores de operar de manera

rentable... Cuando las partes están bien organizadas, los contratos colectivos también se pueden usar para fijar salarios mínimos y condiciones de trabajo en un sector o segmento económico" (OIT, 2016, págs. 4-5)

En el ámbito de la legislación internacional las disposiciones contenidas en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativas a la libertad sindical, la negociación colectiva y las relaciones de trabajo son específicamente los siguientes y que en su conjunto contienen los estándares que se han identificado anteriormente:

- *Convenio número 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (C098), adoptado en la 32ª Reunión de la OIT el 01 de Julio de 1949, que cobró vigencia en Guatemala el 13 de Febrero de 1952.*

- *Convenio número 154, sobre el fomento dela negociación colectiva (C154), adoptado en la 67ª Reunión de la OIT el 11 de Agosto de 1983, que cobró vigencia en Guatemala el29 de Octubre de 1952.*

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número 098 relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva claramente vincula el derecho de sindicalización y el de libertad sindical con la Negociación Colectiva, en tanto que las organizaciones sindicales de los trabajadores son creadas para que exista una legítima representación de la parte obrera para la defensa de los trabajadores.

En su artículo 4, el Convenio 098 de la OIT dispone que *"Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo"* (C-098-OIT, 1949)

El Convenio 154 de la OIT, relativo al fomento de la Negociación Colectiva, en su artículo 2, conceptualiza a la Negociación Colectiva indicando que *"comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:*

a. *Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*

b. *Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez"*

Como puede apreciarse, ninguna normativa internacional que haya sido adoptada al seno de la Organización Internacional del Trabajo, indica o impone qué autoridad debe ser la competente dentro de los Estados que son parte de ella, para la autorización de los convenios colectivos. Todo lo contrario, indica y fija a través de los Convenios Internacionales los parámetros sustantivos bajo los cuales debe regirse la negociación colectiva, independientemente de su denominación en cada Estado, para lograr los fines de superación de los derechos de los trabajadores.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Amaadachou Kaddur, F. (2014). El Contenido del Convenio Colectivo: especial referencia al contenido mínimo legal necesario. Biblioteca Virtual, Universidad de Gradana. Granada España: Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Granada. Obtenido de https://hera.ugr.es/tesisugr/24574223.pdf

Arriaga Castillo, L. R. (2006). Análisis Jurídico Crítico del elemento consensual contractual en las Relaciones Laborales establecidas con el Estado de Guatemala. Biblioteca de la USAC. Guatemala, Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos. Obtenido de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5945.pdf

CONSTITUCION POLITICA DE GUATEMALA. Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente

C-098-OIT. (1949). Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo (OIT).

C-154-OIT. (1981). Convenio sobre el fomento de la Negociación Colectiva. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo (OIT).

DCx. No. 1441. (1961). Código de Trabajo. Guatemala, Guatemala: Congreso de la República de Guatemala.

Girón Sánchez, C. A. (2012). Solución al Conflicto Colectivo cuando el Arbitraje es contradictorio a los Principios Laborales y Sindicales. Biblioteca del Organismo Judicial. Guatemala, Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Obtenido de http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/43202.pdf

Martínez Méndez, E. P. (2006). Análisis crítico jurídico sobre la vigencia de los Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo en nuestro ordenamiento jurídico. Biblioteca de la USAC. Guatemala, Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Obtenido de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5838.pdf

OIT. (2016). NEGOCIACIÓN COLECTIVA: Guía de Políticas (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Organización Internacional del Trabajo (OIT). Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_528312.pdf

Control de convencionalidad y constitucionalidad en la negociación colectiva en Guatemala

La arbitrabilidad

Magistrado
Teodulo Ildefonso Cifuentes Maldonado
Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil, Mercantil y Familia, Quetzaltenango

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias, además de ser uno de los mecanismos preferidos como método hetero-compositivo para solucionar conflictos. Sin embargo, no tiene la libertad absoluta en nuestra legislación para solucionar la totalidad de los conflictos que se ocasionen entre los particulares. Adicional a las características propias del arbitraje que moldean este mecanismo y que lo delimitan para que no se convierta en otra de las figuras jurídicas imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, la Arbitrabilidad, en sus facetas objetiva y subjetiva, también limitan al arbitraje dentro de las áreas en las que puede operar. Este artículo abordará el tema de la Arbitrabilidad objetiva en Guatemala desde el punto de vista de la regulación normativa, pero también, desde una posición igualmente protagónica realizada por el legislador y las altas cortes, quienes, con ayuda de la doctrina, han fijado los linderos de las materias o temas que pueden ser sometidos a un tribunal arbitral.

LA ARBITRABILIDAD.

1.Definición.

"Para que un acuerdo arbitral sea válido, debe ser lícito. Es decir, es necesario que la materia sea arbitrable. No todas las materias pueden someterse al arbitraje. Existen algunas que, dada la existencia de una norma protectora de algún interés general/público, impide que una controversia que surja de la misma pueda someterse al arbitraje". (Arbitrabilidad De Controversias En Materia De Sociedades Mercantiles, Francisco González de Cossío).

En ese sentido la Arbitrabilidades la limitación que da la ley para someter a arbitraje una controversia, para que un acuerdo de arbitraje sea válido existen otros elementos que analizar, sin embargo aunque la cláusula arbitral o el acuerdo de arbitraje sean completos si la materia objeto de la controversia no lo es el procedimiento puede ser completamente ineficaz, nos encontraríamos ante un proceso que carece de su más importante elemento su objeto de ser su utilidad se vería truncado y susceptible de recurso al menos en la legislación guatemalteca,y aunque las partes así lo hayan convenido el poco probable e hipotético caso que no se cumpla de buena fe el laudo este se vería ineficaz ante un proceso de ejecución.

