ORGANISMO JUDICIAL
GUATEMALA, C.A.

ESCUELA DE ESTUDIOS JUDICIALES

SAPERE AUDE

Atrévete a Pensar

Julio - diciembre 2012

No. 1

Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala

REVISTA
Sapere Aude
–Atrévete a pensar–

1
NÚMERO

Edición:
Julio-diciembre 2012

Revista
Sapere Aude / Atrévete a pensar
Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala
Formación para la Justicia y la Paz

Lote 12, finca San Gaspar, aldea Santa Rosita,
zona 16, ciudad de Guatemala, C.A.
PBX: 24267700
www.oj.gob.gt/uci

Número: 1
Edición: Julio-diciembre 2012

Diseño de portada:
Helber García

Diseño de interiores:
Oswaldo Morales

ISBN: 978-9929-561-90-8

Los contenidos de la presenta publicación no expresan necesariamente la opinión de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala. Se permite su reproducción parcial o total para fines didácticos, siempre que se cite la fuente.

Distribución sin fines de lucro.

Diseño y edición: **M**agna **T**erra editores S.A.
5a. ave. 4-75, zona 2
Tels.: 2238-0175, y 2251-4048 251-4298 Fax: 2250-1031
Sitio web: www.magnaterraeditores.com
Correo electrónico: info@magnaterraeditores.com

Consejo Editorial

Gabriel Antonio Medrano Valenzuela
Presidente del Organismo Judicial y de la
Corte Suprema de Justicia

Gustavo Adolfo Mendizábal Mazariegos
Magistrado Vocal IV de la Corte Suprema de Justicia

Mynor Custodio Franco Flores
Magistrado Vocal IX de la Corte Suprema de Justicia

Vladimir Osman Aguilar Guerra
Director de la Escuela de Estudios Judiciales

Secretaria del Consejo Editorial
Nidia Victoria Jordán Villeda

NUEVA VISIÓN DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS JUDICIALES

La Escuela de Estudios Judiciales es consciente de la responsabilidad social que tiene de ser garante de valores éticos, de la vocación al servicio público y de la importancia de su misión en un Estado de Derecho, lo cual debe traducirse en una Escuela eficiente, confiable y de calidad. Esto nos conduce a desarrollar un plan de mejoramiento continuo, a efecto de facilitar la ejecución de las políticas de gestión de calidad y buenas prácticas, que conjugue todas las iniciativas que tienen como objetivo la mejora en el servicio que se presta. En sintonía con lo anterior, actualmente se trabaja en la implementación de las Normas de Calidad RIAEJ NCR1000:2011 "Requisitos de Calidad para los Programas y las Escuelas Judiciales y Centros Públicos de Formación Judicial que hacen parte de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales".

En la búsqueda de altos estándares de calidad, que es una tarea continua y perfectible, se está consolidando una organización administrativa, para garantizar condiciones de eficiencia, accesibilidad y transparencia, teniendo siempre como razón de ser a la persona usuaria, este compromiso organizacional se refleja en el Plan Estratégico 2012-2015 de la Escuela de Estudios Judiciales.

El Proyecto Educativo Institucional –PEI– se planificó y ejecuta con un enfoque de enseñanza basado en competencias, utilizando la metodología constructivista. Fundamentado en ese enfoque, se orientó el programa de formación docente, la reestructuración de los programas de formación inicial y continua, y se está haciendo énfasis en la investigación académica.

Administrativamente, se han realizado ajustes para estar en sintonía con los avances académicos; se ha implementado la política de desconcentración con la inauguración y funcionamiento de las sedes regionales de Oriente en Chiquimula y de Occidente en Quetzaltenango. La sede de Oriente con cobertura en los departamentos de Chiquimula, Zacapa, Jalapa, Izabal y Jutiapa, y la sede de Occidente con cobertura a los departamentos de Quetzaltenango, San Marcos, Huehuetenango, Quiché, Totonicapán, Sololá, Suchitepéquez y Retalhuleu; ambas sedes se encuentran bajo la responsabilidad y supervisión de la Dirección de la Escuela de Estudios Judiciales.

En el ámbito informático y recursos tecnológicos, continuamente se trabaja en el fortalecimiento de las TICs en materia de formación judicial y recientemente se creó la Biblioteca Virtual de la Escuela, la cual puede ser consultada en la página web www.oj.gob.gt/uci. Recientemente, se aprobó el Proyecto de Cooperación bilateral entre el Gobierno de la República de China-Taiwán y el Organismo Judicial, con la finalidad de actualizar el equipo tecnológico y ampliar la infraestructura de la Escuela, mediante la implementación de aulas inteligentes.

En el concierto internacional se han fortalecido los vínculos de cooperación con otras Escuelas Judiciales de Iberoamérica, formando parte activa de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales –RIAEJ– y del Centro de Capacitación para Centroamérica y el Caribe.

Las actividades y recursos de la Escuela de Estudios Judiciales están dirigidos para satisfacer las necesidades, expectativas y los requerimientos académicos de las y los usuarios, diseñando los procesos formativos con base en la detección de necesidades de capacitación.

Todo lo anterior se ve reflejado en el trabajo exitoso que realiza la Escuela, prueba de ello, es que en el 2012 se inició el IX Programa de Formación Inicial para aspirantes a Jueces de Primera Instancia que se encuentra en un proceso de acreditación internacional por parte de la RIAEJ. Se desarrollaron más de cuatrocientas actividades académicas de formación continua, tanto para funcionarios/as jurisdiccionales, auxiliares judiciales, como personal administrativo. En formación especializada se implementaron cinco diplomados con aval de universidades del país, destacando la III edición del Diplomado en Actualización y Especialización sobre Femicidio y Otras Formas de Violencia contra las Mujeres en el Marco de los Derechos Humanos; el Rol del Juez en la Justicia Constitucional del Siglo XXI y el II Diplomado en Argumentación Jurídica; y se finalizó la primera promoción de la Maestría en Gestión Jurisdiccional.

Como parte del compromiso con una formación integral, y en respuesta a los ejes transversales fijados por la Escuela de Estudios Judiciales, se diseñó, planificó y ejecuta por designación de la Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, en coordinación con otras unidades el "Sistema de Integridad Institucional" –SIIOJ– que está orientado al cumplimiento de la misión institucional y al fortalecimiento ético-cultural del capital social del Organismo Judicial.

Dentro de las evidencias que requieren la mejora continua, las distintas actividades que se desarrollan en los tres niveles de formación de la Escuela, tienen un seguimiento y control por medio de indicadores de gestión, esto es cumplir con el ciclo de gestión de calidad: planear, hacer, revisar o verificar y mejorar.

En síntesis, contamos con una Escuela renovada y de vanguardia, que reafirma su compromiso de fortalecer sus esfuerzos por una formación para la justicia y la paz en una sociedad democrática.

Vladimir Osman Aguilar Guerra
Director de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala
Noviembre 2012.

ÍNDICE

- ***PRESENTACIÓN*** 1

- ***INVESTIGACIONES***

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO 5
Gustavo Adolfo Mendizábal Mazariegos

UTILIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 21
Amada Victoria Guzmán Godínez

ARGUMENTACIÓN JUDICIAL A TRAVÉS DE LA SENTENCIA PENAL 51
Josué Felipe Baquiax Baquiax

NUEVO MODELO DE GESTIÓN LABORAL 63
Fabián Alberto Ramos Barahona

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN Y CONTENIDO 77
Rony Eulalio López Contreras

ONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA PARA LA IGUALDAD. FUNDAMENTOS DE UN PROGRAMA CURRICULAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS 121
Vladimir Osman Aguilar Guerra

- ***DOCUMENTOS***

DISCURSO DE TOMA DE POSESIÓN DEL PRESIDENTE DEL ORGANISMO JUDICIAL Y DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PERÍODO 2012-2013 153
Doctor GabrielAntonio Medrano Valenzuela

DECÁLOGO IBEROAMERICANO PARA UNA JUSTICIA DE CALIDAD 161
XVI Cumbre Judicial Iberoamericana 25, 26 y 27 de abril de 2012

PRESENTACIÓN

Para la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala, dentro de su política de investigación, es un privilegio y satisfacción presentar a la familia del Organismo Judicial, a las instituciones del Sector Justicia, a la comunidad académica, y en general a la sociedad guatemalteca, el primer número de la revista *Sapere Aude* (atrévete a pensar). El término *Sapere Aude* fue acuñado por pensadores y filósofos de la Ilustración, estimulando al pensamiento crítico, autónomo e independiente, trasladando el reto de atreverse a saber.

Dos objetivos persigue esta revista: el primero, incentivar la investigación científica dentro del personal del Organismo Judicial, la red de formadores de la Escuela de Estudios Judiciales y la sociedad guatemalteca en general, para contribuir a la solución de problemas actuales, uniendo constantemente los saberes y su puesta en práctica en situaciones complejas. Al respecto, el maestro Hernández Gil expresa: "El camino que desde la vivencia práctica conduce a la conceptualización es más seguro que el que se conforma con deambular por los terrenos de la conceptualización sin asomarse del todo a las realidades de la vida" (*El abogado y el razonamiento jurídico*). El segundo objetivo es contribuir a la proyección social de la Escuela de Estudios Judiciales.

La revista, desarrollada con rigor científico pretende servir como un foro para discutir problemas, ideas y presentar proyectos concernientes a la justicia guatemalteca. *Sapere Aude*, representa un espacio para la información y reflexión que permitirá conjugar las experiencias de la judicatura, de la academia y de actores sociales para dar a la administración de justicia una nueva dimensión. La tarea es ambiciosa pero posible, pues, al decidir impulsar la publicación estamos conscientes de la responsabilidad que se ha contraído.

Sapere Aude, es una publicación semestral que se realiza tanto de forma física como electrónica, y que puede ser consultada en la página web de la

Escuela: www.oj.gob.gt/uci, específicamente en el enlace de la biblioteca virtual. De esta forma, se pretende que sea una obra útil, una fuente de consulta para jueces, fiscales, defensores públicos, profesores, estudiantes, investigadores y ciudadanía en general.

La revista se encuentra estructurada en dos apartados, el de investigaciones y el de documentos. El primer apartado aborda tres ejes temáticos: a) administración de justicia; b) tópicos jurídicos-filosóficos; y, c) temas vinculados con la enseñanza del Derecho. El segundo apartado presenta a las y los lectores información de relevancia, vinculada con el quehacer de la función jurisdiccional.

En suma, *Sapere Aude* es fruto de una labor de equipo que pone de relieve distintos puntos de vista, materializados en investigaciones científicas que realzan una actitud analítica, abierta y pluralista, en búsqueda constante y permanente de la justicia.

El éxito de la presente revista académica queda encomendado a un cuerpo editorial versátil, entusiasta y comprometido con la justicia. Sin embargo, es de acotar que el éxito de una publicación, también depende de una relación sinalagmática entre quienes la escriben y quienes la leen. Por ende, confiamos en las y los lectores para llevar la idea de la justicia de la utopía a la eutopía.

Un reconocimiento a la y los autores de las investigaciones, quienes son de reconocida trayectoria profesional, académica, investigativa y con experiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Un agradecimiento especial al valioso apoyo brindado por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que integran la Comisión Enlace de la Escuela de Estudios Judiciales y el Consejo Editorial de esta revista, Magistrado Gabriel Antonio Medrano Valenzuela, Magistrado Gustavo Adolfo Mendizábal Mazariegos y Magistrado Mynor Custodio Franco Flores.

Con la certeza que con esta publicación se contribuye a la formación, especialización y actualización de la comunidad acádemica, jurídica y judicial, se hace una cordial invitación a participar en la próxima convocatoria para la publicación del segundo número de la revista.

Vladimir Osman Aguilar Guerra
Director de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala
Noviembre, 2012

INVESTIGACIONES

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO

Gustavo Adolfo Mendizábal Mazariegos*

* Abogado y Notario (USAC). Posee dos Maestrías, una en Derecho Penal y otra en Derecho Tributario (USAC). Fue Fiscal del Ministerio Público, Director de la Unidad de Capacitación del Ministerio Público y Director de la Unidad de Capacitación del Instituto de la Defensa Pública Penal. Catedrático Universitario desde hace 26 años en las siguientes universidades: Universidad de San Carlos de Guatemala; Universidad Francisco Marroquín; Universidad Rafael Landívar; Universidad Mariano Gálvez y Universidad del Istmo. Pionero del Curso de Preparación para el Examen Técnico Profesional que viene impartiendo desde hace 26 años. Fue Magistrado Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo durante 10 años. Actualmente es Magistrado Vocal IV de la Corte Suprema de Justicia e integra la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN 7
2. LIMITACIONES A LA POTESTAD TRIBUTARIA 8
3. MARCO CONSTITUCIONAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 9
4. NATURALEZA JURÍDICA 10
5. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO ¿REALMENTE CONSTITUYE UN VERDADERO PROCESO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES? 10
6. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A OBSERVAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO 12

Resumen

El Proceso Contencioso Administrativo, dada su naturaleza jurídica, es un conjunto de actos procesales que desarrollan la actividad administrativa, y permite, en la mayoría de casos, reiterar el derecho que le asiste al particular o al contribuyente en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

Las garantías constitucionales, por lo tanto, representan una auténtica tutela judicial en dicho ejercicio; en ese sentido, este proceso permite la observancia, desarrollo y cumplimiento de las garantías individuales o garantías constitucionales. Para el sistema jurídico guatemalteco, tanto el derecho administrativo, como el derecho procesal administrativo, son dos instituciones que permiten a la actividad jurisdiccional cumplir con dichos fines y objetivos.

Palabras clave: Potestad tributaria, proceso contencioso administrativo tributario; garantías constitucionales.

1. INTRODUCCIÓN

Como en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, la ley tributaria rige básicamente sobre tres aspectos del fenómeno tributario: como una modalidad del ingreso público por parte del Estado para la cobertura de sus gastos; la relación jurídica tributaria que regula el conjunto de derechos y obligaciones recíprocos entre los sujetos del tributo y el procedimiento administrativo que dicta las resoluciones de la administración tributaria, las que producen consecuencias jurídicas.

El Derecho Constitucional Tributario estudia las normas fundamentales que disciplinan el ejercicio de la potestad tributaria. Cuando hablamos de potestad tributaria nos referimos al poder tributario, como la capacidad potencial de obtener coactivamente prestaciones pecuniarias de los individuos y de requerir el cumplimiento de deberes instrumentales, necesarios para tal obtención; de lo contrario no pueden generarse obligaciones tributarias, si las mismas no están tipificadas en la ley *(nullum tributo sine lege).*

Esas potestades tributarias se encuentran en las cartas constitucionales de los países, con el objeto de delimitar y coordinar las actividades tributarias que

se manifiestan entre las distintas esferas del poder, en relación con el administrado o contribuyente.

El Derecho Constitucional Tributario es una parte del Derecho Constitucional. Tiene como objeto controlar el imperio del poder estatal. Así considerada la potestad tributaria, la misma está subordinada a las normas constitucionales, que son normas de grado superior (jerarquía constitucional, pirámide kelseniana) a las normas legales que prevén las concretas relaciones tributarias. Tal subordinación tiene especial importancia en legislaciones como la nuestra, en los cuales la constitución es rígida y en donde existe control de constitucionalidad de las normas legales por parte de los órganos jurisdiccionales: lo primero les otorga permanencia, lo segundo, efectiva vigencia.

2. LIMITACIONES A LA POTESTAD TRIBUTARIA

Debe ser ejercida íntegramente a través de la normativa legal, verbigracia principio de legalidad o de reserva, como garantía formal de competencia en cuanto al órgano generador (hecho generador) de la norma. En la misma dimensión, el principio de capacidad contributiva, que constituye el límite material de la relación tributaria y, fundamentalmente, la observancia de las garantías constitucionales. Para ello, las contiendas que surjan entre el sujeto activo (Estado) y el sujeto pasivo (el contribuyente) deben dilucidarse ante el órgano jurisdiccional competente. Existen cinco salas de lo contencioso administrativo, dos de ellas están por empezar a desarrollar sus actividades jurisdiccionales. La Sala Primera conoce del contencioso administrativo que no es tributario y la Sala Segunda y Tercera conocen asuntos de carácter tributario. El artículo 221 de la CPR es el que establece y regula el control de la juridicidad.

El Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República, regula el proceso contencioso administrativo tributario (artículos 161 al 168) que se aplica de manera privilegiada sobre la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República, que regula el proceso contencioso administrativo en los artículos del 18 al 48, por las razones siguientes:

1. En materia tributaria, para interponer los recursos de revocatoria y reposición, el plazo será de 10 días y en el contencioso administrativo es de 5.

2. El plazo común en ambos procesos para el planteamiento es de tres meses, contados a partir de la última resolución que concluyó el procedimiento administrativo.

3. Ambos procesos tienen la característica de la única instancia.

4. La Constitución Política de la República y el Código Tributario nacional, proscriben el principio *solvet et repete*. En los artículos 28 y 221 de la CPR, se señala que para ocurrir al tribunal de lo contencioso administrativo, no será necesario ningún pago o caución previa. Sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al fisco se demoró en virtud del recurso. Así también el artículo 166 del Código Tributario regula en torno al mismo senteciado.

5. Los fundamentos legales del proceso contencioso administrativo se fundamentan en la Constitución Política de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo, el Código Tributario, supletoriamente el Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley del Organismo Judicial.

6. La sentencia, en el proceso contencioso administrativo examinará, en su totalidad, la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar, confirmar o modificar. En el contencioso administrativo tributario podrá declarar la confirmación, modificación, revocación, o anulación de la resolución recurrida.

7. Ambos revisan la juridicidad de los actos de la administración pública

3. MARCO CONSTITUCIONAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En lo que respecta al control jurisdiccional se manifiestan dos aspectos: la función del tribunal de lo contencioso administrativo, en el control de la juridicidad de los actos de la administración pública y, en el segundo, las funciones del tribunal constitucional, cuya función esencial es la observancia de las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad se ha manifestado de la siguiente manera: "la ejecución de un acto administrativo no puede quedar en una simple resolución, ya que si así fuere, el funcionamiento de la administración sería susceptible de constantes obstaculizaciones.

El Artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo faculta al tribunal de la materia para acordar, a su prudente arbitrio, la suspensión de la resolución reclamada en la vía contencioso administrativa, cuando la ejecución pueda causar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a las resultas al que hubiere

pedido la suspensión…" Gaceta número 59, expediente 187-00, pág. 125. Sentencia de fecha 01-02-00.

El proceso contencioso administrativo en materia tributaria, está representado por una serie de actos en tiempo y forma que tiene características propias, que son determinantes en las decisiones de la administración tributaria, en cuanto a los asuntos relacionados con recaudación, control y fiscalización de los tributos, decisión materializada en una resolución administrativa susceptible de reclamo o de impugnación.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Surge con ocasión de la impugnación que realiza el contribuyente, en relación con un acto administrativo. Es una función que pertenece a la jurisdicción revisora que tiene como presupuesto la existencia de un acto de la propia administración, sin que ello represente, para el sujeto pasivo de la obligación tributaria, el derecho de invocar nuevos fundamentos que no hayan sido expuestos ante la administración, así como aportar las pruebas pertinentes para obtener una decisión favorable.

El proceso contencioso administrativo desarrolla el principio de especialidad en razón de la materia, ya que la Sala debe estar integrada con magistrados especializados en materia tributaria.

5. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO ¿REALMENTE CONSTITUYE UN VERDADERO PROCESO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES?

La respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ya que opera con una doble finalidad:

Uno, como un instrumento constitucional de defensa del administrado ante el ***ius imperium*** del Estado ejercido a través de la administración tributaria.

Dos, en los casos de procedencia que señala la ley:

5.1. En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado.

Para el efecto la organización administrativa del sector público de la República de Guatemala los clasifica de la siguiente manera:

a. Entidades descentralizadas no empresariales:

- Instituto de Fomento Municipal (INFOM)
- Superintendencia de Administración Tributaria (SAT)
- Fondo de Inversión Social (FIS)
- Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)
- Superintendencia de Bancos (SIB)

b. Entidades autónomas no empresariales:

- Registro Nacional de las Personas (RENAP)
- Academia de Lenguas Mayas (ALM)
- Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC)
- Comité Olímpico Guatemalteco (COG)
- Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala. (CDAG)
- En los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

En la Gaceta No. 8, pág. 184, expediente No. 87-88, sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 26-05-88 establece: "Nuestra Constitución agrupa a los Derechos Humanos en Derechos Individuales, figuran los que la doctrina divide en civiles y políticos Capítulo I, mientras que en el Capítulo II, denominado Derechos Sociales, agrupa los derechos humanos económico-sociales-culturales…". "Esta Corte advierte que los derechos individuales contenidos en la parte dogmática de la Constitución, no se conciben en forma absoluta, sino que las libertades están sujetas a la ley…". Gaceta No. 25, página No. 22, expediente No. 68-92, sentencia de fecha 12-08-92.

Aparte de los criterios constitucionales antes citados, el Derecho Constitucional Tributario constituye el conjunto de principios y normas constitucionales

que rigen la tributación. Es la parte del Derecho Constitucional que regula el fenómeno financiero, que se produce con motivo de retractaciones de riqueza de los particulares a favor del Estado, impuestas coactivamente que generan una serie de materias referentes:

a) Asignación de competencias en el ejercicio del poder tributario.

b) Regímenes de coordinación del poder tributario ejercido por el Estado, las municipalidades en la distribución de los recursos recaudados.

c) Principios que limitan el poder tributario del Estado.

d) Principios que rigen la tipificación del ilícito tributario y la aplicación de sanciones.

e) Garantías que aseguren la efectiva vigencia de los derechos de los contribuyentes.

Este conjunto de materias son parte del Derecho Constitucional de índole tributaria, con el fin de disciplinar la soberanía del Estado en el ejercicio del poder tributario, delimitar su contenido y alcance y regular los derechos y garantías de los contribuyentes.

6. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A OBSERVAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO

- **Artículo 2 de la CPR. Deberes del Estado.** Establece que es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz. En ese sentido es válida la siguiente pregunta: ¿Cuál es el control del valor justicia en el ámbito del derecho tributario? En que la administración tributaria debe actuar conforme la ley y el derecho, considerados éstos como valores fundamentales de las garantías individuales del contribuyente. Es por ello que, el proceso contencioso administrativo, constituye un control de garantía constitucional, mediante la observancia del principio de juridicidad de los actos de la administración pública. Además, por que el derecho de defensa se encuentra garantizado desde el procedimiento administrativo, como lo prevé el Arto. 2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Que de conformidad con el arto. 28 de la Constitución, que reconoce el derecho de petición y la obligación de resolver conforme a la ley, en congruencia con el debido proceso que establecen los artículos 12 de la CPR, el 4 de la Ley de Amparo, Habeas Corpus y Constitucionalidad y l6 de la LOJ y la obligación de resolver conforme a la CPR que tienen los jueces, a tenor de lo dispuesto en los Artos. 203 y 204 de esa normativa, se garantiza el **derecho** a una tutela judicial efectiva frente a la administración pública.

Esta tutela, a diferencia de lo que acontece en otros procesos, en el contencioso reviste especial importancia, porque no se circunscribe a analizar la simple legalidad de la actuación administrativa, sino va mucho más allá, en interés de la sujeción de los funcionarios a la Constitución y a la ley, al tener que establecer la juridicidad de esa actuación, que abarca, como se sabe, además de la ley, la aplicación de principios constitucionales, tesis y principios doctrinarios, jurisprudencia, doctrina legal y cualquier normativa que resulte aplicable al caso concreto, para así, de esa manera, cumplir fielmente con la finalidad del Arto. 221 que la CPR le confiere al tribunal.

La atribución anterior induce y motiva al tribunal a establecer en el proceso la verdad real y no únicamente la verdad formal que le presenten las partes. Por ello, el tribunal puede, y de hecho así lo hace con frecuencia, disponer la práctica de pruebas que complementen las aportadas por las partes, en auto para mejor fallar, al cual se puede recurrir con mayor regularidad que la de otros órganos jurisdiccionales.

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Los magistrados son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y las leyes. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia (arto.203 CPR).

- **Artículo 4. Libertad e igualdad.** En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. En ese sentido, el tribunal de lo contencioso administrativo es un garante del control de juridicidad, ya que, en los últimos años se ha observado una tendencia a la simplificación y agilización en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aún más, un fuerte detrimento de la justicia. Por otro lado el Estado, a través de los “paquetes tributarios” o “reformas fiscales”, genera que el Organismo Legislativo esté promulgando un sin número de leyes tributarias que son tan complicadas que, incluso la misma ad-

ministración encargada de su aplicación, puede difícilmente comprenderlas; la doctrina tributaria le denomina "la inmoralidad tributaria", por ello, el contribuyente no cree en la forma de recaudación del Estado y se encuentra en desventaja, porque no cuenta con suficientes mecanismos legales que le permitan defenderse. Su actividad se ve limitada a los recursos de revocatoria o de reposición. Un ejemplo es el caso de la condena en costas que se le eximía a la Administración Tributaria declarado inconstitucional.

- **Artículo 5. Libertad de acción.** Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe (no es hacer lo que se le dé la gana, la que no constituye una libertad absoluta); no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Es otra forma de manifestarse la seguridad jurídica, en ese sentido, el tribunal de lo contencioso administrativo vela por el control de los derechos adquiridos.

Por ejemplo, en la solicitud de devolución del crédito fiscal se consuma el silencio administrativo positivo si ésta se pronuncia favorablemente, ante la solicitud del contribuyente, si no se pronuncia dentro del plazo correspondiente se tiene por favorable. Ahora bien, si no se resuelve dentro del plazo establecido es negativa.

Será silencio administrativo negativo si la resolución dice que no, o bien no se pronuncia y transcurren los 30 días, ello provoca la adquisición de un derecho, eso es seguridad jurídica.

Otro aspecto importante a mencionar es que la administración tributaria dice que no está obligada a aportar pruebas cuando formula ajustes, sin embargo, sí exige que el contribuyente lo haga, y que presente todas las pruebas de descargo. En ese sentido, como dice el proverbio popular en nuestro medio: "o todos hijos o todos entenados", en igual forma queda obligada la administración tributaria a hacerlo. Ejemplo de las pruebas que la administración tributaria debería de mostrar sería una correcta auditoría, en igual forma la fundamentación legal correcta de la resolución y no dictarla con base en presunciones. La prueba reina en el proceso contencioso administrativo es la documental.

- **Artículo 12. Derecho de Defensa.** La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez y tribunal competente y preestablecido. En abono al análisis que se ha venido haciendo, no es más que observar el cumplimiento de la ley tanto en la fase administrativa como en la judicial, consecuentemente el

debido proceso, veamos dos ejemplos: **ES UNA CRÍTICA AL DECRETO 29-2001 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. PORQUE SE ESTÁ VIOLANDO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMPRENDIDO EN EL ARTO. 239 y 154 CPRG.**

Uno, en el caso del cierre temporal de empresas, establecimiento o negocios (Decreto 29-2001. Reformas al Código Tributario, arto. 86). Dos, en el mismo Decreto. En el apartado de "Infracciones Específicas". Arto.84, por incorporación se le conceden facultades al Organismo Ejecutivo a que, mediante Acuerdo Gubernativo, podrá establecer sanciones administrativas, la pregunta que se formula es: ¿Por qué al Estado se le confieren facultades para establecer sanciones? En ambos casos el actuar de la administración tributaria, de conformidad con el Código Tributario, (Arto. 96) manifiesta un incumplimiento de deberes (teoría del desvío de poder) no solo en perjuicio de la propia administración, sino que del contribuyente.

Lo anterior, indudablemente, afecta la labor del tribunal por las continuas y desordenadas reformas a las leyes impositivas y la abundante y variada legislación impositiva, que lo único que provoca es generar más inseguridad jurídica y promueve problemas de aplicación de la ley en el tiempo.

En igual forma, el recargo extraordinario que tiene el tribunal desde hace varios años, de aproximadamente 2100 procesos y cómo, a pesar de ello, ha ido disminuyendo, con gran esfuerzo, la presa judicial que se ha acumulado por falta de otros órganos, que coadyuven en la administración de justicia tributaria.

- **Artículo 14. Presunción de inocencia y publicidad del proceso.** Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. En ese sentido, se puede decir que la demanda y la contestación de la demanda constituyen un derecho abstracto, subjetivo y público, cuyo fin inmediato es que la acción ejercitada a través de un debido proceso (el cual ya existe) y se discuta ante el tribunal la controversia planteada, y en sentencia se señale si le asiste o no el derecho.

Son partes en este proceso el contribuyente, la administración tributaria y la Procuraduría General de la Nación; la ley presume que todos actúan de buena fe. Sin embargo, las partes principales son: El actor (contribuyente) y la parte demandada la administración tributaria (SAT), en el caso de la Procuraduría General de la Nación (PGN), que también es

parte le corresponde ejercer la representación del Estado. El principio de inocencia es reconocido universalmente como una garantía protectora al derecho humano de no culpabilidad. Procesalmente, constituye una garantía para la aplicación de una sanción, es por ello que la ley brinda a las partes, la potestad de presentar los medios de prueba que consideren pertinentes, con el fin de desvanecer el pago de un ajuste, intereses recargos o multas y, para la administración tributaria, demostrar con base en qué actuaciones o documentos la está imponiendo. Ejemplo: En la reforma del arto. 86 del Código Tributario (Decreto. 29-2001) en lo relativo al cierre temporal de empresas, establecimientos o negocios, párrafo 3º. SANCION, dice: "La sanción se duplicará en caso de reincidencia, o cuando así proceda…" La cita legal deja al descubierto el estado de indefensión del contribuyente frente al poder financiero del Estado.

- **Artículo 15. Irretroactividad de la ley.** La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo. La irretroactividad, en materia penal, es con el fin de darle sentido a la política criminal como un elemento del proceso penal. En materia tributaria, el Código Tributario establece que las normas tributarias sancionatorias regirán para el futuro. No obstante, tendrán efecto retroactivo las que supriman infracciones y establezcan sanciones más benignas, siempre que favorezcan al infractor y que no afecten resoluciones o sentencias firmes.

La regla general es que la ley es de aplicación inmediata y rige para el futuro, a partir de su promulgación y vigencia, que se aplique en el presente y no en el pasado. Existe cuando la nueva disposición legal vuelve al pasado para apreciar condiciones de legalidad de un acto o bien, para modificar los efectos de un derecho plenamente realizado; en otras palabras, son leyes retroactivas aquellas que vuelven sobre los efectos ya consumados bajo el imperio de una ley anterior, en donde, el solo hecho de hacer referencia al pasado no es suficiente para calificarlas como tales, porque son las consecuencias nuevas las que rigen de acuerdo con la nueva ley. En armonía y concordancia con el artículo 15 constitucional, el artículo 7 de la Ley del Organismo Judicial dice: "La ley no tiene efecto retroactivo ni modifica derechos adquiridos." Es la certeza de lo que cada individuo debe pagar, ello constituye un elemento más de la seguridad jurídica. Además, el principio de razonabilidad de las leyes excluye toda idea de arbitrariedad por parte de los órganos del Estado. La pretensión de abarcar por la ley tributaria situaciones agotadas o concluidas con anterioridad a su sanción constituyen una típica manifestación de arbitrariedad legislativa. Finalmente, cuando el contribuyente es titular

de un derecho incorporado a su patrimonio, en circunstancias en que la situación jurídica quedó verificada o constituida definitivamente, el derecho de propiedad es la aceptación amplia, en apoyo del principio de irretroactividad de la ley tributaria. Es decir, en situaciones en las cuales el contribuyente ha incorporado a su patrimonio un derecho, la ley tributaria no puede operar retroactivamente. Un ejemplo (de autoimposición) hipotético de un derecho adquirido cuando se pretende aplicar para el pasado. Vrg. En el Impuesto a la Distribución de Petróleo Crudo y Combustibles Derivados del Petróleo Crudo, que "supongamos" en la importación, en el momento de ingreso al territorio nacional la tasa del impuesto a pagar será sobre el 10% para el tercer trimestre del año 2007, pero sucede que, en el mes de enero de 2008, mediante Decreto del Congreso de la República, se elevó a un 15%. Esta nueva ley no podría aplicarse para el año 2007 según criterio de la administración tributaria.

- **Artículo 16. Declaración contra sí y parientes.** En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley. Para el Derecho Tributario, ningún contribuyente queda obligado a reconocer actos de la administración tributaria, que le perjudiquen a él o a sus parientes dentro de los grados de ley. Existen ciertos actos de la administración, como formularios, en los cuales, bajo juramento de ley, el contribuyente queda obligado a reconocer disposiciones que no le permiten disponer de un conocimiento de sus contenidos y, aún más, sujeto a la comisión de delitos como el perjurio.

- **Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior.** Principio de tipicidad. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Para el Derecho Tributario no existe tributo sin ley (***nullum tributum sine lege***), por ello, este principio lo que persigue es que toda actuación del Estado sea dentro del marco de la ley, es decir, que no puede existir tributo sin no está tipificado en la ley. Toda acción u omisión, que implique violación de normas tributarias de índole sustancial o formal, constituye infracción, que sancionará la administración tributaria, siempre y cuando no constituyan delito o falta regulados en el Código Penal (Arto. 69 c.t). Doctrinariamente ***Non bis in idem***. Nadie puede ser perseguido penalmente por el mismo hecho, más de una vez. Al realizar una interpretación extensiva tenemos que, si para el Derecho Penal no existe delito ni pena sin ley (***nullum poena sine lege***), **OPTATIVO LOS COMENTARIOS. Artículo 44.** Derechos inherentes a la persona hu-

mana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ***ipso jure*** las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza. Puede apreciarse que, si bien es cierto que existe rigidez de las normas supremas, la misma ley constitucional es flexible en cuanto a los derechos humanos, en virtud de que permite la aplicación de cualquier otra garantía humana que pudiere surgir en la observancia de las normas constitucionales, es decir que, en materia de derechos humanos, no existe un límite en su aplicación.

- **Arto. 41. Protección al derecho de propiedad.** Por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Se prohibe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido. Es el límite a la progresividad del sistema tributario. Es un principio difícil de perfilar, ya que, la prohibición de confiscatoriedad obliga a no agotar la riqueza imponible de los sujetos pasivos (por ejemplo su renta), so pretexto del deber de contribuir. Otro criterio para delimitar la no confiscatoriedad es la de preservar el patrimonio de los contribuyentes, de manera que la aplicación del sistema tributario, en su conjunto, no pueda erosionar su patrimonio. En ese sentido resulta, por ejemplo, necesario que las estimaciones objetivas sean siempre optativas para los obligados tributarios a los que les resulte aplicable.

- **Arto. 239. Principio de legalidad.** Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo con la equidad y justicia tributaria, así como determinar las bases de recaudación. El Código Tributario lo recoge y desarrolla en el arto. 3 materia privativa. Se basa en el principio de la separación de poderes. Este principio conlleva un carácter garantista estrictamente individual; también debe apreciarse como una institución de servicio de un interés colectivo, el de asegurar la democracia en el procedimiento de imposición o establecimiento de las vías de reparto de la carga tributaria. Además, garantiza los principios de igualdad o tratamiento uniforme de los contribuyentes y el de certeza de derecho o seguridad jurídica. Exige que el contribuyente pueda conocer, con suficientes precisión, el alcance de sus obligaciones fiscales, a través de disposiciones promulgadas **únicamente** por el Congreso de la República.

- **Arto.243. Principio de capacidad de pago.** El sistema tributario debe ser justo y equitativo. Para el efecto, las leyes tributarias serán estructuradas conforme al principio de capacidad de pago. En este principio rige el principio de no confiscatoriedad, por lo que el mismo también debería denominarse de no confiscatoriedad ya que el mismo evita la confiscación de bienes. Sirve, de manera instrumental, en tres funciones esenciales: 1) Es el fundamento al deber de contribuir, entendida como "exigencia lógica, que obliga a buscar la riqueza donde la riqueza se encuentra". 2) Constituye un límite para el legislador, en la configuración de los tributos, no pudiendo tomar como presupuestos circunstancias que no sean reveladoras de capacidad económica. 3) Es una guía o programa para el legislador, dentro del objetivo de la redistribución de la renta, por ello, al Organismo Legislativo le corresponde regular para que el sistema tributario, en su conjunto, sea cada vez más, un reflejo de la capacidad económica global de los sujetos.

UTILIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Amada Victoria Guzmán Godínez*

* Abogada y Notaria (USAC). Magíster Artium en Derecho Penal (USAC). Magíster Artium en Políticas Públicas (URL). Maestría en Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales e Integración Regional (USAC). Maestría en Derechos Humanos de las Mujeres, Género y Acceso a la Justicia (USAC). Doctorado en Derecho Constitucional (UMG). Doctorado en Derecho (URL). Doctorado en Derecho (UFM). Fue Jueza de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente en diferentes tribunales del Organismo Judicial (1997-2004). Magistrada de la Corte de Apelaciones, 2004-2014.

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN 23
2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO SISTEMA 24
3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES 26
4. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES 33
5. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO 37
6. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 39
7. VINCULACIÓN CON LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 40
8. UTILIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN CASOS CONCRETOS 43
9. CONCLUSIONES 47
10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 48

Resumen

Comparto el criterio que en nuestro país es necesario profundizar en el estudio y aplicación del Derecho Constitucional Comparado para la resolución de casos concretos, adecuándolo, claro está, a nuestra idiosincrasia y realidad nacional, ponderando los valores y principios constitucionales.

Es importante traer a colación los principios constitucionales que coadyuvan en la interpretación constitucional (Principios de Supremacía Constitucional, Control, Limitación, Razonabilidad, Funcionalidad y Estabilidad Constitucional), cuyo estudio proporciona un marco de referencia a ser aplicado por el juzgador constitucional, al momento de poner en práctica tal interpretaciónen su argumentación y utilización del Derecho Constitucional Comparado, buscando siempre la tan anhelada tutela judicial efectiva en todos sus elementos integrantes.

Los anteriores son argumentos suficientes y válidos para establecer las tendencias y exigencias actuales para implementar en las universidades del país, en todo nivel (pregrado y postgrado) la incursión en el Derecho Constitucional Comparado. Se debe tomar en cuenta las buenas prácticas en el tema, que también deben ser analizadas, estudiadas y aplicadas por jueces y magistrados, para la solución de los casos concretos, ampliando la discusión y contexto jurídico, sobre todo en materia de derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho Constitucional Comparado, principios constitucionales, control concentrado, control difuso, tutela judicial efectiva.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo precisar la pertinencia de la utilización del Derecho Constitucional Comparado en la interpretación constitucional, identificando los Principios Constitucionales, los cuales son importantes en la práctica para realizar una adecuada y pertinente ponderación al efectuar la interpretación constitucional, entre otras circunstancias de suma trascendencia en la toma de decisiones sobre el tema. Se analiza el control de constitucionalidad de las leyes, el control concentrado (continental-europeo) y el control difuso (americano), tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, síntesis de su origen, desarrollo y aplicación.

Haciendo énfasis en el tema de la Tutela Judicial Efectiva en materia constitucional, el cual tiene un amplio estudio en la doctrina y desarrollo jurisprudencial en el Derecho Constitucional Comparado. Los tribunales constitucionales, como el nuestro, han emitido fallos sobre tal extremo, buscando la optimización del sistema de justicia, toda vez que al referirnos a la tutela judicial efectiva se aplica en cualquier área de la administración de justicia.

El tema aquí desarrollado no está agotado, al contrario, queda el compromiso académico para continuar investigando y profundizando sobre la cuestión, lo cual debe servir para coadyuvar a cambiar paradigmas en el estudio y aplicación de la Jurisprudencia y el Derecho Constitucional Comparado y ser proyectado en el entorno profesional, en las decisiones judiciales en todo nivel.

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO SISTEMA

La constitución del Estado permite que la voluntad política que anida en la sociedad ingrese como energía vitalizante al sistema político, a efectos de garantizar el equilibrio social. En tal sentido, la Constitución hace las veces de "programa" del sistema político, a efectos de prever: quiénes están habilitados para adoptar decisiones de gobierno, cuáles son los mecanismos para controlar y evitar los desvíos o desajustes que se produzcan en el sistema, y cómo se puede renovar o modificar el referido programa, a efecto de enviar su desajuste con la realidad histórica (Quiroga,1987: p.2).

Cuando el sistema funciona sin conflictos sociales, se entiende que está legitimado, al gozar del beneficio de la credibilidad de la población, es decir, hay consensos; en caso contrario, habrá falta de gobernabilidad por la pérdida de confianza en las instituciones, lo cual conlleva a la existencia de disensos. Lo anterior debido a que el sistema político funciona haciendo circular los reclamos sociales, conforme una estructura viable de canales, que a partir del ejercicio de los derechos constitucionales, su recepción en los órganos administrativos y jurisdiccionales de Estado; y los actos de gobierno, hace posible el desarrollo del tejido social, además que éste se mejore o renueve constantemente, debido a los cambios sociales.

Es claro, que el Derecho Constitucional como sistema, es de suma importancia para el funcionamiento del sistema político del Estado, lo cual se concreta a través del reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política.

El tratadista Rodolfo Luis Vigo, en relación con la Constitución como sistema, indica que de hecho, los textos constitucionales traducen un cierto plan u orden según el modo y los títulos bajo los cuales se distribuyen las diferentes materias y sus respectivas regulaciones. Precisamente, una proyección de esta directiva consiste en atribuir o desechar significados a un enunciado constitucional, según la localización topográfica que el mismo tiene en el texto. Más allá de esta comprobación empírica, la visión sistémica de la Constitución se ha vinculado con la presunción de la racionalidad del legislador o constituyente, en tanto cabe suponer que esa obra no es fruto del azar o de manifestaciones incoherentes, sino el resultado de la razón. La falta de orden y unidad en aquella norma, que preside el resto del cuerpo normativo de una sociedad, es particularmente grave, en tanto ella afecta al resto de las normas haciéndolo, además, de una manera medular. Al preocuparse el jurista por explicar sistemáticamente la Constitución, su mirada debe procurar abarcar no sólo aquellos enunciados que resultan formalmente constitucionales por estar incluidos en el texto constitucional, aún aquella que está consagrada por otras fuentes del derecho, por ejemplo la costumbre de *status* constitucional (1993).

En síntesis, la función de la Constitución en el sistema político es organizar el Estado y viabilizar las demandas sociales, garantizando el efectivo goce de los derechos fundamentales. En ese sentido, la Constitución formal (elaborada según los procedimientos previstos en la propia Constitución), debe ser congruente con la Constitución material, integrada tanto por la normatividad legal como por la realidad social. Porque si la Constitución formal se aparta de lo sustancial de la Constitución material, se convertirá en una fórmula nominal, no cumplida, siendo el momento de introducirle reformas a la Constitución formal o normativa, con el objetivo que coincida con las necesidades sociales que le reclama la Constitución material.

En el sentido anterior, Vigo refiere: “El lector de la Constitución debe advertir –como lo dice Thomas Grey– que junto a la Constitución escrita convive una no escrita que se describe en el funcionamiento de las instituciones, en el ***ethos*** cultural de esa sociedad, en sus usos, etcétera. En el campo de la teoría general del derecho han ratificado una vieja convicción de la filosofía clásica: la inescindible vinculación de lo jurídico con la moral y lo político" así, Aarnio escribe que “las normas jurídicas no son completamente autónomas con respecto a las otras normas de la sociedad. Ellas reciben, al menos en parte, su propio contenido de las normas morales y de otras normas sociales. En cierto modo, las normas jurídicas y las otras normas actúan interconectadas” (1993: p. 118).

3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Un principio es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construye las instituciones de Derecho y que, en un momento histórico determinado, informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado (Quisbert, 2006: p.28).

Los Principios ayudan a interpretar la normativa existente, los valores orientan o guían la creación de dicha normativa. Al respecto, señala Quiroga: "La ciencia constitucional se encuentra en la necesidad de formular un cuadro de principios que permita interpretar el funcionamiento de la ley suprema del Estado en forma coherente y equilibrada" (1987: p. 15).

En ese sentido, también se pronuncia el tratadista Nino (1992: pp.17-18) al referirse a la relevancia de la Constitución en relación con los ideales del Constitucionalismo: "Es obvio que los principios que generan derechos individuales son relevantes para el razonamiento, a través del cual justificamos acciones y decisiones… Por lo tanto, si adoptamos un concepto normativo o valorativo de Constitución y la identificamos con tales principios básicos… que establecen el conjunto de derechos fundamentales… no puede caber duda de que la Constitución es relevante para el razonamiento práctico tendiente a la justificación de acciones y decisiones. Como luego se leerá, es imposible justificar una acción o decisión, que verse sobre materias en las que estén en conflicto intereses de diversos individuos, sin apelar en última instancia a un conjunto de principios ideales, o sea a la Constitución en ese sentido…"

Los principios del sistema constitucional son los siguientes.

3.1 Principio de Supremacía Constitucional

Consiste en la particular relación de supra y subordinación en que se encuentran las normas dentro del ordenamiento jurídico determinado, de tal forma que se logre asegurar la primacía de laConstitución Política de la República.

En relación con los antecedentes en el derecho comparado, sobre el principio de la supremacía constitucional, se ha indicado: "Los referidos antecedentes se pueden encontrar en la remota institución ateniense conocida como la ***Graphe Paronomon*** (426 a.de C), que otorgaba acción popular de inconstitucional, de carácter criminal, contra autores de mociones contrarias a las leyes fundamentales. Después los Fueros de Aragón (1283) y de Navarra, la Constitución de Cádiz (1812), la sentencia del Juez Coke (1610), el ***Agreement of the people***

(1647), el ***Instrument of Government*** (1653) y la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos (1787) que, de una u otra forma, han consagrado el debido respeto por parte de los poderes de gobierno, al texto de las respectivas leyes fundamentales" (Quiroga, 1987: p.19).

El citado Principio está contenido en los artículos 44, 175 y 204 de nuestra Constitución Política. En referencia al artículo 175 Constitucional, la Corte de Constitucionalidad de nuestro país ha indicado: "[…] Dentro de los principios fundamentales que informan al Derecho guatemalteco, se encuentra el de supremacía o de super legalidad constitucional, que significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución, y ésta, como ley suprema es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho […]" (Gaceta No. 34, Exp.205-94, sentencia de fecha 3 -11 – 1994).

En ese sentido,también la sentencia de fecha 8 de enero de 2004, dictadapor la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente número 2085-2003 (Gaceta número 71), que en lo conducente refiere: "…Las objeciones de inconstitucionalidad tienen como fundamento el principio de supremacía de la Constitución, conforme el cual todas las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional, sólo serán válidas si se adecuan a aquélla. El principio de supremacía constitucional requiere que todas las situaciones jurídicas se conformen con los principios y preceptos de la Constitución…"

3.2 Principio de Control

Es evidente que si el sistema Constitucional no consagra un procedimiento efectivo, que haga cierta y efectiva la Supremacía Constitucional, sobre el resto de la legislación y sobre los actos de gobierno, emanados de los poderes públicos, se tendrá el riesgo de tener una Constitución formal únicamente. Por ello es trascendente que existan controles dirigidos a hacer respetar la Constitución. El Principio de control se encuentra íntimamente vinculado con el Principio de Supremacía Constitucional. Lo anterior, para que se respete el último principio mencionado, es necesario un sistema efectivo para controlar su cumplimiento, de ahí nace la pertinencia del principio de control.

El Principio de Control contiene los mecanismos e insumos para someter los actos de gobierno y a la propia legislación a la supremacía constitucional. En nuestro país se han establecido controles que van a lo interno de cada organismo, por ejemplo: procedimiento legislativo; refrendo ministerial; votación

calificada, etc.; y otros que se realizan entre los mismos, por ejemplo: veto presidencial, interpelación, informes ministeriales, etc. También se ha señalado la existencia en nuestro país de órganos extrapoder o de control y defensa del orden constitucional, siendo la Corte de Constitucionalidad, Procurador de los Derechos Humanos, Tribunal Supremo Electoral, etc.

En el Derecho Comparado observamos los siguientes sistemas de control de la supremacía constitucional: a) Control político, efectuado por órganos o tribunales especialmente encargados de invalidar (derogar o nulificar), con efectos ***erga omnes***. De este modo, el órgano de control sustituye al órgano legislativo, abriendo una litigiosa cuestión sobre si ello es posible, en razón del carácter representativo de la voluntad popular que tienen al menos –en los regímenes democráticos– dichos cuerpos legislativos. Se corre el riego de convertir a la democracia representativa en un sistema judicialista (en el gobierno de los jueces), salvado el caso de que esos tribunales sean elegidos también por el pueblo y no gozaren de inamovilidad. La cuestión se vincula, también, a si es o no propio de que los jueces conozcan en aquellas materias propias de los poderes de gobierno (denominadas cuestiones políticas) que han sido reservadas por la Constitución a los restantes poderes del Estado. Han adoptado el sistema político de control de la supremacía constitucional los siguientes países: Alemania Federal, Austria y Turquía, creando Tribunales Constitucionales; Italia, creando una Corte Constitucional; y Francia, creando un Consejo Constitucional. El control judicial, llevado a cabo por los tribunales judiciales ordinarios, con el efecto no de derogar las leyes inconstitucionales, sino de dejarlas de lado, en los casos concretos, por la necesidad de aplicaral caso la ley fundamental. Este sistema nació con la interpretación que hizo en 1803 la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el célebre caso "Marbury vs. Madison", donde el tribunal se negó a aplicar una ley del Congreso que ampliaba la competencia de la Corte, en violación a lo dispuesto por la Constitución (Quiroga, 1987: p. 20).

En el tema de Control de Constitucionalidad de las leyes, se ampliará lo relativo con el control concentrado y al difuso, en referencia al control judicial. Toda vez que, en Guatemala, se aplica el control de constitucionalidad mixto.

3.3 Principio de Limitación

Para definir este principio, el tratadista Quiroga, señala: "El principio de limitación es aquel según el cual los derechos constitucionales, en razón de no tener carácter absoluto, encuentran límite en las leyes que reglamentan su ejercicio, en atencióna las razones de bien público y de interés general que justifican su-

reglamentación. La restricción condicionante de los derechos constitucionales da lugar al desenvolvimiento del poder de policía del Estado, dirigido a proteger el bien común. En sentido inverso, las leyes que reglamenten el ejercicio de los derechos deberán cuidar de no alterar a los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución. Se trata del postulado de la doble limitación constitucional; los derechos constitucionales limitan al poder público y éste, por razón del interés general, limita el carácter expansivo de los derechos que deben ser considerados como principios en aptitud de generar nuevas pretensiones en aras de la libertad individual" (p 35).

Para comprender el principio de limitación debemos hacer énfasis que, el Estado de Guatemala, se organiza para proteger a la persona y a la familia. Su fin supremo es la realización del bien común, por ello reconoce una serie de derechos fundamentales, los cuales son inherentes al ser humano, en el entendido que dichos derechos se deben ejercer dentro del mismo contexto social, tal es el caso que no son absolutos y necesitan ser limitados y reglamentados, con la finalidad de que, todos los ciudadanos puedan acceder a su ejercicio en igualdad de condiciones. No es contradictorio, por ejemplo, hablar de libertad y limitaciones, porque estas últimas garantizan a la primera. La libertad, igualdad y justicia, son únicamente posibles entre seres semejantes, es por ello que no podemos hablar de libertad en términos absolutos, porque la libertad absoluta es incompatible con la libertad, ya que ésta implica relación en términos de igualdad con sus semejantes.

Luis Carlos Sachica, ilustra: "…las nacidas del respeto a los derechos iguales de los demás, sin el cual no es posible la propia libertad, porque si todos tenemos derecho a todo en realidad, no tenemos derechos a nada –siendo esta la– única forma de hacer compatibles por reciprocidad las libertades; otras surgidas del imperio de la ley, ya que la libertad no es la no sujeción indeterminada, sino la obediencia racional a la norma consentida y reconocida, como válida por justa; y además las condiciones impuestas por la necesidad de la convivencia natural y por la organización deliberada de la misma, de las cuales se desprende el imperativo de hacer prevalecer el todo sobre las partes, lo colectivo sobre lo individual, lo público sobre lo privado, que es la sola manera de mantener la organización política y perfeccionarla" (1988: pp.72-73).

La Corte de Constitucionalidad, en sentencia de Exp. 68-92 de fecha 12 de agosto de 1992, Gaceta Jurisprudencial, número 25, señaló, en relación con el Principio de Limitación dice: "…Esta Corte advierte que los derechos individuales contenidos en la parte dogmática de la Constitución no se conciben en forma absoluta, sino que las libertades están sujetas a la ley, la que establece

los límites naturales que dimanan del hecho real e incontrovertible de que el individuo vive en un régimen de interrelación".

3.4 Principio de Razonabilidad

Quiroga proporciona la siguiente definición: "Este principio establece la forma de restringir el modo de utilizar, por parte del Estado, el principio de limitación. Las leyes pueden restringir el ejercicio abusivo de los derechos, pero ello debe ser hecho de forma razonable. La doctrina se ha esmerado en formular un esquema interpretativo del funcionamiento del control de la razonabilidad de los actos legislativos producidos por el Estado" (1987: p. 40).

En la Gaceta número 27, Exp. 284-92, sentencia del 23 de febrero de 1993, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, respecto al Principio de Razonabilidad, se ha pronunciado así: "…Una exención tributaria es una dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria, que la ley concede a los sujetos pasivos de ésta, cuando verifican los supuestos establecidos en dicha ley. Por la exención se excluye por razones determinadas, a quienes de acuerdo, con los términos de la ley alcanza el gravamen; es especial porque priva el principio de que el impuesto debe ser general cubriendo a la totalidad de los contribuyentes, de manera que nadie puede ser excluido sino por motivos especiales; por ello una exención tiene una razonabilidad, ya sea a favor del Estado para impulsar el desarrollo o a favor de ciertas actividades útiles. Las exenciones son expresas, y es al legislador a quien compete ponderarlas. Quien tiene el poder de crear el gravamen tiene el poder de crear la exención. De ahí que las exenciones se encuentran establecidas en la ley con carácter de excepción a la obligación impositiva tributaria cuya determinación compete fijar al Congreso de la República por mandato de la propia Constitución…".

Un acto legislativo debe tener coherencia para ser considerado razonable. La razonabilidad de la legislaciónconsiste en la adecuación de todos sus elementos, con el sentidoobjetivo provisto por la Constitución. La referida razonabilidad se puede manifestar desde el punto de vista interno, del acto legislativo, consistente en la debida proporcionalidad técnica y social que debe existir entre los motivos determinantes de la ley y el fin social al cual está dirigido. Se persigue con el principio analizado, la razonabilidad de la ley, fundada en la proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin buscado, es decir, la relación entre medios y fines.

En este punto, es importante traer a colación lo siguiente: "no significa que se pueda controlar el mérito o la eficacia de lo decidido, pues los jueces no pueden sustituir al criterio de eficiencia económica y social del legislador. La ley puede resultar ineficaz o inoportuna, pero ello no la hará irrazonable a los efectos del control judicial. Bastará que el medio elegido sea uno de los posibles y que él tenga cierta proporcionalidad con el fin buscado para considerar, a la ley en cuestión, razonable desde el punto de vista técnico y social" (Quiroga 1987: pp. 41-42).

Respecto a la razonabilidad externa o jurídica de la legislación puede referirse a la razonabilidad en la ponderación de la sanción, razonabilidad en la selección de las prestaciones estipuladas en la ley, frente a las circunstancias de hecho diferentes; como razonabilidad en los fines buscados por el acto legislativo, los cuales deben ser compatibles con los consagrados en la Constitución, por ejemplo: una ley impositiva que grava a la propiedad en una proporción confiscatoria viola el fin previsto en la Constitución y se convierte en irrazonable.

Ejemplos, en relación con el Principio de Razonabilidad, los encontramos en los artículos 41, protección al derecho de propiedad; 152, poder público y 239 principio de legalidad, de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El tema de Principio de Razonabilidad es trascendental en el marco de valores jurídicos, que deben ser tenidos en cuenta para hacer efectivo el control de razonabilidad de las leyes, en congruencia con la Constitución. Verbigracia: Si está en juego la seguridad, una ley no será razonable, si por ejemplo, no asegura la ausencia de riesgo para los habitantes; al estar en juego el orden público.

3.5 El Principio de Funcionalidad

Funciona este principio constitucional como un factor equilibrante de las funciones de gobierno, a través de la división de los poderes públicos. En nuestro país, la Corte de Constitucionalidad también se ha pronunciado sobre este principio, al señalar: "…Uno de los principales principios básicos del Estado de Derecho es el de la división o separación de poderes, en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento y al Organismo Ejecutivo, la facultad de gobernar y administrar; la división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional…". (Gaceta Jurisprudencial, No. 24, Exp. 113-92, sentencia de 19-5-1992 y Gaceta No. 83. Exp. 2265, 2443, 2451-06 de 28-3-2007).

"La Constitución es, a tal efecto, un instrumento de distribución de las funciones supremas del Estado. Las funciones básicas de los poderes del Estado corresponden a la calificación constitucional de cada poder; dichas funciones básicas no se dividen en legislativas, ejecutivas y judiciales, sino en funciones de gobierno, de administración y jurisdiccionales" (Quiroga, 1987: p. 45).

De lo expuesto se colige que el Principio de Funcionalidad está contenido en el artículo 141 Constitucional.

3.6 Principio de Estabilidad Constitucional

Este principio se refiere a garantizar la permanencia o estabilidad de la Constitución en el tiempo. Por ende, la estabilidad de la Constitución se logra mediante la rigidez constitucional o dificultando su reforma, controlando su cumplimiento y que éste sea eficaz, siendo estos los medios de control constitucional.

La rigidez constitucional tiene íntima relación con el Poder Constituyente. La Constitución Política de Guatemala contiene características al respecto, en cuanto a su posibilidad de reforma de las constituciones rígidas y flexibles, de ahí que se le catalogue de tipología mixta; al permitir la reforma de ciertas normas, pero también contener normas pétreas. El artículo 278 de la Constitución Política menciona los artículos que únicamente pueden ser reformables por una Asamblea Nacional Constituyente (Poder constituyente). El artículo 280 Constitucional se refiere a reformas por el Congreso (Poder constituido) y consulta popular, señalando taxativamente el procedimiento para la reforma. Por otro lado, el artículo 287 Constitucional, regula los artículos no reformables o normas pétreas.

Con alusión al artículo 280 Constitucional, la Corte de Constitucional de nuestro país, indicó: "La posibilidad de acudir a la reforma total o parcial, de la normativa constitucional lleva a advertir la línea que separa al poder constituyente del poder constituido o de reforma, partiendo del principio que ambos tienen diferente sustento. En efecto, el primero es el poder originario en sentido estricto, creador del texto fundamental por un acto unilateral supremo, de carácter predominantemente político, en tanto que el segundo es poder derivado o constituido, creado por el primero y, por ende, con limitaciones de carácter jurídico por su vinculación con los límites de procedimiento que, para la reforma constitucional, es preciso respetar. De ahí que para reformarla se deba cumplir con el procedimiento establecido y respetar los límites que la propia norma fundamental establece. Esta distinción entre poder constituyente y constituido vie-

ne, precisamente, no sólo por la doctrina contemporánea (Ekmekdjian, 1995: pp. 156–159), sino por la jurisprudencia de tribunales en países de similar estructura constitucional del nuestro; a cuyo efecto, puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional de España 76/1983 de fecha 5-8-1983, que afirmó: "Lo que las Cortes (equivalentes de Congreso) no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan solo en el momento de establecer la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente, objetivadas en la Constitución, no solo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y supone un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél" …Sobre el particular se debe, en primer lugar, reconocer que el Congreso de la República tiene facultad para constituirse en poder constituyente derivado, con capacidad para aprobar textos de reforma de la Constitución Política, exceptuandolos referidos en el Capítulo I del Título II y sus artículos 278 y 281…" (Gaceta No. 51 Exp. 931-93 de fecha 8-2-1999: p. 27).

4. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Varios Estados latinoamericanos han asumido el denominado Sistema Mixto, Dual o Paralelo, siendo este el caso de Guatemala. En la Constitución Política vigente se recoge, tanto el Sistema Concentrado como el Sistema difuso, el objetivo es proveer opciones para la defensa de la Constitución.

En los artículos 266 y 267, de la Constitución Política, se encuentra la regulación de los dos sistemas relacionados de control jurisdiccional. En el artículo 268 Constitucional se señala la creación de la Corte de Constitucionalidad; aunado a lo anterior, la misma Constitución generó una Ley Constitucional específica denominada: Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Por ello se analiza que en Guatemala, se aplica el sistema mixto de constitucionalidad de la Ley.

El Licenciado Juan Francisco Flores Juárez, señala al respecto que existe un control político y un control jurisdiccional (el cual divide en concentrado y difu-

so). En relación con el control político indica: el genuino Estado de Derecho no solo limita, sino controla los posibles excesos del poder del estado. Tal control puede ser ejercido mediante dos sistemas: el político, de efectos meramente preventivos y el jurisdiccional que es básicamente reparador, pero que también puede ser preventivo. El control político. Este mecanismo se concreta antes de la promulgación de la ley y por esa circunstancia se le atribuyen efectos preventivos; en oportunidades se trata de una función meramente consultiva y su aplicación corresponde a órganos no jurisdiccionales sino políticos tales como: el Congreso, el Consejo Constitucional o el Presidente; su fundamento histórico se sitúa en la pretensión de eludir la intervención de los jueces, ya que, en alguna época, de manera arbitraria, estos incursionaban en la esfera de otros poderes. Quizá el sustento ideológico de este control se encuentre en la teoría de la separación de los poderes (Montesquieu), que en su más rígida formulación estima absolutamente inadmisible toda conducta de interferencia de los jueces en la esfera del poder legislativo. En Guatemala, aunque es más relevante el control Jurisdiccional, existe también el control político. Está contenido en el artículo 183 literal h) de la Constitución, el cual regula el derecho de veto que tiene el Presidente de la República; este precepto debe vincularse con la literal a) del mismo artículo que señala como deber del Presidente, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, es decir, el presidente puede vetar una ley alegando su inconstitucionalidad; aunque, como se ve en el artículo 272 literal h) corresponde finalmente, emitir opinión, a un contralor jurisdiccional que es la Corte de Constitucionalidad (Flores, 2005: pp. 88-89).

4.1. Control Concentrado

Después de la Segunda Guerra Mundial surgió el llamado "sistema continental europeo" de control de la constitucionalidad de actos de autoridad, llamado también "austriaco" por haberse inspirado en el modelo de la Constitución de Austria de 1920. Los tribunales o cortes constitucionales se extendieron de manera considerable en los países de Europa occidental en la segunda posguerra… y después, para otros ordenamientos, de modo muy dinámico. Este sistema "europeo" o "austriaco" se ha difundido ampliamente en América Latina, en las últimas décadas, primero de manera incipiente, pero en los años recientes con mayor vigor, sin que se hubiese afectado esencialmente la tradición "americana", es decir, sin que se hubiese producido su incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios… Por el contrario, en el continente europeo predominó, sin ser absoluto, el criterio opuesto, es decir, el de la prohibición en principio a los propios jueces ordinarios para

decidir las cuestiones de constitucionalidad en los casos concretos sometidos a su conocimiento" (Biscaretti 2006: pp. 30-31).

Este control concentrado se fundamenta en la existencia de un Tribunal Constitucional, en el cual su función fundamental es enjuiciar, con carácter exclusivo, la regulación constitucional de las leyes, no siendo posible que los órganos jurisdiccionales ordinarios decidan al respecto. Es de hacer énfasis que, la creación y existencia de Tribunales Constitucionales ha sido motivo de amplia polémica, desde tratadistas como Hans Kelsen y Carl Schmitt, en 1931. Schmitt, afirmó la inconveniencia de la existencia de los Tribunales relacionados, por ser evidentemente politizados. Por su lado, Kelsen señaló que: "…si bien el control constitucional lo puede ejercer el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, es más democrático que esté a cargo de un órgano independiente y autónomo" (Monroy (n.d): p. 16).

Como se sabe, el aporte teórico fundamental para constituir este sistema de control de constitucionalidad lo realizó Kelsen, quien sostenía que ese control era esencial para mantener la supremacía de la Constitución, no solamente como regla procedimental sino también como norma sustantiva. Según éste iusfilósofo, la garantía de la Constitución reposa sobre la posibilidad de anular los actos que le son contrarios. Esa anulación no se le puede confiar al mismo órgano que dicta la ley […]". (Nino, 1992: pp.660-661)

De lo detallado, se deduce que, dentro de las características principales del modelo continental-europeo de control de constitucionalidad de la ley, se encuentra que es tipo concentrado: esto significa, que la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de las normas está monopolizado por un solo órgano, denominado Tribunal Constitucional, Corte de Constitucionalidad o Consejo Constitucional, el cual está, generalmente, separado del Poder Judicial como organización de los tribunales ordinarios.

Señala el autor Favoreu, a pesar de todas las precauciones tomadas, no se ha podido evitar que haya una fuerte incidencia de motivaciones políticas partidarias en la designación de los miembros (1992: pp.661-662).

4.2. Control Difuso

En particular, "por medio de la influencia de la clásica obra de Alexis de Tocqueville, ***La democracia en América,*** introdujeron de manera paulatina la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir, el sistema calificado de americano, de acuerdo con el cual todos los jueces ordinarios… pueden decidir,

en los procesos concretos de los cuales conocen, sobre la conformidad de la ley aplicable con la Constitución (control difuso), de oficio o a petición de parte…y la resolución que dicten declarando la inconstitucionalidadde las disposiciones legislativas sólo tienen efectos para esos casos concretos (desaplicación)…". Biscaretti, 2006:p. 30).

Nadie duda que el Control Difuso adquirió reconocimiento explícito con el famoso fallo de la Corte Suprema Federal en el caso "Marbury vrs. Madison", a través del voto del juez Marshall. William Marbury y otros demandaron al secretario de Estado Madison, para que emitiera sus comisiones como jueces de paz, para lo que habían sido designados, en el último momento de su gobierno, por el presidente Adams. Marshall sostuvo que, en verdad Marbury y los otros tenían derecho a tales comisiones, pero que la Corte no tenía poder para ordenar a Madison a emitirlas porque la Ley judicial de 1789 era, en sí misma, inconstitucional.

Lo realmente notable de este fallo, desde el punto de vista político, es cómo la Corte renunció a ejercer un posible poder en un caso concreto –en una situación en la que el mismo Marshall estaba involucrado, puesto que él había emitido las comisiones como secretario de Estado de Adams–, dado que, de lo contrario, hubiera generado un conflicto de poderes del que, seguramente, habría salido debilitada, pero a través de un argumento que implicaba autoasignarse un poder mucho más general, permanente y profundo. El argumento principal de Marshall, para fundamentar el control judicial de constitucionalidad, está expuesto en párrafos como éstos: "hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema inalterable por medios ordinarioso se encuentra en el mismo nivel de las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca.

Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdas intentos del pueblo por limitar un poder ilimitado por naturaleza… Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez?, o bien, en otras palabras, no siendo ley ¿constituye una norma operativa como una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley; si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso, de modo que la Corte debe decidir

conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las dos normas gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia" (Nino, 1992: pp. 663-664).

Es evidente la importancia del fallo descrito anteriormente, para comprender a profundidad y la consistencia del control difuso de constitucionalidad de la ley. Los argumentos del Juez Marshall, en el caso Marbury vrs. Madison, son incuestionables; de ahí que se afirme que los jueces son constitucionales, por ende, deben realizar sus análisis e interpretaciones desde la óptica Constitucional y de los derechos fundamentales, respetando el Principio de Supremacía Constitucional en sus fallos. Este tipo de control está ejercido por los tribunales que constituyen el Organismo Judicial. Cada órgano jurisdiccional conoce de los procesos de la jurisdicción ordinaria y así también ejerce la jurisdicción constitucional. En lo que se refiere a sus efectos son, fundamentalmente, inter partes y no de anulación, sino de inaplicación.

5. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Buscando una definición del Derecho Comparado, me parece acertada la proporcionada por Aguilar, citando al autor Kötz Hein Zweigert Konrad al indicar: "La expresión de Derecho Comparado implica una "actividad intelectual en la que el Derecho es el objeto y la comparación el proceso", así el Derecho Comparado es la comparación de los diferentes sistemas legales del mundo… Por consiguiente, el Derecho Comparado es una disciplina científica, que con base en conocimientos de diversos ordenamientos jurídicos se dedica a comparar las normas de cada uno. Estudia las reglas o fenómenosde los varios Derechos enfocados concretamente". (2009:p.5).

En esa línea, se comparte el criterio que en nuestro país es necesario profundizar en el estudio y aplicación del Derecho Comparado, pero con mayor razón en el Derecho Constitucional Comparado, para la resolución de casos concretos, adecuándolo claro está, a nuestra idiosincrasia y realidad nacional, pero ponderando los valores y principios constitucionales.

Aguilar, en relación con la necesidad de los estudios comparatísticos y su justificación señala: "a) El primero de estos datos es la apertura hacia la tradición angloamericana, virtualmente desconocida en nuestro país hasta muy recientemente. Prueba de ello, es la ausencia de estudios del ***common law*** en Guatemala. Sin embargo, en estos últimos años, en cambio, ha habido algunos

casos muy aislados de juristas investigadores, que han acometido el estudio de este universo jurídico tan diverso del nuestro en algunos aspectos, y tan parecido en otros. Fruto de ello han sido instancias de investigación, o de seguimiento regular de cursos, especialmente en universidades norteamericanas. No obstante, la asignatura pendiente en nuestro país es lo relativo con la elaboración de tesis doctorales centradas específicamente en el análisis de aspectos del derecho angloamericano; publicación de artículos en revistas jurídicas; elaboración de monografías sobre este tópico…b) El segundo dato al que nos referimos implica también un importante cambio de actitud, pero esta vez hacia la tradición jurídica continental-europea, a la que Guatemala pertenece… Más bien ocurre que no pocas veces, lo único que se hace es importar acríticamente soluciones jurídicas extranjeras, doctrinales, legislativas o jurisprudenciales, pretendiendo defender su aplicabilidad a nuestra realidad jurídica (cuando no presentarlas como elaboraciones originales del 'importador'). Más que comparación jurídica, el nombre que esa actividad merecía, en el mejor de los casos, es el de ***mimetismo jurídico***" (pp.16 -17).

Los anteriores son argumentos válidos para establecer las tendencias y exigencias actuales y para implementar, en las universidades del país, en todo nivel (pregrado y postgrado) en el Derecho Comparado y en especial en el Derecho Constitucional Comparado, tomando como base el intercambio de información al respecto. Debemos tomar en cuenta las buenas prácticas en el tema de estudio y aplicación del Derecho Constitucional Comparado en otros países; que también debe analizarse por Jueces y Magistrados, para la solución de los casos concretos, ampliando la discusión jurídica.

El Derecho Constitucional Comparado es un insumo útil para resolver conflictos jurídicos en nuestro sistema jurídico, no pensando únicamente en normas jurídicas, sino en lo que la doctrina señala como equivalentes funcionales en los sistemas jurídicos que se comparan. El núcleo de esas funciones puede sintetizarse en lo que podríamos llamar la ampliación de las perspectivas críticas y del contexto de discusión jurídica.

De ello se derivan tres claros beneficios del Derecho Comparado: "…a) Desde un punto de vista teórico, posibilita una mejor comprensión del fenómeno jurídico. Es difícil, por este motivo, cultivar la teoría general del Derecho o la filosofía del Derecho sin recurrir a la comparación jurídica. b) Desde una perspectiva más "pragmática", permite conocer más exactamente el Derecho interno y, por tanto, situarse en óptimas condiciones para mejorarlo. Bien lo han entendido los legisladores contemporáneos de los países del primer mundo, que rara vez emprenden la elaboración de un proyecto de ley, sin estudiar antes lo que se ha hecho antes en el Derecho comparado" (Aguilar, 2009: pp.25 – 26).

