



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

REVISTA JURÍDICA XV



Instituto de
Investigaciones
Jurídicas

Revista Jurídica XV / Instituto de Investigaciones
Jurídicas [2000 -]. Guatemala : Universidad
Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas
(IJ), 2011. 1ª. Época (Julio-Diciembre-2007). No.
XV. x, 188 p.
ISSN: 1409-4762

1. Sistema jurídico romano-germánico – Fuentes
2. Derecho romano-germánico – Historia
3. Monarquía – República – Imperio – Roma
4. Interpretación ordenamiento jurídico – Guatemala
5. Derecho constitucional
6. Interpretación de normas constitucionales
7. Derecho procesal civil – Principios
8. Derecho marcario
9. Propiedad intelectual
10. Derecho internacional consuetudinario
11. Derechos culturales
12. Solución de conflictos
13. Derecho ambiental
14. Constitución Política de Guatemala

Universidad Rafael Landívar
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Revista Jurídica No. XV, Segundo Semestre, año 2011

D.R. (C) Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio “O”, 2do. Nivel, Oficina O-214
Apartado Postal 39-C, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 01016
Teléfono: (502) 2426-2626 Extensión: 2551
Fax: (502) 2426-2595
Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

Editor responsable: Luis Andrés Lepe Sosa
Asistente editorial: Claudia Aracely Morales Paniagua

Impreso en Editorial Serviprensa S.A.
3ª Ave. 14-62, zona 1
PBX: 2245-8888
Correo electrónico: gerenciaventas@serviprensa.com
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Los autores de los artículos son los únicos responsables de su contenido, el cual no necesariamente coincide ni compromete la posición de la Universidad Rafael Landívar y del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

Rector	Lic. Rolando Alvarado López, S. J.
Vicerrectora Académica	Dra. Lucrecia Méndez González de Penedo
Vicerrector de Investigación y Proyección	Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, S. J.
Vicerrector de Integración Universitaria	Dr. Eduardo Valdés Barría, S. J.
Vicerrector Administrativo	Lic. Ariel Rivera Irías
Secretaria General	Licda. Fabiola Padilla Beltranena de Lorenzana

AUTORIDADES Y CONSEJO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Decano	Dr. Rolando Escobar Menaldo
Vicedecano	M.A. Pablo Hurtado García
Secretario	M.A. Alan Alfredo González De León
Directora del Área Privada	M.A. Helena Carolina Machado Carballo
Director del Área Pública	Lic. José Alejandro Villamar González
Director del Área de Ejes Transversales	M.A. Enrique Fernando Sánchez Usera
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas	Dr. Larry Andrade-Abularach
Directora del Bufete Popular	M.A. Claudia Patricia Abril Hernández
Directora de Posgrados	M.A. Aída del Rosario Franco Córdón
Directora de Proyectos y Servicios	Licda. Vania Soto Peralta
Director de la Licenciatura en Investigación Criminal y Forense	Lic. José Eduardo Martí Guilló
Coordinador de la carrera Técnica en Investigación Criminal y Forense	Lic. Jorge Alejandro Pinto Ruiz
Coordinador de Sedes y Campus Regionales	M.A. Juan Francisco Golom Nova
Coordinador de la Facultad de Quetzaltenango	Licda. Claudia Caballeros Ordóñez
Coordinador de la Facultad de Huehuetenango	Lic. José Alfredo Laparra López
Coordinadora de la Facultad de Cobán	Licda. Carla Liliana Chacón Monterroso
Representantes de Catedráticos	M.A. Gabriel García Luna Lic. Alfonso Godínez Arana
Representantes Estudiantiles	Srita. Ana María Córdova Noguera Sr. Luis Rodrigo Molina López

**CONSEJO EDITORIAL DEL
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

Lic. Rolando Alvarado López, S.J.
Rector

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, S. J.
Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Rolando Escobar Menaldo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

M.A. Pablo Hurtado García
Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Dr. Larry Andrade-Abularach
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Director

Dr. Larry Andrade-Abularach

Jefa Académica e Investigadora Principal

M.A. Patricia Jiménez Crespo

Jefa Administrativa

Licda. Karen Lorena Cifuentes Álvarez

**Coordinación de Incidencia y
Acción para el Desarrollo**

Licda. Karen Cecilia De la Vega Toledo

Investigador

M.A. Luis Andrés Lepe Sosa

Investigadora

Licda. Diana Irasema Fernández Roca

Asistente del Doctorado en Derecho

Lic. José Miguel Gaitán Grajeda

Asistente de Investigación

Claudia Aracely Morales Paniagua

Asistente Administrativa

Rosa Mariela Ortíz Ralón

Recepcionista

Angélica María Isabel Del Cid Ruiz

Índice

Introducción	xi
Fuentes del sistema jurídico romano-germánico <i>M.A. Maria Liz Molina Barrios</i>	1
La interpretación del ordenamiento jurídico guatemalteco <i>Lic. José Pedro Aguirre Arango</i>	23
La inexistencia de conflicto entre derechos fundamentales. Análisis sobre las doctrinas de interpretación constitucional <i>Lic. Julio Santiago Salazar Muñoz</i>	51
Breves consideraciones acerca del debido proceso civil. A propósito del exiguo desarrollo y reconocimiento del debido proceso, en sus diversas variantes de debidos procesos específicos <i>Dr. Jorge Isaac Torres Manrique</i>	63
Marcas sujetas a regulación especial <i>Dra. María Alejandra de León Barrientos de Ovalle</i>	81
La inexistencia de inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral <i>M.A. Marcelo Pablo Ernesto Richter</i>	105
Derecho consuetudinario o derecho maya, una aproximación conceptual <i>Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle</i>	119
Derechos culturales de los pueblos indígenas y resolución de conflictos <i>Licda. Audrey Gheldof</i>	125
El contenido de la figura del daño en el marco del derecho ambiental: los casos de Costa Rica y España <i>Lic. Juan Ignacio Guzmán Fernández</i>	139

Análisis del artículo 22 de la Constitución Política de la República de Guatemala, a la luz de la doctrina penal <i>Andy Guillermo de Jesús Javalois Cruz</i>	163
La seguridad pública en el Japón actual <i>Dr. Ōta Tatsuya</i>	179

Introducción

Es de reconocer que, en el siglo *XXI* que estamos iniciando, las universidades se encuentran ante paradojas. Por una parte, el saber es la mercancía más preciada y, por otra, casi nadie parece interesado en investigar la naturaleza íntima de las cosas y obtener verdades firmes acerca de lo real.

La fuerza de una universidad se halla en la capacidad que sus miembros tengan de pensar con libertad, energía creadora y, a través de la investigación se busque la verdad y, por medio de la docencia se enseñe y, para proyectarse a la sociedad se forme con excelencia.

Debemos volver a la alta valoración humanista. Prohibir en las universidades cualquier intento de sectarismo, politización, pragmatismo de cortos vuelos, autoritarismo. Porque, lo que está en juego es la libertad... libertad de pensar, de conciencia, de ser... Ya no más relativismo y positivismo desencantados, tecnologías agresoras del medio ambiente, ciencias empeñadas en justificar lo injustificable. Urge encaminar la vida hacia la verdad y la justicia, para lo cual se requiere una exigente educación en valores y virtudes, que dan nobleza a las personas que buscan una excelencia no egoísta, a través de la universidad y para la vida.

Urge recuperar el valor de la verdad. En la sociedad de la información y conocimiento, el valor por antonomasia debería ser la verdad. Y por eso, lo más inquietante, de una configuración social en la que el saber constituye su misma esencia, estriba en que la verdad se ha relativizado. Se da por supuesto, que lo que se dice y se mantiene como cierto, no es lo verdadero, sino lo plausible, conveniente, consensuado, admitido, políticamente correcto, lo que piensa y decide la mayoría, etc. La pretensión de orientar toda la vida hacia la verdad se considera, equivocadamente, como utópico y perjudicial. Porque

tienen miedo y erróneamente piensan que mantener la verdad conduciría a posturas peligrosas, arrogantes, totalitarias, impopulares, fundamentalistas. En la medida que tal actitud prevalezca, los nuevos universitarios serían profesionales emancipados con respecto a toda exigencia de valor y significado, son igualmente magnánimos en su indiferencia soberana, sin identidad, en su condición de objetos consumibles: son libres e indefinidos, sin exigencias ni malestar, carentes de juicios de valor, grandiosamente irresponsables. La relatividad de los valores determina una ambigüedad generalizada, el vaciamiento de todos los actos y hechos.

Esta grave realidad nos sitúa ante un reto: construir una cultura humanista, en la que se afirme la primacía del espíritu sobre la materia, de la mujer y del hombre sobre las cosas, de la ética sobre la técnica.

En el contexto de las anteriores reflexiones, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar –IIJ/URL– tiene el agrado de presentarles la Revista Jurídica XV, correspondiente al segundo semestre del año 2011.

En esta oportunidad, hemos querido ofrecerles una Revista Jurídica que contiene diversos trabajos especializados dentro del ámbito de las ciencias jurídicas y sociales.

En *summa*, el Instituto de Investigaciones Jurídicas desea manifestar su agradecimiento a los juristas que con sus trabajos colaboran en esta Revista Jurídica y, por lo tanto, coadyuvan en la misión de la Universidad Rafael Landívar en beneficio del ser humano, la familia y la sociedad.

Dr. Larry Andrade-Abularach

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Guatemala de la Asunción, noviembre de 2011.

Fuentes del sistema jurídico romano-germánico

M.A. Maria Liz Molina Barrios¹

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes: A. Monarquía; B. República; C. Imperio. III. División del Imperio Romano. IV. Invasiones germánicas. V. Fuentes del derecho después de las invasiones germánicas. VI. Principales leyes romano-bárbaras: A. Edicto de Teodorico; B. Brevario de Alarico; C. Ley Romana de los Borgoñeses. VII. El derecho romano justiniano. VIII. Resurgimiento del derecho romano: A. Escuela de los glosadores; B. Escuela de los postglosadores; C. Escuela pandectista; D. Escuela histórica; E. Escuela del derecho natural. IX. Surgimiento del sistema jurídico romano-germánico. X. Fuentes del sistema jurídico romano-germánico: A. La ley; B. La costumbre; C. La jurisprudencia; D. La doctrina; E. Los principios generales. XI. Conclusión. XII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo general determinar cuáles son las fuentes del sistema jurídico romano-germánico y considerando que esta familia se ha formado sobre la base del derecho romano, inicialmente deberá analizarse brevemente la historia del mismo, para determinar sus fuentes en cada época histórica. Asimismo, se analizará la división del Imperio Romano, las invasiones germánicas, las leyes romano-bárbaras, la caída del Imperio Romano de Occidente y la labor realizada por el emperador Justiniano en el Imperio Romano de Oriente y cómo posteriormente, con el redescubrimiento del Digesto de Justiniano y su estudio en la Universidad de Bolonia, se da el resurgimiento del derecho romano, lo que determina el nacimiento de la familia jurídica romano-germánica.

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar, Guatemala; M.A. en derecho económico mercantil por la Universidad Rafael Landívar; con estudios de Maestría en Propiedad Intelectual y Doctorado en Derecho por la Universidad de San Carlos de Guatemala.

También se analizará cómo este derecho se estudió en Bolonia, pero con el paso del tiempo también en países como Francia –donde destaca la escuela de los humanistas– y Alemania –sobresaliendo la escuela histórica–. Se expondrá cómo la familia del derecho romano-germánico fue constituyéndose gracias al estudio del derecho romano en las universidades y cómo posteriormente, bajo la influencia de las ideas de la escuela del derecho natural, se inicia la codificación, la cual contribuyó a la expansión del derecho romano-germánico, tanto en Europa como fuera de ella. Finalmente, se analizan las fuentes del mismo.

II. ANTECEDENTES

La historia del derecho romano, para su estudio, puede dividirse en tres períodos: a) el período monárquico; b) la República; y c) el Imperio. Cada una de estas instituciones políticas ha determinado las fuentes del derecho romano en determinada época.²

A. Monarquía

La primera forma de gobierno romana fue la monarquía, la cual rigió aproximadamente 250 años, desde la fundación de esta ciudad-estado hasta la expulsión del último rey romano, Tarquino el Soberbio. Durante el período monárquico, la población se dividía en: a) los *patricios*, quienes dirigían la vida política y social de Roma; b) los *plebeyos*, quienes constituían la mayoría de la población; y c) los *clientes*, constituidos por personas de origen extranjero y por personas pobres, quienes acudían a familias poderosas en busca de apoyo.

Políticamente, la población se agrupaba en treinta *curias*,³ las cuales, a su vez, formaban tres tribus. En esta época la organización político-legislativa estaba constituida por los *comicios*, en los cuales se agrupaban los ciudadanos para ejercer sus derechos políticos, inicialmente atendiendo a la agrupación política por curias y posteriormente, bajo el reinado de Servio Tulio y como consecuencia de la reforma administrativa que dicho monarca realizó basándose en un censo económico, se organizaron los comicios por *centurias*.

2 Morineau Idearte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 3ª ed., México, Harla, 1993, p. 5.

3 Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Época, 1977, pp. 29-31.

La tercera institución está constituida por el *Senado*, el cual era un cuerpo consultivo del rey.

Esta forma de organización originó que las fuentes del derecho romano en esta época se redujeran a la costumbre de los antepasados o *mores maiorum* y una colección de leyes reales llamadas *ius civile Papirianum*, las cuales cayeron en desuso después de la caída de la monarquía.

B. República

Debido a la violencia utilizada por el rey Tarquino el Soberbio para mantener el control sobre Roma, el Senado decidió expulsarlo en el año 510 a.C. y se creó un Senado permanente, el cual decidió abolir la monarquía, convirtiendo a Roma en una república.

El período de la República comprende desde el año 510 al 27 a.C., durante el cual persiste una gran pugna entre patricios y plebeyos. En consecuencia, los plebeyos obtienen el derecho a ser representados por dos magistrados especiales, los *tribunos de la plebe*, quienes tenían facultades para convocar a la asamblea de la plebe.⁴

En este período el poder público se integraba, en primer lugar, por el *Senado*, cuerpo consultor con mayor poder de decisión. En segundo lugar, se encontraban los *comicios*, conformados por los comicios curiados, los cuales eventualmente pierden importancia e intervienen únicamente en determinados actos religiosos y de derecho privado y por los comicios por tribus, considerando la división administrativa que surge durante la República, agrupando a los ciudadanos atendiendo al domicilio, quedando el pueblo romano dividido en cuatro tribus urbanas y treinta y una rústicas. En tercer lugar, el poder público se integraba por los *magistrados o cónsules*, quienes eran jefes civiles y militares del Estado, elegidos por los comicios, por un año.

En este período, se mantiene como fuente del derecho la *costumbre* y adicionalmente se constituye la *ley*, conformada por disposiciones dictadas por el pueblo reunido en comicios por curias o por centurias, siendo entonces denominadas *leyes curiadas y centuriadas*. La

4 *Ibidem*, p. 35.

principal ley de esa época fue la de las XII *Tablas*,⁵ las cuales trataban sobre la organización y procedimiento judicial, la patria potestad, la tutela y curatela, la propiedad, las servidumbres, el derecho penal, el derecho público, las relaciones con enemigos y el derecho sagrado.

Asimismo, constituían fuente del derecho en la República los *plebiscitos* o decisiones tomadas por la plebe, en principio obligatorias únicamente para los plebeyos, pero posteriormente, por disposición de la *Ley Hortensia*⁶ del año 287 a.C., se declararon obligatorias para todos los ciudadanos. También deben mencionarse los *senadoconsultos*, los cuales constituían medidas legislativas emitidas por el Senado. Debe citarse el *derecho honorario*, el cual consistía en los edictos de los magistrados a cargo de impartir justicia, es decir, de los pretores y ediles en la ciudad de Roma y de los gobernadores en las provincias. La última fuente del derecho en este período es la *jurisprudencia*, la cual consiste en las opiniones emitidas por los jurisconsultos.

C. Imperio

En el siglo VIII, la constitución republicana de Roma es sustituida por un nuevo tipo de monarquía, iniciando el período imperial. Inicialmente se distingue el principado o diarquía, en que el poder es compartido por el Senado y el Príncipe o Emperador, en el cual las fuentes del derecho son las mismas que el período republicano, pero se suman las *constituciones imperiales*, las cuales son una manifestación del poder del Príncipe o Emperador, quien tiene facultades de emitir medidas legislativas.⁷

Por último, durante el Imperio absoluto, todos los poderes se concentran en el Emperador, reduciéndose las fuentes del derecho a la costumbre y las constituciones imperiales.

Las constituciones imperiales predominaron en este período debido a la concentración del poder en manos del Emperador, incluyendo la potestad de legislar. Se elaboraron varios códigos que constituían compilaciones de las constituciones imperiales.⁸ En primer lugar, el *Código Gregoriano*, publicado bajo el reinado de Diocleciano

5 *Ibidem*, p. 37.

6 *Ibidem*, p. 40.

7 Morineau Idearte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 2, p. 17.

8 Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 3, pp. 57-58.

no, el cual contiene constituciones dictadas en los años 196 a 295; posteriormente, el *Código Hermogeniano*, que compila constituciones del 291 a 324. En el año 426 se publica la *Ley de Citas*, la cual consiste en una Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, publicada en 426, que confirma la autoridad de los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino y de Gayo, como vigentes y susceptibles de ser adjudicadas en juicio.⁹

En el año 438 se hace la publicación de carácter oficial del *Código Teodosiano*, el cual compila las constituciones imperiales emitidas desde la época de Constantino hasta ese momento, y las *Novelas Post Teodosianas*.