En la legislación guatemalteca especialmente en la ley de arbitraje de Guatemala Decreto 67-95 no encontramos una definición de que es Arbitrabilidad, simplemente encontramos en artículo3 de la ya mencionada ley que hace un esbozo sencillo mediante listado de que materias son objeto de arbitraje y aun así queda corta ante la falta de exactitud cosa que para los no ilustrados en la materia puede causar confusión, a diferencia de otras jurisdicciones donde encontramos definiciones en sus respectivas legislaciones, en el presente artículo se analizara la Arbitrabilidad desde el punto de vista nacional con comentarios internacionales.

2. Arbitrabilidad y su integración.

"En cuanto al enfoque sustancial, la doctrina internacional, distingue que el género es la arbitrabilidad, pero tiene dos especies, siendo estas la arbitrabilidad objetiva, « En sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje»26 y La arbitrabilidad subjetiva: « en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros»" (Caivano, Roque, «Arbitrabilidad y orden público», Revista de Derecho, Perú, 2013, editorial Pontifica Universidad Católica de Perú, pág. 64)

2.1 Arbitrabilidad Objetiva.

Desde la elaboración de la ley modelo de CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional la cual adopto Guatemala para la creación del decreto 67-95 Ley de Arbitraje, se dejó claro que la Arbitrabilidad de una controversia era algo que debería resolver el derecho sustantivo, en ese sentido Guatemala a limitado de manera poco precisa los límites de la jurisdicción arbitral, el que una controversia sea arbitrable o no, es un tema regulado en el artículo 3) de la ley de arbitraje cuyo epígrafe dice "Materia Objeto de Arbitraje", el presente artículocontiene cuatro incisos los cuales analizaremos brevemente.

En Guatemala, la determinación de la Arbitrabilidad de una controversia es un tema difícil, lo anterior puesto que salvo en contadas excepciones, no existen reglas claras sobre que controversias pueden ser sometidas a arbitraje, para que una controversia sea arbitrable bajo el derecho sustantivo guatemalteco debe satisfacer positivamente los siguientes criterios:

1. La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.

2. También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.

3. **No podrán ser objeto de arbitraje:**

   a. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

   b. Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.

   c. Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.

4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.

2.1.1 Áreas Expresamente Excluidas.

La legislación guatemalteca excluye de manera expresa lo contenido en el inciso 3 del artículo 3 de la Ley de Arbitraje, refiriéndose primero a *"Las Cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución",* en ese sentido primero debemos conocer que es una resolución judicial firme, la ley del organismo judicial en su artículo 155 define *"Articulo 155. Cosa Juzgada.Hay Cosa Juzgada Cuando La Sentencia Es Ejecutoriada, Siempre Que Haya Identidad De Personas, Cosas, Pretensión Y Causa O Razón De Pedir"*

Es lógico que el legislador excluyera de las materias arbitrales aquellas sobre las que cae sentencia firme, ya que la facultad del juzgador impuesta por el estado para resolver y decidir sobre las cuestiones que se presenten ante su conocimiento no pueden volver a ser examinadas por un tribunal, iniciando procesos nuevos, esto sería contradecir la certeza jurídica que debe prevalecer en el estado de derecho, no es posible en ningún sentido que pretender que algo sobre lo que ya se tomó decisión sea resuelto de nuevo con el objeto de que la parte "vencida" obtenga el resultado que desea.

Ahora bien el apartado que puede causar confusión en el texto legal citado es *"Salvo los aspectos derivados de su ejecución",* ¿cuáles son estos aspectos? Bueno en términos muy sencillos podemos decir que los aspectos que se derivan de la ejecución de una sentencia son su cumplimiento y garantía, hasta donde es posible determinar los daños causados, en ese sentido el análisis y la búsqueda de la evaluación de daños tiene las siguientes esferas de consideración 1. Expertos; y 2. Evidencia. Sin embargo los tribunales arbitrales sobre todo en temas internacionales se quedan de la falta de estos elementos que se subdividen en los siguientes: 1. Falta de Evidencia; 2. Suposiciones erróneas; 3. Afirmaciones Especulativas.

"La diferencia significativa en la evaluación de pérdidas entre demandantes y demandados es sustancial. Los demandados cuantifican los daños en un promedio de solo el 12% del monto reclamado. La responsabilidad recae en los tribunales que se ven obligados a terciar con posiciones opuestas y la media otorgada por éstos es un 53% del monto reclamado, existiendo una diferencia enorme entre diferentes tribunales de arbitraje comercial que puede aparecer en extremos de 0% a 100%." (Estudio "Damagesawards in internationalcommercialarbitration", patrocinado por PWC, Dr. Cornelis (Jaap) Baaij, 2019)

Según el estudio citado y donde se evaluaron más de 180 Laudos emitidos por la Cámara de Comercio Internacional, más del 51% de los Tribunales arbitrales critican los aspectos considerados esenciales y su escases.

Siguiendo con la línea argumentativa del presente artículo otras de las razones de exclusión de materias arbitrales es *"b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición"*,cuando hablamos del tema que nos compete encontramos una limitante aún más amplia que la tratada por el inciso a) porque ¿hasta qué punto es separable una materia de otra?, la respuesta la encontramos en la naturaleza jurídica de la controversia en cuestión, y esto lo podemos determinar si la controversia es de "Orden Publico" o no lo es, La problemática del orden público se presta a confusión, debido, en parte, a la disparidad terminológica sobre la cuestión, visto que es un tema en que intervienen recíprocamente diversas doctrinas del commonlaw y del derecho civil continental europeo.