Lo anterior se aplica, sin duda alguna, al estudio del Derecho Constitucional Comparado, sobre todo por la protección de los Derechos Fundamentales.

6. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Cuando nos referimos a interpretación constitucional, ésta tiene sus propias características. Vigo, al respecto escribe: "la interpretación constitucional tiene, en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación con la Constitución. Sirviéndonos del cuadro conceptual anterior, optamos por hablar de la interpretación "de" la Constitución y de la interpretación "desde" la Constitución, respectivamente. En el primer caso, se trata de atribuir un significado jurídico al texto de la misma, de modo de reconocer cuál es la conducta a la que está obligado, prohibiendo o permitiendo; esa versión tiene relativa importancia, pues no cabe duda que lo habitual y donde se vislumbra toda la importancia de la interpretación constitucional no es en el supuesto "de" sino "desde", o sea cuando a través de ella se busca analizar el grado de coherencia entre la norma Constitucional y otra norma no constitucional o entre aquélla y un determinado comportamiento o una cierta omisión…" (Vigo, 2004: pp. 83 – 84).

Doctrinariamente existen varias clases de interpretación, se incluyen: la auténtica, efectuada por los autores de la norma; la interpretación judicial, que realizan los tribunales en el ejercicio de su función; y, la doctrinal, practicada por los estudiosos o juristas connotados. Los métodos de interpretación también son trascendentales, que se resumen en los siguientes: Método literal que se fundamenta en la comprensión gramatical; Método sistemático, la comprensión normativa debe propiciarse en la concatenación integral del ordenamiento jurídico, impidiendo la significación aislada; Método histórico, el cual se fundamenta en la búsqueda y estudio de los antecedentes y precedentes y Método teleológico, que se basa en la finalidad de la norma a interpretar.

Es relevante indicar que los anteriores métodos tradicionales de interpretación, no son suficientes en materia Constitucional. Lo anterior debido a que las normas Constitucionales son cualitativamente, de diferente naturaleza a las demás normas del ordenamiento jurídico. Sumado a que la interpretación constitucional está más unida a la problemática política que las otras interpretaciones jurídicas. Doctrinariamente se señalan otros principios importantes a ser aplicados en la Interpretación Constitucional:

6.1 El Principio de Unidad de la Constitución. Considera incierta la superioridad de ciertos preceptos constitucionales en relación con otros y, por el contrario, aboga por la interpretación armónica de todos ellos.

6.2 El Principio de concordancia práctica. Impone la necesidad de coordinar los bienes protegidos constitucionalmente, de tal forma que se solucione la problemática de su aplicación, al conservar dichos bienes su identidad.

6.3 El Principio de corrección funcional. Aboga porque la interpretación se someta a un marco de objetividad tal, que el mismo no posibilite alteración en las normas interpretadas en atención a percepciones subjetivas (Flores, 2005:p. 55).

7. VINCULACIÓN CON LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Todo lo hasta aquí expuesto tiene relación con la Tutela Judicial Efectiva, que se comprende como el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial; a obtener del mismo una resolución fundada en Derecho, por ende, motivada, que permitirá el derecho a recurrir al conocer de qué argumentos nos tenemos que defender, y la debida ejecución de la decisión judicial. A ello hay que añadir el derecho a no sufrir indefensión, esto es, a poder ejercer en el proceso, todas las facultades legalmente reconocidas.

La Corte de Constitucionalidad ha tratado de eliminar, de las resoluciones judiciales, todo tipo de arbitrariedad, a través de la exigencia de la necesidad de motivación, razonabilidad y ajuste a Derecho de las resoluciones judiciales, en cualquier instancia. Lo anterior por la interpretación de los artículos 2 (deberes del Estado, entre los que se encuentra la justicia), 12, 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Además, las garantías judiciales contempladas en los artículo 8 y 25 del Pacto de San José y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha seguido una marcada línea antiformalista, en protección de la Tutela Judicial Efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución española. Ha llegado a señalar que,este derecho no puede ser obstaculizado por una interpretación formalista de la legalidad vigente (STC 57/84, caso ***Ardila***); puesto que las normas procesales son instrumentos y no objetivos. La tendencia antiformalista se ve reforzada con el principio de la búsqueda de la interpretación que resulte más favorable a la efectividad del derecho fundamental; y, con la constante exigencia de pro-

porcionalidad en los efectos derivados del incumplimiento de algún requisito procesal.[1]

Se debe considerar que la tutela judicial efectiva comprende: acceder a la tutela judicial (acceso a la justicia), una resolución fundada en derecho, el derecho a recurrir las resoluciones judiciales y obtener la ejecución de la sentencia. El derecho al acceso al sistema judicial tiene un efecto normal, que es el de obtener una resolución de fondo fundada en derecho. Para lo que hay que ejercerlo por las vías legalmente establecidas, lo que incluye la obligación de dirigirse al órgano judicial competente, puesto que no se vulnera la tutela judicial si se acude a otro órgano distinto y éste, consecuentemente, se declara incompetente.

La tutela judicial efectiva queda satisfecha cuando se obtiene una resolución de fondo, razonada y ajustada a derecho (motivada, razonable, no arbitraria y no infundada); estime o desestime las pretensiones instadas, siempre que en el proceso se hayan cumplido y observado todos los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y en Convenios Internacionales ratificados por el Estado de Guatemala (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, etc.).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deja una amplia libertad al legislador interno sobre la forma en que se regula el derecho a recurrir la sentencia, ya que señala que este derecho debe ser ejercitado"conforme a lo prescrito por la ley". Pese a este margen amplio de discrecionalidad o conveniencia política, el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS[2] ha efectuado un control sobre los presupuestos básicos que deben existir en el recurso, de tal manera que no puede afirmarse que el comité renuncie a sus facultades de verificar si el "derecho al recurso", satisface las exigencias de un debido proceso conforme el PACTO. El derecho a recurrir ha sido invocado frente al COMITÉ en una serie de denuncias en las que invoca que las limitaciones legales impiden realmente una revisión efectiva del caso (Rodríguez, 2006: pp. 61-63).

1 El artículo 24 de la Constitución española, reconoce a "todas las personas" el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

2 El Comité de Derechos Humanos, es el órgano de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El control que realiza el comité es de tres formas: Observaciones Generales: que contemplan guías generales de interpretación de los distintos derechos contemplados en el Pacto; Informes Periódicos, sobre la situación de los Derechos Humanos en los Estados partes; y, finalmente mediante la competencia contenciosa, aceptada voluntariamente por los Estados, en donde el comité conoce de denuncias individuales presentadas contra el Estado parte por violaciones a los Derechos Humanos.

El derecho a la tutela judicial incluye también el derecho a la revisión de la resolución, a través de las impugnaciones reguladas legalmente. Sólo cuando la ley establece un recurso, el acceso al mismo se integra en el derecho a la tutela judicial, precisamente con el alcance y en los términos previstos en el propio ordenamiento. Esto supone que el legislador no puede exigir obstáculos procesales que no se ajusten a los fines constitucionales, que las normas reguladoras del acceso a la doble instancia habrán de aplicarse, de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable al derecho fundamental (como por ejemplo, vedar el derecho a recurrir la sentencia, porque el apelante se equivoca en la fecha de la misma, lo cual vulnera la tutela judicial y el derecho a recurrir, porque, lógico es que, dentro del proceso la sentencia es única).

La Corte de Constitucionalidad, en el tema de acceso a los recursos judiciales como parte del derecho a recurrir y la Tutela Judicial Efectiva como derecho fundamental, ha afirmado criterios importantes, antiformalistas y flexibilizado la interpretación de la normativa aplicable a los recursos. En sentencia Exp. 175-96 de fecha 18-07-1996, dictada por la Corte de Constitucionalidad, señaló: "Una de las garantías fundamentalese inviolables del proceso penal, es la posibilidad que tienen los sujetos procesales de hacer uso de las impugnaciones para atacar las resoluciones judiciales, que crean le son perjudiciales, como un medio de revisión de las mismas por parte de autoridad diferente. Los medios de impugnación o recursos se encuentran regulados en el Libro Tercero del Código Procesal Penal, el que contiene disposiciones generales comunes a todos los recursos, y disposiciones propias de cada recurso, las que toda vez no contengan contraposición o contradicción evidente entre sí, deben apreciarse como complementarias o integradoras; por lo que en este caso, sería improcedente una interpretación restrictiva de aplicación únicamente de una norma especial, en detrimento de una norma general, dada la naturaleza del proceso penal, que persigue objetivos de interés público y de facilitación del accionar de las partes…".

Así también, en sentencia Exp. 827-96 de fecha 08-08-1996, la Corte de Constitucionalidad señaló: "…Con referencia al segundo párrafo del artículo 399 del Código Procesal Penal, que no es discrecional en cuanto a su aplicación, puesto que su texto determina que si el tribunal hallare defectos u omisiones de fondo o de forma, en los recursos, lo hará saber al interponente, dándole un plazo de tres días contados a partir de la notificación, para que lo amplíe o corrija respectivamente. El tribunal impugnado al confirmar el auto, que había sido apelado, sin entrar a considerar el Recurso de Apelación, por estimar que el interponente al omitir datos pertinentes incurrió en deficiencia en el planteamiento de la apelación, que, según afirma no es dable, al tribunal corregir de

oficio, este no hizo la aplicación del mandato citado, contenido en el artículo 399, segundo párrafo del Código Procesal Penal, colocando al interesado en esta indefensión, que resulta en la inaplicación de una norma obligatoria para el Tribunal, lo que debe corregirse, declarando la procedencia del Amparo solicitado, para cuyo efecto, debe revocarse la sentencia examinada y hacer el pronunciamiento que en Derecho corresponda…".

Con lo anterior, la citada Corte, estableció la doctrina legal de la aplicación obligatoria y no discrecional del segundo párrafo del artículo 399 del Código Procesal Penal. Aunado a lo anterior, en Acciones Constitucionales de Amparo, también se ha dejado plasmado el criterio que, el plazo señalado en dicha norma, se debe computar como lo determina el artículo 45 de la Ley del Organismo Judicial y no, como lo indica el artículo 399 del Ordenamiento Jurídico Adjetivo Penal.

El derecho a la tutela judicial incorpora también la ejecución de la resolución de fondo obtenida, es decir, el derecho de quien ha sido favorecido por la resolución de fondo a ser repuesto en sus derechos y compensado por el agravio causado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Por la aplicación del principio ***pro actione*** deben ser ejecutadas en sus estrictos términos. Para que la falta de ejecución no sea vulneradora del derecho a la tutela judicial deberá declararse en resolución motivada, apoyada en una causa prevista en derecho, que deberá ser interpretado en el sentido más favorable a la ejecución. La denegación de la ejecución no puede ser arbitraria, ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental.

8. UTILIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN CASOS CONCRETOS

Es importante traer a colación los principios constitucionales analizados en el numeral 2 de este trabajo: "Principios de Supremacía Constitucional, Control, Limitación, Razonabilidad, Funcionalidad y Estabilidad Constitucional", cuyo conocimiento y profundización proporciona un marco de referencia, a ser aplicado por el juzgador constitucional al momento de poner en práctica la interpretación constitucional, en su argumentación y utilización del Derecho Constitucional Comparado.

Así también, no debe olvidarse que, si bien los Tribunales Constitucionales resuelven de manera definitiva las cuestiones de constitucionalidad (sistema concentrado o continental-europeo); los jueces y tribunales ordinarios también intervienen, de cierta forma, en el examen de las cuestiones constitucionales, en cuanto dichos juzgadores están obligados a aplicar las normas ordinarias, de acuerdo con los preceptos constitucionales (Principio de Supremacía Constitucional y control), conforme el control difuso de constitucionalidad de la ley.

En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad señala: "La supremacía constitucional exige que todas las normas jurídicas se conformen con los principios y preceptos de la Constitución, parámetro para el control de constitucionalidad de las leyes. A la Corte de Constitucionalidad supremo intérprete de la Carta Magna, corresponde la función de defensa del orden constitucional y, congruente con ella, la de conocer exclusivamente, en única instancia, de las impugnaciones interpuestas contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad " (Sentencia, Exps. 001-002-004-2004, de fecha 05-04 –2004).

Colombo Campbell indica: si el debido proceso es constitucional produce como resultado natural la aplicación imperativa del principio de supremacía constitucional, garantizando así su eficacia real (2004:pp. 163-164). El autor Alexy, sostiene que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como así también los sistemas jurídicos entendidos como totalidades, formulan necesariamente una pretensión de corrección (2005: p. 20).

Por lo anterior, se debe entender que los principios operan como una especie de puente entre valores y las reglas jurídicas. Su legitimidad para inferir de los mismos ciertas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas descansa, en definitiva, en el sustento que le brindan los valores.

Otra aproximación al tema de las sentencias constitucionales, en el ámbito interno de los Estados, debe realizarse, además, teniendo en cuenta el Derecho Internacional, debido a la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas. Aunado a la creación de tribunales internacionales, cuya jurisprudencia tiene influencia directa en los Estados, sobre todo si son Estados partes en las convenciones internacionales respectivas de su creación. Un ejemplo, es el caso de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el caso Fermín Ramírez contra el Estado de Guatemala, siendo un fallo vinculante para Guatemala, por ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y además haber aceptado la jurisdicción de la citada Corte.

Un caso de trascendencia nacional, por ser tema de reformas Constitucionales (artículo 280 Constitucional), en el cual se utiliza Derecho Constitucional Comparado en la interpretación constitucional, por parte de la Corte de Constitucionalidad de nuestro país, es la sentencia Exp. 931-98 de fecha 08-02-1999, que indica: "a posibilidad de acudir a la reforma total o parcial, de la normativa constitucional lleva a advertir la línea que separa al poder constituyente del poder constituido o de reforma, partiendo del principio que ambos tienen diferente sustento. En efecto, el primero es el poder originario en sentido estricto, creador del texto fundamental por un acto unilateral supremo, de carácter predominantemente político, en tanto que el segundo es poder derivado o constituido, creado por el primero y, por ende, con limitaciones de carácter jurídico, por su vinculación con los límites de procedimiento que, para la reforma constitucional es preciso respetar. De ahí que, para reformarla, se deba cumplir con el procedimiento establecido y respetar los límites que la propia norma fundamental establece.

Esta distinción entre poder constituyente y constituido viene precisamente, no sólo por la doctrina contemporánea, (Ekmekdjian, 1995: :pp. 156–159), sino por la jurisprudencia de tribunales en países de similar estructura constitucional del nuestro, a cuyo efecto pueden citarse las sentencias 70/1983 y76/1983 de fecha 05-08-1983, del Tribunal Constitucional de España, que afirmó: "Lo que las Cortes (equivalentes de Congreso) no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan solo en el momento de establecer la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente, objetivadas en la Constitución, no solo fundan en su origensino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y supone un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límitesy las competencias establecidas por aquél"…Sobre el particular se debe, en primer lugar, reconocer que el Congreso de la República tiene facultad para constituirse en poder constituyente derivado, con capacidad para aprobar textos de reforma de la Constitución Política, exceptuando los referidos en el Capítulo I del Título II y sus artículos 278 y 281…".

Sobre Tutela Judicial efectiva, la Corte de Constitucionalidad, se ha pronunciado, por ejemplo, en la sentencia Exp. 320-2005 de fecha 26-05-2005: "En esta última función –la de decisión judicial– es en la que cobra mayor relevancia

el derecho a la tutela judicial efectiva. Explicativo de la existencia de este derecho en una tradición constitucionalista, resulta el contenido del artículo 24.1 de la constitución española de mil novecientos setenta y ocho, que al referirse a la temática de protección judicial de derechos expresa: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Esta normativa ha merecido el desarrollo jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional español, que al hacer referencia al derecho antes aludido, ha determinado que este derecho implica que el órgano judicial que emite la resolución (decisoria) debe plasmar en la misma los argumentos jurídicos que le llevaron a tomar la decisión contenida en ella (STC 57/97); y que la motivación del fallo, para preservar el derecho en mención, debe satisfacer ciertos estándares de racionalidad y congruencia con los términos alegados por las partes (STC 101/86).

Las consideraciones precedentes llevan a concluir que elderecho a la tutela judicial efectiva, para considerarse plenamente garantizado, impone que la decisión judicial se asuma con la pertinente motivación que cumpla con: a) fundamentar en derecho la decisión; b) respaldar ésta en las constancias del proceso; y, c) estar debidamente razonada, para que de una manera inicialmente lógica, puedan las partes advertir el *iter* empleado por el juzgador para arribar a su decisión, evitando con ello que la declaración de voluntad de este último conlleve arbitrariedad. Respalda todo lo antes dicho, ensayos doctrinarios realizados por juristas nacionales e internacionales abordando la temática del derecho a la tutela judicial efectiva, citándose a manera de ejemplo, aquella afirmación que sostiene que una vez agotadas las fases procésales "se llega al fin pretendido: que se dicte una resolución de fondo sobre el *thema decidendi*. El fallo deberá dar respuesta a lo que se planteó o defendió haciendo pronunciamiento sobre todos los extremos objeto de examen" (Vid. Lisbeth Carolina Reyes Paredes. La tutela judicial como derecho fundamental y su protección por medio de la tutela constitucional. Tesis de graduación de Abogada y Notaria, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1998, página 54)…".

Únicamente se citaron los casos anteriores como ejemplos relacionados. Pero, lo fundamental es que se debe estar consciente de que las sentencias judiciales modelan el comportamiento personal, debido a que lo percibido por los ciudadanos con mayor fuerza, es lo que el juez, jueza, magistrada o magistrado, decidió en definitiva en el caso concreto.

Por lo expuesto, para que las sentencias judiciales modelen el comportamiento personal de los ciudadanos de una sociedad, es imprescindible que transmitan con claridad y precisión las ideas fundamentales y conceptos que

contienen en forma consistente, utilizando, para ello, además del Derecho, la doctrina, la jurisprudencia nacional e internacional, los estándares internacionales y un estudio del Derecho Constitucional Comparado aplicable al caso. Debe buscarse superar los obstáculos normativos, estructurales y culturales en la interpretación constitucional y hacer énfasis en la obligación de motivar pertinentemente las decisiones judiciales. Todo ello debido a que, en definitiva, los Juzgadores no cuentan con más armas o herramientas que lo persuasivo que pueden ser sus razonamientos y en ello radica, realmente, la credibilidad en el sistema de administración de justicia: "en convencer a los agentes sociales y políticos que lo decidido, está sólidamente fundamentado".

9. CONCLUSIONES

Corresponde, en el caso guatemalteco, a las juezas y jueces, magistradas y magistrados y, principalmente a los que integran el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, ir dirigiendo su importante labor en la utilización de la jurisprudencia y el Derecho Constitucional Comparado para la interpretación Constitucional, ampliando el contexto de la discusión jurídica, en la búsqueda de la Tutela Judicial Efectiva.

Al tener dicha conciencia las juzgadoras y juzgadores que,en el estudio de cada caso concreto, deben aplicar sus conocimientos de acuerdo con el Derecho y la justicia; argumentar razonablemente su decisión, posicionándose, por encima de las discusiones partidarias e intereses espurios; rechazar cualquier intento de influencia en sus convicciones y principios. Aplicar, en su razonamiento, todos los insumos a su alcance para la resolución del conflicto jurídico, incluyendo, en la gama de sus opciones, el Derecho Constitucional Comparado, buscando concretar la justicia en el caso concreto.

En el presente trabajo se proporcionan argumentos suficientes para establecer las tendencias y exigencias actuales para implementar, en las universidades del país, a todo nivel (pregrado y postgrado) la incursión en el Derecho Constitucional Comparado, que también debe ser analizado, estudiado y aplicado por juezas, jueces, magistradas y magistrados, para la solución de los casos concretos, ampliando la discusión jurídica con mayor razón en materia de derechos fundamentales.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Guerra, Vladimir Osman. (2009) "***Presente y futuro del Derecho Comparado en Guatemala***". Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Número 57.enero-junio, 1-31.

Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio.(2005) ***La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral.*** Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Béeche Argüello, Octavio. (2001) ***Estudios de Derecho Constitucional***. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Biscaretti Di Ruffía, Paolo. (2006) ***Introducción al Derecho Constitucional Comparado.*** México: Fondo de Cultura Económica.

Castellanos Howell, Alvaro. "La Constitución viviente". ***elPeriódico.*** 04-06-2010, página 16, columna de opinión).

Colombo Campbell, Juan. (2004) ***El debido proceso constitucional.*** Konrad Adenauer Stiftung, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, tomo I).

Ekmekdjian, Miguel Angel. (1995) **Tratado de Derecho Constitucional**. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (2009) ***Crónica de Tribunales. Constitucionales en Ibeoramérica.*** Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons S.A.

Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. (2009) ***Las sentencias de los Tribunales Constitucionales.*** Tribunal Constitucional del Perú. Perú: Editorial Adrus.

Flores Juárez, Juan Francisco. (2005) ***Constitución y Justicia Constitucional*** / ***Apuntalamientos.*** Guatemala: Corte de Constitucionalidad.

Vittorio, Frosini. (1991) ***Teoría de la Interpretación Jurídica***. Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá.

García de Enterría, Eduardo. (1994) ***La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional***. Madrid, España: Editorial Civitas, S.A.

García Laguardia, Jorge Mario. (**1993**) ***Política y Constitución en Guatemala: Constitución de 1985.*** Guatemala: Procuraduría de Derechos Humanos.

López Garrido, Diego, Marcos, Massó Garrote & Pegoraro L. (2000) ***Nuevo Derecho Constitucional Comparado***. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Martín-Retortillo & Lorenzo e Ignacio De Otto y Pardo. (1992) ***Derechos fundamentales y Constitución. Madrid, España:*** Editorial Civitas, S.A.

Mayora Alvarado, Eduardo. (2005) ***El imperio del Derecho y el Contencioso Administrativo en el Derecho guatemalteco y comparado.*** Guatemala: Artemis Edinter.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (n.d) ***Necesidad e Importancia de los Tribunales Constitucionales.*** (Konrad Adenauer Stiftung) 16.

Miller, Jonathan M., Gelli, María Angélica & Cayuso, Susana. (1992) ***Constitución y Poder Político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y Técnicas para su interpretación.*** Tomo I y II.Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Nino, Carlos Santiago. (1992) ***Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politicólogico de la práctica constitucional.*** Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Quiroga Lavié, Humberto. (1987) ***Curso de Derecho Constitucional.*** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Quisbert, Ermo. (2006) ***Derecho Constitucional. Principios constitucionales.*** Bolivia.

Rodríguez Barillas, Alejandro, & Enriquez Cojulún, C. R. (2006) ***Apelación Especial. Guatemala***: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales.

Sachica, Luis Carlos. (1988) ***Derecho Constitucional de la Libertad. Derechos y deberes de la persona.*** Bogotá, Colombia: Librería del Profesional.

Santiago, Alfonso. (1998) ***La Corte Suprema y el control político***. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Suárez Varón, Martín Leonardo. (2006) ***El Principio de igualdad en la Constitución y la Jurisprudencia constitucional.*** Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

Varios autores. ***Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano***. (2007) Uruguay: Programa de Estado de Derecho, Konrad Adenauer Stiftung.

Vigo, Rodolfo Luis. (2006) ***Interpretación Jurídica. (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas).*** Argentina: Editorial Rubizal-Culzoni.

Vigo, Rodolfo Luis. (2004) ***Interpretación Constitucional.*** Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Vigo, Rodolfo Luis. (1993) ***Interpretación Constitucional.*** Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

ARGUMENTACIÓN JUDICIAL A TRAVÉS DE LA SENTENCIA PENAL

JOSUÉ FELIPE BAQUIAX BAQUIAX*

* Abogado y Notario (USAC). Magister Artium en Derecho Notarial (UMG). Master en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España. Maestro en Derecho Penal con distinción Cum Laude (USAC); Magister Artium en Derecho Procesal Civil con distinción Cum Laude (UMG). Doctor en Ciencias Penales con distinción Suma Cum Laude (USAC). Catedrático universitario. Juez de Sentencia Penal, con más de 26 años de servicio para el Organismo Judicial.

Tabla de contenido

1. CONCEPTO, ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS, ESTRUCTURA Y EVALUACIÓNDE LA ARGUMENTACIÓN 53
2. CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN NORMATIVA 55
3. DISTINCIÓN ENTRE MOTIVACIÓN, JUSTIFICACIÓN, EXPLICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN 55
4. MÉTODO INFERENCIAL Y DE HIPÓTESIS. ESTRUCTURA DE LA INFERENCIA PROBATORIA 56
5. EL ESQUEMA NOMOLÓGICO-DEDUCTIVO DE FERRAJOLI 57
6. LA OBSERVANCIA DE LAS LEYES DEL PENSAMIENTO 57
7. CRITERIOS ACERCA DE LA HIPÓTESIS: REFUTACIÓN Y PROBABILIDAD CAUSA 59
8. SANA CRÍTICA RAZONADA 59
9. CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN 60
10. *QUAESTIO FACTI* Y LA INTERPRETACIÓN OPERATIVA 61
11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 62

Resumen

La argumentación jurídicase visualiza por medio de la sentencia penal, es por ello de capital importancia que los juzgadores identifiquemos los diferentes métodos de argumentación existentes y las características que una sentencia debe tener para que esté bien fundamentada. Es necesario hacer una distinción clara entre motivación, justificación, explicación y fundamentación al argumentar la sentencia ya que una exigencia fundamental, para que el modelo acusatorio funcione, es la formulación "adecuada" de la hipótesis acusatoria, de forma tal que no sea refutada.

Palabras clave: Estructura y evaluación de la argumentación, motivación, justificación, explicación, fundamentación, métodos de argumentación, sana crítica razonada, interpretación operativa.

1. CONCEPTO, ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS, ESTRUCTURA Y EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN

Diversos autores exponen que la argumentación es la operación del pensamiento que consiste en ofrecer razones o pruebas en apoyo de una conclusión o tesis (Weston, Plantin, Toulmin, Atienza). En toda argumentación se distinguen una serie de elementos: los argumentos, que son las razones que justifican una opinión o criterio, la conclusión derivada; la base de la argumentación (topos), que es la regla que permite poner en relación ambos elementos, la fuente u origen de los argumentos y conclusiones; el marco argumentativo o contexto en el que se produce, y finalmente los calificadores, o elementos que dan fuerza argumentativa a las tesis (Galindo,2010: p. 2).

Dicho lo anterior, una argumentación debe reunir, entre otras, las siguientes características para su validez: coherencia, cuando se funda en premisas antecedentes, capaces de dar una solución no contradictoria; razonabilidad de la conclusión, en función de los medios empleados para demostrar las premisas que provocan la consecuencia; suficiencia en las premisas, de modo que sean suficientes para producir la decisión; claridad, el significado de las premisas, el argumento y la conclusión no requiere de interpretación (a lo sumo aclaración). (p. 3).

Para evaluar una argumentación es preciso referirse a la estructura argumentativa, pudiendo ser simple (dos premisas y una conclusión) o compleja (se llega a la opinión utilizando más de un argumento). Según Galindo la sentencia penal es el caso más ilustrativo de estructura argumentativa compleja puesto que debe resolver diferentes cuestiones bajo argumentos coordinados y compuestos de tal manera "que sólo en su conjunto pueden apoyarse unos a otros y así sustentar mejor las líneas argumentativas que se desarrollan en la resolución" (p. 37).

Una argumentación es consistente cuando es aceptable (constatable consultando una fuente), válida (el razonamiento es lógico), el esquema argumentativo es apropiado y correcto. Un argumento debe ofrecer razones sólidas de manera que sostengan la conclusión en forma convincente (p. 44). En ese sentido, una premisa debe ser verdadera (respaldada en una prueba, datos objetivos fiables), probable (se apoya en elementos que la hacen más creíbles que otra), relevante (los elementos de base son suficientes).

No son aceptables las siguientes premisas:

- Un juicio que esté en contradicción con la evidencia u otro juicio bien fundado (por ejemplo prueba de descargo) con una fuente creíble, con las máximas de la experiencia, o con otras premisas del mismo argumento.
- Un juicio dudoso que no lleve respaldo.
- Un juicio confuso, ambiguo o ininteligible.
- Un juicio idéntico a la conclusión o basado en un supuesto cuestionable.
- Un juicio que olvide alternativas debe razonarse por qué se seleccionó la alternativa concreta, y se descartaron las demás. (p. 45).

En síntesis, como Galindo (2010) expone: "Cuando los datos no ofrecen apoyo suficiente a la conclusión surgen falacias como la afirmación gratuita, la generalización precipitada o la falsa causa". Una falacia es un error argumentativo. Debe recordarse que en la mayoría de procesos no existen evidencias contundentes, y que se debe arribar a la conclusión sobre premisas indiciarias y argumentos de estructura compleja.

2. CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN NORMATIVA

Al jurista se le plantea determinar la justificación de una decisión normativa, entendida como la elección justa del tipo normativo en la que el órgano juzgador encuadrará la conducta sancionada. Gascón señala que la decisión debe pasar el denominado test de racionalidad, para lo cual debe responder a criterios de consistencia, entendida como la exigencia de que la decisión normativa sea lógicamente compatible con otras normas del sistema; coherencia, la decisión debe ser coherente con el resto de las normas y principios más básicos del ordenamiento jurídico, al menos los constitucionales y los de la rama del Derecho de que se trate; universalidad, es decir, la regla en la que se asienta la decisión no debe ser construida para el caso concreto, sino que es universalizable; en otros términos, siempre que se repitieran las mismas circunstancias u otras sustancialmente equivalentes, habrá que decidir en el mismo sentido; consecuencias aceptables, la decisión no puede poner en riesgo los bienes jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico y, finalmente, la corrección de la decisión, la decisión y la regla de la decisión (***ratio decidendi***, el argumento del juez) deben orientarse en un mismo sentido (2003: p. 118).

3. DISTINCIÓN ENTRE MOTIVACIÓN, JUSTIFICACIÓN, EXPLICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

Conviene exponer las diferentes terminologías entre los conceptos anteriormente utilizados:

Motivación	Justificación	Explicación	Fundamentación
Explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo.	Procedimiento argumentativo mediante el cual se ofrecen razones a favor de una conclusión.	Descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo o parte dispositiva.	Toda sentencia debe basarse en la ley (Constitución, sustantiva, adjetiva).
Razón que impulsa a los jueces a decidir de una manera u otra.	Determinar la causa, base o cimiento de la decisión judicial para hacerla razonable, adecuada a la ley, justicia y al derecho.	Hacer comprensible un acto, especialmente mediante la oralidad en el acto de exponer el fallo.	Dar las razones de una acción como base ética de la actuación judicial.

Fuente: Elaboración a partir de Galindo, 2010: pp.142-143.

4. MÉTODO INFERENCIAL Y DE HIPÓTESIS. ESTRUCTURA DE LA INFERENCIA PROBATORIA

Tradicionalmente la sentencia judicial ha sido representada como un ***silogismo perfecto***, en el que la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a un hecho considerado como verdadero, y la conclusión a la absolución o la condena (González Lagier en Ferrer, 2008: p. 104). Para el caso de la premisa fáctica, el juez nunca tiene una observación directa del hecho sobre el que debe juzgar, sino que debe inferir la existencia o inexistencia de tal hecho mediante la valoración y el análisis de los elementos probatorios. Por ello, se señala que la construcción de la premisa fáctica del silogismo judicial, sólo puede ser representada como una inferencia inductiva.

La inferencia judicial parte de un hecho humano relevante para el ordenamiento penal, lo cual da lugar a la formulación de la hipótesis probatoria que, como cualquier hipótesis, queda sujeta a ***contrastación***, poniendo a prueba su valor explicativo, que en el enjuiciamiento se realiza a través de la actividad probatoria.

Para que una hipótesis acusatoria pueda considerarse válida, se precisa: a) Una pluralidad de confirmaciones, que la hipótesis sea confirmada por más de un hecho. b) Que la hipótesis sea resistente a las contrapruebas aportadas por la defensa. Una sola contraprueba eficaz basta para desvirtuar una hipótesis acusatoria. c) Tienen que resultar también desvirtuadas las hipótesis alternativas.

Al finalizar este proceso de conocimiento el juez aventura unos hechos como ***probados***, lo que en sí mismo es formular una hipótesis acerca de la forma en que los mismos tuvieron lugar. Se trata de una ***hipótesis probabilística***, como consecuencia de que en la inferencia inductiva la conclusión va más allá de las premisas, aportando algo que no está contenido necesariamente en éstas, suponiendo un salto adelante (Díaz, 2005: pp. 116-117).

En el razonamiento inductivo, la conclusión aporta información que no se hallaba en las premisas. Lleva el conocimiento más allá de lo que se sabía previamente. Es importante el rigor en la inferencia y que exista una clara conciencia de la calidad de verdad (verdad probable) que es posible obtener por este medio (Ibáñez, 2005: p. 85).

5. EL ESQUEMA NOMOLÓGICO-DEDUCTIVO DE FERRAJOLI

Ferrajoli considera necesario acudir al esquema nomológico-deductivo, como medio para constatar la consistencia de la inferencia inductiva del juez (1995: p. 117-118). La inferencia inductiva del juez permite ir del ***thema probandi*** (hechos que se han de explicar) descrito en la hipótesis acusatoria, a los hechos ***probatorios*** que son su explicación. Partiendo de elementos de prueba del presente, permite afirmar la probabilidad de un hecho pasado. Pero una vez realizada aquella, puede invertirse su curso.

Ejemplo: Un testigo afirma que el imputado se encontraba a doscientos kilómetros del lugar de los hechos. La premisa mayor de la inferencia deductiva sería: Si es verdadero que el imputado estaba en el lugar de los hechos, entonces es falso que estaba a doscientos kilómetros; la premisa menor: es verdadero que la persona estuvo a doscientos kilómetros; conclusión: es falso que la persona estuvo en el lugar de los hechos.

En la inferencia deductiva, los hechos probatorios constituirán una primera premisa que, puesta en relación con otra (algunas leyes o generalizaciones empíricas comúnmente aceptadas, o máximas de la experiencia en terminología procesal), permitirá tener como probado el hecho de que se trata. O pondrá de manifiesto que no se procedió correctamente en la inferencia previa.

La ventaja de esta manera de proceder es el ***control de calidad*** del curso argumental del juez, ya que de un lado le obliga a ordenar el material probatorio ya contrastado, verificando la forma en que lo ha sido, y a hacer explícitas las máximas de experiencia empleadas. De otra parte, permite apreciar con más facilidad hasta qué punto uno y otras en su interacción explican o no el caso concreto y en qué medida.

6. LA OBSERVANCIA DE LAS LEYES DEL PENSAMIENTO

En el sistema de sana crítica racional, el juzgador no está sometido a reglas que prefijan el valor de las pruebas, sino que es libre de apreciarlas en su eficacia, pero, la legitimidad de esa apreciación dependerá de que su juicio sea razonable, observando las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y de la experiencia común (Rivera Wöltke, 2005: pp. 20-21).

Tradicionalmente se ha considerado que las leyes del pensamiento están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, y los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

Se entiende por coherencia de los pensamientos la concordancia entre sus elementos, por derivación, el que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado. De la coherencia se deducen los principios formales del pensamiento (identidad, contradicción, tercero excluido) y de la ley de derivación, se extrae el principio lógico de razón suficiente (2005: pp. 20-21), por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega como pretensión de verdad.

La lógica estudia nuestro pensamiento expresado en conceptos, juicios y raciocinios solamente desde el punto de vista de su estructura, es decir, desde su estructura lógica. En el proceso penal, la sentencia es una operación de tipo lógico puesto que evalúa la prueba, realiza inferencia y llega a conclusiones.

El ***principio de identidad*** se formula de la siguiente manera: "A es A", lo que significa que el ser una persona o cosa es la misma que se supone que es. Cuando en un juicio el concepto sujeto es idéntico al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero.

La ***Ley de la contradicción*** significa que no pueden ser válidos dos juicios en los que no expresa que alguien o algo es, y el otro que no es. El juicio se expresa "A es B y A no es B". La contradicción denota claramente la falta de coherencia en el razonamiento.

La ***Ley de tercero excluido*** se expresa diciendo que cuando dos juicios se niegan, uno es necesariamente verdadero. Si se afirma "A es B" y después se dice "A no es B", tal razonamiento indica que uno de los dos es falso y el otro verdadero.