III. DIVISIÓN DEL IMPERIO ROMANO

En el año 395, el emperador Teodosio I divide el Imperio Romano entre sus dos hijos: Honorio, a quien adjudica el Imperio de Occidente, y a Arcadio, el Imperio de Oriente. El Imperio Romano de Oriente tuvo su capital en Constantinopla y el Imperio Romano Occidental tuvo su capital en la ciudad de Rávena, al norte de Italia.¹⁰

El Imperio Romano de Oriente fue el que tuvo la más prolongada existencia, hasta su caída en el año 1453, cuando los turcos tomaron la ciudad de Constantinopla. En el año 535, con Justiniano, tuvo algunos años de prosperidad, cuando este príncipe reconquista Italia y África y reúne por última vez bajo su dominación la mayor parte de las antiguas posesiones romanas, pero pronto Italia vuelve a caer en poder de los bárbaros y después de la muerte de Justiniano el Imperio Romano de Oriente no es más que un imperio griego.¹¹

El Imperio Romano de Occidente tuvo una duración más breve, hasta el año 476, cuando el emperador Rómulo Augústulo se rinde ante el avance incontenible de las invasiones germánicas y es destronado por Odoacro.¹² Durante todo el período del imperio absoluto, que para el Imperio Romano de Occidente comprende desde el inicio del reinado de Diocleciano, en el año 284, hasta la caída de la ciudad

9 *Ibidem*, p. 56.

10 Losano, Mario, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Unigraf, 1993, p. 58.

11 Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 3, p. 55.

12 Morineau Idearte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 2, p. 19.

de Roma en 476, se dieron invasiones de los pueblos bárbaros o germánicos. Estos pueblos ocupaban la región ubicada en el norte del Imperio Romano conocida como *Germania*.

IV. INVASIONES GERMÁNICAS

De los pueblos germánicos, los más conocidos eran los Godos, los Sajones, los Alamanes, los Lombardos, los Francos, los Burgundios, los Vándalos y los Suevos. Inicialmente eran pueblos guerreros, seminómadas, con una organización social, política y económica adaptada a ese estilo de vida, por lo que no poseían un código legislativo y se regían principalmente por el derecho consuetudinario, el cual tenía como función principal establecer un ordenamiento estable para lograr la paz, íntimamente relacionado con la religión y los usos sociales.

Posteriormente se produjo un 'cambio' en la estructura social y económica de los pueblos germánicos, orientándose a la actividad agrícola, lo cual implicó variantes en su organización, dividiéndose entre campesinos y guerreros, lo que provocó que las aspiraciones guerreras se orientaran hacia la conquista de tierras fértiles para el cultivo, lo que conocemos con el nombre de *invasiones bárbaras*.

Las invasiones bárbaras se dieron repetidas veces en el transcurso de muchísimos años; en algunas ocasiones los emperadores romanos permitieron el ingreso de los germanos, bajo ciertas condiciones, en calidad de colonos para trabajar las tierras y vigilar las fronteras.

*“En los dos extremos de Euroasia, el imperio romano de la era de Constantino y el chino de la época Han tienen casi igual extensión. El comienzo de la decadencia romana está ligado a la expansión de China bajo la dinastía Han. Los hunos –que desde el 246 a.C. fueron contenidos hacia Oriente por la Gran Muralla– emigraron entonces a lo largo de las cadenas montañosas y los desiertos de Asia central, dirigiéndose hacia Occidente. Las poblaciones germánicas fueron empujadas así hacia los territorios del imperio romano y en el 410 Alarico saquea Roma”.*¹³

13 Losano, Mario, *op. cit.*, nota 10, p. 55.

Años después, en el 476, el último Emperador de Occidente, Rómulo Augústulo, se rinde ante el avance de las invasiones germánicas y es destronado por Odoacro, según anotamos antes.¹⁴

V. FUENTES DEL DERECHO DESPUÉS DE LAS INVASIONES GERMÁNICAS

Los pueblos germánicos que invadieron el antiguo Imperio Romano de Occidente se asentaron en diferentes zonas, fundando los *reinos germánicos*. A pesar de que los pueblos germánicos mantuvieron la legislación y organización judicial de los vencidos y a la vez su propia organización, conocida actualmente como *sistema de la personalidad del derecho*,¹⁵ se provocó la asimilación por los germanos de muchas costumbres e instituciones romanas. La base de la civilización occidental está conformada por esa confluencia entre la cultura romana y la germánica.

*“El Corpus Iuris Civilis cayó en desuso con la caída del imperio romano. Los invasores aplicaron versiones del derecho civil romano más rudimentarias, menos refinadas a los pueblos de la península italiana. Los invasores también trajeron consigo sus propias costumbres legales germánicas, las que se aplicaban a ellos mismos pero no a los pueblos conquistados, siguiendo la regla de que el derecho de la nacionalidad de una persona la seguía a dondequiera que fuese. Sin embargo, en algunas partes de Italia, el sur de Francia y la Península Ibérica, empezó a realizarse una fusión de ciertas leyes tribales germánicas con las instituciones legales romanas autóctonas. Esto produjo, a lo largo de siglos, lo que llaman todavía los europeos el derecho romano ‘vulgarizado’ o ‘barbarizado’, algo que ahora interesa principalmente a los historiadores del derecho”.*¹⁶

Este derecho romano vulgar fue difundido a través de las leyes romano-bárbaras, principalmente el *Breviario de Alarico*.

14 Morineau Idearte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 2, p. 19.

15 Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 3, p. 58.

16 Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, 11ª reimpresión, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 28.

VI. PRINCIPALES LEYES ROMANO-BÁRBARAS

Los nuevos reyes bárbaros se adjudicaron las antiguas prerrogativas imperiales que comprendían la facultad de legislar y mandaron a redactar normas aplicables a los pueblos germánicos, leyes bárbaras y para sus súbditos romanos, leyes romanas. Las principales leyes romanas publicadas durante los reinados bárbaros fueron: el *Edicto de Teodorico*, en el reinado de los Ostrogodos, a inicios del siglo VI; la *Ley Romana de los Visigodos*, conocida como *Breviario de Alarico*, en el reinado de los Visigodos, publicada en el año 506; y la *Ley Romana de los Borgoñeses* o *Ley Gambeta*, publicada en el reinado de los Borgoñeses, en el año 516.¹⁷

A. Edicto de Teodorico

Como se mencionó, las principales leyes romano-bárbaras están constituidas, en primer lugar, por el Edicto de Teodorico, publicado en Italia a principios del siglo VI por Teodorico, rey de los Ostrogodos. Su duración fue efímera, ya que en el año 554, luego de la conquista de Italia por Narcés, cedió lugar a la legislación de Justiniano. Está dividido en 155 capítulos y contiene disposiciones tomadas del derecho romano del período del Imperio absoluto, principalmente de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, de algunas constituciones posteriores a Teodosio y de las sentencias de Paulo.¹⁸ Era una ley destinada a regir a la población romana y a los Ostrogodos, por lo que se diferencia de otras leyes romano-bárbaras en que se separa del principio de personalidad y aplica el principio de territorialidad. Este regulaba los problemas territoriales para los lugares donde convivían romanos y bárbaros y existían problemas de asentamiento.

B. Breviario de Alarico

Por su parte, la Ley Romana de los Visigodos o Breviario de Alarico, considerada la más importante de todas las leyes romanas publicadas por los reyes bárbaros, fue compuesta para el reinado de los visigodos, por orden de Alarico II, sin ninguna otra calificación que la de *Lex romana*, aunque desde el siglo VI fue designada bajo

17 Morineau Idearte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 2, p. 20.

18 Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 3, p. 59.

el nombre de *Breviarium Alarici*.¹⁹ También se denominó *Breviarium Alaricianum*, *Código de Alarico* y *Breviario de Aniano*.

El Breviario de Alarico constituye una recopilación del derecho romano vulgar, contiene normas de derecho privado, integrado fundamentalmente con constituciones imperiales de Teodosio, parte de las Instituciones de Gayo, de las Sentencias de Paulo y de las Respuestas de Papiniano. Las distintas secciones de la obra se presentan siempre acompañadas de comentarios o interpretaciones que, por un lado, tienden a aclarar el texto y, por el otro, tratan de adecuarlo a las necesidades del momento.²⁰

El Breviario de Alarico consta de cinco partes. Las dos primeras contienen *leges* y las tres últimas *iura*. Las dos primeras secciones de *leges* incluyen constituciones imperiales tomadas del Código Teodosiano y de las Novelas Post Teodosianas dictadas por los emperadores Teodosio II, Valentiniano III, Marciano, Mayoriano y Severo. Las tres partes de *iura* contienen parcialmente parte de las Instituciones de Gayo, de las sentencias de Paulo y de las respuestas de Papiniano y constituciones imperiales tomadas de los códigos Gregoriano y Hermogeniano.

C. Ley Romana de los Borgoñeses

Este código de poca extensión comprende cuarenta y siete títulos, está compuesto de textos sacados del Breviario de Alarico y de otras obras de derecho romano. Cayó en desuso después del fracaso del reinado de los Borgoñeses en 534, siendo reemplazado por el Breviario de Alarico.²¹

En tanto que el Imperio Romano de Occidente no pudo contener las invasiones bárbaras y tras su caída se constituyeron los reinos germánicos sobre sus ruinas, el Imperio Romano de Oriente logró conjurar las sucesivas invasiones bárbaras que amenazaron a ese Imperio. El emperador Arcadio desvió a los visigodos hacia Occidente. Posteriormente, el emperador Teodosio II reforzó las murallas de Constantinopla y logró evitar la invasión de los hunos, mediante el pago de tributos hasta que se disgregaron, tras la muerte de Atila, en

19 Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 3, p. 59.

20 Morineau Idearte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 2, p. 21.

21 Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 3, p. 59.

453. Posteriormente, el emperador Zenón evitó la invasión de Teodorico, dirigiéndolo hacia Italia. Para el siglo v, durante el reinado del emperador Anastasio I, los pueblos germánicos ya asentados en el antiguo Imperio Romano de Occidente, no representaron un peligro para el Imperio Romano de Oriente.

VII. EL DERECHO ROMANO JUSTINIANO

El Imperio Romano de Oriente o Imperio Bizantino tuvo algunos años de prosperidad en la época en que Justiniano sube al trono en 527, destacando las medidas para recopilar el derecho romano, constituido por los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las obras de los jurisconsultos y las constituciones imperiales.

En el 528 d.C., el emperador Justiniano encomendó al ministro Triboniano que compilara todas las disposiciones jurídicas llegadas hasta él. Para ello, el emperador le confirió la más amplia facultad de intervenir en los textos jurídicos clásicos, pudiendo modificarlos, amputarlos o integrarlos –intervenciones llamadas *interpolaciones*– para así llegar a un texto legislativo unitario que reflejara la realidad de su época.²²

La compilación de Justiniano, conocida como *Corpus Juris Civilis*, comprende cuatro obras: a) El *Digesto*, también denominado *Pandectas*; b) El *Código*; c) las *Instituciones*, y d) las *Novelas*. Tras su publicación, Justiniano prohibió toda nueva referencia a las obras de los jurisconsultos. Las obras que aprobó fueron incluidas en el *Corpus Juris Civilis*, y en adelante debería hacerse referencia a ese ordenamiento, no a las autoridades originales. También prohibió la elaboración de comentarios sobre la compilación misma.²³

“El Digesto se compone de cincuenta libros en los que están ordenados fragmentos extraídos de las obras de los principales juristas romanos, cuyo nombre es explícitamente recordado al comienzo de los fragmentos escogidos por Triboniano. Como los pasajes citados habían sido escritos alrededor de tres siglos antes de Justiniano, es en el Digesto en donde se

22 Losano, Mario, *op. cit.*, nota 10, pp. 58-59.

23 Merryman, John Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 26.

*encuentran con más frecuencia las interpolaciones, indispensables para adaptar aquellos textos al Derecho vigente en la época justiniana".*²⁴

El Código de Justiniano, o *Codex Justinianeus*, fue una recopilación que tuvo como objetivo reunir en una sola obra los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Justiniano otorgó facultades a la comisión que se encargó de esta recopilación, para añadir las constituciones posteriores, tachar las repeticiones, contradicciones y reglas caídas en desuso. Estaba dividido en doce libros. Cinco años más tarde, se publicó una nueva edición.²⁵

Las *Instituciones* se publicaron en 533. Es una obra elemental dirigida a la enseñanza del derecho, compuesta por fragmentos tomados de los jurisconsultos clásicos, pero sin indicar las fuentes, extractos o resúmenes de constituciones imperiales. El libro *I* trata sobre las personas, el libro *II*, el libro *III* y los cinco primeros títulos del libro *IV* se ocupan de las cosas y el final del libro *IV* está dedicado a las acciones.²⁶

Después de la última publicación del Código de Justiniano, este emperador declaró que en adelante no habría ninguna otra edición y que las constituciones que publicara después formarían una obra especial llamada las Novelas, *Novellae constitutiones*.²⁷ Si bien Justiniano emitió constituciones imperiales importantes, no las reunió en una colección, por lo que existen varias versiones de las Novelas. La primera, hacia el año 555, realizada por Juliano, profesor de Derecho de Constantinopla, que reúne 124 novelas, llamada *Epitome Iuliani* y otra colección más completa que consta de 143 novelas, que se conoce con el nombre de *Authenticum corpus Novellarum*.²⁸

Fue a la muerte de Justiniano en 565, cuando termina la historia propiamente dicha del derecho romano. El derecho romano ha recibido de Justiniano una forma nueva y definitiva; en adelante registrará pueblos que no tengan nada de romanos, pues Justiniano reúne y reconstruye por última vez sobre su autoridad el Imperio Romano casi entero. Después de él, el Occidente vuelve a los bárbaros y el

24 Losano, Mario, *op. cit.*, nota 10, p. 59.

25 Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 3, p. 60.

26 *Ibidem*, p. 61.

27 *Idem*.

28 Morineau Idearte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 2, pp. 23-24.

Oriente es un Imperio griego o bizantino donde ya no se habla ni se escribe más en latín, sino en griego.²⁹

VIII. RESURGIMIENTO DEL DERECHO ROMANO

Tras la caída del Imperio Romano de Oriente, se detuvo el estudio del Digesto de Justiniano, hasta que en el año 1090 se descubrió un ejemplar del mismo en la Biblioteca de Pisa.

*“El manuscrito lo llamaron ‘pisana’, pero, cuando los florentinos tomaron Pisa en el siglo xv se lo apropiaron y desde entonces se le conoció como ‘florentina’”.*³⁰ Tras el redescubrimiento del derecho de Justiniano, se inició su estudio en Bolonia y otras universidades italianas, iniciándose así su recepción en Europa Occidental, que comprende su estudio e interpretación.

*“Había varias razones para esta atención al Corpus Juris Civilis y la omisión de otros cuerpos de derecho existentes. Primero, en la Italia del siglo xii era muy fuerte y real la concepción de un Sacro Imperio Romano. Justiniano era considerado como un Sacro Emperador romano y su Corpus Juris Civilis era tratado como una legislación imperial. Por lo tanto, tenía la autoridad del Papa y del emperador temporal detrás de sí [...] Segundo, los juristas reconocían la alta calidad intelectual del Corpus Juris Civilis”.*³¹

La primera universidad europea surgió en la ciudad de Bolonia (actualmente en Italia), la cual coincidió con el interés de la época de estudiar el derecho romano. Destaca el estudio realizado por Irnerio de la compilación de Justiniano, quien encontró un nombre comprensivo de las cuatro partes –el Digesto, el Código, las Instituciones y las Novelas–, en el cual se destacaba su unitariedad en relación a la jurisprudencia romana clásica y al derecho bárbaro, denominándolo *Corpus Juris Civilis*.

Varias escuelas de pensamiento surgieron, en las cuales se establecía el procedimiento apropiado para el estudio del *Corpus Juris*

29 Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 3, p. 64.

30 Mejía Dávila, Marco Vinicio, *Universidad: Orígenes, Modelos y Autonomía*, Guatemala, tesis de Doctorado en Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009, p. 43.

31 Merryman, John Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 29.

Civilis, destacándose por sus concepciones del derecho y estilos de enseñanzas las escuelas de los glosadores y los comentaristas y los estudios realizados en Alemania en el siglo XIX. Con el resurgimiento del derecho romano a través de su estudio en las universidades europeas, inició la creación de la familia jurídica romano-germánica.

A. Escuela de los glosadores

Esta escuela inició con Irnerio, quien al estudiar el derecho justiniano en los textos originales, hacía a un lado los extractos y los epítomes, con la finalidad de establecer lo que consideraba como el significado correcto de la compilación justiniana. A estos comentarios y anotaciones marginales o interlineales se les llamó *glosas*, lo que motivó que a dicha escuela se le denominara ‘de los glosadores’.

*“Esta escuela se inició con Irnerio en Bolonia, en el siglo XI y culminó con Acursio en el siglo XIII. La preocupación básica de los glosadores fue enseñar el derecho romano justiniano, convirtiéndolo en un ‘derecho universitario’”.*³²

En el siglo XIII finalizan su labor e inician con la recopilación de las glosas anteriores.

*“De las obras publicadas por dicha escuela, la más famosa es la denominada Glosa Grande o Glosa de Acursio, compuesta por este jurista hacia el año 1260 y en la cual reúne todas las glosas de sus predecesores”.*³³

Los estudios de esta escuela son muy importantes, ya que motivaron el estudio del derecho romano justiniano en las universidades europeas, los cuales se realizaron generalmente sobre las glosas y no sobre los textos originales.