"Entre la autonomía contractual, específicamente en mérito a la elección del derecho procesal aplicable al arbitraje internacional, y el orden público ha existido desde hace casi dos siglos una relación conflictiva, al punto que la mayor parte de la doctrina y la práctica jurisdiccional las presentan como figuras antagónicas. La complejidad se amplifica si consideramos la relatividad, vaguedad e inestabilidad del concepto de orden público, comparado con el mayúsculo dinamismo y adaptación del instituto arbitral internacional". (Revista de Derecho Público N.o 34 - ISSN 1909-7778 - Enero - Junio de 2015 – Universidadde los Andes - Facultad de Derecho)

Entonces vemos el orden público como el límite para la contratación individual y a la autonomía de voluntad de las partes, es un aspecto donde el Estado por medio de su IusPuniendidebe intervenir, no solo lo decide si no es una obligación estatal, es así que encontramos límites para la Arbitrabilidad de las controversias, el derecho penal es el ejemplo por excelencia como el Estado debe mantener la paz social bajo el imperativo de ente superior y protector, sin embargo incluso en esta área tan especial el mismo padre a dejado a la población desprotegida siendo solamente un tramitador de hechos no un previsor de posibilidades y ante un resarcimiento lejano para las partes.

Por otro lado y desviando la situación publica a un plano económico-publico otra materia que al menos en Guatemala es considera inevitablemente unida a otra es el derecho de competencia, a pesar de que Guatemala carece de una ley que regule dicho derecho es inevitable no pensar que es su obligación o por lo menos señalarlo ya que nace de nuestro ordenamiento jurídico el deber del estado de proteger el mercado, evitar monopolios y regular la actividad económica.

"El Estado [...] tiene la obligación de proteger y fomentar la economía de mercado. Paratales efectos, debe prohibir y restringir mediante disposiciones normativas la competencia desleal entre los diferentes agentes económicos del mercado, considerando como acto de competencia desleal la comparación pública de precios de sus productos y servicios y, por lo tanto, prohibido en la práctica comercial."(Corte de Constitucionalidad. Expediente 2280-2013. Fecha de sentencia: 03/02/2015)

"El orden público hace referencia a la preeminencia del interés general, público o social, porencima del interés individual, y la herramienta para tutelar dicho interés son normasimperativas que se imponen a los particulares. También es considerado como un conjunto deprincipios, implícita o explícitamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, que por serconsiderados fundamentales, se imponen imperativamente, excluyendo cualquier validez a lasrelaciones jurídicas voluntarias que sean contrarias a ellos [Caivano, Roque. Arbitrabilidad y Orden Público. Revista Foro Jurídico, págs. 66 y 67].

El derecho de competencia constituye una materia sobre la cual las partes no tienen libre disposición y es una materia ligada intrínsecamente a otra, aca vemos como se configura el artículo 3 de la ley de arbitraje, porque en ella se subsumen derechos de orden público, lo que excluye a las partes de su conocimiento ya que las mismas solo pueden transigir sobre materias en las que no se comprometa algún interés público, social o general; por ende, las partes no tienen la libertad de decidir sobre la forma de solucionar un conflicto que surja en la materia, debido a que los únicos competentes son los órganos estatales

"Por su parte, el derecho de competencia es una rama del derecho económico que tiene porobjeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que seprotegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público [Witker, Jorge. Derecho de la Competencia enAmérica: Canadá, Chile, Estados Unidos yMéxico (2000). Chile: Fondo de CulturaEconómica.,pág. 21]. De esta cuenta, se puede observar el énfasis en la protección del interés general.

"El derecho de competencia tiene dos vertientes: el derecho a la libre competencia o antitrusty el derecho de la competencia desleal. El primero persigue y sanciona los abusos de posicióndominante, los acuerdos colusorios y las prácticas concertadas; disciplinando igualmente lasconcentraciones empresariales y las ayudas públicas. El segundo, se basa en las exigencias dela buena fe, y en las sanciones a imponer a competidores que con sus comportamientoscontraríen dicho principio [Soto Pineda, Jesús Alfonso. Vías de aplicacióndel derecho de la competencia. (2012)Universidad Autónoma de Madrid, Madrid., pág.5].

Que dicen los tribunales de Guatemala al respecto, al inicio de este apartado se cita un expediente de la corte de

constitucionalidad de Guatemala pero no ha sido la única vez que nuestro máximo tribunal en materia constitucional se ha pronunciado al respecto

"[...] la Constitución [...] establece que se prohíben los monopolios y privilegios y que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores. Se trata también de dos normas que imponen directrices al Estado en orden a limitar determinadas actividades económicas de los particulares, para lo cual deberá 'limitar' el funcionamiento de las empresas monopolísticas y 'proteger' la economía de mercado."(Corte de Constitucionalidad. Expediente 439-95. Fecha de sentencia: 03/01/1996).

De la cita anterior debemos destacar el apartado proteccionista del estado que también se debe traducir a orden público en materia de arbitraje la jurisdicción internacional ha desarrollado más el tema, en este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado en contra de la arbitrabilidad del derecho de competencia. En el caso *American Safety v. Maguire*[1], los tribunales de apelación estadounidenses establecieron la exclusión de las demandas de arbitraje sobre derechos de competencia. En el mismo sentido se pronunciaron en el caso *Aimcee v. Tomar Products*, al establecer que las demandas sobre derechos de competencia no son arbitrables.