La ***Ley de razón suficiente*** menciona que, para considerar que una proposición es completamente cierta ha de ser demostrada; es decir, se han de conocer suficientes fundamentos, en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera. El proceso penal no admite que un hecho pueda tenerse por cierto cual axioma, porque toda conclusión debe ser fundamentada. Para valorar la prueba conforme al principio de razón suficiente, cada elemento aportado por un testigo, documento u otro medio, deben estar probados los restantes elementos en elenco. Es decir, cada elemento debe estar acreditado por otro, eslabonadamente. Un medio de prueba, valorado en forma aislada, no acreditada nada, aunque goce de la confianza del juzgador.

7. CRITERIOS ACERCA DE LA HIPÓTESIS: REFUTACIÓN Y PROBABILIDAD CAUSAL

Una exigencia fundamental, para que el modelo acusatorio funcione, es la formulación "adecuada" de la hipótesis acusatoria. Los "hechos" normativos demandan la descripción de un acaecimiento empírico, debido a un actuar humano, realizado de forma que comprendan todos sus elementos fácticamente relevantes. En ningún caso es válido un relato ambiguo, impreciso, que no expresase o diera por supuesto alguno de aquellos elementos fácticos que deben ser objeto de prueba, o una exposición en la que referencias empíricas aparecieran sustituidas por juicios de valor.

Existen varios requisitos a los que se puede someter la hipótesis para tratar de aumentar su credibilidad. Aunque la hipótesis venga confirmada por los hechos probatorios, aún hay que someterla al requisito de la no refutación.

Una hipótesis es refutada directamente cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. Una hipótesis es refutada indirectamente, cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa o poco probable. Las hipótesis derivadas refutan la hipótesis principal si se demuestran falsas, pero aumentan su credibilidad si se confirman como verdaderas (González, 2008: p. 137).

8. SANA CRÍTICA RAZONADA

El sistema de libre convicción o sana crítica razonada, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces; pero exige, a diferencia del anterior, que las conclusiones a que se lleguen sean fruto razonado de las pruebas en que se las apoye (Martínez, 2001: p. 133). Los únicos límites son el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano y la interdicción del uso de las pruebas ilegales. El magistrado formará sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad.

El método de valoración de la prueba, que el código procesal guatemalteco en su artículo 385 recoge, se conoce como sana crítica razonada. Queda relegado el sistema anterior de prueba legal y tasada, dando paso a un método científico de valoración, que concede al juez la libertad de prueba (artículo 182) para el esclarecimiento de los hechos y el cuerpo del delito.

Arango considera que la motivación de la sentencia no será una simple operación lógica, porque las reglas de la sana crítica son las que corresponden al correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia de tiempo y lugar, pero estables y permanentes en lo que respecta a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (1996: pp. 335).

9. CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN

La motivación es la exteriorización, por parte del juez o tribunal, de la justificación racional de determinada conclusión jurídica. Se trata de la exposición del razonamiento judicial (Díaz, 2005: p. 99). La necesaria exteriorización de los motivos de la decisión, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación, obligando al juzgador a adoptar con parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica en forma exigente.

La motivación permite constatar la corrección del juicio emitido en la sentencia definitiva.

La exteriorización de la secuencia racional adoptada por los jueces para la determinación del hecho y la aplicación del derecho, permite constatar la corrección de dichas operaciones, que se materializan en una doble inferencia, la primera inductiva (determinación del hecho) y la segunda deductiva (subsunción jurídica).

En las sentencias penales se impone al juzgador la realización de un doble juicio, de una parte la existencia de una motivación fáctica o antecedentes de hecho inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberán consignarse los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y determinante de los que se estimen robados, de otra parte una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados (Villalra, 2007: p. 84).

De acuerdo con el grado de corrección de la motivación y la suficiencia de su argumentación puede distinguirse las siguientes clases:

Suficiente	Completa	Correcta	Aceptable
Cuantitativamente dispone de los elementos necesarios para justificar la decisión judicial.	Racionalmente correcta, aparecen los argumentos y criterios justificativos de la *ratio decidendi*.	Éticamente justificada. Sigue el precedente, justifica las alternativas, se basa en la ley.	Los criterios de interpretación, justificación y reglas no son refutables.

Fuente: Elaboración a partir de Galindo, 2010: pp 142-143.

10. *QUAESTIO FACTI* Y LA INTERPRETACIÓN OPERATIVA

La exigencia de la motivación fáctica responde a la necesidad de controlar el discurso probatorio del juez, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal (Ibáñez, 2005: p. 48).

Sin embargo, el tratamiento de la ***quaestio facti*** en la sentencia es el momento de ejercicio del poder judicial por excelencia, puesto que es en la reconstrucción o en la elaboración de los hechos donde el juez es más soberano y más difícilmente controlable, a riesgo de arbitrariedad.

Ibáñez señala que el juez se entiende no directamente con los hechos, como tales, sino con proposiciones relativas a los hechos, con "representaciones cognoscitivas" que denotan algo acontecido en el mundo real (p. 50). En el caso del juez, la construcción del supuesto de hecho es de tipo activo, y en la misma está presente toda la carga de subjetivismo propia de cualquier actividad de reconstrucción. Existe un interés epistemológico en la búsqueda de la verdad, y que tiene expresión legal en el principio de presunción de inocencia.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arango Escobar, Julio Eduardo. (1996) ***Valoración de la prueba en el proceso*** penal, en Fundación Myrna Mack, "Valoración de la prueba", Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 2, Guatemala.

Díaz Catón, Fernando. (2005) ***La motivación de la sentencia penal y otros estudios.*** Buenos Aires: Editores del Puerto, s.r.l.

Ferrajoli, Luigi. (1995) ***Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal***. Madrid, España. Editorial Trota.

Ferrer, Jordí. Gascón, M. González, L. D., Taruffo, M. (2008) ***Estudios Sobre la Prueba***. México. D. F: Ed. Fontamara.

Galindo Sifuentes, Ernesto. (2010) ***Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez.*** México: Editorial Porrúa.

Gascón Abellán, Marina. (2003) ***Interpretación y argumentación jurídica.*** Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador.

Martínez Pineda, Angel. (2001) ***Filosofía jurídica de la prueba***, (2ª ed.). México: Editorial Porrúa.

Ibáñez, Andrés Perfecto. (2005) ***Los Hechos en la Sentencia Penal***. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México: Distribuciones Fontamara, S.A.

Rivera Wöltker, Víctor Manuel. (2005) ***Hacia una interpretación más humana del Derecho en la función del juez***. Guatemala: Imprenta del Organismo Judicial.

Villalta, Ludwin. (2007) ***Principios, derechos y garantías estructurales en el proceso penal,*** Ciudad de Guatemala.

NUEVO MODELO DE GESTIÓN LABORAL

Fabián Alberto Ramos Barahona*

* Abogado y Notario (USAC). Ex asesor Gubernamental en el Consejo Técnico del Ministerio de Trabajo. Ex asesor Legal y Jefe del Registro Laboral en la Dirección General de Trabajo de dicho Ministerio. Ex Asesor Jurídico en Puerto Quetzal, Escuintla. Catedrático Universitario en el área de Derecho Laboral en la URL, Ciudad de Coatepeque. 12 años ejercióla Judicatura de Trabajo y Familia en la Ciudad de Coatepeque, Quetzaltenango. Actualmente, se desempeña como Juez Undécimo de Trabajo y Previsión Social de la ciudad de Guatemala.

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN 65

2. NUEVO MODELO DE GESTIÓN LABORAL EN LA JUSTICIA GUATEMALTECA 66

3. LA GESTIÓN LABORAL 66

4. CENTRO DE JUSTICIA LABORAL 68

5. LA AUDIENCIA VIDEO GRABADA COMO HERRAMIENTA DE LA ORALIZACIÓN 70

6. CONCLUSIONES 76

Resumen

El presente artículo contiene una visión panorámica de lo que hoy en día constituye la tramitación de los procesos laborales con sus particulares incidencias hasta concluir con la audiencia videograbada.

Palabras clave: Modelo de gestión laboral, Centro de Justicia Laboral, audiencia videograbada.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, corresponde a los Tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los conflictos relativos con Trabajo y Previsión Social están sometidos a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, a quienes compete también, juzgar y ejecutar lo juzgado.

El marco legal, dentro del cual se desempeñan los Juzgados de Trabajo y Previsión Social, es la Constitución Política de la República, los Convenios Internacionales de Trabajo y los Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo suscritos por los Sindicatos y Empleadores, además de otras disposiciones reglamentarias en materia de trabajo.

El Código de la materia, tal y como lo preceptúa el artículo 1º, regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, y crea instituciones para resolver sus conflictos.

Para dirimir los distintos conflictos laborales tanto individuales como colectivos, el Organismo Judicial ha creado Órganos Jurisdiccionales con competencia determinada, a los cuales acuden las personas individuales (trabajadores) o colectivas (entidades mercantiles, instituciones gubernamentales y otras) demandando solución a sus controversias; quienes luego del debido proceso profieren un fallo con base en las constancias procesales y medios probatorios rendidos, el cual pone fin a la controversia surgida.

Ahora bien: ¿Cuánto tiempo ha de llevarse la solución de un conflicto individual o colectivo? ¿Cuánto tiempo ha de llevarse el trámite de un proceso y qué tiempo para obtener una sentencia?

Si la Misión del Organismo Judicial es la Administración de Justicia, y su Visión es que dicha administración sea pronta y cumplida, existe entonces un reto y un desafío para hacer realidad estos principios, en beneficio de los usuarios y en cumplimiento de la Misión adquirida y, es precisamente aquí, donde surge el NUEVO MODELO DE GESTION LABORAL, para romper con el paradigma de que la justicia laboral en Guatemala es lenta e injusta y que goza de la indiferencia y poca credibilidad de aquellos llamados a realizar cambios sustanciales y estructurales, no sólo en el nivel legal sino también operativo.

2. NUEVO MODELO DE GESTIÓN LABORAL EN LA JUSTICIA GUATEMALTECA

Después de un año y medio, aproximadamente, de estar operando, nos está demostrando que con voluntad, capacidad y responsabilidad, pero ante todo con una dirección sabia las cosas son mejores y tienden a la excelencia, dejando atrás prácticas caducas y carentes de vocación por el trabajo, para dar paso a la práctica, a la sencillez, a la tecnología y al deseo de querer aportar al país elementos nuevos que tiendan mediante la conciliación o los fallos prontos, a crear un clima de paz que descanse en la conciencia de que se ha escogido el camino del diálogo mediante la conciliación o bien el del debido proceso, no importando si se ha vencido o por el contrario, se ha perdido.

3. LA GESTIÓN LABORAL

Debemos entender por gestión, entre otras, la acción de llevar a cabo una misión, una tarea, realizar una labor o un encargo.

A los Juzgados de Trabajo acuden, generalmente, los abogados que por encargo plantean las pretensiones de sus clientes, que generalmente son ex trabajadores, mediante la presentación de sus memoriales de demanda. También, aunque en número inferior, lo hacen los empleadores pretendiendo deducir de sus trabajadores o ex trabajadores, responsabilidades producto de la relación entre ambos.

En cualquiera de los casos, hasta hace más o menos dos años, ambos acudían con la idea clara que la demanda entablada se llevaría meses, si no años, en obtener una sentencia, en claro perjuicio del demandante quien, generalmente, es el trabajador y quien, por su situación económica, no puede esperar tanto.

Surge entonces la visión de las Autoridades Judiciales, en este caso la Cámara de Amparos y Antejuicios, a través de la Magistratura a cargo del Ramo Laboral, en la administración anterior el decidir, con el apoyo de la cooperación internacional inicialmente y luego con presupuesto propio, priorizar la atención a los Juzgados de Trabajo y determinar en donde están las causas que impiden que los procesos se desarrollen con la rapidez que la celeridad como principio procesal demanda.

En un primer paso, la Corte Suprema de Justicia crea ocho nuevos Juzgados de Trabajo y Previsión Social, con jurisdicción en el Departamento de Guatemala. A diferencia del modelo anterior, en cada uno, además de su titular, se nombra un secretario (a), dos oficiales, un notificador (a) y un comisario (a). Es decir, casi la mitad del personal que los Juzgados antiguos tenían operando. Este nuevo diseño viene ya orientado a lo que, con el tiempo, vendría a ser el nuevo modelo de gestión.

Los nuevos juzgados fueron ubicados, inicialmente, en un inmueble de la zona cuatro de esta ciudad, pese a lo reducido del espacio, cada Juzgado cuenta con una pequeña Sala de Audiencias, como un presagio de lo que son hoy día.

En la Torre de Tribunales empieza a funcionar el Centro de Servicios Auxiliares de Administración de Justicia Laboral, que se encarga de recepcionar todo memorial, incluida la demanda, para luego distribuirlas de manera equitativa dentro de los dieciséis juzgados del ramo. De igual manera, mediante el Sistema de Gestión Tribunalicia (SGT), son recibidas las cédulas de notificación que, a su vez, han sido generadas en cada uno de los Juzgados, para ser notificadas y luego devueltas al juzgado de origen.

Es oportuno manifestar que los nuevos juzgados no empezaron en cero, en cuanto a procesos; sino que recibieron procesos de los ya existentes. Por ejemplo: el Juzgado Undécimo de Trabajo recibió del Juzgado Tercero de Trabajo, todos aquellos procesos con numeración impar, así como aquellos en los que todavía no se había diligenciado prueba, conservando el anterior juzgado aquellos procesos en donde únicamente pendía el dictar sentencia.

El cambio de las nuevas autoridades judiciales no fue obstáculo para que la visión que se había iniciado con buen pie continuara. La Cámara de Amparos y Antejuicios, con el respaldo de la Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia y el decidido apoyo de la Magistratura IX, continuó con el proyecto iniciado. Así fue como en el 2011, durante el mes de septiembre, los dieciséis Juzgados de Trabajo y Previsión Social fueron trasladados a un inmueble ubicado en la zona diez capitalina, con todas las comodidades y facilidades para dar un mejor servicio al usuario.

En el ínterin del traslado al nuevo edificio, la Corte dictó el correspondiente Acuerdo por el cual creó dos Juzgados, los cuales tendrían como fin primordial el recepcionar todo tipo de demandas, depurándolas y fijando requisitos previos, de tal suerte que, cuando las demandas llegaran al juzgado al cual serían asignadas, cumplieran con todos los requisitos de forma y fondo y que los mismos ya llevaran la fecha y la hora para la celebración del juicio oral.

Los Juzgados Quinceavo y Dieciseisavo, fueron convertidos a Juzgados Primero y Segundo de Trabajo y Previsión Social para la Admisión de Demandas y, mediante convocatoria dentro de los mismos jueces de trabajo, fueron nombrados los que habrían de ser titulares de éstos; mientras que los que venían siendo titulares de los Juzgados Quinceavo y Dieciseisavo pasaron a ser titulares de los Juzgados Décimo y Doceavo respectivamente, habiendo realizado una distribución equitativa de los procesos a cargo de los Juzgados que fueron modificados.

4. CENTRO DE JUSTICIA LABORAL

Esta es la denominación que recibe el edificio ubicado en la 18 calle 18-29 de la zona diez. ¿Por qué razón? En sus instalaciones, en el primer nivel, se encuentra ubicado el Centro de Servicios Auxiliares de Administración de Justicia Laboral, que cuenta con las Unidades siguientes: de Ingreso de demandas, escritos y atención al público; de notificaciones e impresión de éstas; Notificaciones externas; Ejecución y Verificación de Reinstalaciones y la Unidad de Notificaciones Electrónicas. En ese primer nivel se encuentran ubicados monitores electrónicos que, de manera ininterrumpida, informan al usuario la fecha y hora de la audiencia, las partes procesales, la sala y nivel en que tendrán verificativo, así como la denominación del juzgado. En ese mismo nivel se hallan ubicados el Juzgado Primero y Segundo de Trabajo y Previsión Social para la Admisión de Demandas, los que, en su momento depuran las demandas recepcionadas o bien las

toman oralmente. También se encuentran ubicadas una agencia bancaria y un cajero automático con el objeto de que las partes, al momento de conciliar y arribar a un acuerdo, puedan hacer uso de tales para los efectos del pago. Se encuentra también una Unidad de Resolución Alterna de Conflictos (RAC), para que también, sin perjuicio de la audiencia conciliatoria programada dentro de cada proceso ordinario, las partes, si lo desean, puedan hacer uso de ese recurso con tal de resolver sus diferencias.

Todos los juzgados y las salas de audiencias se encuentran debidamente equipados, de tal forma que, mediante el acceso al Sistema de Gestión de Tribunales (SGT), se pueda verificar el trámite o traslado que ha sufrido un expediente, desde el momento que fue ingresado al Centro de Servicios Auxiliares hasta el Juzgado asignado.

Los jueces podemos visualizar en nuestro despacho, no sólo el número de audiencias asignadas en fechas futuras y las realizadas, también acceder a las distintas actuaciones que cada una de los o las oficiales han realizado en los expedientes bajo su responsabilidad. Los Autos y Sentencias son elaborados dentro del Sistema de Gestión de Tribunales (SGT) y la información es compartida por el juzgador y su personal auxiliar. A diario, el Centro de Servicios Auxiliares mediante el sistema, envía el listado de los memoriales que fueron recepcionados en el Centro, los cuales físicamente, unos minutos después o durante el día, son recepcionados en cada Juzgado. De igual manera, desde la propia Sala de Audiencias, cada Juzgador puede tener acceso a las distintas actuaciones que obran en el Juzgado.

Es conveniente manifestar que el Centro de Servicios Auxiliares ha implementado la notificación electrónica, la cual se realiza a entidades con las que previamente ha celebrado acuerdos, como el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

El auxilio profesional a los trabajadores, en el segundo nivel del Centro funciona la Procuraduría de Atención al Trabajador como unidad del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, la cual presta asesoría profesional a los trabajadores que han sido remitidos de la Inspección General de Trabajo y que carecen de recursos económicos para pagar un abogado. El servicio es gratuito y se presta de acuerdo a las posibilidades materiales del personal a cargo de dicha Procuraduría.

En el segundo y tercer nivel del Centro se encuentra ubicado el personal que tiene a su cargo la impresión de los DVD que contienen el desarrollo de las audiencias orales. Los DVD son entregados a cada uno de los litigantes en forma gratuita. Además, en el sistema permanece grabada la audiencia, para los

efectos de que el juzgador y el oficial de trámite puedan consultarla al momento de dictar la sentencia.

Las tres Salas de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social se encuentran también ubicadas en el séptimo nivel del Centro; esto constituyendo una verdadera ventaja y comodidad para las partes, quienes pueden acudir a ellas para inquirir sobre el resultado de algún asunto de su interés.

Cada una de las Salas también hace uso del sistema teniendo acceso a las actuaciones que desee conocer, de la misma forma como lo hacemos los jueces. El hecho de estar en el mismo inmueble repercute en la facilidad para llevar o traer expedientes; así como que, en su momento, cualquiera de los señores Magistrados o Magistradas puedan visitar los juzgados o invitar a sus titulares para unificar algún criterio o aclarar alguna duda, sin que esto implique atentar contra la independencia judicial.

5. LA AUDIENCIA VIDEOGRABADA COMO HERRAMIENTA DE LA ORALIZACIÓN

En nuestro Derecho del Trabajo y, concretamente dentro del proceso ordinario, tenemos la audiencia oral, a la que las partes, una vez señalada por el Juez de Trabajo, deben comparecer el día y hora señalada con sus respectivos medios de prueba.

Es en la audiencia, la ocasión en que los sujetos procesales deben probar sus respectivas aseveraciones, a excepción de aquellas que, por inversión de la carga de la prueba, corresponden al sujeto empleador.

Lo que el nuevo modelo de audiencias video grabadas pretende mediante el auxilio de la tecnología informática, es un proceso más ágil y objetivo a favor de la parte actora quien, generalmente es el trabajador, para compensar su desigualdad económica en relación con su contraparte.

Nuestro Código de Trabajo, no obstante la fecha de su promulgación, cuenta con disposiciones legales que en nada interfieren con la dinámica oral que, mediante la video grabación se ha empezado a implementar, bastando, únicamente la buena voluntad y la disposición de los actores judiciales para hacer expedita su práctica

La video grabación permite que realmente el principio de oralidad se produzca.

El día señalado para la audiencia a juicio oral, las partes deben comparecer al Juzgado de Trabajo, de manera personal si fuera el caso o a través de sus representantes legales o mandatarios, si se tratare de personas jurídicas colectivas; con el objeto de dirimir la controversia surgida con ocasión de la relación laboral que el actor manifiesta haber sostenido, así como el pago de las prestaciones laborales que según él le corresponden.

Las partes deben hacer uso de la palabra en cada una de sus intervenciones. El actor o demandante debe relacionar, de manera general o resumida los hechos en que funda su pretensión, los medios probatorios a su alcance para fundamentar lo que asevera y las peticiones en concreto que formula al Juzgador, así como el resultado que espera de la acción entablada a través de su demanda.

La parte demandada, que puede ser una persona individual o una sociedad o porque no, el Estado como ente empleador, puede aceptar los hechos y peticiones que se formulan en su contra. A su vez, puede contradecir a su contraparte, oponiéndose a la demandada y contestándola en sentido negativo, interponiendo a la vez excepciones previo a contestar la demanda o al momento de contestarla; o bien, reconviniendo a su vez al actor. Otra actitud que podría asumir es allanarse de forma parcial o total a lo que el actor pretende en su contra. Hace aproximadamente un año se empezó a implementar, en los Juzgados de Trabajo y Previsión Social, las audiencias video grabadas como una modalidad, y la respuesta a una inquietud que, desde administraciones pasadas, había existido por parte de la Corte Suprema de Justicia y, en particular, por la Cámara de Amparo y Antejuicios, quien es la que tiene a su cargo los Juzgados de Trabajo y Previsión Social.

No obstante que en nuestro Código de Trabajo, el artículo 321 establece que el proceso laborales oral, regularmente y por costumbre, las partes se han venido dirigiendo al Juzgador de manera escrita, elaborando, no sólo el memorial de demanda sino el de la contestación, el de oposición de excepciones, etcétera, hasta desvirtuar la forma oral de litigar, convirtiéndolo casi en un proceso escrito, lo cual ha venido a redundar en la acumulación de hojas de papel que sumadas todas, constituyen piezas, en algunos casos numerosas,en virtud a esta práctica reiterada.

El primer inconveniente que supuso el impulso de la oralidad, a través de las audiencias video grabadas, fue la creencia que los abogados litigantes tienen la costumbre inveterada de dirigirse a los juzgadores de manera escrita y que incluso iba a existir oposición a dicha practica. Inclusive, que existía el riesgo

de que en contra plantearan inconstitucionalidades, recursos de nulidad y toda clase de defensas legales, con el objeto de impedir que la oralidad en dicho sentido se llevara a la práctica. En nuestro medio suele siempre, antes de iniciar algo, existir cierto pesimismo y en esa ocasión sucedía igual

Por instinto viene a nuestra mente la imagen negativa de determinado litigante, manifestando su desacuerdo con lo que, según él, se le obliga a practicar y eso, muchas veces, nos hace hablar o manifestarnos de manera negativa o pesimista en relación con el proyecto a implementar.

A favor considero que estaba, para muchos de nosotros, el desafío de impulsar algo novedoso; estar a la vanguardia de la práctica procesal; ser los pioneros en la implementación de la video grabación teniendo como fundamento la oralidad y, hay que decirlo, porque no, ser históricamente los impulsores de dicha modalidad. Como aspecto relevante, también está el responder a la confianza depositada en nosotros por nuestros superioresy el demostrarnos a nosotros mismos que: “sí se puede”.

5.1 Ventajas

Como evidencias a favor pueden citarse las ventajas que dicho sistema representa:

5.1.1 De orden técnico

El actor o demandante necesita que el juzgador tome en cuenta las razones y hechos que lo impulsaron a promover su demanda, provocando con ello la intervención del Órgano Jurisdiccional como garante de la observancia del debido proceso. En virtud a la oralidad de que se encuentra investida la audiencia, el actor percibe, por si, los argumentos a favor y en pro que manifiestan, tanto el profesional que le auxilia como su contraparte, teniendo una percepción clara y transparente de lo que sucede.

El demandado por su parte tiene la oportunidad de refutar los hechos manifestados en su contra, por no ser ciertos o por no ajustarse a lo realmente sucedido, o porque quizá, no haya existido ninguna relación laboral que le uniera con el actor. En todo caso, las partes tiene la oportunidad, mediante una exposición ordenada y congruente, de convencer al juzgador de que los argumentos

en su favor son válidos, virtud a lo cual debe pronunciarse un fallo favorable a sus intereses.

La evidencia descansa en los propios memoriales tanto en la demanda y su contestación como en los videos que contienen las audiencias celebradas

5.1.2 De orden procesal

Podemos decir que se ejercita totalmente la oralidad. Sin perjuicio de que ya obra la demanda escrita, el Juzgador, el día y hora de la audiencia, invita al actor (a) o a quien le asesore legalmente para que verbalmente, de manera general, relacione los hechos en que fundamenta su demanda, los medios probatorios que ofrece y formule sus peticiones al juzgado. De esta manera, su contraparte tiene un mejor conocimiento de las pretensiones de su demandante y, éste puede en el mismo acto, si lo considera conveniente, modificar o ampliar su demanda.

Una vez ratificada la demanda, la parte demandada, no obstante que puede hacerlo por escrito, es invitada por el Juzgador, para los efectos de ilustrar la video grabación, a que plantee su defensa de manera verbal, ya sea oponiendo las excepciones dilatorias que considere convenientes, o bien, asuma cualquiera otra actitud como el de allanarse, reconvenir o contestar la demanda. De esta manera, también el actor y quien legalmente le asesora tiene conocimiento, de viva voz, de los argumentos de quien demanda, trabándose en este momento la correspondiente *litis*.

Entre las ventajas que se obtienen está el hecho de que las partes pueden, al observar el video de la audiencia, analizar su comportamiento y sus actitudes durante la audiencia. El hecho de que las intervenciones de las partes sean orales permite, también, que pongamos un mayor grado de atención a cada una de las intervenciones, así como que concentremos nuestros sentidos durante cada una de las fases por desenvolver.

Una de las mayores ventajas es el respaldo y garantía que el audio video proporciona a las partes, con el objeto de que puedan constatar posteriormente, lo que efectivamente manifestaron, sin temor a que el auxiliar judicial haya anotado, de manera equivocada, alguna circunstancia que no haya sucedido.

La práctica nos dice que, en algunos casos, dicho modelo ha sido de suma utilidad y ventaja para el actor, pues el demandado, o quien le asesora legalmente, ha sentido la presión de tener que expresarse de manera oral y, al no tener facilidad para hacerlo, ha solicitado al Juzgador una pausa para tratar de conciliar.

Este modelo de audiencia también tiene como ventaja el hecho de que garantiza el cumplimiento de los principios de publicidad, concentración e inmediación, tan necesarios para percibir, de mejor manera, la secuela del proceso.

Para las partes, y en particular para el actor, es importante este modelo, pues le permite darse perfecta cuenta de lo que sucede y si la demanda realmente contiene los hechos acaecidos durante la relación laboral y el hecho de su despido, si fuere el caso, teniendo la facultad, asimismo, de intervenir y no sólo ser un sujeto pasivo.

De igual manera, como ventaja, podríamos citar el faccionamiento del acta sucinta, que contiene la relación de los pasajes más importantes acaecidos durante la audiencia; la cual, a la hora de imprimirse no constituye más de una hoja de una audiencia que por lo menos duró tres horas, a diferencia de las impresas con ocasión de audiencias celebradas con el sistema anterior.

5.1.3 De orden didáctico

Si partimos del hecho de que la didáctica es la rama de la ciencia relacionada con la enseñanza podemos decir, entonces, que este modelo de audiencia llena tal objetivo. Por ejemplo, quienes asisten a presenciar una de estas audiencias, como lo son los estudiantes de Derecho o los familiares o amigos de las partes, no sólo conocen a cada uno en su aspecto físico, sino por el papel que desempeñan dentro del proceso. En el caso de los estudiantes, comprueban o establecen diferencias prácticas entre lo que los textos de Derecho dicen y lo que en la realidad se vive. Partiendo del hecho de que la práctica es la que enseña, entonces consideramos que el fin didáctico se logra. Es más, los mismos profesionales del Derecho, que asesoran a las partes, adquieren conocimiento y habilidad forense al momento de expresarse, así como la habilidad procesal para hacer valer sus argumentos, de manera apropiada, al tratar de convencer al Juzgador.

Este modelo de audiencias es propicio, para que los catedráticos de Derecho Procesal del Trabajo requieran, a sus alumnos, que frecuenten las salas de audiencias; que perciban por si mismos una audiencia real y su desarrollo y que dicha experiencia pueda ser, en su momento, objeto de evaluación.

5.1.4 De orden económico

Las repercusiones económicas que produce este modelo de audiencias son evidentes. Las partes pueden convenir con total transparencia y, al actor (trabajador) le quedará un sensación de satisfacción al haber podido participar por si mismo en la negociación, sin más limitaciones que las de orden legal. Resulta económico también el proceso, desde el punto de vista que se utiliza menor cantidad de hojas de papel de las que usualmente se venían utilizando, pues la información de lo sucedido en la audiencia queda grabada en un DVD.

El hecho de la concentración de la totalidad de las pruebas en una sola audiencia, también se traduce en economía en cuanto a recursos, los cuales se ahorrarán las partes al tener que estar asistiendo a los sumo, a dos audiencias para sustanciar el proceso

De esta economía también se beneficia el Estado, quien por años ha tenido que estar sufragando gastos de papelería y archivo, así como tinta y demás enseres propios del sistema escrito.

5.2. Desafíos

Pueden citarse los de orden técnico, que obedecen a factores ajenos a la buena voluntad de las partes. Así, tenemos aquellos casos en que falla el fluido eléctrico, lo cual provoca desajustes en el sistema de grabación o impresión del documento; o bien aquellos que obedecen a un defecto de fabricación de los DVD los cuales, al momento de su grabación no son efectivos o, en los casos en que no hay sistema. Estos inconvenientes hasta la fecha no se han suscitado, al menos en el Juzgado que honrosamente presido.

Es interesante comentar el hecho que, aunque no puede considerarse como desventaja o inconveniente, algunos litigantes no se encuentran interesados en que se les entregue el DVD que contiene el desarrollo de la audiencia, porque según manifiestan no tienen tiempo para verlo.

6. CONCLUSIONES QUE TRAE COMO CONSECUENCIA EL NUEVO MODELO DE GESTIÓN LABORAL

6.1. En el nivel docente, que las Universidades del país, a través de sus Facultades de Derecho, consideren la posibilidad de readecuar sus programas de estudio, especialmente en el Derecho Procesal de Trabajo, haciendo énfasis en la oratoria forense, en el uso de la computación como herramienta esencial, en el conocimiento y acceso a las redes sociales como medio de comunicación. Como soporte a lo anterior programar, dentro de cada cátedra, la visita al Centro de Justicia Laboral y, en especial a las Salas de Audiencias, para tener un contacto directo con la realidad social jurídica. Con ello puede lograrse que el estudiante se compenetre de la importancia de ser un profesional del Derecho responsable, el cual no sólo se limite aelaborar y presentar memoriales, sino que ejerza un papel preponderante durante una audiencia haciendo valer, de manera respetuosa pero decidida, los intereses de su patrocinado.

6.2. Que las partes, y en general la población confíen en el sistema de justicia laboral y en los esfuerzos que las autoridades judiciales están realizando, no solo en la administración de justicia, sino en su acceso a la misma, a través de un ejercicio transparente y público.

6.3. Que el Organismo Judicial implemente dicho modelo a la totalidad de los Juzgados de Trabajo en todo el país, dotándolos de las herramientas indispensables e instalaciones apropiadas; y porque no, extensivo a otros Ramos como el de Familia, en donde el Proceso Oral es determinante en los asuntos de “alimentos”.

6.4. Que el Gobierno Central no pase por alto la labor que hasta hoy, de manera discreta y callada, ha venido realizando el Organismo Judicial y esto implique una mayor asignación presupuestaria, para cubrir las necesidades que surjan con ocasión del NUEVO MODELO DE GESTIÓN LABORAL.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN Y CONTENIDO

RONY EULALIO LÓPEZ CONTRERAS*

* Abogado y Notario (USAC). Doctor en Derecho por la Universidad de Cantabria, España. Postdoctorado en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid, España. Autor de varias obras y ponencias internacionales. Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de varias Universidades. Docente de la Escuela de Estudios Judiciales. Docente del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Mariano Gálvez. Integrante del Consejo Editorial de la Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Magistrado de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia.

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN 79
2. BASE HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 81
3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 82
4. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 85
5. ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA ALCANZAR EL CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 86
6. TÉCNICAS PARA DETERMINAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 97
7. VISIÓN INFANTOCÉNTRICA VS. VISIÓN ESTATO O PATERNOCÉNTRICA 99
8. NECESIDAD DE ESPECIALIZACIÓN *PRO INFANTI* EN LOS JUECES DE LA NIÑEZ 101
9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 104

NOTAS 107

Resumen

El interés superior del niño ha sido objeto de múltiples definiciones, pero con muy poco contenido. Derivado de ello se produce el presente trabajo, con el objeto de iniciar la discusión y profundidad en el tema, ya que, en muchas ocasiones se resuelve utilizando la frase de interés superior del niño, pero sin resolverle verdaderamente el problema al niño, niña o adolescente. Con el presente material se destaca la definición y los elementos ineludibles que se deben hacer valer en cada caso concreto, siendo ellos, la manifestación del menor, su entorno y la predictibilidad. Con estos elementos, al analizarlos y encuadrarlos en cada caso concreto, se considera que se podría brindar una mejor decisión.

Palabras clave: Interés superior del niño, elementos y contenido del interés superior del niño, principio de interés superior del niño.

"Principio fundamental: obligación que tiene el Juez de la Niñez a no equivocarse"

1. INTRODUCCIÓN

En los procesos de protección de la niñez y adolescencia, el principio de interés superior del niño (ISN) es el eje diamantino con el que se fundamentan todas y cada una de las decisiones judiciales, empero sin siquiera, en algunas ocasiones, poder definirlo y, en otras muchas, sin conocer a profundidad el significado y los alcances que debe ostentar dicho principio. Dichas carencias no solo son fruto de la jurisdicción nacional, sino que, en igual sentido, en el ámbito internacional. Tal y como lo han expuesto varios autores, que el ISN es una idea o directriz vaga e indeterminada que está sujeta a varias interpretaciones de carácter jurídico y psicosocial, que fundamentan excusas para sus decisiones;[1] en igual sentido, se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño, en cuanto a que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención y lo cataloga como el principio "rector-guía" de ella, sin especificar su esencia, contenido y directrices más delimitadas que ayuden a

1 Para más información vea la sección de notas al final del trabajo.

determinar la significación y el trato que se le debe dar al principio.[2] En muchas oportunidades, el interés superior del niño se convierte en una frase ***trillada*** que se utiliza para resolver, no precisamente lo que más le convenga a los niños, sino, se resuelve con fundamento a criterios personalísimos, a ideas creadas o con fundamentación a prácticas rutinarias. Este es un principio inconmensurable que se esgrime para resolverle la situación al niño, y no simplemente, es un principio que se debe describir por figurar y resolver lo que se considere pertinente con base a discrecionalidades sin sustento y con fundamento a experiencias propias o ajenas. Por lo anterior, se ha evidenciado la carencia de contenido del principio en mención, de igual manera, se ha observado su poco tratamiento como eje indispensable por donde se debe dilucidar todo proceso ***pro infanti,*** careciendo, por ende, de criterios para determinar el contenido esencial del interés superior del niño.