B. Escuela de los postglosadores

Esta escuela también es conocida como *escuela de los comentaristas o bartolistas*. Surgió en el Siglo XIV en la ciudad de Perugia (actualmente en Italia), con el profesor de Derecho *Bartolo de Saxoferrato*, quien se dedica a generalizar y elaborar una teoría del derecho, que tuvo como

32 Mejía Dávila, Marco Vinicio, *op. cit.*, nota 30, p. 49.

33 Morineau Idearte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 2, p. 25.

consecuencia que el *Corpus Juris* se estudiara y tuviera aplicación práctica jurídica europea.

“El resultado fue que el derecho romano enseñado en la Universidad coincidió cada vez menos con el Derecho romano originario y se convirtió, poco a poco, en un Derecho romano modernizado, aplicable a las nuevas condiciones, el usus modernus Pandectarum”.³⁴

La excepción fue Francia, ya que en el siglo *xvi* la escuela científica de los humanistas realizó estudios destinados a restituir la pureza de las leyes romanas. Posteriormente, en Alemania surgió la escuela de los pandectistas, la cual continúa la obra iniciada por la escuela de los postglosadores.

Quienes habían estudiado en Bolonia regresaron a sus países y establecieron universidades donde también enseñaban y estudiaban el derecho del *Corpus Juris Civilis*, de acuerdo con el estilo de los glosadores y los postglosadores o comentaristas. En esta forma, el derecho civil romano y las obras de glosadores y comentaristas se convirtieron en la base de un derecho común de Europa, el que ahora llaman el *jus commune* los historiadores del derecho. Había un cuerpo común de derecho y de escritos acerca del derecho, un lenguaje legal común y un método común de enseñanza e investigación. El estudio del derecho romano en las universidades consistió en el aprendizaje de los textos de derecho, junto con sus glosas.

C. Escuela pandectista

Surgida en Alemania, esta escuela continuó la labor de los postglosadores. El Digesto tenía también el nombre de *Pandectas*, y por ello, los juristas (sobre todo alemanes) que se ocuparon de la aplicación del derecho romano a la sociedad decimonónica fueron llamados *pandectistas*.³⁵ Esta escuela se preocupó por adoptar las disposiciones justinianas a la realidad alemana, realizando interpolaciones o bien mediante una “resistematización” de la materia. *“La escuela pandectista hizo así posible aquel ‘usus modernus Pandectarum’ que, uniéndose a*

34 David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, trad. de la 2ª ed. francesa por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1973, p. 31.

35 Losano, Mario, *op. cit.*, nota 10, p. 59.

*disposiciones de Derecho germánico, rigió los Estados alemanes hasta la entrada en vigor del código civil de 1900”.*³⁶

D. Escuela histórica

Esta escuela surge en el siglo XVI con el estudio de la jurisprudencia.

*“Empezada en Italia en tiempos de Alciato, este renacimiento del Derecho se extendió bien pronto por toda Francia. La nueva escuela no se sujetó más al examen, a menudo estéril, del texto de la ley. Extrae de todas las fuentes donde puedan enseñarla, sobre la lengua y costumbres de los romanos. Saca provecho de la historia, de la poesía, de la literatura; así que el estudio del Derecho se extiende y se ilumina [...] Esta escuela histórica fue una escuela francesa, por el número y el talento de los jurisconsultos que se colocaron en Francia a la cabeza del movimiento. Los dos más célebres fueron Cujas y Doneau, que enseñaron los dos el Derecho en Bourges, y murieron hacia el año 1590 [...] En el siglo XVII tuvieron en Francia, Bélgica, y especialmente en Holanda, discípulos muy eminentes. Alemania, mientras tanto, quedaba por completo extraña a esta nueva dirección de estudios jurídicos”.*³⁷

En Alemania, surge en el siglo XIX la nueva escuela histórica que retomó la tradición de los jurisconsultos del siglo XVI, destacándose los estudios de Savigny, quien afirmó:

*“la necesidad de un desarrollo espontáneo del Derecho, paralelo al de las costumbres y el idioma y adaptado a las realidades culturales propias de cada país [...] Savigny llega a justificar con estos postulados la recepción del derecho romano y exige incluso una aplicación más rigurosa del mismo en Alemania; los intérpretes más cualificados del sentimiento nacional en el campo jurídico, son, según él, los juristas que quieren aplicar el Derecho romano”.*³⁸

E. Escuela del derecho natural

El derecho estudiado en las universidades europeas desde la época de los postglosadores, se apartó gradualmente del derecho

36 *Idem.*

37 David, René, *op. cit.*, nota 34, pp. 67-68.

38 *Ibidem*, p. 42.

Justiniano, para convertirse en un derecho fundado sobre la razón y con vocación de universalidad. Conforme con dicha tendencia, surge la escuela del derecho natural en los siglos *xvii* y *xviii*,³⁹ con el objetivo de descubrir y enseñar los principios de un Derecho racional. Esta escuela introduce la idea del derecho natural inmutable, común a todos los países, lo que contribuye a la tenencia de la adhesión de la comunidad jurídica a principios filosóficos y morales comunes. También aporta la idea de los derechos subjetivos, inexistente en el derecho romano.

En relación al derecho privado, existe una identidad entre el *usus modernus pandectarum* y el derecho natural, por lo que dicha escuela lo que hace es proponer un nuevo método de aplicación e interpretación del derecho romano y su modernización.

“La Escuela del Derecho natural viene a completar la obra secularizadora de las Universidades al proponer modelos institucionales, deducidos de la razón de los siglos xvii y xviii, que afectan a la constitución, a la práctica administrativa y al Derecho penal [...] la Escuela de Derecho natural exige [...] un Derecho público que dé realidad a los derechos naturales del hombre y garantice las libertades de la persona humana”.⁴⁰

Esta escuela concibe al soberano como un legislador, atribuyéndole facultades de reformar el derecho conforme al derecho natural. Esta tendencia codificadora fue muy importante para el surgimiento del sistema jurídico romano-germánico.

IX. SURGIMIENTO DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÁNICO

El derecho romano había sido estudiado en las universidades, que fue modificándose hasta convertirse en un derecho romano modernizado o *usus modernus pandectarum*, aplicable a las nuevas condiciones, fundamentándose en el principio de legalidad.

Posteriormente, en el siglo *xiii*, también surge la idea que la sociedad debía regirse por el derecho, ante lo cual las universida-

39 Destacan las obras de Hugo Grocio (1583-1645), *De iuri belli ac pacis*, 1625; *De Jure praedae commentarius* y *Mare Liberum* 1609; e *Introducción a la ciencia del Derecho en Holanda*, 1631. Nota del autor.

40 David, René, *op. cit.*, nota 34, p. 34.

des proponen poner en vigor el derecho romano o bien elaborar un nuevo derecho sobre la base de las costumbres existentes o sobre una base jurisprudencial. En el caso de Inglaterra, se constituyó el sistema de derecho del *common law*, mientras que en los demás países que habían recibido la influencia de la enseñanza del derecho en las universidades europeas, prevaleció la propuesta de poner en vigor el derecho romano.

Este derecho era estudiado por los juristas en las universidades. Sin embargo, para lograr la vigencia del mismo se requería que reuniera las características de generalidad en su aplicación, conforme a la justicia y adaptabilidad a esa época de transformación. Para ello, también debía considerarse que existía el derecho aplicado en la práctica por los tribunales, por lo que el proceso se dio gradualmente y varió según los países y épocas que se consideren, por lo que en diferentes países se han dado diversos grados de romanización del derecho, es decir, el derecho que se aplicaba en la práctica, gradualmente se ha visto influenciado por el derecho romano.

Por ejemplo, en los casos de Italia, del sur de Francia, de España y Portugal, encontramos el derecho positivo más próximo al derecho romano, en virtud de que estos países han vivido bajo el imperio de las costumbres romanas. La influencia del derecho romano también es evidente en el derecho positivo de países como Austria, los Países Bajos y la mayor parte de Alemania. En otros países, el grado de recepción del derecho romano ha sido menor, debido a que existían costumbres más sistemáticas y extensas, pudiendo citar el caso del norte de Francia, de las regiones alemanas en donde ha estado vigente el Espejo de Sajonia, de Polonia, de Hungría y de Escocia. En el caso de Inglaterra e Irlanda, estos países se desarrollaron bajo el sistema jurídico del *common law*, por lo que existe en su legislación una escasa influencia del derecho romano.

Como se mencionó, estos derechos se vieron influenciados en distintos grados por el derecho romano, subsistiendo en los mismos elementos no romanos, como son el derecho canónico y las costumbres locales de origen no romano.

La escuela del derecho natural contribuyó a la codificación —ya que concibió al soberano como un legislador con facultades de

reformular el derecho conforme al derecho natural— la cual permitió plasmar la fusión que se dio entre el derecho teórico de las universidades y el derecho práctico, inicialmente en Francia, con ocasión de la Revolución Francesa.

“en el siglo XIX los principales estados de Europa occidental adoptaron códigos civiles (y otros códigos), cuyo arquetipo es el Código de Napoleón de 1804. El contenido de estos códigos civiles era casi idéntico al contenido de los tres primeros libros de las Institutas de Justiniano y el componente de derecho civil del jus commune de la Europa medieval, y la organización y la estructura conceptual eran similares”.⁴¹

La codificación contribuyó a la expansión del derecho romano-germánico tanto en Europa como fuera de ella. La familia jurídica romano-germánica está integrada por distintos países como se mencionó anteriormente, por lo que el concepto de familia jurídica romano-germánica debe analizarse bajo el criterio de semejanza de estructura, atendiendo a las categorías en que se clasifican las normas jurídicas de los diferentes derechos y el elemento fundamental del sistema, la norma jurídica.

Encontramos que en todos los países pertenecientes al sistema jurídico romano-germánico, las normas se agrupan en dos categorías generales: derecho privado y derecho público. También encontramos que el derecho público ha alcanzado un grado menor de desarrollo en relación al derecho privado y que el derecho se ha dividido para su estudio en derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional, derecho penal, derecho procesal, derecho civil, derecho mercantil, derecho laboral y otros.

X. FUENTES DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÁNICO

A. La ley

Actualmente, los países que integran la familia jurídica romano-germánica cuentan con legislación emanada del Poder Legislativo o de la Administración, la cual se fundamenta en el *principio de jerarquía normativa*, que los juristas deben interpretar y aplicar para encontrar

41 Merryman, John Henry, *op. cit.*, nota 16, p. 30.

soluciones justas en cada caso. Para ello cuentan con un sistema normativo jerárquico integrado por normas como constituciones, códigos, leyes y reglamentos.

En los sistemas jurídicos de los países de la familia jurídica romano-germánica, las *normas constitucionales* se encuentran en la cúspide de la pirámide jerárquica normativa, se presentan como constituciones o normas constitucionales escritas, con prestigio político o bien con autoridad para el control de la constitucionalidad de las leyes. También se encuentran los *códigos*, los cuales se derivan de la contribución del derecho natural de concebir al soberano como un legislador, de la codificación napoleónica en Francia en 1804 y de la adopción de los principales Estados de Europa occidental de códigos civiles en el siglo XIX. Además, se cuenta con *reglamentos*, emitidos por autoridades administrativas para lograr la aplicación de las leyes y las circulares administrativas, mediante las cuales las autoridades administrativas interpretan las normas jurídicas y disponen la forma de aplicarlas.

La aplicación de las leyes supone el proceso de su interpretación, el cual actualmente en los países de la familia jurídica romano-germánica inicia preferentemente con una interpretación gramatical y lógica. También puede realizarse una interpretación histórica, considerando la intención del legislador.

Actualmente, aunque existen diferencias entre las legislaciones de los países de la familia romano-germánica, todos comparten la idea del papel preponderante de la ley en su ordenamiento jurídico, la cual se complementa con otras fuentes del derecho como son la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales.

B. La costumbre

Actualmente, en los países de la familia jurídica romano-germánica, la costumbre es una fuente del derecho que permite aplicar soluciones justas. Reviste especial importancia la costumbre *secundum legem*, la cual consiste en aquella reconocida por la ley y conforme a ella, para interpretar las normas jurídicas tomando en cuenta los usos de cada lugar.

Las costumbres *praeter legem*, mediante las cuales se crean normas consuetudinarias con relación a una situación no contemplada

en la ley, se ha reducido en estos países, debido a la primacía de la ley en los ordenamientos jurídicos de cada país.

C. La jurisprudencia

La jurisprudencia se forma por las reiteradas interpretaciones de las normas jurídicas efectuadas por los tribunales en sus resoluciones, las cuales constituyen una fuente del derecho, desempeñando un papel creador de derecho, la cual se forma conforme las leyes establecidas por el legislador. Contribuye a conocer el contenido de las normas vigentes, considerando la forma en que los tribunales han aplicado dichas normas a través del tiempo. En los países del sistema jurídico romano-germánico la jurisprudencia es una fuente del derecho que varía su valor y fuerza vinculante de acuerdo a las legislaciones de cada país.

D. La doctrina

Inicialmente, para la familia jurídica romano-germánica, la doctrina era una de las principales fuentes del derecho, debido a los estudios de derecho realizados en las universidades europeas, con el tiempo, y especialmente como consecuencia de las ideas democráticas de la época y de la codificación, la ley pasó a ser la principal fuente del derecho y la doctrina como una fuente que ejerce influencia sobre el legislador, quien promulga las leyes sobre temas previamente analizados y estudiados por la doctrina.

E. Los principios generales

Los principios generales del derecho están constituidos por los enunciados normativos más generales, los cuales sin haber sido integrados al ordenamiento jurídico forman parte de él, a los cuales acuden los legisladores, jueces y juristas para interpretar las normas, considerando que el derecho no puede expresarse en su totalidad en normas, para lo que deberá acudir a otras fuentes, como los principios generales, para buscar las soluciones más adecuadas a casos concretos, conforme la justicia.

En los países de la familia jurídica romano-germánica, los legisladores acuden a los principios generales del derecho antes de promulgar una norma jurídica, para inspirarse en ellos y así poder

positivizarlos y los jueces y juristas lo hacen en su labor interpretativa del derecho. También invocan estos principios para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa o bien para integrar lagunas legales.

XI. CONCLUSIÓN

La familia jurídica romano-germánica se constituyó sobre la base del derecho romano y surgió por el renacimiento de los estudios del mismo en la Universidad de Bolonia, especialmente con los estudios del *Corpus Juris Civilis* realizados por Irnerio, fundándose la escuela de los glosadores y posteriormente con los estudios del profesor de Derecho Bártolo de Saxoferrato en el Siglo XIV, fundándose la escuela de los comentaristas, los cuales fueron modificando este derecho hasta convertirse en un derecho romanizado, en un *usus modernus pandectarum*.

Surgieron varias escuelas de pensamiento en las cuales se establecía el procedimiento apropiado para el estudio del *Corpus Juris Civilis*, como son la escuela pandectista, la escuela histórica y la escuela del derecho natural. Esta última surgió en el siglo XVII con el objetivo de descubrir y enseñar los principios de un derecho racional y vino a completar la labor iniciada por las universidades europeas, proponiendo un nuevo método de aplicación e interpretación del derecho romano y su modernización.

La escuela del derecho natural contribuyó a la codificación, tendencia importante para el surgimiento del sistema jurídico romano-germánico, ya que concibió al soberano como un legislador con facultades de reformar el derecho conforme al derecho natural, la cual permitió plasmar la fusión que se dio entre el derecho teórico de las universidades y el derecho práctico, inicialmente en Francia, con ocasión de la Revolución Francesa y posteriormente mediante la promulgación de códigos civiles y otros códigos en los principales Estados de Europa, siguiendo al modelo del Código de Napoleón de 1804.

La codificación contribuyó a la expansión del sistema jurídico romano-germánico tanto en Europa como fuera de ella. La familia jurídica romano-germánica está integrada por distintos países europeos y como consecuencia de la colonización y la codificación se

extiende fuera de Europa, a toda América Latina, una gran parte de África, los países del cercano Oriente, Japón e Indonesia.

Por la diversidad de países que integran la familia jurídica romano-germánica, este concepto debe analizarse bajo el criterio de *semejanza de estructura*, atendiendo a las categorías en que se clasifican las normas jurídicas de los diferentes derechos y el elemento fundamental del sistema, la norma jurídica.

La principal fuente del sistema jurídico romano-germánico es la ley. Los países que integran esta familia cuentan con legislación emanada del Poder Legislativo o la Administración, la cual se fundamenta en el principio de jerarquía normativa.

Actualmente, aunque existen diferencias entre las legislaciones de los países de la familia romano-germánica, todos comparten la idea del papel preponderante de la ley en su ordenamiento jurídico, la cual se complementa con otras fuentes del derecho como son la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales.

XII. BIBLIOGRAFÍA

DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, trad. de la 2ª ed. francesa por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1973.

LOSANO, Mario, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, versión castellana de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Unigraf, 1993.

MEJÍA DÁVILA, Marco Vinicio, *Universidad: orígenes, modelos y autonomía*, tesis de doctorado en derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2009.

MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 11ª reimpresión, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 2008.

MORINEAU IDEARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Ramón, *Derecho romano*, 3ª ed., México, Harla, 1993.

PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Época, 1977.