Sobrela línea argumentativa el ultimo inciso del numeral 3 de la ley de arbitraje señala lo siguiente*"Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos",* en este apartado pareciera que pudiéramos determinar de forma más sencilla la forma de excluir la Arbitrabilidad de las materias, puesto que si hablamos de derecho comercial el Código Procesal Civil y Mercantil señala de forma específica los procedimientos a seguir en determinadas áreas asi como algunos artículos del Código De Comercio, comenzado con el Código Procesal Civil y Mercantil excluyendo el juicio ordinario que puede ser la via para determinar Arbitrabilidad pero no lo es.

El Juicio Oral señala seis incisos específicos dejando abierta la posibilidad en el inciso 7 *"Los Asuntos que por disposición de La Ley O Convenio de las partes deba seguirse en esta vía"* acá encontramos lo regulado en los artículos 182 de la Ley de Propiedad Industrial; 826 del Código Civil; 898 del Código Civil; 133 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos; y lo regulado con respecto a alimentos y patria potestad según la ley de Tribunales de Familia, por lo que estas materias no son arbitrables según lo dispuesto en la ley de arbitraje.

El Juicio Sumario señala en su haber cinco incisos específicos y un sexto que recoge lo regulado por su predecesor *"Los que por disposición de la Ley O Por Convenio De Las Partes Deben Seguirse en esta vía"* es acá donde encontramos nuevamente más limitantes para el arbitraje puesto que la legislación guatemalteca señala así que deberá ventilarse en juicio sumario lo estipulado en los artículos 212, 22, 227, 234, 238 y 260 del Código de Comercio; los artículos 538 y 815 del Código Civil.

Y para dar por terminado el presente apartado el inciso 4) de la ley de arbitraje que excluye los arbitrajes laborales, esto porque la figura de arbitraje utilizada no es la misma, el Código de Trabajo señala su forma de procedencia y está dentro un plano Jurisdiccional.

2.2 Arbitrabilidad Subjetiva.

La Arbitrabilidad subjetiva o Arbitrabilidad Ratione Personaealude a la posibilidad de que ciertas personas se comprometan a ventilar sus controversias mediante arbitraje, en algunos sistemas jurídicos, a los organismos públicos les está prohibido someter sus controversias al arbitraje.

A otros les es posible sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, por ejemplo antes en Francia el Ministerio Publico debía ser notificado de ello. Dicha restricción ha sido eliminada pero se han incluido restricciones tanto en el NCP.Lex. Arbitri Francesa, Algo similar ocurría en Belgica que establecía una prohibición general, salvo los casos de arbitraje derivado de tratados internacionales, sin embargo dicha prohibición fue eliminada para dar una autorización general en materia contractual.

3. Arbitrabilidad De Áreas Especiales.

La Arbitrabilidad de áreas especiales o ciertas áreas genera problemas especiales que merecen ser tratados con pinzas puesto que el derecho es tan amplio y cada jurisdicción lo trata desde un punto de vista diferente, aun habiendo desarrollado en apartados anteriores algunos de estos temas daremos un breve repaso sobre lo que significa en el plano internacional.

3.1 Obligaciones Extracontractuales.

4. Revisión De La Arbitrabilidaden Derecho Comparado.

Del desarrollo histórico de la arbitrabilidad se deduce que no ha existido una coherencia en torno a las materias que pueden o no someterse a arbitraje. De hecho, queda la sensación de que fueron inspiraciones políticas las que han plasmado

1 Esta apelacion de American Safety Equipment Corp. (ASE) son de órdenes del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, Constance B. Motley, J., que suspendió, pendiente de arbitraje, dos juicios declaratorios de ASE, uno contra Hickok Manufacturing Co., Inc., y el otro contra JP Maguire & Co., Inc. Los méritos de estas acciones no se cuestionan ahora directamente, pero sí la idoneidad de dirigir el arbitraje. Concluimos que el tribunal debería haber decidido por sí mismo al menos algunas de las cuestiones que remitió a los árbitros. En consecuencia, remitimos para continuar con los procedimientos.

su sello a la hora de delimitar este escenario, en cuanto a la mayor o menor confianza que esta institución presta en un momento histórico determinado, dado que estas materias no se encontraban vinculadas necesariamente a la libertad de las partes o su autonomía, sino más bien a una política descongestionante, un retroceso en la justicia ordinaria, o una mayor o menor desconfianza en la institución.

No obstante ello, si hubiera que definir los criterios que mayormente se han utilizado a la hora de delimitar el ámbito de aplicación material del arbitraje habría que decir que éstos se centran en las materias de cierta índole económica o patrimonial, que se entendía formaba parte de los intereses privados de las partes; asimismo, se encontraban excluidas materias que requerían del poder de imperio de un tribunal y aquellas donde existía un predominante interés del orden público, tales como los delitos.

4.1 Chile.

El proceso histórico en Chile muestra en cambio que el arbitraje se encontraba muy emparentado a otro tipo de institutos, como es la conciliación, y no a lo que hoy en día se conoce como tal. Dentro de este contexto, las materias que se permitían "arbitrar" estaban generalmente ligadas con aspectos patrimoniales; en cambio, las que no podían serlo, se encontraban unidas a los intereses generales de la población, siguiendo, por tanto, un criterio más o menos a fin con la historia general de la institución.

La legislación en Chile ha efectuado dos intentos por modificar esta institución, teniendo éxito en el último caso al dictar la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional; sin embargo, tal importante avance se ve empañado al contemplar la supervivencia de la restante legislación arbitral ya caduca. En otras palabras, tal esfuerzo debiera haberse orientado no sólo a la cobertura de la institución arbitral en el plano internacional, sino que en su totalidad.