Observando la problemática de su contenido y de la visión teleológica que se le debe de proporcionar y desarrollar al ISN, se hace indispensable tratar de coadyuvar a la ciencia del niño, niña y adolescente para que en el futuro se entienda, se comprenda y se establezcan los parámetros y las técnicas mínimas necesarias que se deben cultivar para aplicar dicho principio. Se hace necesario destacar que lo que se prevé con el interés del menor de edad es que el juez o funcionario pueda establecer lo mejor para el niño, es decir, la aplicación insoslayable de cada uno de sus derechos humanos en cada caso concreto.[3]

Con lo anterior, el objeto fundamental del presente trabajo es de establecer el contenido esencial del principio, indicar y desarrollar la visión teleológica del mismo, aportar las técnicas necesarias e ineludibles para poder establecer de mejor manera el ISN y, así, proveerle al juzgador las herramientas doctrinarias y jurisprudenciales, analizadas en casos concretos, para aprovisionarle de ideas y ejemplos sustanciales para el mejor desenvolvimiento del principio. Lo que se pretende es el acercamiento al contenido esencial del principio, el cual, hasta en estos precisos momentos, no ha sido pacífica la discusión dentro del propio seno del Comité de los Derechos del Niño y de la doctrina especializada.

---

2 Para ampliar vea De Lama Aymá, A. (2006) pág. 92. Notas.

3 Cfr. Aguilar Cavallo, G., El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios Constitucionales. Año 6. No. 1. 2008. Pág. 230. Solórzano, J. Los Derechos de la Niñez. UNICEF. Argrafic. Guatemala. 2006. Pág. 93.

2. BASE HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como se expuso en la parte introductoria del presente trabajo, se debe entender el principio de Interés Superior del Niño (ISN) como el eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, niña o adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez. El ISN goza de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, la cual fue aprobada por la Sociedad de Naciones el veintiséis de diciembre de mil novecientos veinticuatro, hasta la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve. Esta última Convención se caracteriza por ser el Tratado Internacional que han ratificado más Estados dentro del contexto de las Naciones Unidas. Ello demuestra el amplio grado de reconocimiento y aceptación de las normas de Derechos Humanos a favor de los niños, niñas y adolescentes.

Con anterioridad, los niños fueron prácticamente personas ignoradas pues el sistema jurídico protegía, en muchas ocasiones, únicamente a sus padres. Los derechos de los niños se ventilaban en asuntos privados, puesto que no se consideraban relevantemente públicos.

Este principio tiene su origen en los sistemas anglosajones, en donde se consideró que con el ISN se solucionarían los conflictos familiares, por lo que empezó la evolución del mismo hasta nuestros días.

En la Convención de Ginebra de 1924, se consagran, por vez primera en el ámbito internacional, los derechos de los niños, estableciendo la obligación de darles lo mejor a los niños con la frase “primero de los niños”. Posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se determina, implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad. Más adelante, en el año de 1959 se aprobó, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Niño. En ella se disponía que el interés superior es el principio rector para orientar a los padres, tutores o responsables, sobre todo aquello que le sea más favorable al niño y que, el menor de edad, tiene el pleno derecho de gozaruna protección especial. Además, que dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad, y estableciendo la obligación de promulgar leyes para ese fin en las cuales prevaleciera el interés superior del niño.[4]

4 Sobre la Declaración de los Derechos del Niño ampliar en Notas.

En igual sentido se han pronunciado los Pactos Internacionales Civiles y Políticos (art. 24.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 5 y 16); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19); hasta llegar a la Convención sobre los derechos de los Niños (art. 3). De todas ellas se desprende la obligación de regular internamente el principio de interés superior del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada, abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Con esta normativa internacional se pretende proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños, con base en la visión del interés del niño, niña o adolescente sobre cualquier otro tipo de interés, incluyendo a cualquier adulto. Dicha Convención ha tenido eco en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo ha expresado en los casos de los ***Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*** de 8 de julio de 2004; caso de las ***niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana,*** de fecha 8 de septiembre de 2005; en el caso de l***os niños de la Calle vs. Guatemala,*** de fecha 19 de noviembre de 1999; en el caso ***Bulacio vs. Argentina*** de 18 de septiembre de 2003, caso ***Instituto de la reeducación del menor vs. Paraguay*** de fecha 2 de septiembre de 2004 y, en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-17/02 de fecha 28 de agosto de 2002, la cual indicó que "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño".

3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia víctima en sus derechos. Este principio se encuentra establecido, de manera fundamental, en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño. El ISN se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los menores, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable que apremie, como fin primordial, el bienestar general del niño.[5]

5 Cfr. Sentencias de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Ver Notas.

En otras palabras se puede indicar que hace referencia al bienestar del niño, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela, por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar, por lo que más le convenga al niño en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen; además de considerar los deseos y sentimientos del menor –de acuerdo a su edad y madurez– y de las necesidades físicas, emocionales y educativas del niño, niña o adolescente. Para poder decidir, por lo que más le convenga a los niños, se hace viable tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar. Estos probables efectos hacen referencia en cuanto al cambio o mantenimiento en su entorno, por lo que se tiene que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor, confianza y educativas de las cuales se va a rodear el niño, niña o adolescente. Estos efectos del entorno son los que el juzgador o entidad administrativa deberá ponderar en el momento justo de tomar una decisión, derivado de lo que más le convenga al niño.[6]

Esto último se relaciona con lo que manifiesta la doctrina especializada, en cuanto a la PREDICTIBILIDAD, la cual consiste en establecer "la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas" (Aguilar, 2008: p. 243), para lograr establecer que la decisión debe valorar el mejor porvenir –futuro– para el niño, el cual significa poder vivir dignamente, en donde se tengan cubiertas sus necesidades básicas como: las afectivas, físico-biológicas, cognitivas, emocionales y sociales. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que, todo niño tiene el derecho de establecer un proyecto de vida, el cual debe ser cuidado y fomentado por el Estado, para lograr su desarrollo y beneficio social.[7]

En principio se puede establecer, sin lugar a dudas, que los padres son los principales garantes del interés de sus hijos, de donde se desprende que las niñas y niños se encuentran bajo la patria potestad de sus padres, en beneficio de sus hijos, con respeto a su integridad física y psicológica y todo aquello que le beneficie. En igual sentido se establece, como obligación a los juzgadores, que deben resolver lo que más le favorezca al niño, tal y como lo exige el ISN.

---

6 La sentencia de la Sala de Cámara primera de Apelación en lo Civil de la República de Argentina, indica que hace referencia al "centro de vida actual del menor" o sea "el centro de gravedad de sus afectos y vivencias". Exp. 33,648 de fecha 18 de agosto de 2000.

7 Cfr. Sentencia *Los niños de la Calle vs. Guatemala*, de fecha 19 de noviembre de 1999. *Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

Con todo ello, se hace necesario observar que el interés superior del niño no es simplemente una institución benefactora del niño, sino que, también es importante añadir que el beneficio del niño, niña o adolescente es prioritario, ya que supone un interés superior a cualquier otro interés en juego. Con este principio, se establece que el juzgador debe adoptar cualquier medida que estime necesario para garantizar el bienestar del niño, niña o adolescente, en donde se prevea la separación de un peligro para evitarle un perjuicio en su persona, bienes y derechos. En relación con esto último, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de los Niños previene que, en toda decisión judicial o administrativa, se debe adoptar lo que más le convenga al niño, niña o adolescente, estableciendo una clara limitante de afectación o restricción de derecho alguno.

Hoy día se traduce el interés superior del niño en una VISIÓN INFANTOCÉNTRICA O PUEROCÉNTRICA, la cual lleva consigo que, todas las normas e interpretación de las mismas se construirán y fundamentarán a través del principio de "interés superior del niño" (Aguilar, 2008: p. 234). Lo cual implica que a todo niño, niña o adolescente debe protegérsele, con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser sus propios padres, terceras personas o la administración pública. Por ello, se dice que el interés del menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por la cual, la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración, estado y paternocéntrica.[8] Por lo anterior, se puede indicar que el contenido esencial del interés superior se refiere a la protección y garantía de sus derechos fundamentales para fomentar el libre desarrollo de su personalidad, a través de los valores establecidos en la dignidad que posee todo niño, niña y adolescente.[9]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha alejado de la visión infantocéntrica, derivado que ha señalado, en cuanto al ISN, la entera necesidad de adoptar cualquier tipo de medidas para lograr la protección integral del niño, niña o adolescente, que se fundamenta en la propia dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo, para que alcancen todas sus potencialidades.[10]

---

8 Para ampliar, ver Notas.

9 Opinión Consultiva, ver Notas

10 Cfr. Sentencia caso Bulacio vrs. Argentina, de fecha 18 de septiembre de 2003. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

4. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Preservar el interés superior del niño es una obligación innata de la administración pública y de todo el Estado en general tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[11] por lo que se genera una obligación insoslayable para proteger, fomentar y desarrollar el interés superior del niño, niña o adolescente.

La nueva concepción concentrada en el interés superior del niño, niña o adolescente tuvo sus orígenes en el sistema anglosajón, específicamente en la ***Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980*** de los Estados Unidos de América, que se vio reflejada en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 y en ***The Children Act*** de 1989 en Inglaterra, en donde se destaca la regulación primordial sobre el interés superior del niño como primacía de su interés de protección integral en la esfera pública y privada.[12]

Con base en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 se establece que el objetivo de la mencionada regulación es la de lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia, con pleno respeto a todos y cada uno de sus Derechos Humanos, estableciendo en el artículo 3º la garantía de aplicar, en todos y cada uno de los casos, el interés superior del niño para asegurar el goce y disfrute de sus derechos.[13]

Con este fundamento se puede establecer el cimiento primordial del interés superior del niño, por medio del cual en todo asunto, conflicto o proceso donde se vea inmiscuido un niño, niña o adolescente se deberá observar el principio. No importa si el asunto que se ventila es administrativo, penal, laboral, civil, mercantil, niñez o familia, lo importante es que todo operador o funcionario deberá anteponer el interés superior del niño.[14] Es un criterio que debe sopesar para resolver conflictos de intereses, debiendo resolver lo que más le convenga al niño.

En el ámbito internacional, se hace necesario destacar lo establecido en Declaraciones y Tratados Internacionales, que han motivado el interés superior del niño como principio rector a todos los niños, niñas y adolescentes; tal es el

11 Ver Notas.

12 Ver Notas

13 Ampliar en Notas.

14 Ver Notas

caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25.2, en la que indica que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Señala también que todos los niños nacidos en matrimonio o fuera del mismo, tienen los mismos derechos y protección. Por otro lado, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera, por parte de su familia, sociedad y el Estado. En igual sentido y, de manera especializada, lo ha tratado la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 4 y 5 y, particularmente, el artículo 3º ya aludido.

Con referencia al Continente americano se puede determinar que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece, en su artículo VII, que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales. En ese sentido se tiene contemplado, en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos los derechos de la niñez, destacando que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera.

Para concluir, la Honorable Corte de Constitucionalidad, de la República de Guatemala, ha indicado que ***"los derechos de igualdad, diligencia y familia, los cuales son de observancia obligatoria en aras de garantizar el interés superior del niño, que como quedó apuntado, dicho principio es complemento del conjunto de derechos que persiguen su protección y desarrollo"*** (expedientes número 2694-2011 y 2804-2011). En ese mismo sentido ha indicado la Honorable Corte que "***La disposición contenida en la normativa citada constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a los tribunales e instituciones privadas, a estimar el interés superior del niño como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, pues en la medida que se reconoce que los niños tienen derechos, los mismos deben respetarse; es decir, los niños y adolescentes tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que conculquen".***[15]

15 Ver Notas

5. ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA ALCANZAR EL CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como se ha manifestado, el ISN tiene como finalidad garantizar el bienestar de todo niño, niña o adolescente, haciendo énfasis en la primacía de su interés sobre cualquier otro. La experiencia ha denotado que el ISN es un principio que se fundamenta en una frase muy utilizada con muy poco sustento doctrinario y jurisprudencial. A raíz de ello se hace indispensable su tratamiento, desde la capacidad natural del menor de edad, orientada a coadyuvar al establecimiento de dicho principio –eludiendo aspectos que tiendan a afectar la decisión–, así como el entorno y las perspectivas que puedan converger al interés superior del niño. Muy especialmente, los criterios y técnicas que todo juzgador o funcionario público debe esgrimir, para garantizar que su resolución lleve consigo los elementos indispensables para viabilizar el ejercicio a un verdadero interés superior del niño. Indudablemente la solución no será fácil, pero la idea que se tiene es la de posibilitar un acercamiento sustancial e inevitable, para garantizar una resolución que se acerque al esquema filosófico que se pretende en la propia Convención Internacional y en las Leyes especializadas de la niñez y adolescencia.[16]

Como se expuso, para establecer el ***interés superior del niño,*** se hace necesario estudiar y considerar el caso concreto, para luego, analizar cada uno de los factores que puedan incidir para determinar lo que más le convenga al niño y, así, garantizar el goce y disfrute de cada uno de sus derechos. Anteriormente ha quedado patentada una definición que tiende a la potenciación de los derechos físicos y psíquicosde los niños, para lograr su evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable para su bienestar en general,[17] a raíz de ello, se hace indispensable establecer tres puntos concretos para lograr alcanzar los fundamentos teleológicos del principio: la capacidad del niño, el entorno familiar y social del niños y la predictibilidad. Con estos tres elementos se puede establecer el contenido esencial para alcanzar el interés superior del niño, los cuales, tienen que estar presentes y tratar de ser desarrollados en cada hecho particular. Todo juzgador o funcionario público, que tienda a velar por el interés superior, deberá analizar el caso y tratar de encontrar los elementos anteriormente indicados. Tal y como ya se expuso, el ISN radica en un principio de protección integral al niño o niña, el cual, por el simple hecho de serlo merece el más amplio cuidado, atención y protección de sus intereses y derechos,

16 En Guatemala se cuenta con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto del Congreso Número 27-2003. Vigente desde el 2003.

17 Ampliar definición en Notas

por lo que, todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales lo deberán observar, atender y respetar.[18]

Por ello es importante destacar la visión infantocéntrica en el plano del interés superior, la cual deberá perdurar en toda resolución y decisión que afecte directa e indirectamente a niños. Para que las autoridades indicadas puedan establecer los criterios generales, se hace necesario determinar el contenido esencial del interés superior, con lo cual se han establecido los siguientes:

5.1 Expresión y deseos del niño, niña o adolescente

La capacidad natural de actuación del niño, niña o adolescente se puede determinar a través del grado de desarrollo intelectual y emocional del menor de edad, permitiéndole decidir de forma libre, consciente y racionalmente sobre los ámbitos de su dignidad y el desarrollo de su personalidad, sin necesidad de acudir a otras instancias de tutelaje (De Lama, 2006: p 102). Con ello, se puede establecer que el niño con suficiente madurez, independientemente de su edad, puede ejercer sus derechos y establecer sus deseos. En el caso de carecer de madurez suficiente, el niño o niña podrá ejercer sus derechos y deseos a través de otras vías de protección a su dignidad y personalidad, con la ayuda de expertos en psicología infantil, los cuales podrán determinar en el fondo del ser de un niñito, cual es el verdadero deseo del mismo (Solórzano, n.d: p. 99).

Con lo anterior se ha establecido que, al no tener una edad predeterminada y generalizadora de madurez del niño o niña, es en bien del niño, derivado que puede vulnerar la personalidad del menor de edad que tiene la suficiente madurez, sin haber alcanzado determinada edad y, a la vez, puede desproteger al niño o niña que cuenta con edad estipulada, sin contar con la madurez suficiente. (De Lama, 2006: p. 102; Solórzano, p. 206). Consecuentemente, se hace necesario instituir que lo más importante es hacer referencia a la madurez y capacidad del niño en cada caso particular, que imponer una edad generalizadora para todos los casos en general. Lo importante, en cada caso concreto, es determinar, a través de un equipo de expertos (psicólogos y psicoterapeutas), la madurez particularizada del niño, niña o adolescente.

Recientemente se ha manifestado la idea generalizadora, que se debería contar con una determinada edad que oriente sobre la existencia o no de la suficiente madurez del niño o niña, sin considerarla con una infranqueable rigidez;

18 Para máximas de experiencia o criterios, ver Notas.

por lo que valdría la pena considerarse como una franja de edad orientadora y flexible a la vez, con dependencia del caso concreto y particularizado. (De Lama, 2006: p.104). Por ello, la ciencia de la psicología ha establecido que, el desarrollo psicológico del niño, para establecer el logro cognitivo y el autoconcepto se puede establecer a partir de los seis años; tesis que también se sustenta a través de la Unidad de Psicología de la Sala de la Niñez y Adolescencia de la República de Guatemala. Dicho grupo, con fecha 19 de julio de 2010, expresó su criterio al indicar que: "se llegó a la conclusión de que no es necesario realizar una evaluación psicológica que determine dicha capacidad en los niños cuando oscilan entre la edad de 0 a 6 años, ya que, en este periodo de su vida, los niños no poseen aún capacidad analítica para poder hacer dicho análisis". Con independencia a una edad orientadora o a una edad predeterminada por psicólogos, lo más importante es el bienestar del niño o niña y, para ello, se hace necesario establecer el grado de madurez suficiente para determinar lo que más le convenga al niño, niña o adolescente, ello implica establecer la madurez del niño en cada caso concreto y de manera técnica y particularizada.

Por lo anteriormente expuesto es muy importante contar con psicólogos, psicoterapeutas u otra clase de profesional que pueda determinar y apreciar la madurez del niño o niña para poder conocer y evaluar su opinión. En la actualidad se le da muy poca relevancia a esta clase de expertos, pero se hace necesario partir de que constituyen un elemento indispensable para determinar la madurez u otra circunstancia que pueda afectar la opinión del niño.

Para establecer la capacidad natural del niño o niña se hace ***indispensable oír al menor de edad en forma distinta que al adulto.***[19] (Solórzano, n.d.: pp. 115 - 116). En las entrevistas o audiencias con niños, niñas o adolescentes, en el Juzgado de la Niñez y Adolescencia de Quetzaltenango (Guatemala), se ***desarrolló un mecanismo de circuito cerrado,*** (el cual fue replicado en el Juzgado de la Niñez y Adolescencia del área Metropolitana). En ellas el niño o niña es colocado en un sitio especial para juegos –sala lúdica– en compañía directa de una psicóloga, la cual le hace el acercamiento correspondiente (con juegos, habilidades o distracciones infantiles) para obtener la entera confianza del niño. El niño, niña o adolescente, cuando establece una confianza especial con la psicóloga (para el niño significa una mujer o un señor mayor con el que está jugando), se inicia con la exploración por parte del profesional para determinar su capacidad, entender la situación del caso concreto y examinar su voluntad y apreciación sobre la situación que se persigue dentro del proceso. Lo importante de este sistema es que el psicólogo se encuentra interconectado por micrófo-

19 Para ampliar este tema ver Notas

nos, cámaras y sonidos que el niño o niña no aprecia, ni mucho menos escucha. Todos los sujetos procesales, incluyendo el juzgador, se encuentran en otra sala –completamente separada del recinto donde se ubica el niño– observando y escuchando, a través del circuito cerrado de televisión, toda la información explorada por el profesional de la psicología. Con este sistema se logra evitar la revictimización del niño en las salas de audiencias y se obtiene, de mejor manera, la capacidad natural del niño. Lo importantede este sistema, según el Juez de Quetzaltenango –Ottoniel Baquiax–, quien implementó el mismo en el año 2009, es evitar que el niño tenga conocimiento que se encuentra dentro de un Juzgado y, mucho menos, que está siendo objeto de una entrevista o audiencia judicial. Por ello, el profesional de psicología debe tener la capacidad de disuadir cualquier sospecha **–la idea fundamental es que el niño o niña, ni siquiera se entere que está siendo visto, oído y entrevistado en un juzgado y mucho menos delante de un juzgador–.** Por otra parte, es muy importe resaltar lo que nos indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que un niño no deberá ser entrevistado, con más frecuencia de la necesaria, particularmente cuando se investigan acontecimientos dañinos para él, derivado que el escucharle puede resultar difícil, además de causarle daños traumáticos.[20]

Para establecer la capacidad natural del niño o niña se hace indispensable tomar en consideración lo relacionado a la ***autonomía progresiva***, como derecho inalienable que todo niño posee, toda vez que ésta permite determinar la capacidad de ejercer derechos y obligaciones, de conformidad a la evolución de sus facultades psíquicas, por lo que, hace depender la capacidad natural del menor de edad a la capacidad paulatina de ejercer por sí sus derechos. Con la autonomía progresiva se garantiza que, entre mayor es el niño, mayor es su capacidad para poder ejercer sus derechos y contraer obligaciones. La autonomía progresiva es un derecho de la niñez, estipulado en los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño y el artículo 5 de la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala.[21]

Dentro de la tarea de determinación de los deseos del infante es importante percatarse de cualquier síndrome que pueda afectar la voluntad del niño, niña o adolescente:[22]

Los principales síndromes a establecerse son los siguientes:

---

20 Cfr. Sentencia del caso Karen Atala vs. Chile de fecha 24 de febrero de 2012.

21 Ampliar en Notas.

22 El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que: "el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás". Observación General No. 12 (2009).

5.1.1 Síndrome de Alienación Parental

Consiste en un proceso por medio del cual uno de los progenitores realiza estrategias personales y egoístas, con las cuales logra transformar la conciencia y derecho de sus hijos, impidiéndole, obstaculizándole y destruyéndole los vínculos de los niños con el otro progenitor y demás familia. Este síndrome de Alienación Parental (SAP) fue instituido por Richard Gardner, quien indicó que se basa en un desorden derivado de las disputas judiciales sobre la custodia de los hijos. Se inicia cuando uno de los padres hace creer al niño que el otro padre es malo, por lo que le traslada una doble visión: un padre bueno, a quien ama y respeta y, otro padre malo, a quien odia y menosprecia. Según Gardner, existen síntomas primarios del Síndrome de Alienación Parental, siendo los siguientes:

Acciones del progenitor	Reacción de las y los hijos
1. Campaña de denigración hacia uno de los progenitores. Se manifiesta verbalmente y en los actos.	Se observan continuas descalificaciones hacia uno de sus padres.
2. Débiles, absurdas o frívolas justificaciones para el desprecio.	Muchas de las quejas presentadas por los menores carecen de coherencia suficiente para justificar el no mantener visitas con el progenitor no custodio
3. Ausencia de ambivalencia. Todo es bueno para un padre y todo es malo para el otro.	Están seguros de ellos y de su sentimiento hacia el otro padre, el odio.
4. Fenómeno del pensador independiente.	Los niños afirman que la decisión de rechazo es completamente suya y niegan la influencia de cualquier persona.
5. Apoyo reflexivo al progenitor alienante en el conflicto parental.	Los menores aceptan la validez de las alegaciones de uno de los progenitores contra el otro aunque se les ha demostrado lo contrario.
6. Ausencia de culpa hacia la crueldad y la explotación del progenitor alienado.	Los hijos no sienten ninguna culpabilidad por la denigración o la explotación del progenitor alienado. Muestran total indiferencia hacia los sentimientos del otro progenitor.
7. Presencia de argumentos prestados.	El hijo mayor cuenta hechos que no ha vivido él manifiestamente o que ha escuchado contar. Además conoce todos los procedimientos legales que existen entre sus padres.
8. Generalización a la familia extensa.	En este caso hay un claro desprecio hacia la familia del otro progenitor y de sus medios hermanos.

También se ha indicado que el síndrome de alienación parental se puede manifestar en los padres, y esto suele ocurrir cuando el progenitor alienador es una persona sobreprotectora, además de estar cegada por su rabia o por un ánimo de venganza, provocado por los celos o por la cólera.[23] El progenitor alienador se ve como víctima, tratado injusta y cruelmente por el otro progenitor del cual se quiere vengar, haciéndole creer a sus hijos que el otro padre tiene toda la culpa y que existe un impedimento por parte de uno de los progenitores para que el niño no pueda ver o convivir con el otro padre y su otra familia.[24] Por lo anterior, la psicología moderna considera al SAP como una de las formas más sutiles de maltrato infantil.[25] En el ámbito jurisprudencial se ha determinado que el Síndrome de Alienación Parental es en verdad un método programador, donde uno de los padres ataca y manipula al otro, a través de métodos que tienden a dañar psicológicamente a los niños. Esto ocurre normalmente después de una separación o divorcio, tal y como lo exponen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en el caso ***Affaire Dabrowska vs. Polonia,*** de fecha 2 de febrero de 2010, indicando que: "**El Tribunal reconoce la programación de la menor por parte de la madre y la falta de diligencia del estado para hacer cumplir el derecho del menor y del padre a mantener una relación"**.[26]

5.1.2 Versión del Síndrome de Estocolmo

Consiste en una versión del síndrome de los secuestrados hacia los secuestradores, en donde se logra un grado de afectividad entre el agredido con su agresor, hasta impedir cualquier tipo de intervención policial y judicial (Torres, n.d.: p.317 y López. 2008: p. 61). En el ámbito de la niñez se define como una relación emocional de dependencia entre el niño con el adulto, hasta lograr una convicción en el niño de no poder sobrevivir sin el cuidado y alimento de sus padres, tutores o responsables, aunque estén siendo directamente agredidos por ellos. Este tipo de versión se puede establecer en cualquiera de las relaciones paterno-filiales que pueda tener el niño, niña y adolescente que, a pesar de estar sometido a tratos contrarios a sus derechos, el menor de edad, consiente y quiere seguir permaneciendo al lado de su agresor.

---

23 Ver Notas.

24 Ampliar en Notas.

25 Ver Notas.

26 Ver Notas.

5.1.3 Padrectomía (Síndrome del padre destruido)

Consiste en la extracción de la figura paterna de la mentalidad y necesidad del niño, niña o adolescente, con lo cual se produce la pérdida total o parcial de los derechos del padre ante sus hijos. En muchas ocasiones se logra establecer el presente síndrome, por la separación o divorcio de los padres, en donde uno de ellos logra extirpar la afectación del niño hacia el padre, produciendo una creencia natural de la inexistencia del progenitor, concibiéndolo como innecesario y se transforma el niño en una pertenencia maternal indiscutible (Zicavo, visit. 19-06-2012). Se indica que ese alejamiento forzado del padre para con sus hijos pareciera no interesarle en absoluto a la madre, ya que, se queda con los hijos y elimina para siempre ese vínculo filial, por lo que da inicio a un sufrimiento de los padres por la perdida de sus hijos que, al igual que en los niños, se manifiesta con la misma intensidad.[27]

Para tratar de conseguir la protección integral del niño, niña y adolescente se hace posible establecer los deseos de los mismos a través de sus opiniones, tal y como lo exponen los artículos 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el caso de las opiniones de los niños, se hace viable considerar la autonomía progresiva, la que permite instituir la suficiente madurez de juicio entre los niños.[28] Existirán casos en donde se podrá establecer dicha madurez y, el niño, niña o adolescente, pueda tener una actuación directa y por sí mismo, derivado del desarrollo de su autogobierno. En algunos otros casos, el desarrollo de la personalidad del niño, niña o adolescente se ejercerá a través de sus padres, tutores o encargados, los cuales serán sus intérpretes en el ámbito judicial o administrativo. El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General número 12 (2009:p.15), expone que el niño tiene el derecho de expresar su opinión libremente, en donde pueda expresar sus opiniones sin ningún tipo de presión, sin ser manipulado o influenciado indebidamente, con lo cual se garantiza que el niño tiene el derecho de expresar sus propias opiniones y deseos y no las opiniones o deseos de los demás.[29] Con ello, se puede establecer que todo niño tiene el pleno derecho de ser escuchado en cualquier entidad judicial o administrativa, en los procedimientos donde se le pueda afectar algún derecho por ser niño o niña. El derecho de opinión del niño abarca aspectos sociales, familiares, laborales, judiciales, salud, educación, inmigración, asilo, etc.

27 Ampliar en Notas.

28 Ver Notas.

29 Ampliar en Notas.

Es necesario acotar que, la manifestación del deseo del menor no siempre coincide con su propio interés; en estos casos, ***se hace necesario determinar si su actitud deviene de alguna condición caprichosa, desconocimiento de otro entorno o de una alienación parental.*** Razones primordiales que se tienen que establecer para determinar los límites a los deseos del niño, cuando éstos sean contrarios a sus derechos fundamentales y al libre desarrollo de su personalidad. Los deseos del menor se pueden hacer valer a través de una participación directa o en audiencias judiciales y administrativas.

5.2 Entorno familiar y social del niño

Se refiere al conjunto de circunstancias personales, familiares, sociales, educativas, morales, culturales, etc., de las que se rodea el niño, niña o adolescente. Cada una de estas circunstancias es necesario advertirlas antes de tomar cualquier decisión, derivado que el niño o niña tiene pleno derecho de gozar y disfrutar su vida con el mantenimiento de un buen entorno familiar, social, educativo y cultural. En cualquier caso particular se debe hacer una ponderación de cada unos de los derechos con que cuenta el niño o niña y con los que deberá contar, para así tomar una decisión y agenciarle todos y cada uno de sus derechos, tomando en cuenta su entorno y el ambiente que más le favorezca para el desarrollo de su personalidad. En este campo se hace referencia al proceso de formación, aprendizaje y afianzamiento de la propia personalidad del niño, niña o adolescente. Todo niño o niña tiene el pleno derecho a que, el desarrollo de su personalidad venga marcado por un conjunto de valores sociales jurídicamente relevantes, por lo que todos los padres, tutores o encargados deben velar por inculcarle los valores innatos sobre la dignidad, libertad, seguridad, respeto y cordura (Observaciones Generales 4, 2003: p. 100).[30] Se trata de establecer que al niño, niña o adolescente se le infundan los derechos de las demás personas, de tal forma que aprenda que, en el ejercicio de sus propios derechos, debe respetar el derecho de los demás. (De Lama, 2006: p. 100).

Con todo ello se tiene que velar por la educación formativa e integral del niño o niña. En este campo del entorno se hace viable el planteamiento de la ponderación de bienes y derechos del niño o niña, tomando en consideración lo que más favorezca al niño o niña en el caso concreto; toda vez que se tendrán que sopesar los derechos que tenga de un lado con los derechos que tenga de otro lado, para advertir y resolver la colisión por el derecho que tenga mayor

30 Ampliar en Notas.

peso (Vg. En un hogar se le ofrece cariño y educación y en el otro hogar se le ofrece amor, cariño, comprensión, confianza, educación y respeto).[31]

El objeto es proporcionarle al niño o niña un entorno familiar y social más acorde y de conveniencia al niño, niña o adolescente, por lo que, el juzgador deberá advertir, sopesar y determinar el ambiente que más le convenga al menor de edad para el desarrollo pleno de su personalidad. Para el establecimiento del desarrollo de su personalidad se hace indispensable valorar cada una de las circunstancias actuales que posee el niño o niña y las circunstancias futuras que tienda a poseer. El objetivo último es observar a un niño sano, educado, alimentado, respetado, alegre y con una dirección de vida acorde a lo que se espera de cualquier niño.[32] Lo que se persigue es lograr que todo niño, niña o adolescente alcance el pleno desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral: física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos. Dicho desarrollo integral lleva inmerso el acrecentamiento y el aprovechamiento inteligente y ético de las capacidades del niño y el darle acceso a la libertad, seguridad, integridad, igualdad, educación, salud, disfrute, amor y comprensión. Así también, al disfrute a un medio ambiente sano, a bienes de orden inmaterial como el saber, el derecho a participar plenamente en la vida de la comunidad, en los procesos de toma de decisiones y a gozar, al mismo tiempo, de las libertades humanas, económicas y políticas.

Por lo tanto, para determinar el mejor entorno familiar y social para el niño, niña y adolescente, se hace inconmensurable tres elementos indispensables: a) velar por una vida larga, saludable y afectiva; b) velar por adquirir conocimientos y, c) tener acceso a los recursos necesarios para disfrutar de un nivel de vida decoroso. Si no se dispone de esas opciones esenciales, muchas otras oportunidades permanecerán quebrantadas.

5.3 Predictibilidad

Consiste en tratar de predecir la situación o condición futura del niño, niña o adolescente en cada caso concreto. Por lo que, en toda decisión judicial o administrativa, se deberá valorar las condiciones futuras que pesarán sobre el niño. El principio del interés del niño prevé una actuación en el presente, para

31 En cuanto a ponderación, ampliar en Notas.

32 Ampliar en notas.

establecer los resultados futuros a favor del niño, en donde se tiene que predecir, con visión expectante, el futuro del niño, niña o adolescente, destacándose la predictibilidad para alcanzar el mejor desarrollo integral. La doctrina anglosajona se desarrolla a través de la predictibilidad, la cual ha obtenido frutos importantes, ya que estima la idea que los padres, responsables, o tutores, deben actuar conforme a lo que el niño o niña, cuando llegue a ser adulto, considerará que hubiese sido lo mejor.[33] Es importante colocarse mentalmente en la posición del niño o niña con visión al futuro y establecer, objetivamente, lo que más le convenga al niño o niña para el desarrollo de su personalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia los Niños de la Calle vs. Guatemala, ha dejado establecida la necesidad de determinar, en cada caso concreto, el mejor futuro del niño, niña o adolescente, con base en la predictibilidad, ya que expuso: "todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos, para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece" (Villagrán Morales y otros vrs. Guatemala). Sentencia de fecha 19 -11-1999). Por tal razón se hace ineludible determinar, con base en estudios serios, el mejor futuro del niño, garantizándole cuando crezca, su satisfacción de conocer que fue la mejor decisión que se haya tomado en su beneficio. Se hace importante considerar que cuando se es niño o niña, muchas personas mayores son las que toman las decisiones por los menores de edad, por lo que están completamente obligadas a no equivocarse. La equivocación o no de la decisión es la gran repercusión del ser humano del mañana, por lo que se debe tener consciencia de la mejor decisión para el mejor futuro del niño.

Con los tres elementos sustanciales anteriormente definidos, se garantizará el desarrollo integral de la niñez y adolescencia.

Lo que persigue el desarrollo integral es hacer valer ese desarrollo de la persona humana, con énfasis a lograr su mejor desenvolvimiento social, humano, intelectual, religioso y demás valores de la propia dignidad humana. Al establecer la voluntad del niño, sin restricción o coacción alguna, la determinación del mejor entorno familiar, social y educativo posible y la previsión de su mejor futuro, hacen posible garantizar el desarrollo integral de su personalidad.

Indudablemente, para lograr el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, con base y fundamento de las decisiones judiciales, se hace necesario establecer la opinión y voluntad del niño (libre de presiones o manipulaciones), la determinación del mejor entorno familiar, social y educativo para el niño, y

33 Ver Notas.

el establecimiento de un futuro superior con base en la predictibilidad. Ineludiblemente, el juzgador, en caso de conflicto o choque de intereses y derechos, deberá ponderar los elementos y derechos más sustanciales para lograr el desarrollo integral del niño. Dicha ponderación se tendrá que llevar a cabo a través de un análisis sustancioso por parte del juzgador, donde deberá determinar los elementos cualitativos y cuantitativos de todos y cada unos de los derechos que el niño debe gozar. Es decir, en un caso concreto, deberá establecer cuántos derechos y qué calidad de derechos puede disfrutar el niño, en un lado y establecer la calidad y cualidad de derechos que se le ofrece al niño en el otro lado. Con el balance o ponderación de estos derechos deberá exponer la cantidad y la calidad de derechos que se le garantizarán al niño por el lado que se decidió el juzgador. A veces, puede surgir el conflicto entre la voluntad del niño con su entorno familiar y la predictibilidad del infante, es allí donde el juzgador deberá también hacer valer lo anteriormente indicado. Todo lo anterior, con el objeto de lograr el desarrollo integral del niño, destacando la vida, la salud, la seguridad, el amor, armonía, convivencia, disfrute, educación, conocimientos y un nivel de vida adecuado.