La interpretación del ordenamiento jurídico guatemalteco

Lic. José Pedro Aguirre Arango¹

Sumario: I. La interpretación jurídica: II. Las teorías de la interpretación jurídica: A. La teoría cognitiva; B. La teoría escéptica; C. La teoría intermedia o conciliatoria. III. Los tipos de la interpretación jurídica: A. La interpretación auténtica; B. La interpretación oficial; C. La interpretación judicial o jurisprudencial; D. La interpretación doctrinal. IV. Las técnicas de la interpretación jurídica: A. La interpretación literal, gramatical o declarativa; B. La interpretación correctora; C. La interpretación histórica; D. La interpretación evolutiva. V. Las técnicas de interpretación en el ordenamiento jurídico guatemalteco. VI. Bibliografía.

I. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua,² *interpretar* es explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente, de un texto. Por su parte, *sentido* tiene varias acepciones, dentro de las cuales se pueden indicar las siguientes: a) razón de ser, finalidad; y, b) significación cabal de una proposición o cláusula.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, *Magna Cum Laude*, de la Universidad Francisco Marroquín. Traductor jurado e intérprete judicial inglés-español. Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Rafael Landívar. Catedrático del Taller de legislación guatemalteca en la Universidad del Valle de Guatemala. Autor de los libros “*La consolidación del derecho de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados americanos*” y “*Los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos*”. Diplomado de especialización en derecho constitucional. Estudios completos en la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Además, ha recibido cursos en arbitraje comercial internacional, mediación y conciliación, propiedad intelectual, derecho laboral y derecho tributario.

2 En el curso del presente ensayo, se le llamará simplemente “el Diccionario”.

Los autores Alberto Pereira-Orozco y Marcelo Pablo E. Richter, profesores de la Universidad de San Carlos de Guatemala, indican que interpretar es desentrañar el sentido y significado de un texto normativo, descubriendo y explicando el lenguaje utilizado; y que según el Diccionario, la actividad de interpretación consiste en explicar o declarar el sentido de algo, principalmente de un texto.³

El jurista panameño Arturo Hoyos, citando al tratadista alemán Kart Larenz, señala que interpretar es un hacer mediador en que el intérprete comprende el sentido de un texto que se ha convertido en problemático; un hacer que consiste en que el intérprete se representa los diferentes significados posibles de un término o de una serie de palabras, y se pregunta cuál de tales significados es el exacto, no siendo la conclusión a la que llega el intérprete una lógicamente vinculante, sino una elección, motivada por razones suficientes, entre diferentes posibilidades de interpretación.⁴

Por su parte, el autor guatemalteco Vladimir Osman Aguilar Guerra señala que la interpretación en general es la atribución de sentido o significado de algo (realidad, fenómenos, sucesos, sensaciones, etcétera).⁵ El tratadista italiano Riccardo Guastini, profesor de la Universidad de Génova, afirma que interpretar implica la actividad interpretativa y el resultado o producto de tal actividad.⁶ En ese sentido, debe hacerse una distinción entre la interpretación del texto en cuanto tal y la interpretación del comportamiento humano que produce ese texto; una distinción muy sutil, pero clara, pues una cosa es preguntarse el significado de las palabras, y otro, preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor.⁷

La *interpretación jurídica* es la actividad dirigida a la búsqueda del sentido o significado de la norma a través de los textos o signos de exteriorización.⁸ Dicha interpretación pertenece al género de la

3 Pereira-Orozco, Alberto, y Marcelo Pablo Ernesto Richter, *Derecho constitucional*, 3ª edición, Guatemala, De Pereira, 2007, p. 151.

4 Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Colombia, Temis, 1998, pp. 1-2.

5 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *El negocio jurídico*, 5ª edición, Guatemala, Colección de Monografías Hispalense, 2006, p. 331.

6 Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, 1ª. ed., trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, IJ/UNAM, 1999, p. 1. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1651>.

7 *Ibidem*, p. 2.

8 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 331.

interpretación textual, ya que *grosso modo* denota la actividad de averiguar o decidir el significado de algún texto o documento jurídico, o el resultado o producto de esa actividad, es decir, el *significado*.⁹

La interpretación de las normas puede entenderse en dos sentidos:¹⁰ a) un sentido restrictivo, según el cual interpretar equivale a atribuir significado a una formulación normativa cuando existieran dudas o controversias sobre su campo de aplicación, llegándose a entender que únicamente se necesita interpretar un texto cuando su sentido es oscuro o discutible, o cuando se duda sobre su aplicabilidad a determinados hechos. Interpretar, por ende, será decidir el significado de un texto oscuro en una situación dudosa; y, b) un sentido amplio de la interpretación, de conformidad con la cual interpretar es atribuir significado a cualquier norma, ya sea que suscite o no dudas o controversias. En este sentido, cualquier decisión sobre el significado de un texto es interpretación; y la interpretación se constituye en el presupuesto necesario de la aplicación. Constituye un error aceptar que los textos jurídicos solo necesitan interpretación cuando aparecen especialmente “oscuros”, “poco claros” o “contradictorios”. En principio, todos los textos jurídicos son susceptibles de y necesitan interpretación.¹¹

La interpretación jurídica se ubica dentro de la *hermenéutica*, una ciencia que se ocupa de la comprensión e interpretación de ciertos textos, y la que debe considerarse como un proceso unitario que incluye no solo la comprensión e interpretación del texto, sino también su aplicación.¹²

9 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, pp. 2-3.

10 *Ibidem*. Para quien adopta un concepto restrictivo de la interpretación, cada palabra tiene su propio significado, la interpretación se resuelve en una mera actividad cognoscitiva, y esta tiene por objeto las normas. Para quien adopta un sentido amplio de la interpretación jurídica, atribuir cierto significado a un texto siempre requiere de valoraciones, elecciones y decisiones, por lo que la interpretación no puede limitarse a una actividad cognoscitiva, no siendo cierta la máxima de que toda palabra tiene su propio significado, y se cree que las palabras tienen el significado que quien utiliza o interpreta el texto les atribuye, siendo un significado mutable; el objeto de la interpretación es el texto, y la interpretación es la producción de normas.

11 Hoyos, Arturo, *op. cit.*, nota 4, pp. 1-2.

12 *Ibidem*, pp. 2-4.

La interpretación jurídica es la reformulación de los textos normativos de las fuentes. El intérprete produce un enunciado en su propia lengua, que él asume es un enunciado sinónimo de otro enunciado diverso.¹³

Los enunciados interpretativos son aquellos que adscriben significado a un texto normativo.¹⁴ Un enunciado puede usarse para interpretar en sentido estricto (discurso interpretativo) o para referirse a una interpretación (discurso descriptivo de la interpretación).¹⁵

II. LAS TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Las tres teorías o familias de teorías de la interpretación jurídica que se han esbozado son: a) la teoría cognitiva o formalística; b) la teoría “escéptica”; y c) la teoría intermedia entre las dos anteriores.¹⁶

A. La teoría cognitiva

La teoría cognitiva sostiene que la interpretación es una actividad cognoscitiva, consistente en verificar empíricamente el significado objetivo del texto normativo o la intencionalidad subjetiva de sus autores, siendo los enunciados de los intérpretes de tipo descriptivo, pudiendo comprobar la veracidad o falsedad de aquellos.¹⁷

B. La teoría escéptica

La teoría escéptica de la interpretación nos dice que la interpretación es una actividad de valoración y de decisión, y no de conocimiento. Los enunciados interpretativos no son verdaderos o falsos y las normas jurídicas son el resultado de la interpretación.¹⁸

13 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, p. 6.

14 *Ibidem*, p. 11.

15 *Ibidem*, p. 12.

16 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, pp. 13-18. La teoría intermedia –dice este autor– se refiere a un discurso sobre lo que la interpretación *es*, lo que la distancia de las doctrinas sobre lo que la interpretación *debe ser* (los métodos que los intérpretes deben adoptar, los objetivos que deben perseguir, etcétera).

17 Se cree, según esta teoría, que solo existe una interpretación verdadera, y la misma suele acompañarse de las creencias de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), y de que no hay lugar a la discrecionalidad judicial.

18 Por ende, esta teoría no cree en los sistemas legales completos o coherentes, y afirma que el juez crea derecho, en forma similar a como lo hace el legislador.

C. La teoría intermedia o conciliatoria

La teoría intermedia o conciliatoria indica que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y en otras, es una actividad de valoración y decisión. Los textos jurídicos generalmente son vagos e indeterminados, formulados en lenguaje natural mediante términos clasificatorios generales. En el significado de un texto normativo, hay un núcleo luminoso y una zona de penumbra. El intérprete decide el significado de un texto cuando está en una zona de penumbra y se limita a descubrir el significado de un texto cuando resuelve un caso claro. Si se está dentro del núcleo luminoso, el enunciado interpretativo es verdadero; si el significado recae en el área de penumbra, el enunciado no es verdadero o falso, sino es el resultado de una decisión discrecional.

Esta teoría presupone que existe una distinción objetiva entre los casos claros y los casos oscuros. Empero, los jueces usan la discrecionalidad no solo para solucionar un asunto oscuro dentro de la zona de penumbra, sino también para decidir si una controversia cae dentro del núcleo luminoso, ya que la penumbra misma es decisión de los intérpretes.

III. LOS TIPOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Tomando en cuenta las distintas figuras de los intérpretes, la interpretación jurídica se distingue en: a) *auténtica*; b) *oficial*; c) *judicial*; y d) *doctrinal*.¹⁹

A. La interpretación auténtica

La interpretación auténtica es, en sentido amplio, la realizada por el autor mismo del documento interpretado; y en sentido estricto y por antonomasia, es la interpretación de la ley realizada por el propio legislador a través de una ley sucesiva, llamada *ley interpretativa* o *ley de interpretación auténtica*.²⁰

19 *Ibidem*, p. 19.

20 El artículo 12 de la Ley del Organismo Judicial admite este tipo de leyes, al señalar que la ley que tenga por objeto aclarar o interpretar otra ley, no produce efectos respecto de actos ejecutados, ni respecto a la cosa juzgada.

B. La interpretación oficial

La interpretación oficial es la realizada por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones.

C. La interpretación judicial o jurisprudencial

La interpretación judicial o jurisprudencial es la realizada por un órgano jurisdiccional.

D. La interpretación doctrinal

La interpretación doctrinal es la efectuada por los juristas, especialmente, por los profesores de derecho en obras académicas. La interpretación doctrinal y la judicial se distinguen, en primer término, por su fuerza. Las interpretaciones doctrinales no surten efectos, sino sirven como meras sugerencias o recomendaciones que pueden (o no pueden) ejercer influencia sobre criterios jurisprudenciales. En cambio, la interpretación judicial sí produce efectos jurídicos, aunque limitados al caso concreto. Además, la interpretación doctrinal está orientada a los textos, esto es, pretende hallar el significado de los textos normativos en abstracto, sin preocuparse por la solución de una controversia específica. La interpretación judicial se orienta a los hechos, pues el punto de partida de la interpretación es el hecho controvertido al cual se busca solución. Por ende, el juez no puede limitarse a la interpretación textual. La aplicación del derecho requiere la interpretación de las fuentes y la calificación del supuesto de hecho, la que supone, a la vez, la verificación de los hechos de la causa.²¹

IV. LAS TÉCNICAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Para llevar a cabo su tarea, el intérprete debe valerse de unos métodos, medios o instrumentos, que son los criterios hermenéuticos o principios reguladores que sirven para interpretar las leyes; criterios que están consignados en las legislaciones ordinarias.²²

21 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, pp. 20-21.

22 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 332.

Savigny decía que existían cuatro métodos para interpretar las normas jurídicas: a) el *gramatical*; b) el *histórico*; c) el *lógico*; y d) el *sistemático*.²³

Guastini distingue dos tipos o técnicas fundamentales de la interpretación jurídica: a) la interpretación literal o declarativa; y, b) la interpretación correctora. Ambos conceptos son mutuamente excluyentes, y conjuntamente exhaustivos. El concepto de la interpretación literal es primario; el de la interpretación correctora es secundario, en el sentido de que depende lógicamente del otro.²⁴

A. La interpretación literal, gramatical o declarativa

Aguilar Guerra indica que la interpretación literal o declarativa es aquella que le atribuye a una disposición su significado literal; el significado más inmediato o *prima facie* que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas; y que el punto de partida de toda norma plasmada en un texto es el elemento literal y filológico, que es la letra o el tenor de ella, por lo que a la interpretación que se basa en dicho elemento se le conoce como interpretación gramatical, basada en la aplicación de las reglas de la semiótica o semántica y según la cual el intérprete debe estarse al significado de la palabra en el lenguaje usual, porque ese es el que el legislador usa ordinariamente.²⁵

Se solía decir que la interpretación literal o declarativa es la que atribuye su "*significado propio*" a las disposiciones normativas. Esta definición parte de la idea falaz de que toda palabra tiene un significado propio, es decir, un significado intrínseco e independiente de los usos. Si se admite que toda palabra tiene diversos significados, debe renunciarse a la noción de la interpretación declarativa o al menos redefinirla de manera que no sea tan rigorista. Por ende, se puede definir a la interpretación literal o declarativa como aquella

23 Hoyos, Arturo, *op. cit.*, nota 4, p. 13.

24 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, p. 25.

25 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 333. Aguilar Guerra afirma que la literalidad o textualidad opera también como límite y medida de interpretación. Es límite, pues le impide al intérprete que tenga una libertad de actuación absoluta, lo que permite teóricamente distinguir entre la interpretación y la integración o tarea de construcción de normas. La literalidad también es medida, pues se compara el resultado obtenido a través de la interpretación con el sentido meramente literal del texto interpretado.

que le atribuye a una disposición su significado literal; el significado más inmediato o *prima facie* que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.²⁶

Para el autor Guastini, esta definición peca de falta de rigor, porque no es posible establecer nítidamente cuál es el significado literal de las palabras ni delimitar con precisión la línea divisoria entre la interpretación literal y los otros tipos de interpretación. Asimismo, la interpretación literal se refiere al significado exactamente literal de la disposición interpretada; mientras que en la interpretación declarativa se hace énfasis en el significado querido por el legislador.²⁷

1. *Los argumentos que se usan a favor de la interpretación literal*

Los dos principales argumentos que se usan a favor de la interpretación literal son: a) el *argumento del lenguaje común*; y; b) el *argumento a contrario*.²⁸

a. *El argumento del lenguaje común*

El argumento del lenguaje común apela al significado ordinario o común de las palabras y a las reglas gramaticales de la lengua usualmente aceptadas. Empero, el significado ordinario es, en muchos casos, equívoco, impreciso y vago. Además, las reglas gramaticales son elásticas. Las expresiones pertenecientes al lenguaje ordinario se definen en los diccionarios de la lengua, los que casi siempre determinan varios significados alternativos para una misma expresión. También puede ser que las expresiones del lenguaje ordinario se hayan tecnicado y tengan un significado distinto en el mundo jurídico que en los otros campos, en cuyo caso las definiciones de los términos se encontrarán en los propios textos legislativos (si el legislador los ha definido) o en el uso del jurista (que rara vez presenta rasgos unívocos), y ya no en los diccionarios de la lengua. Además, puede haber expresiones pertenecientes al lenguaje técnico, que no siempre se utilizan en el lenguaje ordinario ni se encuentran en los diccionarios de la lengua, derivándose su significado de los usos que a los términos les den los especialistas en los distintos campos técnicos o científicos. En todo caso, el argumento del lenguaje común

26 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, p. 26.

27 *Idem.*

28 *Idem.*

tiende a excluir que se le atribuya a cierta disposición un significado distinto que el significado literal.²⁹

b. *El argumento a contrario*

El argumento *a contrario* como argumento interpretativo supone creer que existe una coincidencia perfecta entre el texto normativo y la intención del legislador. Se pretende excluir una significación más extensa o restringida de la disposición normativa que la que se desprende de su interpretación literal.³⁰ El argumento *a contrario* como argumento productor de una norma nueva es el uso más prevalente de este argumento. Si se argumenta *a contrario* una norma que confiere un derecho a cierta clase de sujetos, se excluiría que otras personas gocen de ese derecho; si es una disposición que limita el ejercicio de un derecho ante determinadas circunstancias, se excluiría que el ejercicio del derecho pueda también limitarse en presencia de circunstancias distintas.³¹

A través del uso del argumento *a contrario*, se puede llegar a conclusiones que pretendan colmar las lagunas del derecho. Así, puede argumentarse que no existe una laguna respecto de lo que la ley no ha regulado, sino que hay una norma implícita de contenido opuesto al de la disposición que se está interpretando. El uso del argumento *a contrario* también puede usarse para crear una laguna, o más bien, para dejarla manifiesta, pudiendo dejar la posibilidad de que se resuelva un caso de dos maneras distintas.³²

29 *Ibidem*, pp. 26-28.

30 *Ibidem*, p. 28.

31 *Ibidem*, pp. 28-29.

32 *Ibidem*, p. 29. Guastini cita el ejemplo del artículo 18 de la Constitución de Italia, el cual reconoce el derecho de libre asociación a los ciudadanos. Si el caso concreto a resolverse es si tal artículo le confiere también el derecho de asociación a los extranjeros o a los apátridas, el argumento *a contrario* como productor de normas puede dar lugar a dos soluciones distintas: a) la Constitución solo le confiere ese derecho a los ciudadanos, por lo que los extranjeros y los apátridas quedan excluidos, lo que implica adherirse a la convicción de que el sistema jurídico no tiene lagunas, ya que la Constitución le otorga derechos a unos y le niega implícitamente a otros tal derecho; o b) el hecho de que la Constitución le confiera el derecho de libre asociación expresamente a los ciudadanos, no conlleva a que los extranjeros o los apátridas estén excluidos. Al callar la Constitución, el sistema jurídico contiene una laguna, y se deja la posibilidad de resolver el asunto concreto de cualquiera de las dos maneras: incluyendo o excluyendo a los extranjeros y a los apátridas.