5. La Arbitrabilidad Según La Convención De Panamá.

La doctrina es unánime en afirmar que el ámbito de aplicación de la Convención de Panamá no es lo suficientemente claro, como sí ocurre, por ejemplo, con la Convención de Nueva York (Talero, 2008). Por tal razón, Cantuarias (2007) señala que se debe realizar una interpretación para alcanzar su más entera precisión. Así, encuentra que su aplicabilidad dependerá de cinco factores, los cuales se comentan a continuación.

5.1 El laudo debe ser internacional.

Este requisito se desprende del título de la Convención –Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional–. Sin embargo, el instrumento no define qué se entiende por "laudo internacional". Por ello, Aljure indica que, al no existir ninguna referencia normativa en el mismo al respecto, la calificación de internacional dependerá en cada caso de la solución que brinde tanto el derecho internacional privado como la legislación doméstica correspondiente (Aljure, 2006).

5.1.1.El laudo debe referirse a asuntos comerciales.

Otro requisito exigido por el título de la Convención consiste en que el asunto debe versar sobre asuntos comerciales. Sin embargo, la doctrina se plantea también el problema de que el instrumento tampoco define lo que se debe entender por "comercial", aunque se aplique exclusivamente a tales asuntos (Gamboa, 2007; Zapata, 1998). Siguiendo de nuevo a Aljure, en un sentido estrictamente lato, los negocios cubiertos por este instrumento serán acuerdos de índole contractual, lo que descartaría de su ámbito de aplicación las diferencias extracontractuales (Aljure, 2006).

Igualmente, tal comercialidad deberá determinarse de conformidad con las legislaciones internas de cada país, según criterios como el acto de comercio o la actividad empresarial22. Sin embargo, el arbitraje internacional contemporáneo ya no se limita a controversias comerciales tradicionales, sino que se incluyen transacciones vinculadas, por ejemplo, con licencias, franquicias, financiamientos e, incluso, inversiones extranjeras. Asimismo, se ha extendido su aplicación al ámbito contractual público (Rearte, 2009).

5.1.2. El laudo debe emitirse en un país distinto a aquel en donde se pide su reconocimiento y ejecución.

Aunque el instrumento panamericano no hace referencia a que el arbitraje sea extranjero, Cantuarias (2007) infiere este requisito de lo mencionado en los incisos 1(a), (d) y (e) del artículo 5. Sin embargo, Aljure indica que en este punto puede tenerse en cuenta la definición de la Convención de Nueva York (art. I), conforme a la cual un "... laudo lo será cuando proviene de un país distinto a aquel en que se pide el exequátur y cuando siendo proferido en un Estado, las autoridades nacionales del mismo no lo consideran como laudo nacional" (Aljure, 2006, p. 114).

5.2. Reciprocidad.

Citando a Van den Berg, Cantuarias (2007) considera válido afirmar que la Convención de Panamá permite exigir la reciprocidad en dos niveles: el primero, referido a la necesidad de que el laudo arbitral sea dictado en un país miembro. El segundo, que sea emitido en un

proceso arbitral entre nacionales que pertenezcan a Estados miembros. Esto por cuanto el instrumento tiene la finalidad de ser aplicado solo entre Estados americanos y, además, entre sus súbditos.

5.3. Residencia de las partes en Estados miembros de la Convención.

Las partes del proceso arbitral deben residir en Estados miembros de la Convención, lo cual hace que su aplicabilidad solamente tenga un carácter regional. Tal como lo interpretan Fouchard et. al. (1999, p.146 y 147), aunque el arbitraje internacional según la Convención de Panamá se liberalizó, según este instrumento internacional solamente pueden ser resueltas las controversias panamericanas.

5.4. Las disposiciones particulares de la Convención

Como se señaló previamente, además de su ámbito de aplicación, en la Convención de Panamá existen otros aspectos de relevancia que deben ser tenidos en cuenta para establecer con exactitud los requisitos de arbitrabilidad en el mencionado instrumento, los cuales se describen a continuación.

5.4.1.El acuerdo de las partes

Aunque la Convención de Panamá no lo señala expresamente, el artículo 1° le confiere validez al acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a la decisión arbitral las diferencias que pudieran surgir o hubieren surgido entre ellas en relación con un negocio de carácter mercantil. En otros términos, hace referencia a la posibilidad de someter al arbitraje las diferencias que pudieren surgir en el desarrollo de la relación jurídica –cláusula compromisoria–, como también las que ya hayan surgido –compromiso– (Benetti, 1988).

5.5. Requisitos de forma

Aunado a lo anterior, el instrumento internacional establece que el acuerdo compromisorio debe constar por escrito. Se trata entonces de un documento suscrito por las partes o de conformidad con un canje de instrumentos, los cuales, a su vez, pueden estar conformados por cartas, telegramas o aun comunicaciones por vía télex. Es claro que para la época en la que fue redactada la Convención, todavía no existía la masificación del uso de Internet y, menos aún, se habían desarrollado las discusiones jurídicas acerca de la validez en el uso, envío y recepción de mensajes de datos.

Sin embargo, en el ámbito internacional el principio de equivalencia funcional es ampliamente difundido y no cabe duda de que la iniciación de un proceso arbitral bajo las normas de la Convención de Panamá a través del uso de este tipo de comunicación electrónica goza de toda la validez y eficacia probatoria.