6. TÉCNICAS PARA DETERMINAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Para determinar y coadyuvar a observar el interés superior del niño, todo ente administrativo o judicial deberá auxiliarse de técnicos en la materia, para determinar lo que más le favorezca al niño, niña o adolescente en cada caso concreto. A raíz de ello, se hace necesario que toda autoridad se haga acompañar de expertos para dicha determinación y posterior decisión. Dentro de las perspectivas de expertos a tomarse en cuenta, están:

6.1 Perspectiva psicológica y psicoterapeuta

Indiscutiblemente la ciencia de la psicología juega un rol importantísimo para determinar la capacidad natural del niño, muy especialmente **la psicología infantil,** la que deberá estudiar el comportamiento del niño, desde sus características cognitivas, motoras, lingüísticas, perceptivas, emocionales y sociales. Por otro lado, también es de relevancia la psicoterapia, la cual consiste en determinar, evaluar y generar los cambios necesarios para el mejor desarrollo de la personalidad del niño, niña y adolescente. Consecuentemente, esta ayuda profesional posibilitará que al menor de edad se le promueva los cambios de

comportamiento, logre la adaptación a su entorno, logre la salud psíquica y física y la integración e identidad psicológica para su bienestar y desarrollo integral. Estas técnicas, son ineludibles para determinar la situación real del niño y, así, establecer las ventajas y desventajas que se pueden prever en cualquier tipo de resolución. Tanto la psicología como la psicoterapia son fundamentales para la toma de cualquier decisión. Es necesario recordar que el juzgador no es omnisciente, por lo que deberá hacerse acompañar y auxiliar de esta clase de expertos, que van a determinar lo que mejor le convenga al niño o niña. Dentro de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes se encuentra la de acudir a las audiencias judiciales, acompañado por esta clase de técnicos. En cada uno de los procesos de la niñez víctima se hace necesario que, el juzgador, antes de tomar cualquier decisión se haga acompañar de un experto en psicología, el cual le hará saber algunas actitudes, capacidades o necesidades que tiene el menor de edad, con el objeto de resolverle lo que más le favorezca al niño o niña. En la actualidad, no es concebible reconocer una resolución judicial sin esta clase de sustento técnico y especializado. Por otro lado, se hace importante recomendar la especialización en niñez y familia, a los técnicos o peritos en la materia, toda vez que la ciencia está avanzando y se necesita de estudios especializados para el mejor tratamiento de la niñez víctima.[34] **No basta con ser psicólogo general se necesita tener una especialización o maestría en psicología infantil y psicología familiar.**

6.2 Perspectiva social

La ciencia del Trabajo Social, al igual que el aspecto psicológico, juega un papel indispensable para determinar la capacidad y la mejor conveniencia en el caso concreto para el niño, niña o adolescente. El/la Trabajador/a Social le facilita, al órgano administrativo o judicial, la información relevante sobre los aspectos socioeconómicos de los niños, sus padres, tutores o encargados y del entorno donde se desenvuelve o donde se desenvolverá. En el estudio del Trabajador Social se puede determinar la ponderación de riesgos que pueden sopesar en contra del niño. De igual forma, se encarga de trasladar la información, vía supervisión constante, de la situación del entorno real donde se desarrollan los menores de edad. La idea fundamental es proporcionarle al juzgador todos los insumos sociales, económicos y de entorno familiar del niño. Con dicha información, el Juez deberá abordar el caso y resolver con la mayor conveniencia que merece todo niño, niña o adolescente.

34 Ver Notas.

6.3 Perspectiva pedagógica

Al igual que las anteriores, consiste en una disciplina que se encarga de velar, estudiar y recomendar la mejor educación de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso particular, para que desarrollen de mejor forma sus capacidades, habilidades y conocimientos de sí mismos y del mundo que les rodea.

6.4 Equipo multidisciplinario

Indudablemente, con las tres disciplinas anteriores se puede determinar la capacidad natural del niño o niña y las condiciones personales, psicológicas, económicas, sociales y todo lo referente a su entorno, con el objeto de establecer las condiciones reales del desarrollo personal del niño y, así, establecer lo más conveniente para su desenvolvimiento futuro.

Desde un particular punto de vista, para atender a un niño, niña o adolescente, deberá hacerse a través de **un grupo multidisciplinario en su conjunto,** el cual deberá estar integrado, como mínimo, por cada uno de los profesionales anteriormente indicados. Sería mucho mejor, para seguridad y certeza en el tema de niños, que cada uno de los profesionales sean especializados en niñez, como ejemplo: psicología infantil, trabajo social con visión Infantil, y la pedagogía correspondiente. Para el análisis de los casos, se hace viable una integración del equipo multidisciplinario, para determinar los puntos concretos de cada niño, niña o adolescente. El equipo multidisciplinario deberá analizar el problema desde una visión infantocentrica, en cada caso concreto, para así poder establecerel ISN, con base a los criterios indispensables para determinar dicho interés. En casos complejos, sería muy importante abordar el caso con el auxilio de varios técnicos en psicología, de trabajo social y pedagogía, para una mejor resolución y, así, evitar cualquier tipo de errores que le puedan afectar definitivamente al niño o niña para toda su vida. Se hace importante indicar que, en la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la República de Guatemala, existe un importe lema, el cual indica: ***Principio fundamental: "obligación que tiene el Juez de la Niñez a no equivocarse".*** Para hacer efectivo dicho principio se considera necesario dejarse asesorar por diversos peritos y técnicos en la materia, para evitar una mínima equivocación. Es necesario recordar que, en toda resolución, con el apoyo técnico necesario, se deberá resolver con visión infantocéntrica, alejada de toda visión estato o paternocéntrica.

7. VISIÓN INFANTOCÉNTRICA VS. VISIÓN ESTATO O PATERNOCÉNTRICA

Para resolver la problemática de la niñez y adolescencia se hace indispensable, tal y como se estableció anteriormente, que los juzgadores tengan presente la visión infantocéntrica, la cual significa posicionarse exclusivamente dentro de la esfera del niño, alejado de cualquier otro ámbito que pueda incidir en la toma de decisión. En otras palabras, el juzgador deberá observar únicamente los factores que puedan incidir en el beneficio del niño, niña o adolescente. Dentro de esta visión se garantiza que los niños puedan obtener resoluciones que solamente a ellos les convenga. Se aleja de cualquier aspecto contrario a la voluntad del niño, al beneficio propio del niño y al mejor futuro para el niño.Con lo anterior, dentro de la esfera infantocéntrica (centrarse únicamente en el beneficio del niño), hace posible excluir sentimientos, deseos, caprichos y ventajas de las personas mayores, aunque se trate de sus padres biológicos, adoptivos o familia ampliada. El fundamento de la presente visión es el interés superior del niño, el cual quedó plenamente patentado en el presente trabajo.[35]

En relación a la visión estatocéntrica se refiere a la visión contraria, toda vez que, con dicha esfera se estaría privilegiando los intereses estatales y gubernamentales, dejando a un lado la visión ***pro infanti***. En ese sentido, se estaría fomentando la preeminencia de aspectos formales, reglamentarios y políticas de Estado que, en muchas ocasiones, son contrarias a los intereses, deseos, beneficios y mejor futuro para el niño. En cuanto a la visión paternocéntrica, de igual forma, es una órbita exclusivamente donde se estarían privilegiando los deseos, beneficios y decisiones de los padres o familia ampliada que, en algunas ocasiones, tienden a afectar los beneficios y futuro de los niños y niñas.

Con lo anterior pueden surgir casos complejos, como aquel cuando a una madre biológica, al salir del hospital, se le sustrajo a su hijo y, después de cinco años, lo logra localizar y desea recuperarlo; se determina que su hijo se encuentra en excelentes condiciones en un hogar bien integrado. Así también pueden surgir otros casos, como cuando los niños y niñas son intercambiados en el hospital en el preciso momento de su nacimiento. Años después, las familias quieren tener al niño o niña que poseen y también a su hijo biológico; en estos casos es muy importante pensar solamente en los niños –visión infantocéntica– y dejar a un lado el pensamiento y deseos de las personas mayores –paternocéntrica–. Para la mejor resolución se hace necesario contar con un grupo de expertos y técnicos especializados en niñez, para tomar una mejor decisión en

35 Ver Notas.

beneficio del niño, niña o adolescente. Se tiene que dejar a un lado el deseo y opinión de los mayores –visión paternocéntrico–. Se tiene que establecer lo que más le convenga a los niños o niñas en cada caso concreto. No sería coherente pensar en los derechos de los adultos, es preciso pensar en los derechos y deseos de los niños o niñas (se hace necesario determinar los deseos, el mejor entorno del niño –materiales, físicos y psíquicos– y la predictiblidad que se manifiesta). Es importante, previo a resolver un caso de esta naturaleza, estudiar a profundidad los temas sobre el **apego infantil y la psicotraumatología infantil**. En algunos casos complejos, se tiene que observar que la decisión no depende de los daños que han sufrido los padres, no depende de los deseos o angustias de las personas mayores, sólo depende del deseo de los niños, de la angustia y daños que se puede ocasionar a los niños con la resolución. Para lograr un mejor resultado se hace indispensable que, cualquier intercambio de padres, debe realizarse hasta que el niño esté preparado para dicho traspaso (por que no es un simple objeto de propiedad), y no pensar que los padres ya están preparados para ello. Se hace necesaria la realización de estudios psicológicos y tratamiento psicoterapéutico, para establecer la preparación psicológica del niño para un eventual traslado. –si nunca está preparado el niño, nunca se deberá realizar el intercambio <visión infantocéntrica>. Estas mismas circunstancias se determinan en los Juzgados de familia, donde se privilegia los deseos de los padres –en la audiencia de conciliación– y nunca se privilegia el interés superior del niño. Se hace necesario matizar que **los derechos de los niños, nunca deben negociarse;** por ello, las audiencias de conciliación son muy peligrosas, puesto que se enfatizan en resolver el caso judicial, pero nunca el conflicto, que en muchas ocasiones es la relación o convivencia con el niño. En estos casos, se considera que no se debería utilizar la audiencia de conciliación en un sentido paternocéntrico, sino que se debería enfatizar en la visión infantocéntrica, con la que se permitiría un análisis hacia el niño y determinar lo que más le convenga al niño en ese caso concreto –opinión, entorno y predictibilidad–, con independencia del deseo, conveniencia o conciliación de los padres.

8. NECESIDAD DE ESPECIALIZACIÓN *PRO INFANTI* A LOS JUECES DE LA NIÑEZ

La especialización del juzgador de la niñez es el requisito más importante, exclusivo y, sobretodo, ineludible, que debe poseer todo profesional judicial que requiera incorporarse a esta materia. No basta con conocer el procedimiento establecido en la ley, no basta con tener conocimientos de la normativa interna-

cional, no basta con conocer los plazos procesales, no basta con haber obtenido una buena nota para la incorporación a la carrera judicial; lo más importante para ejercer la jurisdicción en la niñez y adolescencia es tener el sentido humano y convicción ***infantocéntrica,*** para lograr alcanzar el sentimiento infantil en cada caso concreto. Esto último, quizá es lo más relevante que se debe observar y calificar para el futuro juzgador de la materia. Indudablemente, se hace muy difícil determinar el grado suficiente de sensibilidad del juzgador para conocer y resolver casos en donde se tiene que privilegiar al ser humano más débil y vulnerable –el niño o niña–. Esta es la tarea más importante que se le debe advertir a las autoridades judiciales, para garantizar que, en cada caso concreto, exista un juzgador que resuelva utilizando el sentido humano y la sensibilidad ***pro infanti.***

El proceso de protección de la niñez debe ser un proceso donde el juzgador tiene que resolver el conflicto, y no únicamente resolver un caso. Quizá esa es la razón por lo cual se necesita la especialización normativa y la sensibilidad aludida. Cuando sólo se resuelve un caso, al juzgador no le queda sentimiento de responsabilidad por haber tomado la decisión; en cambio, en la jurisdicción de la niñez, el juzgador deberá resolver el conflicto, para que no exista sentimiento de responsabilidad por no haberle solucionado favorablemente el conflicto al niño.

Existe una diversidad de casos que no plantean conflicto para el juzgador, como pueden ser las agresiones físicas, sexuales y los abandonos que sufren los niños o niñas. Pero existe una inmensa cantidad de casos que no corresponden a los anteriores y, que sí requieren del conocimiento, preparación y sensibilidad del juzgador. Actualmente, se puede advertir que, los jueces de la niñez conocen hechos muy sensibles como: el caso de la convivencia familiar post-divorcio o separación, la separación de niños de sus padres sustitutos, la adoptabilidad y sustracción internacional; que son temas que requieren un compromiso de sensibilidad mayor, por parte del juzgador, con la finalidad de solucionar el conflicto y no solamente solucionar un caso.

Han existido procesos donde, el Juez de la niñez, pretende resolver el caso únicamente en la audiencia de conocimiento de los hechos, con la finalidad de agenciarse de un caso menos, olvidando que el conflicto puede continuar y puede ser más peligroso para el niño o niña, que permanece inmerso dentro de un problema grave de adultos. Por ello, se considera muy importante saber abordar estos casos con mucha sensibilidad, madurez, respeto, conocimiento doctrinal de jurisprudencia internacional y, muy especialmente, con apoyo especializado **–psicólogo infantil y/o psicólogo familiar–** para solucionar el conflicto.

Por otro lado, es muy importante concienciar al juzgador de la niñez para que conozca de todo conflicto o denuncia que se le inste en su jurisdicción y

no simplemente, inhibirse bajo la excusa y pretexto que se trata de un conflicto familiar. Es necesario resaltar que, en todo conflicto familiar, se hace necesario velar por la protección de un niño, y esta protección únicamente la puede brindar un juez especializado. No debe catalogarse como juez de la niñez, a aquel que busca pretextos normativos complejos para dejar de conocer un conflicto que afecta un derecho de la niñez. Es necesario resaltar que la Convención y la Ley especial hacen referencia a todos y cada uno de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales de los niños. Se hace necesario concienciar el verdadero alcance de la Ley especial actual. La presente Ley no tiene límites de conocimiento, sino, todo lo contrario, artículo 8º.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Cavallo, G. (2008) ***El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,*** Estudios Constitucionales, Año 6, No. 1

Calvo Caravaca, A. y Carrascosa, J. (2011) ***Protección de menores.*** Derecho Internacional Privado, volumen II, 12ª edición, Granada.

Cillero Bruñol, M. ***El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño,*** Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos, Escuela de Estudios Judiciales. Guatemala: Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos y UNICEF.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 5. (2003) Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 párrafo 6 del artículo 44).

Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 12. (2009) El derecho del niño a ser escuchado, 25 de mayo de 12 de junio de 2009.

De Lama Aymá, A. (2006) ***La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad.*** Valencia: Tirant lo blanch.

De Torres Perea, J. M. ***El interés del menor y derecho de familia, unas perspectiva Multidisciplina.*** Madrid. Iustel.

Diez-Picazo, L. (1984) ***Familia y derecho.*** Madrid: Tecnos.

Freedman, D. (n.d). ***Funciones normativas del interés superior del niño,*** en Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos, Escuela de Estudios Judiciales. Guatemala: Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos y UNICEF.

Gardner, R. A. (1991) ***Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families***. When Psychiatry and the Law Join Forces», ***Court Review***.

Hodgking, r., Newell, P. (1998) ***Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño***, UNICEF, s/a.

López Contreras, R. (2002) ***Imputabilidad en los delitos sexuales.*** *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad*, Nos. 16 -17. Guatemala: Serviprensa.

López Contreras, R. E. (2008) ***El Delito de Secuestro en Guatemala. 2ª. edición, Guatemala: Nelly.***

Rodríguez-Sacristán J. (1995) El hecho sorprendente del enfermar en la infancia. En: Psicopatología del niño y del Adolescente. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.

Torres Perea, J. M. (n.d) El interés del menor y derecho de familia. (datos n.ds.)

Solórzano, J. (n.d.) ***Los Derechos Humanos de la Niñez. (datos n.ds.)***

VV. AA. (2009) Síndrome de Alienación Parental (SAP) en procesos de separación, Universitat Jaume I, Castellón de la Plata.

Páginas de Internet

Arango Velásquez, G. j., Desarrollo Integral de la personalidad, Págs.27 y ss. http://es.scribd.com/doc/6369846/11/DESARROLLO-INTEGRAL-DE-LA-PERSONALIDAD

Baquerizo Minuche, J., Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación, https://doc-04-94docsviewer.googleusercontentcom/viewer/secure-download/dsn,

Bautista López, R. ***Padrectomía (Síndrome del padre destruido),*** http://www.zetatijuana.com/html/EdcionesAnteriores/Edicion1751/Opinionez_Padrectomia.html.

Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos 2011. (ENAI) http://www.lahora.com.gt/index.php/nacional/guatemala/reportajes-y-entrevistas160070

Ferrari, J. L., ***Ausencia paterna y maltrato infantil,*** http://www.projusticia.es/varios/ausencia%20paterna%20y%20maltrato%20infantil.htmlm

O´donnell, D. ***La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídica Vigentes en Relación a la Familia,*** www.iin.oea.org/badaj/docs, pág.32. (visitado 12-05-201).

VV. AA.***El Síndrome de Alienación Parental: Una forma de maltrato infantil,*** Pag.2
http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062006000100009

Zermatten, J. (2003) ***El interés superior del niño, Del análisis literal al Alcance filosófico,*** Instituto Internacional Des droint de lenfant, Informe de Trabajo 2-2003,
https://doc-0k-94docsviewer.googleusercontent.com/viewer/securedownload/dsn1aovipa7l846lsfcf94nedj8q2p4u/liqkp-37b2ltoeef0fokproaqkkarmoq4/1348075800000/Ymw=/AGZ5hq8BgbJY1gwaOYx83cPOdNw6/QURHRUVTajVT-c2hkM1NEUWRyR0VPdm1FVllWR195QW11OElaU2FWcVVjd-jQtQ0lFcXN5YUJUMU8xa1pyOF9WTk04N0RzdEgtN1RjcFdoQzVa-ZFBHSW5xQmMyRmlCX216dWo1T3JnaHFzY0lMVU16cDBJZUF2OHhFT2RaUzZRUWJCN1dDS2hFOERRckU=?docid=8bbd68632edb614dc96a45e5c1c796cc&chan=EQAAAE%2Bbr6Zl51l1cxyUOG91I7i%2BAjk80sMd6EOGPiej2meZ&sec=AHSqidYENNBpVp6yVGH2LNWWo-Hm8FXxdsohR0WEErNxWRPKpMloPGfPkS_wsE3BHrIooIH3Dt90C&a=gp&filename=20033_es.pdf&nonce=meficouajl6f8&user=AGZ5hq8BgbJY1gwaOYx83cPOdNw6&hash=moedatlg39sevec6mb0fp8r1i9t5b9h4, pág. 6, (visitado el 19 de septiembre de 2012).

Zicavo Martínez, N.,Tesis sobre la padrectomía,
http://www. anupa.com.ar/articulos/page13.html,
visitado 19 -06-2012.

Jurisprudencia

Sentencias de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la República de Guatemala: Exp. 01141-2009-00360, 01015-2011-00023, 01015-2011-00092, 01015-2011-00023, 01015-2011-00092 y 01141-2009-00360

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala: Expe. 188-2011, de fecha 11-7-2011. Expediente 1339-2010, de fecha13-5- 2011. Sentencia en amparo número 188-2011, de fecha 11-07-2011.

Sentencias de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala número 2694-2011, de fecha16-1- 2011y 2804-2011, de 27-1-2012. Expediente número 322-2011, de fecha 16-06-2011.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Sentencia Los niños de la Calle vs. Guatemala, de fecha 19-11-1999.
- Sentencia caso Bulacio vs. Argentina de fecha 18-09-2003.
- Sentencia caso niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, de fecha 8-09-2005.
- Sentencia del caso Karen Atala vs. Chile de fecha 24-92-2012.

Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha28 -08- 2002.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: caso Johansen contra Noruega, de fecha 7 agosto 1996; Caso Saleck Bardi contra España, de fecha 24-05-2011.

Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de los Civil. Sentencia número 565/2009 de fecha 31-07-2009.

Sentencia de la Sala constitucional Costa Rica Exp. 2011-12458 de fecha 13-09-2011.

NOTAS

1. Cfr. Aguilar (2008) pág. 229, "El problema es esclarecer lo que debemos entender por ***interés superior del niño*** dado que la misma Convención no lo señala". Cillero "diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparado en el "interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra". Torres, pág. 25, indicando que el Interés del menor se ha introducido como una cláusula general, con lo que le falta precisión porque se refiere a supuestos muy generales o abstractos. Freedman. Solórzano, 88. El Tribunal Supremo

de Justicia español, ha expuesto que el Interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado. Sentencia número 565/2009, de fecha 31 de julio de 2009. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que: "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño". Opinión Consultiva número OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002.

2. Cfr. De Lama Aymá, A., (2006) ***La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad,*** Tirant lo blanch, Valencia, pág. 92, señala que el interés superior del niño, es un concepto que no está exento de críticas. Se le ha criticado por su alto grado de abstracción y vaguedad en su definición. Freedman, D., expone que el principio de interés superior del niño es el "Caballo de Troya" de la Convención, al permitir cierto grado de discrecionalidad a las autoridades que lo aplican. Hodgkin y Newell, indica que el concepto de interés superior del niño ha sido objeto de más estudios académicos que cualquier otro concepto de la Convención, por lo que textualmente indican: "El Grupo de Trabajo que redactó el texto de la Convención no ahondó en la definición del "interés superior del niño", y el Comité de los Derechos del Niño todavía no ha propuesto criterios que permitan juzgar en qué consiste, en general o en casos particulares, este interés; se ha limitado a repetir que los valores y los principios generales de la Convención deben aplicarse en cualquier circunstancia", Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, s/e, 1998, págs. 39 y 40.

4. La Declaración de los Derechos del Niño, cuenta con diez principios, siendo estos: primero: El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia. Segundo: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se

atenderá será el interés superior del niño. Tercero: El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad. Cuarto: El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Quinto: El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular. Sexto: El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole. Séptimo: El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho. Octavo: El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro. Noveno: El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral. Décimo: El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa, o de cualquiera otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad

universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de D.

5. Cfr. Exp. 01141-2009-00360, 01015-2011-00023, 01015-2011-00092, entre otras. En el mismo sentido lo expone O´donnell, D., el cual indica que se debe de entender por interés superior del niño todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armoniosos desenvolvimiento de su personalidad.

8. Cfr. Calvo (2011) pág. 354. La sentencia de la Sala constitucional de Costra Rica, indica que la visión infantocéntrica "establece que los derechos de las personas menores de edad priman sobre las pretensiones tanto de los progenitores respecto de los derechos para con sus hijos, como de consideraciones estatales". Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011. La sentencia de la Sala de Cámara primera de Apelación en lo Civil de la República de Argentina, indica que es "la priorización de los derechos e intereses del menor por sobre toda otra razón de orden familiar". Exp. 33,648 de fecha 18 de agosto de 2000.

9. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expuesto que este principio es un regulador de la normativa de los derechos del niño y se fundamenta en la dignidad de todo ser humano, en las características propias de los niños y en la entera necesidad de propiciar el desarrollo de los mismos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Cfr. Opinión Consultiva número OC-17, de fecha 28 de agosto de 2002.

11. Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso niñas *Yean y Bosico vs República Dominicana,* de fecha 8 de septiembre de 2005. Sentencia *Los niños de la Calle vs Guatemala*, de fecha 19 de noviembre de 1999. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-17/02 de fecha 28 de agosto de 2002.

12. Cfr. *The Children Act* (1989), establece que en los casos de crianza de los niños, el juez tomará en consideración lo siguiente: a) los deseos y sentimientos ciertos del niño respectivo (considerado a la luz de su edad y de entendimiento); b) sus necesidades físicas, emocionales y educacionales; c) el efecto probable en él de cualquier cambio en sus circunstancias; d) su edad, sexo, personalidad y cualquier característica de él que el juez considere relevante; e) cualquier daño que el niño ha sufrido o que está en riesgo de sufrir; f) qué tan capaces son sus padres, y cualquier otra persona en relación a quien el juez considere la cuestión

ser relevante, para satisfacer sus necesidades; y g) el rango de facultades disponibles para el juez bajo esta ley en el procedimiento en cuestión.

13. El artículo 3. 1. de la citada Convención Indica: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño".

14. Zermatten, J., *El interés superior del niño, Del análisis literal al Alcance filosófico*, Institut Internacional Des droint de lenfant, Informe de Trabajo 2-2003, https://doc-0k-94 docsviewer.googleusercontent.com /viewer/securedownload/dsn1aovipa7l846lsfcf-94nedj8q2p4u/liqkp37b2ltoeef0fokproaqkkarmoq4/1348075800000/Ymw=/AGZ5hq8BgbJY1gwaOYx83cPOdNw6/QURHRUVTajVTc2hkM1NEUWRyR0VPdm1FVllWR195QW11OElaU2FWcVVjdjQtQ0lFcXN5YUJUMU8xa1pyOF9WTk04N0RzdEgtN1RjcFdoQzVaZFBHSW5xQmMyRmlCX216dWo1T3JnaHFzY0lMVU16cDBJZUF2OHhFT2RaUzZRUWJCN1dDS2hFOERRckU=?docid=8bbd68632edb614dc96a45e5c1c796cc&chan=EQAAAE%2Bbr6Zl51l1cxyUOG91I7i%2BAjk80sMd6EOGPiej2meZ&sec=AHSqidYENNBpVp6yVGH2LNWWoHm8FXxdsohR0WEErNxWRPKpMloPGfPkS_wsE3BHrIooIH3Dt90C&a=gp&filename=20033_es.pdf&nonce=meficouajl6f8&user=AGZ5hq8BgbJY1gwaOYx83cPOdNw6&hash=moedatlg39sevec6mb0fp8r1i9t5b9h4, pág. 6

15. Expediente de la Corte de Constitucionalidad número 322-2011. Es importante hacer notar lo que nos expuso la Honorable Corte de Suprema de Justicia, en cuanto al interés superior del niño en los casos de los procesos de adoptabilidad: "Es el caso que en esta clase de procesos lo que ha de prevalecer es el interés superior del niño, tal como lo establece el contenido del artículo 4 de la Ley de Adopciones, por lo que debe

de caracterizarse por la ausencia de formalismos que lejos de garantizar los derechos del menor se convierte en un obstáculo para su ejercicio traducido en excesiva burocracia; asimismo, la posición asumida por el interponente en la presente acción de amparo, contraviene lo que para el efecto regula el artículo 54 de la Constitución Política de Guatemala, al declarar el Estado de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados… Coartar las oportunidades de un menor de edad y, peor aún en el caso de un niño abandonado, es un retroceso para lograr a resolver sus necesidades básicas y ampliar sus oportunidades a fin de que alcancen su pleno potencial, puesto que, como todo ser humano los niños y niñas tienen derechos y necesitan también cuidados y protección especiales, situación que no puede desatenderse por un rigorismo administrativo". Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Expe. 188-2011.

17. La Sala de Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Guatemala, ha definido el principio de interés superior del niño de la siguiente manera: "es la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los menores, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño, por lo que este Tribunal ha decidido circunscribirse a resguardar cada uno de sus derechos y auspiciar la tranquilidad en un ambiente familiar o el que más que se acerque al mismo" Sentencias: 01015-2011-00023, 01015-2011-00092 y 01141-2009-00360.

18. En este sentido según la jurisprudencia y doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés superior del niño las siguientes: a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor de edad (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas. b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del niño siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento. c) Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del niño e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situa-

ción anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo. d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del niño y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor de edad e impacto en la decisión que deba adoptarse. e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión en cuanto al interés superior del niño (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio). f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del niño (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro. Los sistemas anglosajones establecen una serie de criterios mínimos que deben tener en cuenta los tribunales a la hora de concretar el interés superior del niño y, en este sentido, el derecho inglés, en la *Children Act* 1989, fija los siguientes: a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento): mas el deseo del niño no es vinculante para el juez sino uno más entre otros datos que considerar. A los comentaristas preocupa que lo que el niño exprese sea realmente lo que piensa y desea y no el resultado de un lavado de cerebro o presión de un progenitor o que el niño sea incapaz de expresar su preferencia por desear estar con ambos padres o no desagradar a ninguno. Para conocer el deseo y sentimientos del niño puede ser oído este directamente por el Juez u obtenerlo por medio de expertos b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales. Como necesidades físicas son entendidas, sobre todo, el alojamiento, alimentación y vestido apropiados; ellas y las educativas, vinculadas a la personalidad del padre o madre con quien pasa a vivir tras la separación o divorcio son particularmente trascendentes a la hora de decidir la custodia; las emocionales suelen ir muy relacionadas con la edad y personalidad del menor de difícil y muy subjetiva valoración, para lo que se emplea el asesoramiento de psiquiatras y psicólogos; c) El efecto probable de cualquier cambio de situación del niño: se valora aquí la incidencia que pueda tener para este el cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quienes se relacione. Los tribunales ingleses de acuerdo con la doctrina tienden a no variar el statu quo del menor de edad salvo necesidad y afecta por igual en relación con padres y madres. Este factor es importante en las disputas sobre visitas cuando esas relaciones han terminado efectivamente por la falta de relación. d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante. La influencia de la edad es relacionada con otros

datos, como la educación y deseos del niño. El sexo, aunque menos que en otros tiempos, sigue teniendo importancia en cuanto se considera todavía que el progenitor del mismo sexo puede comprender mejor al hijo o hija. Entre los factores incluidos en este apartado están las convicciones religiosas del niño y de los padres, origen racial, ambiente cultural y lingüístico, particularmente relevantes en la concesión de la custodia o de un régimen de visita y relaciones para preservar tales factores circunstancias del niño. e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo. Como daño es considerado el maltrato y los peligros para la salud o el desarrollo. En esa inteligencia, son tomados en consideración los riesgos para el menor procedentes de la clase de vida del padre o de la madre. El abuso sexual es el de más frecuente alegación, y los tribunales exigen que se pruebe su alta probabilidad de realidad, y que ese abuso excluye necesariamente la custodia o las relaciones con el niño en ciertas condiciones. f) Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades del niño. Ese dato, capacidad del padre/madre, ha desplazado a su conducta o culpabilidad en la crisis matrimonial (que es ahora irrelevante para la asignación de la custodia de los hijos). Sin embargo, la homosexualidad de los progenitores sigue influyendo (así, se ha considerado contrario al child's welfare el confiarlo a una mujer lesbiana basándose en que perjudicaría socialmente al niño). Otras veces los tribunales atienden a circunstancias materiales, localización geográfica y carácter de las personas con quien el niño va a relacionarse (por ejemplo, su convivencia con otra persona, o la nueva esposa de su padre y su capacidad para asumir responsabilidades con el niño); también incluyen las condiciones religiosas y otras de la persona con quien se relacione, y su repercusión en el niño. Este factor (apartado f) tiene particular trascendencia en las resoluciones judiciales sobre visita. g) El rango de las facultades a disposición del tribunal. Este factor es la expresión de la regla de la mínima intervención judicial -la sección 1 (5) de la Children Law Act. 1989 lo enuncia como que los tribunales pueden optar por no intervenir si ello puede crear otros conflictos o cuando las partes están en condiciones de llegar a acuerdos privados (aunque no tengan el mismo alcance de las desiciones judiciales); la actuación del Juez requiere que su resultado sea para el menor, mejor que la inactividad. Cfr. Sentencia 565/2009 del Tribunal Supremo español, de fecha 31 de julio de 2009.

19. Solórzano, J. Los Derechos Humanos de la Niñez. Pág. 115 y 116. Señala “La forma de la audiencia no puede ir orientada por el modelo del interrogatorio, sino que debe procurarse el intercambio de impresiones

y argumentaciones (no sugestivos) y buscarse un debate razonable acerca de la cuestión que se le consulta al niño o niña, de tal suerte que éste sienta que participa del diálogo y que no solamente es objeto de recopilación de información. De lo que se trata, entonces, es de dictar las medidas administrativas, judiciales y de cualquier tipo que eviten la victimización secundaria del niño o la niña". El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, ha establecido como garantía que el niño tiene derecho de expresar su opinión libremente, cuando esté en condiciones de formarse su propio juicio, teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. En ese mismo sentido, se expresa el artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

21. El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, indica: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". El artículo 12.1 de la citada Convención, expresa: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". En igual sentido el artículo 5 de la Ley especial señala: "Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley…".

23. Actualmente, en doctrina se estudia un síndrome que se refiere exclusivamente a la figura materna (síndrome de la madre maliciosa) por ser lo que comúnmente suele suceder, aunque existen excepciones con relación a padres que impiden el acercamiento de sus hijos a la madre. Esta clase de circunstancias se imponen cuando la madre intenta

injustificadamente castigar a su ex marido o ex conviviente, colocando al niño contra el progenitor, implicando a otras personas en sus actos maliciosos o manteniendo litigios judiciales durante años –solicita medidas de seguridad sin fundamento-, con lo cual interfiere en el régimen de relaciones familiares y el libre acceso del padre para con sus hijos. Se produce un patrón de actos contra el padre como contarle a los niños mentiras sobre que en realidad no es su padre, que no paga la pensión alimenticia, que la maltrataba, que los abandonó, etc. Lo difícil de todo ello, es poder observar el grave daño que se les hace a los niños o niñas, ya que ellos tienen el pleno derecho de disfrutar y compartir con ambos padres, aunque estén separados. Ninguno de los padres tiene derecho de negarle el padre o la madre a sus hijos. Cfr. VV.AA, pág. 5.

24. Cfr. VV.AA, p. 8 y ss. Por otro lado, se indica en psicología que dicho fenómeno se fundamenta en una carga de odio que es dado a los niños y niñas por medio de la " "la repetición constante y estudiada de mentiras y manipulaciones, las más usuales suelen ser; "tu papi (o mamì) no te quiere", "no te busca", "no da dinero para ti", "no te llama"," me agrede cuando tú no ves", etc., etc.". Vid, Rodríguez (1995) pp. 29-44

25. Cfr. VV.AA, 2012: p.2. En esta obra se indica que: "Sea cual fuere el miembro de la pareja (madre o padre) con quien conviva el niño se ha de garantizar la relación con ambos tras la separación; los regímenes de visitas tienen varias e importantes funciones psicológicas para el desarrollo de la infancia; las visitas protegen los derechos del menor de acceso al progenitor no custodio, al igual que los de este último; asimismo, se protege el vínculo emocional entre el niño y sus progenitores, ya que se le proporcionan modelos de rol alternativos y, por último, se permite al progenitor custodio que descanse de su responsabilidad en la crianza".

26. En ese mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha expuesto que "para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque se rompa la relación entre los padres, y las medidas internas que se lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 (derecho a la familia) del Convenio". Sentencia Johansen contra Noruega 7 agosto 1996. En igual forma, indica que: "la idoneidad de las medidas para reunir a un progenitor y su hijo, se juzga según la rapidez de su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre el niño y aquel de los progenitores que no vive con él (véase, mutatis mutandis , sentencias ignaccolo-zenide contra Rumania

[tedh 2000, 14] , núm. 31679/1996, ap. 102, cedh 2000-i, maire contra portugal [jur 2004, 73133] , núm. 48206/1999, p.. 74, tedh 2003-vii, y bianchi contra suiza , núm. 7548/2004, pp. 85, 22 junio 2006)". Sentencia Caso Saleck Bardi contra España. Sentencia de 24 mayo 2011.

27. Cfr. Bautista 201).: "En muchos casos se podrá decir que el padre partió pero que dejó arreglada la situación económica o que siempre pasa dinero, pero todos sabemos que la relación de los padres con los hijos no sólo consiste en cubrir las necesidades materiales, sino que va mucho más allá. Aunque el cheque llegue el hijo sigue sin padre, con el enorme vacío adentro, con esa pesada carga que significa no tener padre, con ese "cáncer" a la autoestima de ser un hijo ignorado y sin poder enriquecerse con esa otra persona que debería estar a su lado y no está. El niño crecerá con cierto desequilibrio, que a veces será demasiado, ya que a menudo la ausencia de padre trae la sobre presencia de madre. Ferrari, 2012.

28. Sobre la autonomía progresiva, el Comité de los Derechos del Niño, establece: "Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayor sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño. Debe prestarse atención a la noción de la evolución de las facultades del niño y a la dirección y orientación que proporcionen los padres" Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, 25 de mayo de 12 de junio de 2009, pág. 11.