B. La interpretación correctora

La interpretación correctora es la desviación de la interpretación basada en el significado literal de las palabras. No obstante, si se piensa que no existe un significado propio de las palabras, debe encontrarse una definición más precisa de la interpretación correctora. En ese sentido, la interpretación correctora es toda aquella que le atribuye a una disposición normativa un significado distinto que el de su significación literal más inmediata.³³

1. Los argumentos propios de la interpretación correctora

Los argumentos propios de la interpretación correctora son esencialmente los siguientes:³⁴ a) el *argumento lógico, psicológico o teleológico*; b) el *argumento apagógico*; y, c) el *argumento naturalístico*.

a. El argumento lógico, psicológico o teleológico

El argumento lógico, psicológico o teleológico es el que apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del legislador, esto es, a la *ratio legis*. Este argumento, que apela a la voluntad del legislador, admite dos variantes notables: i) la intención del legislador se identifica con la voluntad de los seres humanos de carne y hueso que participaron activamente en la redacción y aprobación del documento normativo de que se trate; voluntad que se averigua a través de los llamados "*trabajos preparatorios*", como por ejemplo, los actos parlamentarios; y ii) la voluntad del legislador implica una voluntad abstracta, una voluntad de la ley o *ratio legis*. Para averiguar la voluntad de la ley, debe atenderse al texto de la propia ley, y a lo sumo, a las circunstancias sociales que la ocasionaron, y no a los trabajos preparatorios.³⁵

Se puede pues, en el ámbito de la interpretación jurídica, buscar la voluntad del legislador, mediante la llamada interpretación subjetiva, o puede buscarse la voluntad de la ley a través de la interpretación objetiva. La interpretación objetiva es la que ha ido ganando más espacio, pues se pretende encontrar una voluntad objetiva e inmanente en la propia ley y no en tratar de encontrar la voluntad del legislador.

33 *Ibidem*, p. 31.

34 *Ibidem*, pp. 32-33.

35 *Ibidem*, pp. 33-34.

Es la interpretación objetiva la que constituye el sistema más idóneo para completar y facilitar el progreso del ordenamiento jurídico.³⁶

b. *El argumento apagógico*

El argumento apagógico apela a la supuesta razonabilidad del legislador, excluyendo la creencia de que el legislador haya formulado normas absurdas o que conduzcan a resultados absurdos en su aplicación.

c. *El argumento naturalístico*

El argumento naturalístico apela a la naturaleza de las cosas, es decir, a las variaciones en las circunstancias de hecho para desacreditar el significado literal de una disposición normativa, pues este ya no se ajusta a la realidad; argumento que tiene una mayor fuerza respecto de aquellos textos lejanos en el tiempo.

2. *Los tipos de la interpretación correctora*

Los tipos de la interpretación correctora son: a) la interpretación *extensiva*; b) la interpretación *restrictiva*; c) la interpretación *sistemática*; d) la interpretación *adecuadora*; e) la interpretación *histórica*; y f) la interpretación *evolutiva*.

a. *La interpretación extensiva*

El primer tipo de interpretación correctora es la interpretación extensiva, aquella que extiende el significado *prima facie* de una disposición normativa, para incluir supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él.³⁷ El uso de la interpretación extensiva se confunde con la formulación de una nueva norma. En realidad, entre una y otra, solo existe una diferencia de grado.³⁸

36 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 341. Dicho autor agrega que una vez la ley ha sido promulgada, esta se separa de su autor y alcanza una existencia objetiva. El legislador ya ha hecho su papel, y ha dejado su obra, que es el texto de la ley, y su voluntad se ha convertido en texto. Las expectativas, propósitos y representaciones mentales del legislador carecen de obligatoriedad si no han logrado su expresión en la ley.

37 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, p. 34.

38 *Idem.*

Los argumentos usados para sostener una interpretación extensiva son: a) el argumento *a fortiori*; y, b) el argumento *a simili* o analógico.³⁹ La extensión analógica de una norma presupone la identificación previa de su *ratio*, esto es, de la razón, motivo u objetivo por el que la norma fue dispuesta, lo que implica remontarse al principio que la justifica. Sirve para formular una nueva norma, y no para interpretarla, siendo en realidad un argumento productor de derecho y no un argumento interpretativo.⁴⁰ El argumento *a fortiori* también presupone la identificación de la razón por el cual se conecta una consecuencia jurídica a determinado supuesto de hecho, siendo también un argumento productor de derecho en vez de un argumento interpretativo.⁴¹ El argumento *a fortiori* puede usarse para interpretar derechos u obligaciones. En el primer supuesto, asume la forma de argumento *ad majori ad minus*;⁴² en el segundo caso, asume la forma de argumento *a minori ad majori*.⁴³

b. *La interpretación restrictiva*

El segundo tipo de interpretación correctora es la interpretación restrictiva, la que se opone directamente a la interpretación extensiva. La interpretación restrictiva es aquella que restringe o circunscribe el significado *prima facie* de una disposición normativa, excluyendo supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él.⁴⁴

El argumento que se usa es el de la *disociación*, el cual consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una dis-

39 *Ibidem*, p. 35.

40 *Ibidem*, p. 36. Guastini presenta el siguiente ejemplo: el atribuirle a una empresa que edita libros determinados beneficios fiscales que la disposición normativa le confiere a las empresas editoras de periódicos, no implica considerar que el término "*periódico*" engloba también a los libros, sino la elaboración de una norma nueva que prevé como supuesto de hecho condicionante del beneficio fiscal la edición de libros, y no la de periódicos.

41 *Ibidem*, p. 38.

42 *Ibidem*, p. 39. Si se permite establecer intereses del 20%, con mayor razón se permiten fijar intereses del 10%.

43 *Idem*. Si se prohíbe tener en casa animales domésticos, con mayor razón se prohíbe tener tigres en ella.

44 *Ibidem*, p. 39.

tinción que no está en el texto, reduciendo el campo de aplicación de la norma solo a algunos supuestos de hecho previstos por la misma.⁴⁵

Existen otras técnicas de interpretación correctora, que no se dirigen únicamente a interpretar extensiva o restrictivamente a la disposición normativa, sino pueden emplearse indistintamente para justificar una o la otra. Son la *interpretación sistemática* y la *interpretación adecuada*.⁴⁶

c. *La interpretación sistemática*

La interpretación sistemática es toda aquella que deduce el significado de una disposición de su colocación en el “*sistema*” del derecho; ya sea del sistema jurídico en su conjunto, o más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico, es decir, en el conjunto de las disposiciones que disciplinan cierta materia o institución. El sistema y el subsistema se consideran como conjuntos de normas completas (carentes de lagunas) y coherentes (sin antinomias o contradicciones).⁴⁷ Se hace interpretación sistemática cuando se atiende al contexto en que está situada una disposición, para poder decidir sobre su significado, y no se atiende a tal disposición aisladamente considerada. Tal contexto puede ser más o menos amplio, pues puede abarcar los demás apartados del mismo artículo, el resto de los artículos de una misma ley, o incluso, la totalidad de las disposiciones que conforman un sistema jurídico.⁴⁸

Dentro de los tipos de interpretación sistemática, se encuentran las siguientes:⁴⁹ a) el tipo más simple de interpretación sistemática es el que combina distintos fragmentos normativos, para obtener, a

45 *Idem*, pp. 40-43. Guastini, provee, entre otros, el siguiente ejemplo: el artículo 100 de la Constitución de Italia establece que el Tribunal de Cuentas ejerce el control preventivo de legitimidad sobre los actos del gobierno, lo que a *prima facie*, pareciera referirse a todos los actos gubernativos, sin excepción. Empero, la Corte Constitucional italiana ha interpretado ese artículo en el sentido de que solo están sujetos al control preventivo del Tribunal de Cuentas los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley, no quedando sujetos a tal tipo de control los decretos-leyes y los decretos legislativos. La Corte Constitucional produce, entonces, una disociación o una distinción en donde la Constitución no ha hecho ninguna.

46 *Ibidem*, p. 43.

47 *Ibidem*, pp. 43-44.

48 *Ibidem*, p. 44.

49 *Ibidem*, pp. 44-47.

partir de ellos, una norma completa; norma que se le conoce como “combinado de disposiciones”;⁵⁰ b) otro tipo de interpretación sistemática es aquella que se basa en la *sedes materiae*, cuando se alega que cierta disposición debe aplicarse en cierto sentido –y no en otros–, debido al lugar que ocupa en la propia ley; c) presumir que existe constancia terminológica en el lenguaje legislativo, según la cual el legislador siempre emplea cada término en una ley con el mismo significado, y también presumir que cuando el legislador usa términos distintos en esa misma ley, tales términos no pueden tener el mismo significado; d) también puede presumirse que toda expresión del lenguaje legislativo recibe su significado del contexto peculiar en el que está situada, por lo que una expresión no puede conservar su mismo significado si cambia de contexto; e) las soluciones interpretativas que el intérprete proyecta sobre los textos normativos desde fuera; f) procedimientos comúnmente empleados para prevenir o evitar las antinomias, ejemplos de los cuales son la interpretación adecuada y el principio de que la ley especial deroga a la ley general;⁵¹ y, g) los procedimientos que se usan para colmar las lagunas de la ley, como la aplicación analógica y el uso y construcción de principios.

c.1 La aplicación analógica

La analogía es, en el lenguaje común, casi sinónimo de semejanza. En el lenguaje jurídico, la aplicación analógica es la aplicación de una norma a un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma.⁵²

El argumento analógico o argumento *a simili*, es el procedimiento discursivo que se emplea para motivar o justificar la aplicación analógica, cuya estructura es la siguiente: a) el derecho presenta, *prima*

50 *Ibidem*, pp. 44-45. Guastini cita, como ejemplo, la norma según la cual “sólo el daño no patrimonial que resulte de un ilícito que constituya un delito debe resarcirse”, resulta de la combinación del artículo 2059 del Código Civil italiano –el daño no patrimonial solo debe resarcirse en los casos determinados por la ley–, y el artículo 185 del Código Penal de Italia –todo delito que haya ocasionado un daño, patrimonial o no patrimonial–, obliga al culpable a resarcirlo.

51 El artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial admite este procedimiento, al declarar que las disposiciones especiales de las leyes prevalecen sobre las disposiciones generales de las mismas o de otras leyes.

52 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, p. 57. Guastini agrega que se usa la analogía cuando se aplica a un contrato atípico las normas aplicables a un contrato típico, siempre que los dos tipos de contratos guarden una semejanza relevante.

facie, lagunas, pues un supuesto de hecho no está disciplinado por ninguna norma explícita; b) ese supuesto de hecho no disciplinado guarda una semejanza relevante o esencial con otro supuesto de hecho que sí está regulado por una norma que le atribuye determinada consecuencia jurídica; y c) se concluye construyendo una norma o máxima de decisión que le atribuye al supuesto de hecho no previsto la consecuencia jurídica dispuesta para el supuesto de hecho disciplinado.⁵³

El argumento analógico es un argumento productor de derecho que se usa para fundamentar una creación jurisprudencial de una norma nueva; una norma que no constituye el significado de ninguna disposición preexistente; y no se emplea para justificar una decisión interpretativa, es decir, una decisión sobre el significado de cierta disposición.⁵⁴ Para que proceda el argumento analógico, deben justificarse las premisas (la existencia de una laguna legal y la imposibilidad de resolverla de otro modo) y las semejanzas de hecho entre ambos supuestos.

La existencia de una laguna en el ordenamiento jurídico es discutible, pues siempre es posible usar otras técnicas interpretativas que permitan evitarla. Además, aunque exista la laguna, no es forzoso colmarla, pues cualquier controversia puede resolverse mediante el argumento *a contrario*.⁵⁵ Tanto el argumento *a contrario* como el argumento analógico son técnicas de integración del derecho, los cuales presuponen la existencia de lagunas. Empero, se considera que el argumento *a contrario* es un argumento interpretativo; no creador de normas nuevas, lo que encuentra su fundamento en una concepción imperativista y liberal del derecho, según la cual los hombres son libres en un estado de naturaleza, sin tener obligación alguna, y que el derecho es un conjunto de normas imperativas (mandatos) que imponen obligaciones a sus destinatarios, limitando así su libertad natural, quedando siempre, más allá del ordenamiento jurídico, una zona de libertad residual, en que todos los comportamientos que

53 *Idem*.

54 *Ibidem*, p. 58.

55 *Idem*. Así, puede concluirse que cierto supuesto de hecho, debido a que no está regulado, carece de cualquier consecuencia jurídica; por ejemplo, puede concluirse que cierto comportamiento, por no estar prohibido, está permitido; o que cierto sujeto no es titular de un derecho porque este no se le ha conferido expresamente. Se trata del uso productor del argumento *a contrario*.

no estén regulados por normas jurídicas permanecen libres. En ese sentido, el argumento *a contrario* solo podría usarse frente a normas imperativas, pues no existirían normas de otro tipo. El argumentar *a contrario* conduce a la formulación de normas nuevas de carácter permisivo –lo que no esté expresamente prohibido está permitido–.

Si se considera al derecho como un conjunto de obligaciones, la formulación de normas permisivas no son creaciones del derecho, sino meros reconocimientos de zonas de libertad naturales, y por ende, el argumento *a contrario* aparece como un inocuo argumento interpretativo.⁵⁶ Pero en realidad, el derecho también está formado por normas permisivas, y el argumento *a contrario* también puede usarse en relación con este tipo de normas, pero su empleo conduce a la formulación de nuevas obligaciones o normas imperativas –si el comportamiento en cuestión no está permitido expresamente, está prohibido–. La formulación de una nueva norma imperativa constituye creación del derecho.⁵⁷

El argumentar *a contrario* para colmar una laguna legal no es una simple operación interpretativa neutra, pero en nuestra cultura jurídica, el empleo de este tipo de argumento con ese objetivo no se concibe como una operación dramática; como una intervención creadora del intérprete. Por ello, el argumento analógico debe reforzarse con otras premisas que excluyan la posibilidad de usar el argumento *a contrario*, pues siempre puede usarse el argumento *a contrario* como alternativa al argumento analógico.⁵⁸

La analogía implica que dos cosas o casos semejantes deben subsumirse bajo la misma regla si la razón de aplicar esta al primer caso se repite en el segundo, es decir, que a un caso no resuelto directamente por la ley se le aplica la solución dispuesta para otro u otros casos que resultan esencialmente idénticos. La analogía consiste en aplicar a un hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar.⁵⁹ La analogía puede ser *legis* y *iuris*.

56 *Ibidem*, p. 59.

57 *Ibidem*, pp. 59-60.

58 *Ibidem*, p. 60.

59 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 337-338. Aguilar Guerra indica que la analogía es más bien un procedimiento de integración de las leyes, y que las tres características generales del procedimiento analógico son: a) ninguna norma contempla directamente el caso planteado; b) hay una norma que contempla

En la analogía *legis*, se procede lógicamente de lo particular a lo particular, pues se aplica una norma singular a un caso no contemplado; mientras que en la analogía *iuris* no se toma en cuenta una norma concreta sino varias o un conjunto de ellas para deducir un principio general que se aplicará al supuesto no regulado, procediéndose de lo particular a lo general, para después descender a lo particular.⁶⁰

Se ha dicho que el fundamento para la interpretación analógica es que dos supuestos de hecho iguales han de tratarse de la misma forma. Sin embargo, la aplicación analógica implica la existencia de dos supuestos de hecho semejantes –y por ende, distintos–. Si tales supuestos fuesen iguales, el problema se resolvería sin necesidad de recurrir a la analogía.⁶¹

La aplicación analógica de una norma presupone la identificación previa de la llamada *ratio legis*; o sea, la identificación del motivo, la razón o el fin para el que se dispuso la norma, lo que equivale a remontarse al principio que justifica a la norma, por lo que puede decirse que la aplicación analógica implica aplicar el principio que se evidencia en una norma particular, y no extender una disposición particular. Desde ese punto de vista, la distinción entre la aplicación analógica (analogía *legis*) y recurrir a los principios del derecho (analogía *iuris*) es solo una diferencia de grado.⁶²

La aplicación analógica es una técnica de integración del derecho en presencia de lagunas. Existe una laguna del derecho cuando se considera que cierto supuesto de hecho no está regulado por una norma expresa.⁶³ Existen dos métodos de integración: a) la llamada analogía *legis* o simplemente analogía, en la que se aplica una norma particular a un supuesto de hecho semejante al previsto por ella; y b) la analogía *iuris*, mediante la cual se recurre a los principios generales del derecho.⁶⁴

un supuesto distinto de ese caso; y, c) hay una semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso que debe decidirse.

60 *Idem*, p. 338.

61 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 6, p. 60.

62 *Ibidem*, p. 61.

63 *Ibidem*, pp. 61-62.

64 *Ibidem*, p. 62.