5.6. El nombramiento de los árbitros y el procedimiento aplicable

En palabras de Fouchard et al. (1999), uno de los aspectos más significativos y progresistas de la Convención de Panamá, en comparación con la de Nueva York, es lo relacionado con las normas sustantivas de organización del arbitraje, las cuales se encuentran contenidas en sus artículos 2° y 3°.

En primer lugar, la designación de los árbitros se encuentra contenida en el artículo 2° de la Convención de Panamá. Al respecto, la normativa dispone que tal nombramiento se haga en la forma que determinen las partes o delegarse a un tercero, persona natural o jurídica. Así, por ejemplo, ellas pueden señalar uno o varios árbitros para que los designados nombren a los demás miembros del tribunal

También establece que los designados pueden ser nacionales, es decir, sujetos originarios de los países de donde provienen las partes, o extranjeros (Aljure, 2006; Biggs, 2003; Gamboa, 2007), con lo cual se permite que lo sean personas provenientes de terceros países distintos de donde son nacionales las partes27. Para Martínez Neira "...la nominación de árbitros extranjeros en arbitrajes comerciales internacionales (...) obedece a la consideración de que el árbitro internacional no tiene foro (...). Este criterio significa que la calidad de árbitro internacional no deviene de un aparato judicial perteneciente a un Estado particular..." (Martínez, 1995, p. 132).

En este punto debe tenerse en cuenta que respecto de las normas de procedimiento que regirán el arbitraje, el artículo 3° de la Convención de Panamá señala que a falta de acuerdo expreso entre las partes debe seguirse el procedimiento establecido por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)28. Las reglas de esta entidad permiten también realizar el nombramiento de árbitros, lo cual, según refieren Feldstein y Leonardi, se hace con base en la utilización de una nómina de expertos altamente capacitados, rigurosamente seleccionados de las listas elaboradas por cada una de las secciones nacionales que la conforman (Feldstein&Leonardi, 1998).

A juicio de los comentaristas, la posibilidad de escoger el procedimiento CIAC resulta muy interesante, dado

que sus reglas son "claras, completas, muy difundidas y generalmente aceptadas, amén de que no están ligadas a ningún sistema procesal nacional, lo cual favorece su aplicación" (Benetti, 1988)29. Asimismo, permite suplir cualquier clase de laguna que pudieran tener respecto de la designación de los árbitros tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, en caso de que no lo hagan las partes o que estas no establezcan la manera de hacerlo.

En efecto, al haberse presentado la solicitud en debida forma por una parte, la CIAC facilita el trámite mediante la prestación de servicios administrativos entre los cuales se encuentran: (i) fijación de audiencias; (ii) notificaciones; (iii) emisión de órdenes; (iv) intermediación en el intercambio de documentación entre las partes y los árbitros y (vi) determinación de los honorarios de los árbitros (Feldstein, 1998, p.19).

Cabe señalar que el Reglamento de Procedimientos de la CIAC se encuentra vigente desde el 1° de enero de 1978, el cual fue modificado en 1988. A partir de 1996 se permitió que las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) fueran aplicables como una normativa subsidiaria en todos los arbitrajes interamericanos regidos por la Convención de Panamá, siendo su última reforma la efectuada en el año 2002 (Feldstein&Leonardi, 1998; Fouchard et al., 1999; Villalba& Moscoso, 2008)

Esto me lleva a la conclusión que uno de los aspectos más importantes para poder determinar la Arbitrabilidad es poder interpretar adecuadamente el acuerdo de arbitraje.

ANALISIS Y DISCUSIÓN

No es exageración decir que al usar el arbitraje el usuario se sube a un circuito internacionalmente armado, nutrido y mutuamente coadyuvante de solución efectiva de disputas. Ello explica varios fenómenos interesantes. Por ejemplo, el que exista retroalimentación cruzada. El que practicantes de arbitraje sigan las decisiones de los poderes judiciales más respetados para confeccionar sus ideas y escritos. El que las decisiones de una jurisdicción atraigan la atención de practicantes de otra. El que exista una autentica comunidad arbitral internacional.
Al margen del estímulo conceptual que lo anterior puede (o no) provocar tiene implicaciones que son de particular interés para Guatemala. Me centrare en una que considero valiosa: ayuda a transitar de la informalidad a la formalidad.

La informalidad abunda en Guatemala. Ello explicable pero lamentable. La informalidad es explicable por motivos. Primero, genera espacios de ventaja. Segundo, dada la ausencia del cimiento jurídico necesario.

Como espacios de ventaja: La informalidad es cómoda. Permite dejar de observar ciertas reglas. Y ello genera o puede generar beneficios, a veces importantes. Es por ello que es natural observar una tendencia a la informalidad: Conviene a unos.

Ausencia de cimiento jurídico: La formalidad exige contar con una infraestructura que, lamentablemente, a muchos guatemaltecos se nos ofrece en forma cuestionable y a veces niega; un sistema de impartición de justicia eficaz. El valor (en términos reales) de todo derecho depende del órgano aplicador. De la forma de hacerlo cumplir. Los (obesos, onerosos, tardados y con frecuencia de poca calidad sustantiva) fallos de algunos órganos jurisdiccionales distan de brindar el cimiento necesario para sofisticar una materia.

Este diseño está inspirado en la siguiente teoría: Cuando se incluye un acuerdo arbitral en un contrato, se hace mucho más que simplemente comprometerse a no utilizar el litigio para resolver una posible controversia.
Se hace aplicable a todo un sistema nacional e internacionalmente reconocido, regulado y nutrido de solución de controversias que difiere de los métodos y objetivos encontrados en las jurisdicciones comunes nacionales. Y dicho sistema es útil y valioso pues ofrece una herramienta eficiente para resolver problemas en forma inteligente.