29. Comité de los Derechos del Niño, indica que: "La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño. Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones "en todos los asuntos" que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente". Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 12 (2009). p. 10; Torres Perea, pág. 23, expone que no se debe confundir el bien del niño con el deseo del niño por muy atractivo que parezca, puesto que una persona puede tener deseos irracionales, con lo que no le beneficiara de ninguna manera.

30. El Comité de los Derechos del Niño, ha expuesto que: "La salud y el desarrollo de los adolescentes están fuertemente condicionados por el entorno en que viven. La creación de un entorno seguro y propicio supone abordar las actitudes y actividades tanto del entorno inmediato de los adolescentes –la familia, los otros adolescentes, las escuelas y los servicios- como el entorno más amplio formado por, entre otros elementos, la comunidad, dirigentes religiosos, los medios de comunicación, las políticas y leyes nacionales y locales". También indica que, "El Comité subraya la importancia del entorno familiar, que incluye a los miembros de la familia ampliada y de la comunidad así como a otras personas legalmente responsables de los niños o adolescentes". Observación General No. 4 (2003).

31. En cuanto a la ponderación de derechos o principios, se ha estipulado que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los derechos o principios, mayor deberá ser la importancia de la satisfacción del otro. En igual forma se ha determinado que la ponderación de derechos es la formula para determinar, en un caso concreto, cual de los derechos en colisión tiene mayor peso. La estructura de la ponderación se determinada a través de la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Con ello, lo que se pretende es considerar de una manera imparcial los derechos contrapuestos con la finalidad de resolver el conflicto, fundamentados en la cantidad y calidad de le-

sión o satisfacción de derechos, para el caso concreto. En conclusión esta se puede considerar como una fórmula mágica del Juzgador para poder advertir y colocar los derechos en conflicto en una balanza y, así, determinar la manera como esta se inclina. Sobre ello, nos expresa la doctrina que: "De esta forma, sin que en el plano abstracto se altere la antes mencionada convivencia de los principios, lo que se advierte es la configuración de una jerarquía axiológica, esto es, una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor, por cuyo resultado un principio desplaza a otro y se torna aplicable en una causa particular; insistiendo en que dicha jerarquía siempre se refiere a casos concretos". Baquerizo 2012.

32. En este sentido el Comité de los Derechos del Niño, ha expresado que: "El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños. 2003: p.. 4.

33. Cfr. Diez-Picazo, p. 173. De Lama p. 98; Zermatten, p. 14, quien indica: "la toma de conciencia del interés superior del niño no solamente en el momento en el que la decisión debe ser tomada, sino también en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas. Esto parece particularmente importante en un dominio, la infancia, donde las situaciones por definición evolucionan rápidamente y donde parece ciertamente necesario actuar en el momento, aunque preservando, tanto como sea posible, el porvenir.

En este sentido, se ha manifestado que: "Todo plan de acción a favor de los niños debe integrar el principio "interés superior". Para ello, se establecerán mecanismos que permitan evaluar las repercusiones sobre los niños de las medidas adoptadas…". Hodgkin, p. 41.

34. Tal y como se expuso anteriormente, en el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia de Quetzaltenango, se inició un procedimiento de vital importancia para evitar la revictimización de la niñez víctima, toda vez que se instaló un circuito cerrado por donde se puede observar y escuchar a los niños jugando y manifestándose frente de una psicóloga, la cual trata que el niño se encuentre cómodamente jugando e informando al tribunal, sin enterarse de lo que está aconteciendo. Lo que trata la psicóloga es que el niño ni siquiera se entere de la información que está proporcionando directamente a la sala de audiencias. Las

técnicas de la psicóloga son especialmente estudiadas y analizadas por la profesional. La idea básica es sustraer al niño de su realidad vivida, y enfocarlo a un juego divertido en donde le toma confianza e inicia con una conversación amena, agradable y espontánea con el menor de edad. Esta idea se está replicando hoy día en el Juzgado Metropolitano de la Niñez y Adolescencia de la ciudad capital. El Comité de los Derechos del Niño, ha establecido cinco medidas para hacer realidad el derecho a ser escuchado el niño o niña, siendo estas: a) la preparación; b) Audiencia; c) Evaluación de la capacidad del niño; d) Comunicación de los resultados al niño y, e) Quejas y vías de recurso. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, 25 de mayo de 12 de junio de 2009, págs. 13 y 14.

35. Cfr. Aguilar Pág. 234. En ese mismo sentido, la Sentencia de la Sala Constitucional de Costra Rica, indica que la visión infantocéntrica "establece que los derechos de las personas menores de edad priman sobre las pretensiones tanto de los progenitores respecto de los derechos para con sus hijos, como de consideraciones estatales". Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011. La Sala Constitucional de Costa Rica, indica que "el interés superior del niño no es paternocéntrico ni estatocéntrico sino infantocéntrico, lo que implica en el caso concreto, que la regulación de la alimentación, cuando beneficia la salud y el fomento de los buenos hábitos en el menor, incluso puede estar por encima de los criterios de los padres y del mismo Estado" Exp. 12-004198-0007-CO, de fecha 13 de junio de 2012.

ONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA PARA LA IGUALDAD
FUNDAMENTOS DE UN PROGRAMA CURRICULAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS

VLADIMIR OSMAN AGUILAR GUERRA*

* Abogado y Notario (USAC). Realizó estudios en la Maestría en Docencia Universitaria (USAC). Especialista en Introducción a la Investigación Científica (USAC). Doctor en Derecho, egresado de la Universidad de Sevilla, España, "Cum Laude". Con estudios en Postdoctorado. Autor de varias obras y ponencias internacionales. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mariano Gálvez. Fundador, director y catedrático de los siguientes Programas de Doctorado en Derecho: a) Administración de Justicia; b) Derecho; y, c) Derecho Constitucional de la Universidad Mariano Gálvez. Coordinador del Consejo Editorial de la Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Ex Presidente de la Cámara de Amparo y Antejuicio. Director de la Escuela de Estudios Judiciales e integrante del Consejo de la Carrera Judicial.

Tabla de contenido

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO 123
2. RECONOCIMIENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL SISTEMA JURÍDICO 126
3. ONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA PARA LA IGUALDAD 127
4. IGUALDAD DE GÉNERO 129
5. PERSPECTIVA DE GÉNERO 132
6. TRANSVERSALIZACIÓN DE GÉNERO 134
7. PROGRAMA CURRICULAR CON FUNDAMENTO EN LA ONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA DE LA IGUALDAD 135
8. PROGRAMAS IMPLEMENTADOS EN LA ESCUELA DE ESTUDIOS JUDICIALES DE GUATEMALA DESDE LA ONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA DE LA IGUALDAD 141
9. REFLEXIÓN FINAL 148
10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 149

Resumen

En este trabajo se presenta un esbozo de la situación de desigualdad de la mujer en nuestro medio y de la violencia que durante siglos ha sufrido en todos los ámbitos de la sociedad guatemalteca. Aborda los esfuerzos que desde el Organismo Judicial se han hecho para contribuir al logro de la igualdad de género y por ende a la minimización de la violencia contra la mujer, sólo por el hecho de ser mujer. Los esfuerzos han sido encaminados en diversos ámbitos de la justicia y uno de ellos es el que hace la Escuela de Estudios Judiciales a través de la formación de los jueces, juezas, magistrados y magistradas, sustentando dicha formación en los postulados ontológicos y axiológicos del respeto a la persona humana y al derecho de igualdad y al reconocimiento de la violencia contra la mujer dentro del sistema jurídico.

Palabras clave: Ontología, axiología de la igualdad, igualdad de género, perspectiva de género, transversalización de género, currículo de formación.

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Las instituciones educativas, en su calidad de entes socializadores, deben dar respuesta a los cambios que acontecen en la sociedad, incorporando en el currículo aprendizajes significativos, como productos de las reflexiones sobre las nuevas necesidades culturales y científicas. Resulta prioritario, entonces, superar un currículo androcéntrico, transformándolo en uno incluyente y contextualizado.

Al analizar la transversalización de la perspectiva de género en el currículo de estudio, resulta necesario responder las siguientes interrogantes: ¿Qué está transmitiendo el currículo desde la perspectiva de género? ¿Qué relación existe entre currículo, cultura, género, ontología y axiología jurídica para la igualdad?

Podemos avanzar respondiendo que, el logro del propósito de trabajar en una educación integral de las y los estudiantes, exige incorporar la perspectiva de género en el quehacer educativo. Por lo tanto, el tema del currículo es fundamental interpretarlo como "una selección y organización de la cultura". (Magendzo, 1986: pág. 7).

Por otra parte, el fin supremo de la justicia es lograr que cada persona tenga lo que le corresponda, debiendo también tener la condición de equidad en dicho proceso. No obstante, en el devenir de los años, ha sido complicado lograr este fin, ya que las condiciones de desigualdad han permanecido a lo largo de la historia, constituyéndose así en una situación estructural, que mantiene en dichas condiciones a las mujeres, la niñez, adultos mayores, grupos étnicos y personas con capacidades disminuidas o diferentes.

La sociedad guatemalteca a lo largo de su historia se ha asentado sobre la base de patrones culturales de carácter patriarcal, los cuales han invisibilizado, actos de violencia y discriminación en contra de las mujeres por el solo hecho de ser mujeres, lo cual las ha ubicado e incluido en los grupos sociales vulnerables.

En ese orden de ideas, como lo afirma la ex presidenta del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Thelma Esperanza Aldana Hernández, dentro de esa problemática de desigualdad aflora la violencia contra la mujer, la cual debe visualizarse como un asunto de interés de Estado y como un problema de Derechos Humanos, que requiere ser abordado de manera integral. Es un problema de graves magnitudes, no sólo por el número de mujeres que son víctimas de violencia, llegando incluso al femicidio, sino por el impacto que esto tiene en todos los estratos sociales: convirtiéndose en un verdadero obstáculo para el desarrollo de las personas, las familias, los países y para la paz social. Para erradicarlo se requiere la acción coordinada de todos los agentes del Estado (Organismo Judicial, 2012: pág. 5).

Para contrarrestar dicha situación de desigualdad y vulnerabilidad,en Guatemala se ha configurado una serie de reformas legislativas tanto en materia civil como penal, que ha derivado, incluso,en la promulgación de otras normas de esta misma naturaleza. Tal es el caso de la Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer; Ley de Desarrollo Social; Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar; Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas y Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.

En respuesta a este contexto, la Corte Suprema de Justicia, en el 2010, creó tres Juzgados de Primera Instancia y tres Tribunales de Sentencia Penal, especializados para conocer delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, con sede en los departamentos de Chiquimula, Guatemala y Quetzaltenango.

En agosto de 2012, la Corte Suprema de Justicia creó los Juzgados de Primera Instancia y Tribunales de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, con sede en los departamentos de Huehuetenango y Alta Verapaz; así como la Sala de la Corte de Apelaciones Penal de Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, con sede en el departamento de Guatemala. En octubre del mismo año, creó el Juzgado Segundo y el Tribunal Segundo de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer y Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, y el Juzgado de Turno de Primera Instancia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, todos con sede en el departamento de Guatemala. Dichos órganos jurisdiccionales se rigen por el Reglamento de Gestión para los juzgados y tribunales con competencia en delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.

A partir del funcionamiento de estos tribunales especializados se ha configurado un cambio positivo en el abordaje de la violencia contra la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Como parte de la política del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia en esta materia, se fortaleció la Secretaría de la Mujer y análisis de Género y se creó la Unidad de Control, Seguimiento y Evaluación de los Órganos Especializados en Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, con el objetivo de fortalecer la acción de los órganos especializados, y brindar una atención de calidad a las víctimas de violencia contra el género.

El desafío para garantizar a la mujer una vida libre de violencia y el desarrollo integral en condiciones de equidad e igualdad con los hombres, no se ha limitado sólo a la promulgación de la normativa aludida y a la creación e implementación de la justicia especializada, ya que, en materia de formación judicial, la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala asumió el compromiso que sus programas curriculares mantengan la perspectivade género, como uno de sus ejes transversales, basado en el derecho de toda mujer al principio de igualdad y a una vida libre de violencia.

Esta política también pretende que, en todos los servicios que presta el Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia, se incorpore la perspectiva de género en la atención a las usuarias y usuarios, para lo cual se ha contado con el apoyo y acompañamiento de los diferentes actores sociales y de la Comunidad Internacional. En este contexto de ideas, en octubre de 2012, se realizó el Primer Encuentro Internacional de Justicia Especializada en Guatemala, en el cual participaron exponentes nacionales e internacionales de México y España que abordaron temas como la sensibilización, asistencia integral, rutas de denuncia, incidencia de la atención policial, metodología que implementan los juzgados, retos de las leyes especializadas en tema de género y las experiencias adquiridas tras su implementación.

2. RECONOCIMIENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL SISTEMA JURÍDICO

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) –CEDAW– cobra, en ese marco, un significado especial, pues impone el desafío, a los Estados y a la sociedad, de impulsar e implementar medidas tendientes a propiciar el desarrollo integral de la mujer en condiciones de igualdad y equidad con los hombres.

En el ámbito regional es importante mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) –Belem Do Pará–, la cual constituye el primer instrumento internacional de carácter vinculante, que impone el desafío, para los Estados y la sociedad, de impulsar acciones tendientes a la eliminación de los patrones culturales de carácter patriarcal, que han acentuado los actos de violencia en contra de las mujeres por el hecho de ser mujeres.

En esa línea, la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1985, establece en el artículo 4º, que: "***(…) El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades (…)"***.

En materia de normas ordinarias, la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, en su tercer considerando, señala: "Que las mujeres guatemaltecas tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y las libertades consagradas en la Constitución Política de la República e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y que el problema de violencia y discriminación en contra

de las mujeres, niñas y adolescentes que ha imperado en el país se ha agravado con el asesinato y la impunidad, debido a las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres, en el campo social, económico, jurídico, político, cultural y familiar por lo que se hace necesario una ley de prevención y penalización".

Con esta ley se da un salto cualitativo, al encuadrar la violencia contra la mujer como una figura penal tanto en el ámbito privado como público, en virtud que, anteriormente, la normativa estaba encaminada a la prevención de la violencia contra la mujer, ampliando así la tutela judicial y protección a los Derechos Humanos de las mujeres.

3. ONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA PARA LA IGUALDAD

3.1 Filosofía del Derecho y Ontología

El tema primario de la Filosofía del Derecho es el ontológico, la pregunta por su objeto. Hay que reivindicarle a la ontología jurídica esta primacía, –a la par que tiene la ontología en la filosofía, frecuentemente olvidada (Fernández, 1994: Págs. 45-46.).

El carácter fundamental de la ontología resulta evidente, toda vez que condiciona el replanteamiento de los otros problemas de la Filosofía y la ciencia del Derecho. En efecto, los valores jurídicos, la justicia, ante todo, son valores del ser jurídico y, el modo de ser del Derecho determina su concepto y el sistema de las categorías conceptuales en que se expresan las estructuras fundamentales de la realidad jurídica (Legaz y Lacambra, 1978: Pág. 38).

Partiendo de la concepción ontológica formal como "el estudio sistemático de las conexiones esenciales de carácter formal entre las diversas manifestaciones de la conducta jurídicamente regulada" (García, 1999: Pág. 16), podemos afirmar que en el plano filosófico existe una redefinición ontológica de la persona humana, en la que las diferencias basadas en género, cultura, condición social y capacidades especiales, entre otras, deben constituir una oportunidad para el desarrollo individual y social.

El redimensionamiento ontológico de la persona humana como sujeta de derechos, impone el desafío por generar mecanismos que favorezcan el goce y disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y equidad, a fin de remo-

ver las prácticas discriminatorias y construir modelos sociales más inclusivos. La revalorización de la igualdad, como fundamento de los Estados modernos, requiere de estrategias que favorezcan un enfoque orientado a la inclusión de la persona humana, atendiendo a sus particulares necesidades, para garantizar su pleno desarrollo.

También es oportuno hacer referencia a la dignidad humana como derecho fundamental, el cual, desde el punto de vista ontológico, es un término que significa excelencia o jerarquía, es decir que tienen relación con los demás seres corpóreos. Esa dignidad absoluta u ontológica es de cada persona, es propia de la naturaleza humana. Por otra parte, se establece que la dignidad de la persona es la base de derecho de igualdad.

3.2 Axiología o estimativa jurídica para la igualdad

Se expresa,que la "axiología o estimativa jurídica es el reconocimiento del Derecho en tanto que es valor, es decir, en tanto que es orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y,en última instancia, justicia". (Cossio, 1992: Pág. 202).

La axiología jurídica se ocupa de los valores jurídicos, su jerarquía y conexiones, su cumplimiento o incumplimiento y cobra unidad a través del plano ontológico, desde que toda conducta por ser tal es valiosa o desvaliosa y toda norma como pensamiento se refiere necesariamente a su objeto peculiar. Todo valor exige una conducta que lo realice y todo pensamiento un objeto pensado. (Fernández, 1959: págs. 188 -189).

Desde el punto de vista de la axiología o estimativa se ha establecido un conjunto de valores legitimados socialmente respecto que deben ser los que orienten las relaciones entre hombres y mujeres, los cuales, históricamente, han posicionado a la mujer en condiciones desfavorables social y jurídicamente, y limitado el pleno desarrollo de la mujer, legitimando actos de violencia para mantener un estatus de supraordinación de lo masculino.

La dinámica social plantea la necesidad de romper con los paradigmas sociales basados en un sistema de justicia androcéntrico, de manera que se redefina el sistema de valores.

4. IGUALDAD DE GÉNERO

4.1 El Derecho fundamental de igualdad

En lo que respecta al derecho a la igualdad, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, en el pronunciamiento del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis (expediente número 682-96), consideró: "El artículo 4º de la Constitución Política de la República establece en su primer párrafo que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El concepto de igualdad así regulado estriba en el hecho que las personas deben gozar de los mismos derechos y las mismas limitaciones determinadas por la ley. Sin embargo, ese concepto no reviste carácter absoluto, es decir, no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se proclama, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación que tienda a la protección en lo posible de las desigualdades naturales. Así, la igualdad ante la ley consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, sean éstas positivas o negativas; es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley; pero ello no implica que no pueda hacerse una diferenciación que atienda factores implícitos en el mejor ejercicio de un determinado derecho. Lo que puntualiza la igualdad es que las leyes deben tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias, sin que ello signifique que los legisladores carezcan de la facultad de establecer categorías entre los particulares, siempre que tal diferenciación se apoye en una base razonable y sea congruente con el fin supremo del Estado".

El tribunal constitucional realiza una tarea interpretativa de la aplicación judicial del derecho fundamental de igualdad y, la puerta de entrada a la jurisdicción constitucional, generalmente ha sido la acción de amparo por vulneración al derecho a la igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo.

En la jurisprudencia europea, el Tribunal Constitucional español, en su tarea interpretativa aplica el denominado ***Test de igualdad***, si en el trato diferenciado existe una justificación objetiva y razonable, se ha aplicado el principio de proporcionalidad y existe la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos, considerando las circunstancias de tiempo y lugar; el trato diferenciado otorgado (sea por el legislador, sea por el juez ordinario) será considerado acorde con el dictado del artículo 14 de la Constitución española, el cual dispone: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Se considera que el

derecho a la igualdad, junto con el derecho a la tutela jurisdiccional (Artículo 24 de dicha constitución), son los dos derechos "estrella" de la Constitución española.

Sobre la base de lo considerado podemos señalar que la igualdad no es la única exigencia de una sociedad democrática, pero sí una de las virtudes con la que debe contar.

4.2 Igualdad de Género

La igualdad de género persigue que mujeres y hombres adquieran los mismos derechos y oportunidades reales y efectivos, pudiendo participar por igual, en todas las esferas de la vida pública y privada, en condiciones de libertad para tomar decisiones y desarrollar capacidades (Socas y González. Pág. 120).

Significa la aceptación y valoración, por igual, de las diferencias entre mujeres y hombres e incluye el derecho a ser diferente. La igualdad de género apunta para promover la participación de mujeres y hombres en la sociedad.

Algunas de las acciones y estrategias para promover la igualdad son "los planes de igualdad", los que constituyen una herramienta valiosa para promover este Derecho Humano y son entendidos como un conjunto de políticas públicas destinadas a reducir la brecha de desigualdad legal y real existente entre hombres y mujeres, que involucran a todos los organismos y segmentos de la sociedad. Los planes requieren la concreción de objetivos, ámbitos y medidas de actuación.

En este orden de ideas, algunos aspectos importantes que se incluyen para propiciar esta igualdad son:

a) El reconocimiento y la aplicación de los derechos de las mujeres como los derechos humanos.

b) El desarrollo y mejora de la democracia representativa por medio de la promoción de la participación igual de mujeres y hombres en la vida política y pública y todos los otros aspectos de la vida.

c) El reconocimiento común de mujeres y hombres de la necesidad de eliminar los desequilibrios en la sociedad, haciendo de ello, una responsabilidad compartida.

d) La educación es un objetivo clave para lograr la igualdad de género, en la medida en que implica las formas según las cuales las sociedades transmiten normas, conocimientos y habilidades, así como la socialización en roles de género.

e) Reconocimiento de la necesidad de eliminar la brecha de género en la sociedad.

Si pretendemos como ideal una sociedad más justa, más equitativa, más solidaria, más democrática, en la que hombres y mujeres participen solidariamente y con responsabilidad compartida a la mejora del bien común y, en consecuencia, a lograr una vida más digna para todos, se ha de partir del hecho que la discriminación no es una cuestión natural que no admita discusión, sino que ha de cambiarse con medidas claras y concretas. A esas medidas especiales también se les conoce como acciones positivas, acciones afirmativas, acciones correctivas y acciones de discriminación positiva.

La acción positiva trata de contrarrestar las prácticas y mentalidades discriminatorias aún no eliminadas, y comprende dos modalidades posibles:

a) La acción positiva que comporta medidas favorables para un grupo (sexo femenino) sin perjudicar a los pertenecientes al otro (sexo masculino). Por ejemplo, cursos de formación, becas, etc. Aquí estamos ante un tipo de acción positiva que puede encajarse dentro del marco de la proporcionalidad admisible en un tratamiento diferenciado.

b) La acción positiva que supone conceder ventajas a un colectivo (sexo femenino) y desventajas para el otro (sexo masculino). Por ejemplo, el establecimiento de cuotas a favor del sexo femenino o de una preferencia a lo femenino en supuestos de igualdad de méritos. Estamos aquí ante la denominada discriminación inversa y es, en este ámbito, donde se plantean los mayores problemas, a la luz del mandato de igualdad y la interdicción de discriminación por razón de sexo.

Por lo tanto, la igualdad como valor social ha evolucionado hasta considerar el establecimiento de mecanismos que remuevan prácticas discriminatorias y actos que justifiquen la violencia contra la mujer, a partir de las diferencias propias de cada persona; de ahí que, como construcción social debe ser una tarea permanente.

5. PERSPECTIVA DE GÉNERO

Es la consideración sistemática de las diferentes condiciones, situaciones, problemas, prioridades y necesidades de mujeres y hombres en cualquier campo del conocimiento, en actividades humanas y en diversos procesos sociales. La perspectiva de género es algo que está vinculada a cualquier acción que tienda a propiciar la igualdad entre hombres y mujeres. Estos últimos interpretan una misma realidad social de forma diferente como consecuencia de las desigualdades impuestas por una visión androcéntrica y patriarcal (Socas y González, Pág. 13).

5.1 Mapa conceptual

Fuente: Socas Pérex y González, página 14.

5.2 Abordaje desde la perspectiva de género

Un ejemplo gráfico, que nos sirve para analizar por qué se perpetúan las situaciones de desigualdad, es el árbol de desigualdades.

Fuente: esquema obtenido a raíz de una idea orginal: Instituto de la Mujer. Madrid.

6. TRANSVERSALIZACIÓN DE GÉNERO

Este término comienza a hacer su aparición en los escenarios internacionales en los textos que aparecieran con posterioridad a la celebración de la Tercera Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Mujeres, celebrada en Nairobi en 1985.

En 1997, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas definió el concepto de transversalización de la perspectiva de género en los siguientes términos: "Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros".

La transversalización de género es la reorganización, mejora, desarrollo y evaluación de procesos de la política, para que la perspectiva de igualdad de género esté en absoluto incorporada en los diferentes niveles y fases de todas las políticas, por los actores que forman parte de la sociedad. Se trata de una forma integral de respuesta o abordaje.

En este orden de argumentos, la transversalización es una nueva manera de entender, diseñar y planificar las políticas públicas que buscan generar cambios en la cultura organizativa e institucional. Así lo recoge el texto de la Plataforma de Acción de Beijing: "Los gobiernos y el resto de autores deberían promover una política activa y visible para integrar la perspectiva de género en todas las políticas y programas de forma que, antes que se tomen las decisiones, sea realizado un análisis del impacto sobre las mujeres y hombres respectivamente".

Por medio de la transversalidad, la igualdad del género se vuelve una política común. El enfoque transversal implica una definición más amplia y más comprensiva de la igualdad del género, dando el valor a las diferencias y diversidad.

En el ámbito de formación judicial, este enfoque es llevado al seno de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala, lo que nos ha permitido integrar las particularidades del género en todo el quehacer de nuestra unidad de capacitación. De manera que le ha dado un sello e impronta a nuestras políticas, que se reflejan en nuestros programas curriculares, actividades de aprendizaje, métodos de trabajo y en las competencias desarrolladas. Dicha transverzalización

ha contribuido a modificar relaciones y pautas de comportamiento, erradicando así buena parte de prácticas discriminatorias.

Por lo tanto, entendemos que, transversalizar no sólo tiene que ver con incluir perspectiva de género en todos los espacios curriculares, sino también comprende e incorpora el modelo de valores, en especial la justicia, integridad e igualdad, para la construcción de una cultura libre de discriminación.

7. PROGRAMA CURRICULAR CON FUNDAMENTO EN LA ONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA DE LA IGUALDAD

7.1 Antecedentes

Dentro de las falencias o limitaciones encontradas en algunos diseños curriculares se pueden advertir graves problemas como: a) omisiones de género en la programación educativa; b) el sesgo sexista de los textos; c) la transmisión cultural de los estereotipos de género; d) la definición de roles sexuales a través del currículo oculto; e) lenguaje sexista.

Los cambios culturales no son ni fáciles ni rápidos, son complejos, requieren esfuerzos y llevan tiempo, pues implican romper con los modos habituales de pensar y hacer. Sin embargo, los cambios caracterizan el mundo de hoy y exigen dar respuestas a interrogantes como las siguientes: ¿Cuál es el conocimiento válido para el siglo XXI? ¿Cómo aprenden y qué tienen que aprender los estudiantes? ¿Cómo enseñan y qué tienen que enseñar los docentes? ¿Qué rol juegan las escuelas judiciales y universidades hoy? (Jabif. 2010. Pág. 5) Precisamente,sobre esos elementos fácticos, se desprende la necesidad de contar con un currículo flexible y contextualizado.

Es innegable que en los distintos sistemas educativos ha existido un programa de formación basado en el desarrollo de capacidades a partir de lo masculino, recientemente se ha cuestionado, en el mundo científico y académico, la invisibilización de los aportes de las mujeres en las diferentes áreas del conocimiento. En ese marco, la base para la incorporación de la perspectiva de género, como eje transversal para favorecer condiciones de equidad e igualdad, se orienta a generar una visión crítica de cómo se ha conceptualizado el hombre y la mujer, y cómo se han reafirmado, a través de los diferentes sistemas educativos, los roles de género y las relaciones interpersonales entre hombres y mujeres.

7.2 Aproximación al concepto de currículo

Jonnaert y Ettayebi, citados por Jabif (2010), comparan el currículo de un sistema educativo con la Constitución o la Ley Fundamental de un país: "Un currículo es a un sistema educativo lo que una Constitución es a un país". Así, el currículo no es solamente un proyecto de orden técnico, sino también un proyecto vinculado a la sociedad que se aspira a construir e implica un concepto filosófico del ser humano, conducentes a una relación dialéctica entre sociedad, ser humano, política educativa. En el currículo están presentes ideas y valores sociales, opciones políticas, concepciones epistemológicas, principios psicológicos, pedagógicos, didácticos y organizativos (Jabif. 2010. Pág. 5).

El enfoque curricular es el cuerpo teórico que sustenta la forma en que se visualizan los diferentes elementos del currículo (estudiante, objetivos, docente, contenido, metodología, contexto social, recurso, evaluación) y la manera de cómo se concebirán sus interacciones de acuerdo con el énfasis que se dé a algunos de sus elementos.

El currículo, es también un instrumento de regulación de las prácticas de la enseñanza, y de la experiencia formativa de las y los estudiantes, es decir, un instrumento de gobierno. El currículo vincula a la escuela y la sociedad a través de la selección cultural que ofrece, bajo el entendido que esta selección es dinámica.

Sobre esas bases, se debe adecuar el currículo a la perspectiva de género y las necesidades que demanda la sociedad para la protección de los derechos humanos de las mujeres, mediante una incorporación y diseño curricular que se caracterice por ser holístico. Pues la perspectiva de género contribuye a la comprensión de la realidad social en la medida que considera al "ser hombre y ser mujer" como fenómenos socialmente construidos en la que el nacer puede tener punto de partida para la enseñanza y la imposición de roles de género preestablecidos histórica y culturalmente.

7.3 Fundamentos de un programa curricular desde la perspectiva de género

7.3.1 Desde la visión supranacional

En la Convención Belem Do Pará, en el artículo 6 literal b) contempla el derecho protegido de la mujer de ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales basados en conceptos de inferioridad o subordinación.

En la CEDAW, a fin de eliminar la discriminación contra la mujer y asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación, se insta a los Estados suscribientes de dicha convención a eliminar "todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza", en especial, "mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza".

En ese contexto de ideas, en la IV Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia, que tuvo lugar en el 2002, se aprobó incorporar e institucionalizar la perspectiva de género en la administración de justicia, como elemento indispensable en su ejecución y en los programas curriculares de capacitación judicial, que desarrollan las escuelas y unidades de capacitación de los Poderes Judiciales. A la vez, incluir en los programas de modernización, mejoramiento y reforma de los poderes judiciales, la perspectiva de género como elemento indispensable a ser tenido en cuenta en su ejecución.

7.3.2 Desde la visión nacional

Como parte de institucionalizar la visión de género en los procesos de formación en la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala, la Presidencia del Organismo Judicial creó "el área de formación en materia de género", con el objetivo de proponer diseños curriculares, elaborar material didáctico, fomentar el desarrollo doctrinario y la divulgación de jurisprudencia, que incorpore la perspectiva de género en forma transversal. Crear espacios de reflexión y el desarrollo de instrumentos de medición de impacto de la capacitación, los cuales son útiles para fortalecer tales acciones.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia fijó como política institucional el desarrollo e implementación, a nivel nacional, de un proceso formativo de "Transversalización de Género", a cargo de la Escuela de Estudios Judiciales. Este tuvo como objetivo proveer herramientas y desarrollar capacidades en juezas, jueces y personal auxiliar de los distintos órganos jurisdiccionales de la República de Guatemala, para coadyuvar así a la transversalización de la perspectiva de género en el currículo de estudio; en los derechos humanos de las mujeres como eje transversal de la enseñanza del derecho; la metodología de enseñanza con perspectiva de género en la administración de justicia.

Las herramientas, habilidades, destrezas, actitudes y capacidades que se han propuesto desarrollar buscan sensibilizar a la ciudadanía y al personal del Organismo Judicial, respecto de la violencia contra la mujer y la discriminación basada en patrones culturales de carácter patriarcal, así como, de la interpretación de este fenómeno en los distintos ámbitos de la vida social. Busca impactar la vida cotidiana, para luego poder trascender a aquellas relacionadas con el ejercicio propio del cargo.

Ha sido una formación que ha coadyuvado a ir modificando gradualmente patrones culturales, a efecto de facilitar y promover un cambio de mentalidad y actitud en las y los funcionarios, lo cual se ha visto reflejado en la cantidad como en la calidad de las resoluciones judiciales, las que incluyen perspectiva de género.

Por consiguiente, en el programa curricular de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala, se ha transversalizado la perspectiva de género, especialmente en la interpretación y aplicación de la Ley de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, sistemas de protección a los Derechos Humanos, en la argumentación y motivación de las sentencias y en todo el trabajo judicial, para que se constituya en una barrera para no violentar el principio constitucional de la igualdad del hombre y la mujer ante la ley.

Sobre esas bases se ha avanzado en la adecuación del currículo a las necesidades que demanda la sociedad para la protección de los Derechos Humanos de las Mujeres.

7.4 Incorporación de la perspectiva de género en el programa curricular de las escuelas judiciales y universidades

7.4.1 Presencia transversal en el currículo

La perspectiva de género se incorpora como una dimensión transversal del currículo, el cual se espera que sea una perspectiva que impregne el conjunto de los sectores curriculares en todos los niveles de formación.

La transversalidad de género se encuentra expresada en:

a. **Los valores y principios**. Sobre ellos se construye el currículo, tienen por fundamento la convicción fundamental que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Por lo tanto, nos resulta imposible desvincular el mundo de los valores al Derecho. Es justamente el problema de la justicia, de la igualdad, de la libertad, de la dignidad humana, de la hermenéutica, cuestiones que rebasan el ámbito científico, propio del Derecho.

b. **Lenguaje utilizado en su formulación**. En la redacción se omiten los genéricos masculinos, se opta por el uso de neutros o mención de ambos sexos; se eliminan incorporaciones sexistas. Por medio del lenguaje incluyente se propicia la transformación del pensamiento y las aptitudes en pro de la consecución de modelos y valores igualitarios.

c. **Orientación del entorno educativo**. Se promueven las formas igualitarias de relacionarse, de participación, reconocimiento, valoración y respeto por las diferencias.

d. **Objetivos de aprendizaje y contenidos**. La incorporación de la perspectiva de género no se limita a tratar directamente ciertos temas específicos. Se propicia también crear un terreno fértil para modificar actitudes y patrones patriarcales, y así propiciar modelos igualitarios. Lo anterior, por medio de elementos como valoración de la inclusión

social, conocimiento y respeto a la pluralidad de visiones y de personas y la toma de postura crítica ante situaciones y problemas.

La inclusión se expresa en objetivos fundamentales transversales y en los sectores curriculares según sus particularidades.

7.4.2 Presupuestos para la incorporación de la perspectiva de género en el programa curricular

a. Inclusión explícita de tópicos directamente relacionados (temas que directamente aluden a la temática de género).

b. Posibilidades para el abordaje de temáticas relevantes desde la perspectiva de género, como: filosofía del derecho, ontología y axiología jurídica para la igualdad, sistemas de protección de los derechos humanos, interpretación jurídica desde la perspectiva de género, metodología de género para el análisis del fenómeno legal, haciendo énfasis en el Principio ***favor debilis*** o de protección a la víctima, argumentación jurídica y motivación de la sentencia, y gestión del despacho judicial.

c. Desarrollo de competencias, fomentando el trabajo colaborativo, pensamiento crítico, reflexivo y equidad.

d. La educación en valores debe ser un continuo donde convergen espacios y procedimientos destinados al diálogo y reflexión, los cuales deben concretarse en acciones educativas que permitan el desarrollo de la creatividad, el respeto a los derechos humanos, el cuestionamiento, la empatía, el uso de la razón, la expresividad y el análisis crítico de lo cotidiano.

e. El rediseño curricular, no solamente debe orientarse a garantizar el acceso al goce y disfrute de las libertades en condiciones de igualdad, sino a provocar un cambio en las relaciones interpersonales, tendientes a remover las prácticas discriminatorias por raza, sexo, condición social, capacidades especiales, entre otras.

8. PROGRAMAS IMPLEMENTADOS EN LA ESCUELA DE ESTUDIOS JUDICIALES DE GUATEMALA, DESDE LA ONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA DE LA IGUALDAD

8.1 Modelo educativo

La Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala, tiene diseñado su Programa Curricular bajo un modelo educativo constructivista desde un enfoque por competencias, centrado en el aprendizaje significativo y sus implicaciones en la formación integral de las y los estudiantes; promueve el intercambio de experiencias y aprendizajes obtenidos por todas y todos los funcionarios, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, propuestas de acciones de cambio y aplicar lo aprendido a su labor.