Puede evitarse y no colmarse una laguna, a través de distintos métodos: a) ampliar el material legislativo hasta encontrar una disposición que sea idónea, oportunamente interpretada, para que sea la norma reguladora al supuesto de hecho; b) modificar la anterior interpretación del material legislativo, acudiendo a la interpretación evolutiva, sistemática o extensiva, y encontrar de esa manera la norma que se considera ajustada al supuesto de hecho; c) argumentar a *contrario*; y, d) elaborar normas o principios que se consideran implícitos en las fuentes del derecho.⁶⁵

La norma según la cual “*todo lo que no está expresamente prohibido está permitido*”, se le conoce como el principio de la norma general exclusiva o negativa.⁶⁶ Ello implica que en el ámbito del derecho penal, está prohibida la aplicación analógica, es decir, construir normas nuevas aduciendo la semejanza entre el supuesto de hecho regulado por la ley y aquel que no está contemplado por la misma. Las normas penales no pueden aplicarse a supuestos de hecho distintos de los expresamente mencionados en ellos, aunque sean semejantes.⁶⁷ Tal prohibición de usar la analogía conlleva al uso productivo del argumento *a contrario*, pues si no existe una norma que atribuye una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, ello implica afirmar que existe una norma implícita de contenido negativo, según la cual si no hay consecuencia, tampoco puede haber sanción. Si se permitiera la aplicación analógica de la ley penal, se violaría el principio de la seguridad del derecho.⁶⁸

Puede trazarse una distinción entre la aplicación analógica y la interpretación extensiva. La primera se adscribe a los métodos de integración del derecho, y la segunda a los auténticos métodos interpretativos, pues decidir cuál es el significado de una disposición es diferente a construir una disposición inexistente.

65 *Ibidem*, p. 63. Todas esas operaciones pueden justificarse apelando al dogma de la integridad del derecho. Se prefiere esa forma de resolver los casos en sede judicial, frente a la analogía, especialmente en aquellos sistemas, como el nuestro, en que existe la separación de poderes y los jueces no pueden crear derecho. La creación jurisprudencial del derecho se presenta como la mera explicitación de normas implícitas; como la elaboración de normas que ya se consideran existentes en el sistema legislativo, aunque sea en forma latente.

66 *Ibidem*, pp. 64-65.

67 *Ibidem*, p. 64.

68 *Ibidem*, p. 66.

“Se interpreta extensivamente el derecho cuando se extiende el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de su significado literal más inmediato. Se aplica analógicamente el derecho cuando se utiliza una norma jurídica para resolver un caso que se reconoce como excluido de su campo de aplicación, y esto, como se ha visto, no es distinto de elaborar una norma nueva”.⁶⁹

La interpretación de una ley es extensiva cuando el contenido real de las disposiciones particulares, que ha sido correctamente establecido a través de los medios proporcionados por la lógica y la técnica jurídicas, es más amplio que el que se desprende de las expresiones literales que componen la disposición misma.⁷⁰ La interpretación extensiva no amplía el contenido real de la norma, sino impide que supuestos de hecho comprendidos en ella escapen a su disciplina por un respeto injustificado a la falta de expresiones literales, y conlleva a que el intérprete debe aplicar la norma más allá de lo que la dicción literal comportaría, haciendo coincidir exactamente el alcance de la norma con el pensamiento y la voluntad del legislador.⁷¹

c.2 La interpretación adecuadora

La interpretación adecuadora es una de las clases más importantes de la interpretación sistemática.

Pueden distinguirse dos tipos de interpretación adecuadora:⁷²

69 *Ibidem*, pp. 69-70. En todo caso, dice Guastini, distinguir entre interpretación extensiva y aplicación analógica es fútil, pues el uso de la analogía viene usualmente enmascarado con otros argumentos, como el de recurrir a los principios.

70 *Ibidem*, pp. 70-71, Guastini cita la sentencia de casación 1453/1970 de la jurisprudencia italiana.

71 *Ibidem*, p. 71. Guastini cita la sentencia de casación penal de 8 de enero de 1980, de la jurisprudencia italiana.

72 *Ibidem*, pp. 47-48.

c.2.1 Cuando se adapta o adecua el significado de una disposición a un significado previamente establecido de otras disposiciones de rango superior; superioridad que puede ser jerárquica o estructural.⁷³

Ello sucede cuando se interpreta una disposición de acuerdo con la Constitución Política de la República. Siendo la Constitución la norma fundadora de todo el ordenamiento jurídico, se debe interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución, de donde se colige reafirmar la normatividad de la Constitución y su rango jerárquico preeminente desde un punto de vista formal, y el valor informador que tienen los valores y principios constitucionales sobre el resto del ordenamiento jurídico, al operar como principios generales del derecho, pero con una eficacia reforzada, pues además de ser principios generales del derecho, también son principios constitucionales.⁷⁴ En general, este tipo de interpretación adecuada tiende a conservar la validez de los textos normativos, pues a través de este tipo de interpretación, se evita declarar la invalidez o ilegitimidad de una norma que resultaría inválida si se le interpretase de otra forma.

c.2.2 Cuando se adapta o adecua el significado de una disposición a un principio general o fundador del derecho, previamente establecido.

Un principio no ostenta necesariamente un rango superior al de una disposición particular, salvo en sentido meramente axiológico.⁷⁵

73 *Ibidem*, pp. 48-49. Guastini menciona como ejemplos de este tipo de interpretación adecuada las siguientes: a) si una disposición legislativa admite dos posibles interpretaciones, una que es conforme con las normas constitucionales, y otra que es contradictoria con las mismas, debe preferirse aquella que opta por la primera interpretación y rechaza la segunda; b) las llamadas sentencias “interpretativas” de la Corte Constitucional, ya se trate de sentencias interpretativas estimativas (aquellas en que la Corte declara ilegítima una posible interpretación del artículo constitucional, y se abstiene de declarar la inconstitucionalidad de la norma), o de las sentencias interpretativas desestimativas, en que la Corte también evita declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero interpreta esta de modo que sea conforme con la Constitución; y c) cuando se interpreta un reglamento de ejecución de la manera conforme con las disposiciones de la ley a cuya ejecución se orienta.

74 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 335.

75 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 48. Guastini indica que se da este tipo de interpretación adecuada, cuando se interpreta que una norma no es retroactiva,

Los principios generales del derecho son los criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de cierta legislación. Son criterios o valores no legislados ni consuetudinarios, que son impuestos por la comunidad, pero que no se manifiestan en ley o en costumbre.

Para el iusnaturalismo, el derecho natural penetra en el derecho positivo a través de los principios generales del derecho; siendo normas que no han encontrado formalización o sanción estatal, pero que poseen una vigencia, validez y obligatoriedad innegables, pues forman parte de un sistema superior que se encuentra insertado en la naturaleza humana y que quedó grabado en la conciencia humana. En cambio, para el iuspositivismo, los principios generales del derecho son las ideas matrices que inspiran a las leyes o normas concretas de ese derecho positivo, y son también las normas generales que se obtienen mediante un proceso de generalización y decantación de esas leyes.⁷⁶ Los principios generales del derecho guardan una relación muy estrecha con el fenómeno denominado de las “*lagunas de la ley*”, que consiste en la inexistencia de una ley aplicable a determinada materia o institución, o en una falta de previsión de cierto punto que aparece controvertido por parte de una ley efectivamente inexistente.⁷⁷

El objeto y efecto de las distintas formas de interpretación adecuada es evitar el surgimiento de antinomias entre normas de distinta jerarquía, o entre las normas particulares y los principios generales del derecho, por lo que siempre se usa esta técnica de interpretación recurriendo al dogma de la coherencia del derecho. La interpretación adecuada puede tener efectos extensivos o restrictivos. Tendrá efectos restrictivos, si se limita la aplicación natural de una disposición normativa con el objeto de ajustarla a los parámetros

aunque podría interpretarse que sí lo es, con el objeto de adecuarla al principio general de la irretroactividad de las leyes. Ese modo de interpretar se rige por la presunción tácita de que el legislador respeta los principios generales del derecho, y no pretende derogarlos.

76 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, pp. 339-340. Aguilar Guerra señala que son principios generales del derecho la dignidad y el respeto de la persona, el deber de indemnizar los daños causados culposamente, el deber de restituir el enriquecimiento injusto, el ejercicio de los derechos conforme a su función social, etcétera.

77 *Ibidem*, p. 340.

constitucionales. Por el contrario, los efectos de una disposición normativa serán extensivos, si deba ampliarse su campo de aplicación, para adecuarla a la Constitución.⁷⁸

A una disposición, especialmente una antigua, se le pueden aplicar dos tipos de significado: a) uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que se creó; significado que puede ser o no ser su sentido literal; o b) uno de los significados que puede adquirir en el momento en que se le interpreta. Dependiendo de esa distinción entre los significados que puede tener una disposición normativa, surgen otras técnicas de interpretación: la interpretación “histórica” y la interpretación “evolutiva”.

C. La interpretación histórica

La interpretación histórica es aquella que le adscribe a una disposición normativa uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada. La interpretación histórica se refiere a la invocación a los antecedentes históricos y legislativos, para conocer la problemática que la norma estaba tratando de resolver y el espíritu que la anima, con lo que no se busca reconstruir la voluntad del legislador, sino es un medio para el mejor entendimiento de lo que el legislador ordenó.⁷⁹

D. La interpretación evolutiva

La interpretación evolutiva adscribe a una disposición normativa un significado nuevo y diferente de su significado histórico.⁸⁰ La interpretación evolutiva rechaza o se aparta de interpretaciones anteriores consolidadas, y le atribuye a un texto normativo un sig-

78 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 49. Guastini afirma que siempre que se amplían los efectos de una ley a otros sujetos que no estaban contemplados expresamente en la disposición, en aplicación del principio de igualdad constitucional, se está haciendo una interpretación adecuada con efectos extensivos. Asimismo, otro ejemplo de este tipo de interpretación adecuada con efectos extensivos se encuentra en las llamadas sentencias “*aditivas*” de la Corte Constitucional.

79 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 336.

80 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 50. Guastini afirma que la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1791, prohíbe infligir penas crueles e inusuales. Si, en relación con la pena de muerte, se interpreta tal disposición en sentido histórico, se permitiría en la época actual la imposición de la pena de muerte; pero si se interpretase de manera evolutiva, la imposición de la pena de muerte estaría prohibida por dicha enmienda.

nificado nuevo y distinto del que históricamente había asumido. La interpretación evolutiva es claramente correctora, pero no necesariamente lo es del significado literal de la norma, sino de su significado histórico, y adapta la norma a los tiempos y a las cambiantes condiciones históricas y sociales.⁸¹

La interpretación evolutiva se basa en que debe cambiar (“*evolucionar*”) el modo en que se interpreta una norma a medida que varían las circunstancias históricas (sociales, culturales, etc.) en que la misma ha de ser aplicada. Tiende esta interpretación a adaptar leyes viejas o relativamente viejas a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico. Con ella se hace referencia a la “*naturaleza de las cosas*”, es decir, a que la interpretación de la ley debe cambiar cuando cambien las circunstancias en que dicha ley ha de ser aplicada; mientras que la interpretación histórica se funda en la voluntad del legislador.

La interpretación evolutiva no es necesariamente restrictiva o extensiva, pues su resultado puede ser una restricción o una extensión del campo de aplicación de una ley.⁸² Cuando la interpretación evolutiva conduce a una interpretación extensiva del derecho, se recurre al dogma de la integridad del derecho: si no se extiende el significado de la ley para cubrir nuevos supuestos de hecho que no estaban incluidos por haber sido excluidos de su significado literal, no previsto por el legislador histórico, el derecho presentaría lagunas.⁸³

V. LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO

El artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial contiene las técnicas que han de seguirse en la interpretación del ordenamiento jurídico guatemalteco.⁸⁴ Dicho artículo dispone lo siguiente:

81 *Idem.*

82 *Ibidem*, p. 51. El resultado de la interpretación evolutiva será restrictiva si restringe el significado del vocablo “*obsceno*” a escritos y películas cinematográficas que en el pasado eran considerados como tales. El resultado será extensivo, si por ejemplo, se incluye el derecho a la identidad personal, como un derecho inviolable del ser humano.

83 *Idem.*

84 Debe recalcar que el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial está incluido en el Capítulo I (Preceptos Fundamentales) del Título I (Normas Generales) de tal Ley, y que el artículo 1 señala que los preceptos fundamentales de esa ley son las

“Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

Tal artículo se adscribe a un sentido restrictivo de la interpretación jurídica, pues según dicha norma, únicamente se necesita interpretar un texto cuando su tenor literal no fuera claro. No obstante, debe aclararse que la distinción entre pasajes claros y pasajes oscuros de una ley, no está indudablemente demarcada, por lo que los jueces usan la discrecionalidad para solucionar un asunto oscuro que se ubique dentro de la zona de penumbra, y para decidir si una controversia se encuentra o no dentro del núcleo luminoso.

La interpretación, entonces, es una actividad de conocimiento y de valoración a la vez, en que han de combinarse, en primera instancia, de manera armónica y lógica, las técnicas de la interpretación literal o gramatical según las reglas de la semántica (*“Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras”*) y de la sintaxis (*“Las normas se interpretarán conforme [...] a su contexto”*)⁸⁵ y las técnicas de la interpretación correctora de tipo sistemático (*“Las normas se interpretarán conforme [...] a su contexto”*;⁸⁶ *“El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes”*⁸⁷), y

normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.

85 Aguilar Guerra afirma que la referencia al contexto implica otro estadio de la interpretación gramatical, que sería de tipo sintáctico; y que la interpretación sintáctica no se dirige a fijar el sentido de una palabra, sino a la fijación del sentido de una proposición entera, a través de la coordinación gramatical y el respectivo valor que las distintas palabras tienen. Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 334.

86 Añade Aguilar Guerra que el contexto es un término en que se alude a la tradicional interpretación sistemática de la norma. *Idem.*

87 Aguilar Guerra señala que el ordenamiento jurídico es un sistema o conjunto que obedece a pautas y directrices, por lo que debe tomarse en cuenta la interconexión de sus normas al momento de la interpretación. *Idem.*

adecuadora de conformidad con la Constitución Política de la República (“Las normas se interpretarán [...] y de acuerdo con las disposiciones constitucionales”).⁸⁸

Con el objeto de dilucidar, para los efectos de la interpretación literal de las normas, qué debe entenderse por el “sentido propio” de las palabras que conforman el texto de una norma, es preciso citar el artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial:

“El idioma oficial es el Español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente. Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate. Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto”.

De la lectura de este artículo, se puede concluir en lo siguiente: a) en primer término, el sentido propio de las palabras que componen el texto de una norma es el sentido que el legislador le haya dado expresamente, con lo cual se acoge la llamada interpretación auténtica; b) en segundo término, el sentido propio de las palabras será el que corresponda a la acepción correspondiente en el Diccionario de

88 Debe recordarse la validez y vigencia de los principios de la jerarquía normativa y de la supremacía constitucional, como principios fundamentadores de todo el ordenamiento jurídico guatemalteco. Al respecto, el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial indica que los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno; que las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos; y que carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior. Además, la Constitución Política de la República proclama el principio de la supremacía constitucional, en las siguientes partes de su texto: a) el tercer párrafo del artículo 44, al indicar que 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; b) el primer párrafo del artículo 175, al señalar que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución; y que las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*; y, c) el artículo 204, el que declara que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

la Real Academia Española; c) si una palabra no aparece definida en tal diccionario, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate; y d) las palabras técnicas se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto.

Si aún persistieren zonas de penumbra o pasajes oscuros en la norma, el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial contiene un orden jerárquico de técnicas de interpretación jurídica al que se puede acudir, para aclarar dichos pasajes oscuros. Las técnicas de interpretación que en tales supuestos pueden emplearse son las siguientes: i) la interpretación teleológica o finalista⁸⁹ (*"pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma"*), esto es, el uso del argumento teleológico para corregir el significado literal de la ley y para justificar el empleo de un sentido distinto al literal, en aras del motivo⁹⁰ o de la esencia⁹¹ de la ley; ii) la interpretación histórica (*"pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: [...] b) A la historia fidedigna de su institución"*); iii) la analogía legis (*"pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: [...] c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas"*); y, iv) la analogía iuris y la interpretación adecuadora de conformidad con los principios generales del derecho (*"pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: [...] d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho"*).

El artículo citado menciona expresamente a la *equidad*. De conformidad con el Diccionario de la RAE, la equidad es la propensión a dejarse guiar o a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley; la justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva; y la disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece. Aguilar Guerra indica que la equidad tiene al menos

89 Aguilar Guerra escribe que cuando se habla del *"espíritu y finalidad de la norma"*, el legislador acoge el criterio teleológico en la interpretación de la norma. Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, p. 335.

90 El Diccionario define al vocablo *"finalidad"* como el fin con el que o porque se hace algo; y a *"fin"*, en su acepción número tres, como el objeto o motivo con que se ejecuta algo.

91 El Diccionario define al vocablo *"espíritu"*, en su acepción número cuatro, como el principio generador, el carácter íntimo, la esencia o la sustancia de algo.

cuatro sentidos diferentes: 1) justicia natural o derecho natural frente al derecho legislado o derecho positivo; 2) manifestación de lo igual o de la justicia fundada en la igualdad; 3) moderación de la norma general para atender las circunstancias del caso concreto, frente a las exigencias estrictas del derecho; y 4) manera de resolver litigios al margen de las normas jurídicas, aplicando en su lugar criterios de razón, moralidad, etc. En todo caso, por equidad debe entenderse la solución justa al caso concreto.⁹²

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman, *El negocio jurídico*, 5ª ed., Guatemala, Colección de Monografías Hispalense, 2006.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, IJ/UNAM, 1999, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1651>.

HOYOS, Arturo, *La interpretación constitucional*, Colombia, Temis, 1998.