El arbitraje se ha propagado a nivel mundial como un mecanismo ideal para resolver controversias que reúnan cualquiera de las siguientes características: 1. Mercantiles; 2. Complejas; 3. Nacionales e internacionales. Estos son los nichos de mercado ideales del arbitraje.

CONCLUSIONES

1. Dado su perfil como un método por excelencia para resolver controversias mercantiles. Busca flexibilidad y eficiencia mediante, entre otras cosas, la ausencia de normas protectoras.

2. Guatemala es una jurisdicción que ha sabido hacer suyo dicho régimen mediante la adhesión a las convenciones internacionales más modernas sobre el tema y la adopción de una buena legislación arbitral. Sin embargo, su audiencia no se limita a la guatemalteca. Es internacional.

3. Dado que las fuentes, régimen y modus operandi del arbitraje son internacionales, y existen jurisdicciones que nos llevan ventaja regulando y resolviendo problemas que la práctica arbitral ha suscitado, esta tesis se apoya en el método del derecho comparado para explicar e interpretar el derecho arbitral guatemalteco de la manera más adecuada, beneficiándonos de la experiencia extranjera. Para ello, se hace alusión a la legislación, jurisprudencia y práctica extranjera e internacional.

4. Por definición, los tribunales tienen tiempo limitado para conocer de las controversias. Por más onerosa o compleja que sea, el juzgador ve la misma cómo ve el resto de los expedientes en su oficina: como un pendiente que debe resolver dedicándole la menor cantidad de tiempo posible.

BIBLIOGRAFIA

- Aguirre, Godoy Mario, Derecho Procesal Civil Tomo I, Guatemala, Editorial Universitaria.
- Alan Redfern, Martin Hunter, NigelBlackaby, ConstantinePartasides, (2006) Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, Cuarta Edición, 'Arazandi'
- Benetti Salgar Julio J, 1994, el Juicio Arbitral en el Derecho Colombiano, Santa Fe de Bogota, Editorial Temis, S.A.
- Caivano, Roque J, “El Acuerdo Arbitral”, El Arbitraje Nociones Introductorias, (http://www.derecho-comercial.com).
- Couture, Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- Curso Práctico de Arbitraje Comercial Internacional 1ª. Edición, 2001. Editorial, Edifolsa, Guatemala.
- Dr.Alvaro Castellanos Howell, Tratado De Derecho Arbitral, Tomo II, El Acuerdo Arbitral.
- América Latina realizado por la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (CLA).
- Nájera Farfán, Mario Efraín, Derecho Procesal Civil, Guatemala, Editorial Eros.
- Resolución 40/72 de la Asamblea General de la ONU.
- Resolución de la Asamblea General 61/33, la CNUDMI.
- Resumen Ejecutivo del Informe Sobre los Derechos Humanos en Guatemala durante el año 2012, Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.
- Rivera Neutze, Antonio Guillermo, Gordillo Rodríguez Rainer Armando,

- Samayoa López, Cynthia. La Ejecutabilidad de los Acuerdos Suscritos en el Centro de Mediación del Organismo Judicial de la ciudad de Guatemala, en Materia de Familia. Guatemala.

- Sánchez Garcia, Arnulfo, La eficacia de los métodos alternos de solución de conflictos en España y Mèxico, Perspectiva integral de los acuerdos de mediación y laudos arbitrales, España.

- Vargas Viancos, Juan Enrique y Francisco Javier, Gorjòn Gómez, Arbitraje y Mediación en las Américas Santiago de Chile.

Sitios Web.

- Pagina de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (https://UNCITRAL.un.org/es)

- Pagina de TAPHRA (Tribunal arbitral de propiedad horizontal de la republica de argentina). (https://www.italaw.com)

- Página del centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Guatemala (http://www.cenac.com.gt/)

- Pagina oficial de Boletín de Derecho (A journal of Law) De estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres (http://www.adrr.com/camara/).

- Pagina Oficial de la Red de los abogados en el arbitraje internacional, IAA Red, Información del arbitraje internacional, https://www.international-arbitration-attorney.com/es/what-is-international-arbitration/.

- Pagina Oficial de la Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana (ciarglobal.com).

- Pagina Oficial del Centro de Arbitraje y Conciliación Sociedad Anónima. (https://conciliacionyarbitraje.com.gt/).

- Pagina oficial del Diario oficial de la republica Francesa. (https://www.legifrance.gouv.fr/).

- Pagina oficial del Diccionario económico expansión http://www.expanson.com/diccionario-economico/expectativas-racionales.html

- Pagina que almacena bases de datos mundial https://es.wikipwdia.org/wiki/centralismo.

- Pagina sobre Antecedentes históricos de la descentralización y participación en América Latina, https://www.econlink.com.ar/politica-descentralizacion.

- Pagina sobre Economía centralista o mercantilista https://www.moisesbittan.com/economia-centralista-o-mercantilista-puntos-de-encuentro/

- Pagina tipo blog sobre antecedentes históricos http://garzonhenaoedwinsneider.blogspot.com/2017/02/.

- Pagina web tipo blog sobre centralizmo y regionalización http://dianastepha.blogspot.com/2012/06/tipos-de-centralismo.html

- Pagina de la Cámarade Comercio Internacional (https://www.iccspain.org/)

Revistas Académicas

- En Revista e-Mercatoria, Correa Angel, Diana, 'El Reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral'.
- Revista de Derecho Journal Of Law, Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, 2008.
- Revista Latinoamericana de Arbitraje comercial, Francisco Javier GorjónGoméz, Arbitraje comercial, paradigma del derecho, (en www.servilex.com.pe).