Dicho modelo, está sustentado sobre los siguientes ejes transversales: Ética Judicial, Derechos Humanos, Inteligencia Emocional, Derecho Ambiental, Interculturalidad, Equidad y Género.

La incorporación de la perspectiva de género en los procesos de formación judicial ha coadyuvado a modificar los valores sociales de carácter patriarcal. En ese sentido, la política de transversalización está omnipresente en los distintos niveles del proceso de formación de nuestra institución, estructurados de la siguiente forma:

8.2 Programa curricular flexible y contextualizado

La Escuela presenta un currículo flexible y contextualizado, que permite acceder a las y los estudiantes al actual contexto social, cultural, económico y político, para competir eficientemente en un mundo globalizado. Se brinda a las y los jueces las herramientas que les ayude a analizar, comparar, construir y evaluar situaciones fácticas concretas, argumentos y decisiones judiciales, a efecto de fortalecer su capacidad de análisis y de razonamiento jurídico.

A la vez, se fortalece y actualiza la red de formadores, por medio de un plan de formación para docentes.

El catálogo de formación de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala se estructura de la siguiente forma:

1. **Formación Inicial:** constituido por los programas de formación académica,por medio de los cuales se desarrollan conocimientos jurídicos, actitudes y destrezas de las y los aspirantes a jueces de paz y de primera instancia, para ser aprobados como elegibles para ingresar o ascender en la Carrera Judicial.

    a. Programa de Formación Inicial para aspirantes a Jueces de Primera Instancia: desde 1998 a la fecha, se ha incorporado en la Red Curricular los cursos de: "Sistemas de protección de los Derechos Humanos", "Género y Violencia"; "Violencia contra la Mujer y Perspectiva de Género"; "Justicia Constitucional", "Axiología Jurídica", "Interpretación Jurídica desde la perspectiva de Género"; "Motivación de la Sentencia desde el análisis de la Metodología de Género"; "Leyes especiales en Materia Penal (Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer", todo esto integrado y vinculado a una etapa práctica de Estancia Judicial en los distintos Juzgados de Femicidio de la República), "Gestión del Despacho Judicial".

    b. Programa de Formación Inicial para aspirantes a Jueces de Paz: desde el 2000 a la fecha, se incluyen los cursos de: "Derechos Humanos" "Violencia Intrafamiliar y Otras formas de Violencia contra la Mujer", "Justicia Constitucional", "Gestión del Despacho Judicial", "Pluralismo Jurídico".

2. Formación continua: por medio de este nivel de formación se busca complementar y actualizar permanentemente los conocimientos, actitudes y destrezas de las y los magistrados, jueces y juezas, auxiliares judiciales y personal administrativo.

    a. Programa de "Transversalización de Género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer", dirigido a todo el personal del Organismo Judicial, el cual comprendió, las siguientes etapas: planificación del proceso; implementación del proceso de formación, monitoreo y evaluación.

Los resultados obtenidos fueron: a) institucionalización de la formación de la transversalización de género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer; y, b) la incorporación de la teoría y perspectiva de género en la función jurisdiccional y las actividades desempeñadas por el personal auxiliar.

b. Formación especializada para el personal que conforman los órganos jurisdiccionales de Femicidio, en este programa se incluyeron las siguientes fases: teórica, práctica, retro-alimentación y formación en sede judicial, interactuando con los demás actores del Sistema de Justicia.
c. Taller "Calidad en el servicio, gestión del despacho, género y violencia intrafamiliar".
d. Talleres "Aplicación del Protocolo de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer".
e. Taller de divulgación y socialización de la Convención CEDAW y su protocolo facultativo.
f. Curso "Violencia Sexual y Medicina Forense".
g. Programa de Capacitación de Género "Interpretación y aplicación de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar y Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer".
h. Programa de Capacitación de Género "Interpretación y aplicación de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas".
i. Curso de sensibilización "Caminando en tus Zapatos".
j. Conversatorios con representantes del Sistema de Justicia guatemalteco respecto de la aplicación de la Ley contra el Femicidio.
k. Sensibilización de la ruta crítica de la violencia contra la mujer, a través de la obra de teatro "La Justicia que habita dentro de mí".

3. Especialización: nivel destinado a adecuar la oferta académica a las especialidades que demanda el medio laboral, las ramas jurídicas y la sociedad.

a. Maestría en Gestión Jurisdiccional.
b. Diplomado de actualización y especialización sobre Femicidio y Otras Formas de Violencia contra las Mujeres en el Marco de los Derechos Humanos.

c. Diplomado de Trabajo Social en Justicia: Derechos Humanos y Género.
d. Diplomado en Argumentación Jurídica con enfoque de Género y Derechos Humanos de las Mujeres.
e. Diplomado "Medios de comunicación y acceso de las mujeres a la justicia".

Los programas de la categoría de especialización, cuentan con el aval de diferentes universidades del país.

8.3 Rol de las y los docentes en el enfoque por competencias

Con base en el perfil de docente, la Escuela de Estudios Judiciales seleccionó a las y los profesionales que cuentan con una amplía experiencia académica, laboral, jurisdiccional e investigativa para el ejercicio de su práctica educativa en la materia.

También es importante señalar que se someten a un plan de formación docente continua, con la finalidad de lograr un eficiente desempeño, obteniendo así una docencia de calidad, que asegura el aprendizaje de los estudiantes.

Especial atención se ha puesto en fortalecer las habilidades docentes con perspectiva de género, bajo el reconocimiento de la diversidad de género, valorando y respetando las diferencias entre ellos, bajo la construcción de una sociedad democrática y humanista, trabajando siempre bajo el logro de la igualdad de oportunidades.

Ellos también colaboran en el proceso de diseño, construcción y validación de la calidad de los módulos de aprendizaje y materiales de estudio, desde la perspectiva de género.

8.4 Enfoque por competencias

Las competencias constituyen la base fundamental para orientar el currículo, la docencia, el aprendizaje y la evaluación desde un marco de calidad, ya que brinda principios, indicadores y herramientas para hacerlo, más que cualquier otro enfoque educativo (Tobón, 2006: pág. 1).

Las competencias son un enfoque para la formación y no un modelo pedagógico, pues no pretenden ser una representación ideal de un proceso educativo, determinando cómo debe ser el proceso instructivo, el proceso desarrollador, la concepción curricular, la concepción didáctica y el tipo de estrategias didácticas a implementar. Al contrario, las competencias son un enfoque porque sólo se focalizan en unos aspectos específicos de la docencia, del aprendizaje y de la evaluación, como son: 1) la integración de los conocimientos, los procesos cognitivos, las destrezas, las habilidades, los valores y las actitudes en el desempeño ante actividades y problemas; 2) la construcción de los programas de formación acorde con los requerimientos disciplinares, investigativos, profesionales, sociales, ambientales y laborales del contexto; 3) la orientación de la educación por medio de indicadores de calidad en todos sus procesos. (Tobón, 2004).

El enfoque de formación, con base en competencias, orienta la formación de los seres humanos hacia el desempeño idóneo en los diversos contextos culturales y sociales, y esto requiere hacer de la y el estudiante un protagonista en su vida y de su proceso de aprendizaje, a partir del desarrollo del fortalecimiento de sus habilidades cognoscitivas y metacognoscitivas, la capacidad de actuación, el conocimiento y regulación de sus procesos afectivos y motivacionales.

Las competencias entonces, significan calidad e idoneidad en el desempeño, protagonismo de los estudiantes, orientaciones de la enseñanza a partir de los procesos de aprendizaje y contextualización de la formación. Parte de un perfil profesional o de egreso, que debe ser el punto de convergencia entre los intereses y avances del mundo sociocultural, laboral, de las profesiones, las disciplinas, de los estudiantes y de nuestra escuela, a través de sus principios y valores institucionales.

El proceso de formación debe implementarse con estrategias de enseñanza-aprendizaje y de evaluación diferentes a las tradicionalmente empleadas.

En ese sentido, la Escuela de Estudios Judiciales se encuentra en un proceso de transición hacia el modelo por competencias, que presenta las siguientes categorías: saber qué (conceptos), saber cómo (procedimientos), y saber ser (actitudes); de ahí que, en los actuales procesos de formación se han diseñado las siguientes competencias, tal y como se describen en el Primer Informe de los Juzgados y Tribunales Penales de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer:

a. Competencias conceptuales

- Identifica la evaluación de los derechos humanos de las mujeres.
- Aplica el género como categoría de análisis y su relación con otras categorías sociales.
- Contextualiza el fenómeno de la violencia contra la mujer al resolver los casos sometidos a su jurisdicción.
- Analiza el fenómeno jurídico desde la perspectiva de género, identificando los sesgos patriarcales en el sistema jurídico.
- Utiliza herramientas conceptuales que favorecen la eliminación de conductas revictimizantes en la práctica judicial.

b. Competencias procesales

- Interpreta y aplica el ordenamiento jurídico nacional e internacional, sobre violencia contra las mujeres en la práctica judicial atendiendo a las particularidades y contexto del caso concreto.
- Aplica en la función jurisdiccional las herramientas conceptuales de la perspectiva de género.
- Emplea la teoría del delito con enfoque de género.
- Utiliza las reglas de la sana crítica con enfoque de género al valorar la prueba.

c. Competencias del despacho judicial

- Modera las audiencias, evitando la revictimización y uso de sexismos.
- Desarrolla la función jurisdiccional dentro de la gestión penal por audiencias con enfoque de género.
- Ejerce la dirección del personal de acuerdo a los valores y a la ética.
- Atiende a las usuarias con calidad y cortesía.
- Utiliza los recursos técnicos y tecnológicos en su gestión.

A partir de las competencias perfiladas se diseñaron las herramientas metodológicas que permitieron alcanzar los resultados, objetivos y el desarrollo de las competencias previstas.

8.5 Incorporación de la variable de género en las investigaciones

Dentro de las líneas, protocolos e investigaciones que realiza la Escuela de Estudios Judiciales se incorporó la variable de género. La introducción de esta categoría de análisis ha permitido ampliar sus perspectivas, abrir nuevas líneas de investigación y, sobre todo, cuestionar y revisar algunas de las conclusiones establecidas desde una posición androcéntrica.

Además, ha contribuido a visibilizar a la mujer, a reconocer su rol en el devenir social, elaborando nuevos modelos de análisis y, en consecuencia, a renovar, ampliar y mejorar el proceso de construcción del conocimiento.

9. REFLEXIÓN FINAL

No buscamos una conclusión homogénea, sino visibilizar ausencias, poder hacernos preguntas y reflexionar en conjunto, con la finalidad de realizar una construcción colectiva acerca de la importancia e incidencia de la ontología y axiología jurídica para la igualdad, como fundamentos indispensables de un programa curricular de estudios jurídicos y lograr la equiparación y respeto de los derechos humanos de las mujeres, lo que nos permita adquirir el conocimiento necesario que conduzca a una transformación de actitudes, valores y normas que eliminen prejuicios sexistas, presentes todavía en la sociedad y configuren una nueva ciudadanía fundamentada en el respeto a la diferencia y en la igualdad de oportunidades. Tenemos la firme convicción, que las instituciones educativas deben ser un lugar privilegiado para posibilitar el cambio social, por un mundo más igualitario e incluyente.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ascoli. (1928) ***La interpretazione delle legi***, Roma. Blano Lozano. ***La perspectiva de género, una necesidad en la construcción de la ciudadanía. Algunas actividades de formación del profesorado***. Universidad de Burgos.

Cossio. (1992) "Estimativa Jurídica", ***Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires***, julio-agosto. Buenos Aires.

Fernández Sessarego. (1959) ***Bosquejo para una determinación ontológica del derecho***. Tesis, U.N.M.S.M.

Fernández Sessarego. (1994) ***El Derecho como libertad***, Universidad de Lima.

García Máynez, E. (1999) ***Filosofía del derecho*** (undécima edición). México: Porrúa.

Jabif, L. (2010) Competencias y situaciones: Un matrimonio inseparable. ***Revista Electrónica de Desarrollo de Competencias*** (REDEC). No. 6, Vol. 2. Recuperado de URL: http://www.educandus.cl/ojs/index.php/fcompetencias/article/view/85.

Legaz y Lacambra. (1978) Filosofía del Derecho. Barcelona.

Magendzo, A. (1986) Currículo y Cultura en América Latina. PIIN.

Organismo Judicial. (2012) ***Primer Informe. Juzgados y Tribunales Penales de Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer***. Guatemala: Organismo Judicial.

Socas, M. y González, S. ***Cambiamos la Historia: elegimos igualdad. Manual de sensibilización en materia de género, igualdad de oportunidades y conciliación de la vida personal, familiar y laboral***. Gobierno de Canarias: Instituto Canarias de Igualdad.

Tobón, S. (2004) ***Formación basada en competencias: pensamiento complejo, diseño curricular y didáctica***. Bogotá: ECOE.

Tobón, S. (2006) ***Aspectos básicos de la formación basada en competencias***. Talca: Proyecto Mesesup.

Normativas

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW–.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Belem Do Pará–.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.

DOCUMENTOS

DISCURSO DE TOMA DE POSESIÓN DEL PRESIDENTE DEL ORGANISMO JUDICIAL Y DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA, PERÍODO 2012-2013

Mis primeras palabras al asumir el honroso cargo de Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia son de invocación a Dios, Ntro. Señor, Autor de toda ciencia y el Justo Juez, por excelencia, para que me ilumine, ayude y conduzca en el ejercicio de tan importante, delicada y trascendente función y me dé sabiduría, humildad, prudencia y templanza para servir a nuestra querida patria, Guatemala, en la búsqueda de la solidaridad, de la justicia y de la paz estable y duradera que todas y todos los guatemaltecos anhelamos.

La justicia, la paz y el progreso invitan y unen, con esta verdad, me dirijo a la Nación, a nuestra Guatemala, rica en diversidad cultural, en cosmovisiones, en historia y en naturaleza, para expresar, inicialmente, mi agradecimiento por la confianza depositada en mi persona, al confiarme la Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, sin condición alguna, pero sí con el compromiso expreso de todo el pleno de magistrados de seguir trabajando, como se ha hecho los tres últimos años, con entrega y responsabilidad, en procura de cumplir, cada día en mejor forma la función jurisdiccional encomendada constitucionalmente a la Corte Suprema de Justicia y a todos los órganos jurisdiccionales de la República.

Estoy consciente de que este puesto y dignidad es temporal, un año; también estoy consciente que los grandes desafíos de la Justicia en Guatemala demandan el concurso de todos los guatemaltecos, de la visión y compromiso de las Altas Autoridades y Dignatarios de los Organismos Ejecutivo y Legislativo; y de la vocación de servicio, de todos los integrantes del Organismo Judicial. Sé que la función implica mover una roca, pero si logro moverla aunque sea un centímetro en el año que me toca servir, eso será una ganancia. Así lo han hecho

los dos primeros años de gestión los magistrados Alfonso Álvarez y Luis Arturo Archila, y, en el último año, la Magistrada Thelma Aldana, quien desarrolló un trabajo arduo, de esfuerzo, de empeño, entrega y proyección, que se reconoce y agradece. Es mi propósito que los logros y avances, de los tres años de gestión de nuestra Magistratura tengan continuidad, sostenibilidad, institucionalización y afianzamiento. A la vez que abriremos nuevos caminos y senderos para continuar orientando la labor del Organismo Judicial a los estándares mundiales de calidad y transparencia.

Tarea compleja es la de impartir justicia, pero ¿Y qué es la justicia? Estamos habituados a dos concepciones predominantes, la distributiva, a cada cual lo que necesite y la retributiva, a cada cual lo que se merece, según sus acciones, premio y castigo. Ambas tienen su raíz común en: "a cada cual lo suyo"… ¿Y qué es lo suyo?... aquí está la cuestión. Lo "suyo" es la dignidad, desde la cual adquieren sentido las necesidades, las posibilidades, los frutos, los derechos, los deberes y los sueños de cada cual.

La justicia es el reconocimiento práctico y teórico de la común dignidad que compartimos los seres humanos y los miembros de una sociedad determinada, la cual se torna en una cultura social y garantía legal, para reconocer y garantizar la dignidad de cada persona, de cada ciudadano en cualquier circunstancia y a cualquier precio.

En ese sentido, la justicia es un ideal al que aspiramos y que ilumina a todos los pueblos; es un valor que orienta y que cimienta una convivencia social y ciudadana; es una virtud que distingue y que debería distinguir a cada persona y es la columna vertebral de un sistema jurídico, legítimo y siempre perfectible.

Comparto con ustedes mis sueños de que Guatemala cuente con una justicia moderna, transparente, accesible, eficiente, rápida, comprensible para todas y todos los guatemaltecos, que defienda y proteja a la niñez, a las mujeres, a los indígenas, a todos los que se cobijan bajo el cielo azul de nuestro país.

Los avances logrados en el Organismo Judicial responden a los ideales más elevados de nuestra patria, al juramento que confesamos al asumir nuestro cargo, al compromiso de todos los magistrados de defender y promover la independencia judicial, que en nuestro tiempo se traduce en una garantía ciudadana.

El cargo de Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia es, ante todo, responsabilidad con el país, es actuar con estricto apego al Estado de Derecho, es decir, cumplir las funciones, atribuciones y obligaciones que le corresponden conforme están definidas en la Constitución Política de la República y otras disposiciones legales.

El fiel cumplimiento y acatamiento a estas normas, con una interpretación extensiva en el sentido de que las normas supremas y las leyes son garantía de la paz e instrumento que deben provocar desarrollo y progreso social, será la principal fuente de mi desempeño y tendré como norte de gestión, la misión, visión, principios éticos, políticas y plan quinquenal establecidos por la actual Corte Suprema de Justicia, así como los lineamientos que señalan las Normas Éticas del Organismo Judicial.

Labor omnia improba vincit – El trabajo tenaz todo lo vence. Con esfuerzo, mística de trabajo, voluntad y firmeza se podrán tomar las decisiones que sean necesarias, para el cumplimiento de los cuatro pilares, en los que fundamentaré mi gestión: 1) La independencia judicial; 2) la modernización de la gestión jurisdiccional y administrativa; 3) la integridad y transparencia en la ejecución presupuestaria; y 4) la humanización de la función.

Garantizar la independencia judicial es un rasgo de los poderes judiciales más avanzados del mundo y para el Organismo Judicial de Guatemala debe ser un tema fundamental, un ideario permanente, tanto a lo interno, como externamente; requiere tener independencia personal, total y absoluta para la aplicación del Derecho; y rechazar interferencias, presiones o estímulos en la administración de justicia.

Respetar la independencia de Magistrados y Jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, no debe interpretarse como aislamiento, ya que debe existir coordinación entre los Organismos del Estado y las entidades integrantes del Sector Justicia, tal y como se concibe en el Sistema Republicano. Hoy por hoy ejemplo de esa interrelación es el Pacto por la Seguridad, la Justicia y la Paz, suscrito este año por los tres Organismos del Estado.

Señores Jueces y Magistrados: pueden tener ustedes la seguridad de que jamás recibirán de este su servidor ninguna llamada ni visita que pretenda influir en su sagrada misión de impartir justicia, en algún caso sometido a su jurisdicción y competencia. Deben ayudarnos a preservar la independencia rechazando con energía, cualquier intento de condicionar su criterio.

La Corte Suprema de Justicia respeta el criterio judicial de los jueces y magistrados, quienes tienen como misión y razón de ser el decir la justicia ***"iudex, ius dicens",*** sin olvidarse que la independencia en el ejercicio de sus cargos no se debe entender como un privilegio personal, sino como una garantía para el ciudadano. No obstante lo anterior y de ser necesario, la Corte hará uso de su poder disciplinario dentro del marco constitucional y legal que, vale decir, es limitado y necesita ajustes legislativos a través de reformas a la Ley de la Carrera Judicial.

La actuación de Magistrados y Jueces exige estricto apego a la Constitución Política de la República y legislación vigente, para hacer realidad el valor Justicia y el principio de legalidad. Recordemos aquí aquella máxima bíblica: ***"No harás injusticia en el juicio, ni favoreciendo al pobre ni complaciendo al grande; con justicia juzgarás a tu prójimo"*** (Levítico 19:15)

La mejor garantía para la ciudadanía en la búsqueda de seguridad jurídica y lograr la paz social, es la independencia, imparcialidad, honradez y responsabilidad de Jueces y Magistrados. Esta es una verdad demostrada por los tiempos y la historia.

De ello necesariamente se deriva que el fortalecimiento de la Carrera Judicial, debe constituir cimiento de la independencia judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Las políticas de apoyo a favor de los sectores más vulnerables de la sociedad, como lo son la niñez, las mujeres y los pueblos indígenas, serán prioridad en mi gestión.

La protección integral a la infancia es urgente e improrrogable y el Organismo Judicial cumple ese rol trascendental, al impartir justicia en aquellos casos donde se ve amenazado o transgredido un derecho de este segmento tan vulnerable y tan castigado de la población en los últimos tiempos; esta justicia por lo tanto debe ser especializada, transparente, eficaz y accesible, por lo que será menester crear y consolidar una política que garantice estos aspectos, así como los relacionados con la familia, núcleo esencial de la sociedad.

Los avances alcanzados en la justicia con enfoque de género continuarán siendo apoyados bajo mi Presidencia, pues si bien es cierto se han sentado bases solidas para enfrentar la problemática de la violencia contra la mujer, aún queda trabajo por hacer para alcanzar el ideal de garantizar a todas las mujeres guatemaltecas una vida libre de violencia.

En ese mismo marco de acceso a la justicia a grupos vulnerables, se fortalecerá la Unidad de Asuntos Indígenas para que se constituya en el ente facilitador de intérpretes y traductores jurídicos, a los órganos jurisdiccionales que prestan servicios a usuarios maya hablantes, con el objeto de eliminar la barrera idiomática que existe entre la población indígena y la administración de justicia, barrera que, indudablemente, limita su acceso a la misma.

En el ámbito de la justicia civil, apoyaremos la Reforma Procesal Civil y Mercantil, para cuyo efecto contaremos con el apoyo de la cooperación internacional y la participación de juristas consultores nacionales e internacionales, que nos apoyarán en hacer una reforma que privilegiará la oralización del pro-

cedimiento civil. Estoy convencido de que este proyecto será de gran beneficio para Guatemala, al contribuir al fortalecimiento de una convivencia pacífica y de entendimiento, la cual es garantía para el fomento de la inversión y la generación de mayores fuentes de empleo.

Actualmente el uso de la tecnología facilita la ejecución de muchas de las tareas cotidianas. Las funciones que desempeña el Organismo Judicial no son ajenas a ello y por lo tanto la Corte Suprema de Justicia ya ha impulsado varios proyectos al respecto. Reitero que la modernización será uno de los pilares más importantes de mi gestión.

Eje fundamental en cualquier organización, es la capacitación constante de su equipo de trabajo. La visión académica debe tener lugar preponderante en nuestra gestión, ya que a través de su función transformadora se pueden lograr cambios trascendentales, tanto a nivel personal como institucional. En este contexto el papel de la Escuela Judicial, debe ser protagónico y dinámico, capacitando sin excepción, en todas las regiones de Guatemala, para ello es necesaria una adecuada organización administrativa, un reforzamiento del personal académico, programas continuos y la infraestructura tecnológica de vanguardia. Importante será el apoyo que nos pueda dar la Tricentenaria Universidad de San Carlos y las universidades privadas, como se inició en la Presidencia del Magistrado Álvarez, al impulsar la Maestría en Gestión Judicial.

Parte de los esfuerzos de la nueva administración estarán dirigidos al fortalecimiento del ejercicio del notariado en Guatemala, ya que para nadie es un secreto la crisis por la cual atraviesa la fe pública notarial, lo cual es muy grave para la seguridad jurídica. Impulsaremos las reformas que permitan el desempeño de esa profesión de manera responsable, buscando reactivar la iniciativa de Ley que en el año 2004 presentó la Corte Suprema de Justicia al Congreso de la República. Continuaremos con el fortalecimiento del Archivo General de Protocolos y esperamos el próximo año iniciar la digitalización de testimonios especiales, que desde hace más de sesenta años están almacenados en condiciones precarias.

El pleno de magistrados estamos conscientes de que el presupuesto con que cuenta el Organismo Judicial es insuficiente. Es fundamental para nuestro país invertir en la justicia; las condiciones económicas y demográficas ya no son las mismas de 1985, actualmente el mínimo del dos por ciento constitucional del Presupuesto de Ingresos Ordinarios del Estado, ya no es congruente con la realidad. Por ello afirmamos que el clamor generalizado de necesidad de mejorar el servicio y la cobertura que brinda el Organismo Judicial, puede encontrar respuesta con voluntad política; no existe limitante legal que impida otorgar a

este Organismo un presupuesto que le permita cumplir con el derecho ciudadano de acceso a la justicia.

En materia presupuestaria, la primacía durante mi gestión será, además de buscar su incremento, velar por el manejo eficiente de los recursos, lo que conlleva transparencia, austeridad en el gasto y fiscalización, así como estudiar detenidamente las erogaciones a efecto de eliminar las que sean innecesarias, sin llegar a extremos. Además, estoy seguro de que contaremos con el incondicional apoyo de la comunidad internacional, la cual constantemente nos brinda su colaboración, técnica y financiera, lo que reconocemos profundamente.

Desde la gestión presidencial del Magistrado Archila, la Corte Suprema de Justicia lanzó el Programa Cero Tolerancia a la Corrupción, a la Impunidad y al Tráfico de Influencias, que tiene ahora un aliado de sustento profundo como lo es el Sistema de Integridad Institucional. En este sentido las políticas públicas de mi gestión estarán encaminadas al fortalecimiento de la Junta de Disciplina Judicial, la Unidad de Régimen Disciplinario, la Supervisión General de Tribunales y Auditoría Interna, unidades encargadas de prevenir, sancionar y erradicar estos males en el Organismo Judicial.

Es necesario mantener y fortalecer relaciones de cooperación con las otras entidades del sector público, especialmente con las que integran el sector justicia, a fin de unir esfuerzos en contra de la impunidad. El Ministerio Público, el Instituto de la Defensa Pública Penal y el Ministerio de Gobernación, a través de la Instancia Coordinadora de la Modernización del Sector Justicia, debemos estar en constante comunicación, a fin de alcanzar las metas propuestas. Igualmente debemos fomentar respetuosas relaciones en los ámbitos pertinentes con la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala y con las Organizaciones de todos los sectores de la Sociedad Civil, con quienes mantendremos una comunicación e interacción responsable.

Hago un llamado a todas y todos los integrantes del Organismo Judicial, magistrados, jueces, funcionarios, auxiliares judiciales y empleados administrativos, quienes formamos una gran familia, incentivándolos para que realicemos nuestro mayor esfuerzo en el desempeño de nuestras funciones. Juntos debemos trabajar para garantizar que la administración de justicia sea eficaz y que el Organismo Judicial sea un estandarte que coadyuve a la promoción del bien común, la igualdad, la libertad y la paz, del cual todas y todos nos sintamos orgullosos de pertenecer.

La gran mayoría de colaboradores del Organismo Judicial son personas honestas e identificadas con la institución. No es justo, ni permitamos, que una minoría empañe nuestra Alta Función. Hagamos nuestro trabajo, con gran

esfuerzo, con toda nuestra capacidad, con honestidad, logremos con nuestro actuar que la opinión pública nos respete y nos tenga en el lugar que corresponde a quienes administran justicia. Por mi parte, trabajaré por la dignificación de todas y todos.

Hago hincapié en la importancia que tienen para este Organismo todas las personas que lo integran. En un clima de respeto, fomentaré las relaciones de solidaridad y cooperación, entre la Corte Suprema de Justicia y los colectivos de magistrados, jueces y sindicatos.

Recibo este alto cargo, con el pensamiento puesto en la memoria de mi madre; con la compresión, porque una vez más el tiempo familiar se verá afectado, de mi esposa Lesbia, de mis hijos María Alejandra y Axel; Luis Gabriel y Gaby y Rita María; así como de mis nietas y nietos; y, con mi agradecimiento a los principales centros de mi formación y educación, el Colegio Salesiano Don Bosco y mi alma mater, la Universidad Rafael Landívar.

Termino con un texto, que muy bien viene al caso, del Papa Juan Pablo II. Decía Su Santidad: ***"Debemos repetir que trabajar es servir, y la alegría de poner nuestro trabajo y nuestras personas al servicio del bien, no podrá jamás ser sustituida por la ilusión de un efímero poder individual."***

Muchas gracias

Palabras pronunciadas por el Magistrado Gabriel Antonio Medrano Valenzuela al tomar posesión del cargo de Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, el día 13 de octubre de 2012, en la Sala de Vistas del Palacio de Justicia.

DECÁLOGO IBEROAMERICANO PARA UNA JUSTICIA DE CALIDAD, APROBADO EN LA DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES

XVI CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA 25, 26 Y 27 DE ABRIL DE 2012

PREÁMBULO

La calidad de la Justicia debe ser concebida como un eje transversal en la organización y funcionamiento de los Poderes Judiciales Iberoamericanos. Tiene que involucrar no sólo la satisfacción de las necesidades y expectativas de las personas usuarias en relación con el servicio público recibido, sino también incorporar la celeridad, la simplificación y la innovación de los procesos aprovechando eficientemente los recursos disponibles para la mejora continua de la gestión.

La calidad implica el desarrollo de la normalización de los procesos y de mediciones por medio de la planificación y de indicadores objetivos que permitan una adecuada y oportuna toma de decisiones para lograr una justicia eficaz en el cumplimiento de sus metas, eficiente en la forma y en los recursos empleados para cumplirlas, y efectiva por los resultados que sea capaz de alcanzar.

El grado de democracia de una nación, se mide en gran parte por la expansión efectiva de los derechos de las personas y su justiciabilidad. La tutela judicial efectiva de los derechos, presupone que las organizaciones judiciales puedan ser capaces de cumplir satisfactoriamente las actividades que sean necesarias para evitar dilaciones injustificadas en la prestación de los servicios de justicia. De ello depende en gran medida el poder garantizar la seguridad jurídica como una de las responsabilidades fundamentales de todo Estado Democrático de Derecho.

El desarrollo de los sistemas de gestión integral de la calidad, representan un enorme desafío para poder fortalecer la Justicia democrática que todos anhelamos. Ello debe hacerse dentro de un marco de absoluto respeto a los principios de independencia judicial e imparcialidad, principios de defensa y debido proceso, principios de legalidad y de legitimidad democrática.

El presente Decálogo está compuesto por los siguientes diez enunciados que contienen los principios y orientaciones que pretenden servir de referencia a los sistemas de justicia de los países iberoamericanos en la formulación de políticas públicas relacionadas con la planificación, los modelos y los métodos que permitan alcanzar la calidad en su gestión y la mejora continua.

I. RECONOCER A LA PERSONA USUARIA COMO RAZÓN DE SER DE LA JUSTICIA

La calidad en el ámbito de la Justicia siempre debe estar orientada al cumplimiento de las expectativas y requerimientos de la persona usuaria. Tiene que dar respuesta a las necesidades de la población con equidad, objetividad y eficiencia. Un sistema de gestión de calidad, debe ser capaz de dar respuesta precisa y oportuna a los conflictos suscitados y susceptibles de ser resueltos con apego al Derecho.

II. GARANTIZAR EL ACCESO A UNA JUSTICIA DE CALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En todo Estado Democrático de Derecho, debe garantizarse el acceso a una Justicia de calidad respetando siempre los derechos fundamentales de la población, en especial de aquellos grupos más vulnerables.

III. DESARROLLAR UNA DEBIDA PLANIFICACIÓN DE LA CALIDAD EN LA JUSTICIA

Para la consecución de las metas es necesario planear, dirigir, organizar y controlar. La calidad implica la toma de decisiones a largo plazo, determinando claramente los objetivos y las estrategias. Deben establecerse planes, metas y plazos con un uso adecuado de los recursos. Se requiere además, la sistematización, formalización y normalización de las prácticas de gestión donde se establezcan protocolos para la generación, validación y difusión del conocimiento.

IV. FOMENTAR UNA JUSTICIA CON ENFOQUE SISTÉMICO INTEGRAL

La gestión de la calidad permite la unificación de esfuerzos con el fin de asegurar la sostenibilidad de los objetivos y metas trazadas. Esta perspectiva de gestión de la calidad como sistema, implica la necesaria coordinación y cooperación. El trabajar articuladamente, permite generar valor al servicio de la administración de justicia.

V. RECONOCER EN LA JUSTICIA LA IMPORTANCIA DE SU TALENTO HUMANO

Una Justicia de calidad debe tener como elemento esencial a su talento humano por ser de vital importancia para crear la sinergia necesaria en su gestión. La organización debe valorarlo en función de la ejecución de sus actividades. Esta debe ser capaz de identificarlo y desarrollarlo mediante la experiencia y el conocimiento. Deben fortalecerse las habilidades, las destrezas, la formación, las actitudes y las competencias personales en procura de la excelencia del servicio público.

VI. INCENTIVAR EL COMPROMISO Y EL TRABAJO EN EQUIPO FUNCIÓN DE LA JUSTICIA

Quienes integran toda organización de la Justicia, deben identificarse con la persona usuaria, con sus necesidades y comprometerse a brindar una adecuada prestación del servicio público. Ser conscientes de la confianza y la responsabilidad social que tienen depositadas y de la importancia de la Justicia como pilar de la democracia en todo Estado democrático de derecho. Todos los miembros de la organización fomentarán la cultura del trabajo en equipo. Deberán ser garantes de los valores éticos, la vocación de servicio público, la corresponsabilidad y la transparencia en la función pública.

VII. ESTABLECER LA EFICACIA Y LA EFICIENCIA COMO REQUISITOS PARA UNA JUSTICIA CONFIABLE Y DE CALIDAD.

La concepción de un Estado Social y Democrático de Derecho, lleva intrínseca la existencia de un sistema de Justicia eficiente donde las personas usuarias tengan la garantía de la tutela de sus derechos. La calidad debe integrar los conceptos de eficiencia y eficacia. El primero de ellos, hace referencia a la optimización de los resultados alcanzados en relación con el uso de los recursos disponibles e invertidos en su consecución. Por otro lado la eficacia, es el logro de los objetivos, metas y estándares orientados a la satisfacción de los requerimientos y expectativas de la persona usuaria.

VIII. REALIZAR LA MEDIACIÓN DE RESULTADOS EN LA GESTIÓN DE LA JUSTICIA.

La calidad se mide a través de indicaciones que evidencien el cumplimiento de los objetivos planteados. No puede hablarse de calidad si la misma no es constatable, de ahí que sea necesario que los estándares deban estar debidamente, tipificados. La calidad y la mejora continua requieren de evidencias, es decir, toda acción implementada debe ser comprobada por un registro que la respalde. En todos los niveles de la organización, las decisiones deben fundamentarse en el análisis de los datos y la información.

IX. GARANTIZAR UNA JUSTICIA TRANSPARENTE Y CON PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

Una Justicia de calidad debe ser transparente, estar sujeta al escrutinio público y a la rendición de cuentas de sus acciones.

La participación de la sociedad organizada en todas sus formas, debe ser definida mediante mecanismos que garanticen la atención de las aspiraciones y necesidades de la persona usuaria.

X. IMPULSAR LA MEJORA CONTINUA COMO FUNDAMENTO EN LA GESTIÓN DE CALIDAD PARA LA JUSTICIA.

La mejora continua se fundamenta en la evaluación constante de los resultados que permita ajustar las prácticas de gestión a las nuevas necesidades de la persona usuario y a su vez, fomentar la innovación y el aprendizaje de las prácticas de gestión.

La presente edición de *Sapere Aude –Atrévete a pensar–*
se realizó en MAGNA TERRA EDITORES, (5ta. avenida 4-75 zona 2,
Ciudad de Guatemala, teléfono (502) 2238-0175) en noviembre
de 2012. El tiro sobre papel bond beige 80 gramos
consta de 2,000 ejemplares.

FORMACIÓN PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ

Escuela de Estudios Judiciales
Lote 12, finca San Gaspar, aldea Santa Rosita, zona 16
ciudad de Guatemala, C.A. PBX: 2426-7700

www.oj.gob.gt/uci