PEREIRA-OROZCO, Alberto, y RICHTER, Marcelo Pablo Ernesto, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Guatemala, De Pereira, 2007.

92 Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *op. cit.*, nota 5, pp. 338-339. Dicho autor considera que los primeros dos sentidos tienen importancia en el ámbito de la filosofía política y jurídica, mientras que los dos últimos sentidos de la equidad son los que tienen relevancia en la interpretación y la aplicación del derecho.

La inexistencia de conflicto entre derechos fundamentales.

Análisis sobre las doctrinas de interpretación constitucional

Lic. Julio Santiago Salazar Muñoz¹

Sumario: I. Introducción. II. Generalidades. III. La interpretación de las normas constitucionales. IV. La doctrina sobre el conflicto en los derechos fundamentales: A. La jerarquización de los derechos fundamentales; B. La ponderación de los derechos fundamentales; C. Doctrinas no conflictivistas. V. Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad ante el conflicto de derechos fundamentales. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, estudios en la Maestría en Consultoría Tributaria de la Facultad de Ciencias Económicas de la USAC, pensum cerrado en la Maestría en Derecho Corporativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la URL, Diplomado en Propiedad Intelectual por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Diplomado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala por el programa de actualización en derecho constitucional. Estudios en la especialización en docencia universitaria impartido por el Centro de Actualización Profesional de la URL. Asesor jurídico de empresas, Coordinador Académico del área privada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la URL desde 2004 a la fecha y catedrático titular de dicha casa de estudios desde el 2000. Becado por el Programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana en Colaboración con el Instituto Eurolatinoamericano de Estudios y la Unión Europea para asistir al curso “El proceso de cooperación entre la Unión Europea y Centroamérica” en la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid, y por la Universidad Rafael Landívar para la Maestría en Derecho Corporativo.

I. INTRODUCCIÓN

Siendo recurrente y si se quiere hasta común, los órganos jurisdiccionales hacen uso en sus consideraciones al momento de resolver, que han actuado dentro de un proceso respetando garantías constitucionales de una de las partes. Dicho sea de paso, ese ánimo de protección de los derechos fundamentales resulta, en algunos casos, en detrimento de los derechos constitucionales de las otras partes, y si bien es cierto que por disposición legal debe imperar en cualquier proceso judicial este tipo de actuación, también es cierto que por su naturaleza no se puede violar una garantía constitucional justificando que esta violación es para proteger otra garantía constitucional.

El presente documento enfoca un problema de carácter práctico, ¿Cuál es la forma correcta, legal y justa de resolver cuando se tiene un caso de derechos fundamentales en conflicto?, y tiene como objetivo hacer una propuesta formal que ayude al juzgador a poder reconocer estos problemas y resolverlos de la mejor manera posible.

Por ser una investigación jurídica descriptiva, se entrará a analizar lo que la doctrina en derecho constitucional tiene al respecto, cómo trata este problema la legislación extranjera y se estudiará la manera en que la jurisprudencia ha resuelto en casos análogos.

II. GENERALIDADES

Como un elemento de estudio muy importante para la presente investigación, se encuentran los derechos fundamentales.

Según Ferrajoli:

*“los Derechos Fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.*²

Por ello, podemos entender que los derechos fundamentales son aquellos que, por la naturaleza humana, son imprescindibles para el mantenimiento, respeto y protección de la dignidad humana y cuya tutela recae en el Estado.

2 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, España, Trotta, 1999.

Estos derechos fundamentales no son de carácter ilimitado, sino que se rigen por los límites que la ley les impone. No sería dable que un ordenamiento jurídico permitiera de manera ilimitada el ejercicio de estos porque de un momento a otro entrarían en conflicto con los de otra persona. Como ejemplo, la libertad de acción nos permite hacer lo que la ley no prohíbe; en este sentido, la ley será el límite que este derecho fundamental tendrá y establecerá qué acciones u omisiones están encuadradas dentro del marco legal y cuáles no.

El caso anterior es bastante simple de resolver, pero existen algunos aún más complejos en los cuales la solución no es tan evidente; cuando tenemos uno de estos casos, nos enfrentamos ante la posible colisión de dos o más derechos fundamentales. El Estado garantiza a cada persona estos derechos, por lo que no es dable que en la tutela de los derechos de uno se violen los de otros y es en este punto cuando la doctrina ha señalado que existe conflicto en los derechos fundamentales, cuyo contenido se desarrollará a continuación.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Las doctrinas que ventilan la problemática relativa a la colisión de los derechos fundamentales propugnan por su propia solución a esta disyuntiva. No obstante, para poder dar una respuesta más acertada a la propuesta para la solución de dicho dilema, previo se tiene que entrar a analizar los sistemas de interpretación de las normas constitucionales a efecto de poder cumplir de una mejor manera esta tarea.

Según Carmona Tinoco, todo proceso de aplicación de las normas constitucionales pasa por tres momentos: *interpretación, aplicación e integración*.³ Al llevar a cabo esta labor, el juez debe elegir entre los diversos sentidos que ofrece la interpretación de la ley o acto, aquel que se acople mejor a los preceptos, principios y valores contemplados por la ley suprema.

3 Carmona Tinoco, Jorge Luis, *La interpretación judicial constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

Esto significa que el juez debe preferir la armonización con la Constitución antes que una calificación de inconstitucionalidad de la norma. De lo anterior se puede deducir que lo fundamental en la interpretación de las normas constitucionales es poder realizarla aplicando un sistema con las distintas etapas indicadas. Para ello, debemos tener en cuenta que se deben seguir los principios de interpretación constitucional. Entre los que se considera de mejor aplicación a nuestro entorno jurídico está el que propone Linares Quintana, quien indica que las reglas de interpretación son las siguientes:

- a) En la interpretación constitucional siempre debe prevalecer el contenido finalista de la Constitución, que es la protección y la garantía de la libertad y dignidad del hombre.
- b) La Constitución debe interpretarse de modo amplio, liberal y práctico.
- c) Las palabras empleadas en la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico.
- d) La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico.
- e) Se deben tener en cuenta las condiciones sociales, económicas y políticas existentes al momento de su interpretación y aplicación.
- f) Las excepciones y privilegios deben interpretarse con un criterio restrictivo.
- g) Los actos públicos se presumen constitucionales en tanto mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con esta.

La Ley del Organismo Judicial de Guatemala (Art. 10) nos fija las formas de interpretación de la ley, indicando que:

“Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

- a) *A la finalidad y al espíritu de la misma;*
- b) *A la historia fidedigna de su institución;*
- c) *A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;*
- d) *Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.*

Como se puede evidenciar de la lectura del artículo anterior, una de las formas obligatorias de interpretación de las leyes es que debe hacerse de acuerdo a las disposiciones constitucionales.

De lo anterior, podemos entender que para poder interpretar una norma constitucional el juzgador debe, en primer término, seguir los sistemas de interpretación de la norma jurídica que la ley regula, especialmente aquellas que se refieren a las normas constitucionales; en segundo lugar, atender a la jurisprudencia constitucional en esta materia de acuerdo a los principios que se han comentado; y finalmente, como un complemento para dicha interpretación, la doctrina actualizada que existe sobre los sistemas y métodos de interpretación judicial constitucional.

IV. LA DOCTRINA SOBRE EL CONFLICTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dice Castillo Córdova, citando a Peces Barba, que:

*“Al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales”.*⁴

Como podemos ver, esta es una postura conflictivista, en la cual hacen ver que puede existir una pugna entre derechos fundamentales cuando dos titulares de estos pretenden ejercerlos. Esta doctrina propone que para solucionar dicho dilema jurídico se cree

4 Castillo Córdova, Luis Fernando, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, No. 12, enero-junio, año 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm>.

una jerarquización de los derechos fundamentales, indicando cuáles son más importantes que otros. Por aparte, el otro sistema que propone la teoría conflictivista es el de la ponderación de derechos. A continuación se entrará a analizar cada uno de estos.

A. La jerarquización de los derechos fundamentales

Dice Alfonso Ruiz Miguel que:

“Si por democracia liberal se entiende el sistema político de toma de ciertas decisiones por representantes en competencia entre sí y elegidos libre y temporalmente por todos los ciudadanos, este sistema exige la preeminencia de algunas libertades que, en mi opinión, deben estar incluso por encima de la propia decisión popular.

*La libertad de expresión y crítica, la libertad de asociación y de reunión, la libertad de sufragio activo y pasivo en elecciones periódicas, están entre esas libertades esenciales mínimas”.*⁵

Como se puede apreciar de la lectura de la cita anterior, esta doctrina propugna por el establecimiento de una escala jerárquica general de valores que será la que sea aplicada al momento de encontrar un conflicto entre derechos fundamentales. Dicha escala, por razones obvias, dependerá de la cultura, sociedad, experiencia, conocimientos y concepciones morales y religiosas que el juzgador tenga; será claramente subjetiva, porque el orden o jerarquía de los valores en los que se fundamenta depende del Juez.

Como crítica, se puede indicar, en primer término, que deja en libertad al juzgador de decidir en cada caso concreto cuál derecho prevalecerá frente al otro, lo cual no solo es una violación al principio de legalidad sino que además no le obliga a mantener el mismo criterio ni puede crear jurisprudencia, y en segundo término, sería imposible que prosperara una impugnación en contra de dicha resolución, porque es una cuestión de criterio. Por lo mismo, la aplicación de esta doctrina provocaría que indiscutiblemente se respetara la decisión de primer grado.

5 Ruiz Miguel, Alfonso, “Sobre los conceptos de libertad”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, No. 2, 1983.

B. La ponderación de los derechos fundamentales

Según Carlos Bernal Pulido:⁶

“La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”.

Citando a Castillo Córdova:⁷

“este mecanismo, especialmente desarrollado en el ámbito anglosajón, consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, con el fin de determinar cuál derecho ‘pesa’ más en ese caso concreto, y cuál debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien de una jerarquización en concreto”.

Como se puede apreciar, la doctrina de la ponderación de los derechos fundamentales, a diferencia de la de la jerarquización, propugna una escala objetiva, posiblemente fundada en una norma jurídica positiva o bien en la jurisprudencia, que nos dirá exactamente cómo resolver en cada uno de los casos en que se considere la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales.

Esta doctrina aplica lo que se conoce como la *Ley de la Ponderación*, la cual indica que:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos: En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la

6 Bernal Pulido, Carlos, *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>, p. 3.

7 Castillo Córdova, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 4.

*importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”.*⁸

Según Bernal Pulido:⁹

“Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio–. En adelante nos referiremos a ambos fenómenos como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto. Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser ‘leve’, ‘medio’ o ‘intenso’”.

La crítica que desde esta investigación se hace a dicha doctrina es que pierde la naturaleza “iusnaturalista” de los derechos fundamentales, porque “positiviza”, en una tabla o fórmula, el valor que la ley le da a cada uno de estos derechos, haciendo a un lado el hecho de que el Estado reconoce y garantiza los mismos, pero no los otorga.

Por aparte, es casi imposible encontrar casos en los que un derecho ceda absolutamente frente a otro. En la mayoría de casos, un derecho cede parcialmente frente a otro que también se impone parcialmente.

Ahora bien, la Constitución es un instrumento jurídico que busca ser uniforme y armónico en todas sus partes. No obstante, por haber pasado por un proceso de aprobación político (ante la Asamblea Nacional Constituyente) algunas de sus partes no siempre son tan armónicas como otras, pero en materia de derechos fundamentales, todos y cada uno de estos han sido reconocidos por la Carta Magna y todos guardan armonía y concordancia entre sí. Por lo anterior, se puede concluir que no es dable aplicar esta visión conflictivista de los derechos fundamentales en nuestro entorno jurídico, porque iría en contra de esta razón de ser del texto constitucional. Esta interpre-

8 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, España, CEC, 1993.

9 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 6, p. 6.

tación de acuerdo al conflicto no permite una vigencia conjunta y armoniosa de todos los derechos constitucionalmente reconocidos.

C. Doctrinas no conflictivistas

Existen también doctrinas que, al contrario de las indicadas, no advierten conflicto o colisión entre los derechos fundamentales. Entre estas, se encuentra la de la *interpretación armonizadora de los derechos humanos*.

Dicha doctrina propugna que:

*“si los derechos humanos son realidades esencialmente no contradictorias entre sí, entonces la primera de las conclusiones a las que se debe arribar es que los llamados ‘conflictos’ entre derechos fundamentales –como los entiende la doctrina conflictivista– no existen o, en todo caso, son sólo aparentes. Ningún derecho fundamental que realmente sea tal, puede tener un contenido constitucional que exija y legitime una conducta que sea contradictoria con el contenido de otro derecho también fundamental. Es decir, ningún derecho fundamental puede significar exigir que se legitimen intromisiones o sacrificios del contenido de otro derecho fundamental. De esta manera y por principio, ningún derecho fundamental (mejor todavía, su contenido jurídico) se sobrepone para desplazar el contenido de otro derecho humano en un litigio concreto, sino que por el contrario, en cada caso, cada derecho y todo derecho tiene un contenido que se ajusta y es compatible con el contenido de los demás derechos, de modo que en la práctica también resultan realidades que tienden a convivir de manera unitaria y pacífica”.*¹⁰

Se considera que esta doctrina va más acorde a nuestro ordenamiento constitucional, porque puede deducirse de la misma que el trabajo del tribunal constitucional que conozca de un asunto de esta índole, en lugar de analizar desde una perspectiva de mejor derecho o de derechos absolutos o relativos, debe analizar si en realidad los derechos que se presumen transgredidos están protegidos o no por la Constitución. Lo que se ha de examinar en estos casos es si la conducta o acto que se enjuicia con la finalidad de otorgarle o negarle protección constitucional, cae dentro o fuera del contenido jurídico del

10 Castillo Córdova, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 4.

derecho que se invoca como fundamento del acto o conducta antes de aplicar criterios de jerarquización concreta o abstracta de la norma.

V. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD ANTE EL CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro del expediente 1122-2005, en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad general parcial de los artículos 411, 412 y 413 del Código Penal, la Corte de Constitucionalidad analiza los límites relativos al derecho a la libre expresión del pensamiento y la inconstitucionalidad de las normas indicadas por contravenir dicho derecho fundamental, indicando que:

“Es innegable que el ejercicio del derecho a la libre expresión del pensamiento, como todo derecho fundamental, está sujeto a limitaciones, dentro de los que se citan (enumerativa y no restrictivamente) el honor, la intimidad y la propia imagen de la persona humana, derechos que también le son inherentes a esta última y, que en una labor de ponderación, esta Corte decanta su prevalencia ante un ejercicio abusivo o absurdo de la libre expresión de ideas, preservando de esa manera el conjunto de sistemas, principios y valores que hacen del texto constitucional guatemalteco una Constitución finalista que reconoce a la dignidad humana como su principal fundamento, y como tal, constituye un derecho con valor absoluto no sujeto a menoscabo por un derecho con valor relativo. La responsabilidad en el ejercicio de la libre expresión del pensamiento encuentra asidero en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, propugnada en la regulación contenida en los artículos 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Atendiendo a lo anterior, no podría quedar exenta de responsabilidad toda expresión de pensamiento dirigida a autoridades y funcionarios públicos, si ésta se hace con respeto inapropiado de su dignidad como personas, a tal grado de menoscabar sustancialmente ésta y hacer así nugatorio el imperativo categórico contenido en el artículo V de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. La crítica que constitucionalmente está exenta de responsabilidad penal, es aquella que va dirigida hacia el desempeño de la función pública. Es esto lo que explica la ratio legis del segundo párrafo del artículo

35 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y 35 de la Ley de Emisión del Pensamiento. A las conclusiones anteriores también se llega por medio de una interpretación armónica del texto constitucional, que también contempla, en su inciso f) del artículo 135, como un deber cívico, el de guardar el debido respeto a las autoridades” (el resaltado es propio).

Al analizar la sentencia indicada a la luz de las distintas visiones de interpretación constitucional relacionadas en este documento, se puede dar cuenta que la propia Corte de Constitucionalidad coincide con doctrinas del conflicto y no conflictivistas, aplicando el sistema de la ponderación de derechos y el de la interpretación armónica en un mismo caso. Sin entrar a analizar el fondo del asunto, se estableció que si bien es cierto la Corte de Constitucionalidad aún guarda una tendencia a considerar que pueden existir conflictos entre los derechos fundamentales, también comienza a avanzar hacia la nueva doctrina que propugna por la inexistencia de dichos conflictos.

Se puede verificar en la jurisprudencia constitucional una serie de fallos en los cuales se utiliza la teoría de la ponderación de los derechos fundamentales, pero este caso parece el más idóneo para mostrar cómo se están aplicando ambas doctrinas de una manera ecléctica.

VI. CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, se puede indicar lo siguiente:

1. La ponderación de los derechos fundamentales simplemente no puede ser aplicada, debido a que la jerarquización de los derechos fundamentales no es dable porque esto provocaría la pérdida de la naturaleza de los mismos, la cual como se ha indicado, son derechos subjetivos imposibles de estratificar sin vulnerar los de otra persona en su aplicación práctica.
2. En materia de derechos fundamentales no existe una correcta interpretación de los mismos cuando se consideran “superiores” o mejores los derechos de alguna de las partes, sino que debe lograrse una interpretación unitaria y armoniosa en concordancia con todas las partes de la Constitución. No es dable una interpretación que beneficie a uno y perjudique a otro estable-

ciendo que se hace porque una parte tiene mejor derecho que la otra, y si bien es cierto que la práctica judicial muchas veces promueve este tipo de interpretaciones conflictivas, no quiere decir que por costumbre o por mala técnica legal se tolere dicha actuación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, España, CEC, 1993.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>.
- CARMONA TINOCO, Jorge Luis, *La interpretación judicial constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, No. 12, enero-junio, año 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm>.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, España, Trotta, 1999.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Sobre los conceptos de libertad”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, No. 2, 1983.