Material en Cortes Consultadas.

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Corte Suprema de Justicia de Guatemala. (Cenadoj)

Expedientes:

- 2091-2015 (19/05/2016).
- 1783-2011 (18/08/2011).
- 878-2010 (15/03/2011).
- 1107-2010 (15/03/2011).
- 2890-2010 (18/10/2011).
- 3126-2011 (16/02/2012).
- 2214-2014 (13/08/2015)

ACTIVIDADES

Lunes, 07 febrero de 2022

Conferencia denominada **"Efectos y consecuencias de las nuevas resoluciones de la Corte de Constitucionalidad sobre la Ley de la Carrera Judicial"**, impartida por los Licenciados: Karla Lorena Santizo Arriaga y Juan Carlos Reyna Méndez de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia.

Conferencia denominada **"Nuevo procedimiento administrativo para el trámite de licencias, permisos, permutas y traslados de Magistrados"**, impartida por los Licenciados: Herbert Isamar Teleban Palacios y Jackeline Paola Zarate Estrada, Asesores Legales de la Gerencia de Recursos Humanos.

Lunes, 07 marzo de 2022

Conferencia denominada **"El control de constitucionalidad en la resoluciones judiciales"** impartida por el Dr. Alejandro José Gutiérrez Dávila.

Lunes, 04 abril de 2022

Conferencia denominada **"El Programa de IVS, beneficios y acceso al mismo para Magistrados del Organismo Judicial"** impartida por la Licenciada Claudia Lucrecia Sentes López, Jefe del Departamento de IVS de la Subgerencia de Prestaciones Pecuniarias del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS-.

Lunes, 09 mayo de 2022

Conferencia denominada **"Jubilación, contribución voluntaria, seguro y los beneficios que otorga a los agremiados el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala",** impartida por el Dr. Luis Felipe Lepe Monterroso, Coordinador de la Unidad Académica del -CANG-.

ACTIVIDADES

ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

Instituto de Magistrados de
la Corte de Apelaciones

IX CONGRESO JUDIRICO

La Función Juridisccional dentro del Estado Constitucional de Derecho

IX Congreso Jurídico

"La Función Jurisdiccional dentro del Estado Constitucional de Derecho"

Jueves 02 y viernes 03, junio de 2022

Es una actividad académica que el Instituto de Magistrados realiza en forma anual para fortalecer las competencias de sus miembros ante la función jurisdiccional que desempeñan dentro de la Corte de Apelaciones y Tribunales de igual categoría.

Así mismo, ayuda a que los Magistrados compartan sus experiencias, discutan sobre nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales y que maximicen su conocimiento, el cual es necesario en el que hacer judicial como la tan preciada convivencia, misma que contribuye al trabajo en equipo y al desarrollo gremial.

En esta oportunidad el IX Congreso Jurídico tuvo una duración de 02 días en la Ciudad de Antigua Guatemala, contando con la participación de la Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, Silvia Patricia Valdés Quezada, el Magistrado Vocal XIII, Manuel Reginaldo Duarte Barrera e invitados especiales de la Corte de Constitucionalidad, el Magistrado Nester Mauricio Vásquez y Magistrado Rony Eulalio López Contreras, a quienes les fueron entregados reconocimientos por la labor jurisdiccional desempeñada como Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial.

La primera fase de conferencias inició con la disertación del Magistrado Manuel Reginaldo Duarte Barrera, quien desarrolló el tema “Importancia de la independencia judicial en el Estado de Derecho Constitucional”. Posteriormente, se procedió con la disertación del Dr. Saúl González Cabrera, quien expuso el tema “Estándares Nacionales e Internacionales de la Prisión Preventiva”.

La segunda fase de conferencias continuo con la disertación del Abogado Edgar Stuardo Ralón Orellana, Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH- y Presidente del Centro para la Defensa de la Constitución -CEDECON-, quien desarrollo el tema “Observaciones de Convenios Internacionales en la aplicación de la Justicia Guatemalteca”, seguidamente la disertación del Dr. Omar Ricardo Barrios Osorio, Director General del Centro de Estudios de Derecho -CEDE-, quien expuso el tema “Procesos Judiciales y los medios de Comunicación Social”.

Al finalizar las fases de conferencias, se presentaron conclusiones basadas en cada una de las conferencias y exhortaron a los Magistrados presentes a seguir capacitándose y actualizando información para obtener aportes valiosos para el desarrollo de la administración de justicia de la República de Guatemala.

ACTIVIDADES

Lunes, 27 junio de 2022

Desayuno de agradecimiento a personal que colaboró durante El IX Congreso Juridico, “Importancia de la independencia judicial en el Estado de Derecho Constitucional”.

La historia nunca dice adiós. Lo que dice siempre es un hasta luego.
Eduardo Galeano

En memoria de nuestros amigos y compañeros:

Magistrado
Helio Guillermo Sánchez Gonzalez
Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Guatemala

Magistrado
Carlos Roberto Motta De Paz,
Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Retalhuleu

Magistrado Noé Moya García
Sala Primera Corte de Apelaciones Penal Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente

La Independecia Absoluta es nuestro primer derecho y el fundamento de los demás.

José Cecilio del Valle.

Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones

6a. Avenida 4-83 Edificio Torre Marfil, Zona 10

(502) 2290-5572 imagistrados@oj.gob.gt https://imagistrados.com.gt