Breves consideraciones acerca del debido proceso civil.

A propósito del exiguo desarrollo y reconocimiento del debido proceso, en sus diversas variantes de debidos procesos específicos

Dr. Jorge Isaac Torres Manrique¹

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Sobre el debido proceso legal: A. Origen; B. Definición; C. Formas; D. Modalidades; F. Pluridimensionalidad. IV. El debido proceso civil: A. Generalidades; B. Definición; C. Fundamento; D. Importancia; E. Principios del debido proceso civil. V. Diferencias entre debido proceso legal, general y debido proceso civil. VI. Conclusiones. VII. Sugerencias. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En primer término, es preciso poner en consideración que no pocos autores se han ocupado de desarrollar lo concerniente a la institución jurídica procesal (de primerísima importancia), en un Estado constitucional de derecho, como es el *debido proceso* (al que también se le denomina: *debido proceso legal*, y al que hemos optado denominarlo: *debido proceso general*); la misma que viene presentando una muy saludable aceptación y desarrollo (en beneficio principalmente

1 Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú). Ex Gerente de Asesoría Jurídica del Centro Vacacional de Huampaní. Ex Gerente de Secretaría General de la Municipalidad del distrito de Asia. Egresado de los doctorados en Derecho y en Administración, y de las maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal de la Universidad Federico Villarreal. Egresado del I nivel del VII Curso del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Academia de la Magistratura (Sede Lima). kimblellmen@hotmail.com.

de la justicia y justiciables), como paulatina concientización entre los actores del *iter procesal*, a nivel del orbe en su conjunto.

Empero, así también, cabe dejar constancia que muy pocos han orientado sus trabajos y esfuerzos conducentes a arribar a derroteros que contribuyan específicamente a desentrañar los designios y alcances del debido proceso general, más que en cada rama del derecho adjetivo, en las tres modalidades precisamente del mencionado debido proceso. Es decir, nos referimos al incipiente (y en apabullante mayoría, nulo) abordaje de: a) *el debido proceso jurisdiccional*, verbigracia: debido proceso penal, debido proceso tributario, debido proceso empresarial, debido proceso laboral, debido proceso global, debido proceso ambiental, debido proceso deportivo, debido proceso electrónico, debido proceso militar, debido proceso comunal, debido proceso arbitral; entre otros; b) el debido proceso administrativo; y c) el debido proceso corporativo particular.

Lo cual resulta muy preocupante, ya que en la actualidad, si bien es cierto que la Constitución Política peruana reconoce al debido proceso legal (o general) e implícitamente a *los debidos procesos específicos, el Tribunal Constitucional peruano, a la fecha, únicamente ha desarrollado los debidos procesos (específicos)² administrativo y constitucional.*

Consecuentemente, en la presente entrega, llevamos a cabo lo propio, al asumir el reto (o tratar de hacerlo) de desarrollar lo relativo al *debido proceso civil*, trabajo que cobra especial relevancia, ya que se trata del debido proceso del derecho procesal raíz o matriz, originario o primigenio, como es el derecho civil; dado que de él nacen o adoptan su estructura los demás derechos procesales del sistema jurídico no solamente peruano (aunque derive del debido proceso general); y que dicho sea de paso, el Tribunal Constitucional peruano aún no se ha ocupado o pronunciado acerca del mismo.

2 *Verbigracia*, tenemos las sentencias del Tribunal Constitucional peruano (TC): i) debido proceso administrativo: Exp. N° 3075-2006-AA/TC, f.j. 6; Exp. N° 03741-2004-AA/TC, ff.jj. 18, 19, 21; y ii) debido proceso constitucional: Exp. N° 1014-2007-HC/TC, ff.jj. 3, 7. Véase García Belaúnde, Domingo, *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2009, pp. 137-143.

II. ANTECEDENTES

Es importante referir en un primer momento a las *legis actiones*,³ ya que se constituyeron en el sistema más antiguo de enjuiciar en el proceso civil romano;⁴ luego, les sucedió la ley *aebutia*⁵ y posteriormente el proceso extraordinario.⁶

En un segundo momento, acotar acerca de la publicación de las *Siete Partidas* (1258), ya que debido a ellas aparece el moderno derecho

3 Las *legis actiones* fueron el sistema más antiguo del proceso civil romano (primer periodo o “monárquico”), el mismo que cayó pronto en desuso (por sus complicados y estrictos formulismos, ya que bastaba un error mínimo del *rito formular* para perder la causa; estos formulismos se contraponían con la sencillez y elasticidad necesarias de una administración de justicia ágil y eficiente) y fue completamente olvidado. Consistían en declaraciones solemnes que las partes tenían que pronunciar frente al magistrado. En este procedimiento prevalecía la voluntad de las partes y el juez se limitaba a controlar si dicha actividad era conforme al formulismo de la ley y a intervenir como moderador. Existieron cinco tipos de *legis actiones*: a) *Legis actio sacramentum* (para reclamar una cosa o un derecho) b) *Legis actio per iudices postulationem* (para reclamar pagos de deudas de dinero cierto y participación en herencia) c) *Legis actio per conditionem* (para exigir un pago pecuniario y reclamación de cosa determinada) d) *Legis actio per manus iniectionem* (contra la persona sentenciada al pago de una cantidad de dinero) y e) *Legis actio per pignoris captionem* (facultad de adueñarse de la cosa del deudor insolvente). Véase Chiauzzi, Honorato, *Derecho romano*, Perú, Ediciones Peisa, 1982, p. 203.

4 Veni Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 7ª ed., España, Ariel, 1982, pp. 202-205.

5 La ley romana *aebutia* (segundo periodo o “republicano”), se caracterizó por la actitud distinta por parte del magistrado, el cual luego de oír a las partes, entregaba al actor una instrucción escrita o fórmula mediante la cual designaba al juez y fijaba los elementos que debían ser tenidos en cuenta por este al dictar sentencia y que consistían en los hechos y el derecho invocados por el actor, el objeto litigioso y las defensas opuestas por el demandado. Dicha fórmula consta de: a) la *demonstratio*, que contenía los hechos enunciados por los litigantes; b) la *intentio*, la cual resumía lo pretendido por el demandante; c) la *condemnatio* otorgaba al juez la facultad de absolver o condenar de acuerdo al resultado de la prueba; y d) la *adjudicatio*, permitía al juez atribuir a alguna de las partes la propiedad de la cosa litigiosa. Véase Gozaini, Gonzalo Alfredo, *Elementos de derecho procesal civil*, Argentina, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2005, p. 8).

6 En el procedimiento extraordinario romano que impusiera Dioclesiano (tercer y último periodo o “imperial”) desaparece la división del proceso en dos tiempos, para comenzar su desarrollo ante solo un magistrado. La demanda se presenta por escrito, el demandado es oficialmente citado a comparecer, debiendo contestar la pretensión por escrito, lo cual implica un debilitamiento de los principios de oralidad e inmediatez. Además, al desaparecer la necesidad de la presencia del accionado en el proceso, es posible la continuación del mismo en rebeldía, adoptándose también la imposición de costas al dictar sentencia, la que podía ser impugnada. Véase *Ibidem*, p. 109.

procesal civil,⁷ de las cuales la tercera reglamentó el procedimiento civil, donde se postergan en gran medida los principios del proceso común. Posteriormente, es acogido por el Código de Enjuiciamiento en materia Civil peruano de 1852. Luego, dicho proceso civil moderno se positivizó en 1855 en la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Posteriormente, se materializa en el Código de Procedimientos Civiles peruano de 1911, para dar origen al Código Procesal Civil peruano de 1993 vigente y finalmente, sale a la luz el *sui generis* Código Procesal Constitucional peruano de 2004 (igualmente vigente), donde se concreta el avance o desarrollo del proceso civil o legal, ampliando sus alcances a través del proceso constitucional. Cabe precisar que los dos últimos códigos mencionados son correspondientes con el derecho procesal civil contemporáneo peruano.

En un tercer momento, tenemos que el derecho procesal precisaba insoslayablemente de un debido proceso (se entiende, general y específico), para poder cumplir sus fines; en tal sentido, dicho debido proceso se constituye en un derecho fundamental y una garantía⁸ procesal (tutela jurisdiccional efectiva^{9,10}), dando posteriormente lugar

7 El mismo que cuenta como su máximo exponente (padre del derecho adjetivo civil) al ilustre jurista italiano Giuseppe Chiovenda.

8 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Ivcher Bronstein, sentencia 06/02/2001) estableció que un debido proceso en general, es decir, en todo nivel o sede, debe observar las garantías procesales mínimas, tales como los derechos que tiene todo justiciable a: a) acceder a un tribunal; b) ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial; c) ser juzgado sin demora; d) derecho de defensa; e) derecho a ser oído; f) no ser obligado a declarar contra uno mismo, ni confesarse culpable; g) presentar e interrogar testigos; h) un juicio público; i) una instancia plural; j) una indemnización por error judicial; k) la igualdad ante la ley y ante los tribunales; l) ser presumido inocente, m) no ser sometido ni condenado dos veces por el mismo delito, n) no ser sujeto de aplicación retroactiva de una ley, salvo que esta sea más favorable al reo; y ñ) ser juzgado por delitos previamente tipificados en la ley. Ver: Novak, Fabián y Namihas, Sandra, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Perú, Academia de la Magistratura, 2004, pp. 242-255.

9 La *tutela jurisdiccional efectiva* es la garantía del justiciable a que: a) su accionar o petición judicial sea admitida (tutela judicial); b) que dicho accionar posteriormente sea materializado o resuelto en una sentencia; y finalmente, c) que dicha sentencia sea oportuna, debida y efectivamente ejecutada (tutela efectiva).

10 En ese sentido, consideramos que entre *debido proceso general* y tutela jurisdiccional efectiva, existe una marcada diferencia, es decir, mientras que el primero, se desenvuelve en el transcurso del trayecto procesal (*iter procesal*, específicamente entre la tutela jurisdiccional y la efectividad de la misma), la segunda, se manifiesta al comienzo (cuando el aparato jurisdiccional ampara la demanda del justiciable-tutela jurídica) y final (al ejecutarse la sentencia debida

a la aparición de la *tutela procesal efectiva*;¹¹ pero además, este *proceso debido* presenta una naturaleza axiológica y social.

III. SOBRE EL DEBIDO PROCESO LEGAL

A. Origen

El proceso debido legal o general (o simplemente, debido proceso), estatuido genéricamente como garantía, salió a la luz del mundo del derecho, en primer lugar: en el *common law* inglés, en la *Carta Magna* de Inglaterra del 15/06/1215 (*Concesión Real* o cédula del rey Juan Sin Tierra inglés, por la cual se comprometió con los nobles ingleses, a respetar sus fueros e inmunidades y a no disponer su muerte, prisión y confiscación de sus bienes, mientras dichos nobles no fuesen juzgados por sus iguales); y en segundo lugar: aparece expresamente en la Quinta Enmienda de la Constitución Política de EE. UU. de 1787 –*Carta de Derechos*– (la misma que prohíbe los juicios repetidos por el mismo delito y los delitos sin el debido proceso legal, así como también, el que una persona acusada no esté obligada a atestiguar contra sí misma).

B. Definición

Para Devis Echandía, citado por Sagástegui Urteaga,¹² el concepto del debido proceso puede estar integrado por las siguientes condiciones: a) dotar al juez para que procure hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, protegiendo al débil que siempre es el más pobre; b) intermediación del juez sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso; c) aceleración del proceso, en cuanto sea posible dentro del sistema parcial de la escritura; d) carácter dispositivo del proceso en cuanto a su iniciación y a la libertad para concluirlo por transacción o desistimiento, si las partes son incapaces mediante

y oportunamente) de dicho devenir procesal. Ergo, existe entre ellos una relación muy estrecha. Finalmente, proceso y tutela referidos se complementan, pero no significan lo mismo.

11 Por otro lado, tenemos que la *tutela procesal efectiva*, que comprende el acceso a la justicia y al debido proceso (este último incluye a los *debidos procesos específicos*). Consecuentemente, la *tutela procesal efectiva*, abarca o engloba, tanto a la *tutela jurisdiccional efectiva* como al *debido proceso –legal, general* o simplemente, *debido proceso*– (art. 4 del C.P. Const. peruano).

12 Véase Sagástegui Urteaga, Pedro, *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003, vol. I, pp. 08-09.

licencia previa; e) carácter inquisitivo en materia de pruebas; f) valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y mediante una adecuada motivación; g) una combinación del impulso del juez de oficio y del secretario, una vez iniciado el proceso con la perención por incumplimiento de la carga de las partes de promover su trámite si no cumplen oficiosamente; h) responsabilidad civil de los jueces, partes y apoderados por sus acciones en el proceso; i) amplias facultades al juez para prevenir y sancionar el fraude procesal y todo acto de deslealtad o mala fe de las partes, los apoderados y los terceros; j) simplificación de los procesos especiales innecesarios; k) el principio de las dos instancias como regla general; y l) gratuidad de la justicia civil.

Por nuestra parte, consideramos que el *debido proceso general* es el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo, que desvirtúen su finalidad que es la justicia. Consecuentemente, queda claro que, *prima facie*, es el derecho que tienen los justiciables a un proceso –justamente– debido. Sin embargo, tomando como premisa que precisamente la indebididad del mismo lo desnaturaliza / festina; el etiquetado o denominación del mismo como “*debido proceso*”, se presenta ciertamente como una autología / redundismo. Así, su correcta designación debe ser únicamente (en puridad): “*proceso*”.

C. Formas

El debido proceso general posee dos formas: a) *adjetiva o formal*, como garante de un desenvolvimiento o desarrollo procesal debido; y b) *sustantiva o material*, como garante de una decisión judicial basada o enmarcada en la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, garantiza una sentencia justa. Es necesario dejar constancia que el debido proceso general (formal y material), conjuntamente con la tutela jurisdiccional efectiva, forman parte de la tutela procesal efectiva.

Art. 4 del Código Procesal Constitucional peruano: “*Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción*”

predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

D. Modalidades

Se encuentran señaladas en el segundo párrafo de la introducción del presente trabajo.

E. Pluridimensionalidad

Es imprescindible, urgente e insoslayable dejar constancia en primer lugar, que si bien es cierto que el derecho¹³ es un sistema¹⁴ u ordenamiento jurídico de normas obligatorias, sistemáticamente jerarquizadas, que regulan el desenvolvimiento de la vida humana en sociedad, también es un arte, una disciplina que crea, desarrolla e interpreta ordenamientos y principios jurídicos. No es ya un mero conjunto de normas (positivismo), tampoco fue o posee carácter de ciencia.

En segundo lugar, tenemos que el derecho (al margen que actualmente la doctrina mayoritaria sea conteste con su tridimensionalidad –a) hecho; b) valor y c) norma– del mismo) debe a nuestro parecer, empezar a ser entendido, estudiado, interpretado y enseñado, como mínimo, desde una naturaleza octodimensional inescindible. A propósito, según el profesor José Antonio Silva Vallejo,¹⁵ el derecho presenta ocho dimensiones: a) *normas* (conjunto de leyes positivas); b) *hechos* (realidades del derecho); c) *valores* (justicia, libertad, seguridad, igualdad, etc.); d) *tiempo jurídico* (plazos, tiempos, condiciones, retroactividad, ultractividad, etc.); e) *espacio jurídico* (lugar donde se

13 Véase Torres Manrique, Jorge Isaac, *Reflexiones acerca del advenimiento del nada lejano, como aparentemente inortodoxo y eventualmente infuturible, escenario de un derecho estadístico*, <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201003-25789630147512.html>.

14 Véase Torres Manrique, Jorge Isaac, *Anteproyecto de creación de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Nariño de la República de Colombia*, http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/440.doc.

15 Véase Silva Vallejo, José Antonio, *El pensamiento filosófico y jurídico. Los grandes maestros. Las escuelas*, Lima, 2007, p. VI.

concreta o manifiesta el derecho); f) *historia* (épocas y periodos determinados); g) *ideologías* (intereses detrás del derecho) y h) *vivencias* (experiencias que determinan situaciones y actitudes frente al justiciable). A la citada visión octodimensionalista del derecho, sugerimos considerar que el mismo tiene que ser abordado además, a la luz de sus fuentes y principios generales.

En tercer lugar, y en ese orden de ideas, consideramos que el debido proceso general o legal, conforme a la pluridimensionalidad del derecho, deba y tenga que sintonizar además (o intente legítimamente hacerlo) con sus correspondientes dimensiones también múltiples (y no únicamente en tres –hecho, derecho y norma–, por ejemplo), en campos de un proceso debido igualmente legal o general.

IV. EL DEBIDO PROCESO CIVIL

A. Generalidades

Si bien es cierto que la llegada o reconocimiento legislativo del debido proceso legal en el mundo del derecho (a nivel de casi todos los Estados) no pudo ser más acertada y aplaudida, cabe resaltar que la sola vigencia y posterior como paulatina aplicación del mismo, no garantiza necesariamente que su ámbito aplicativo requerido para que dicho proceso debido se efectivice en las tres modalidades (señaladas en la parte introductoria del presente trabajo). Así, consideramos imprescindible, urgente e insoslayable, la plasmación o aterrizaje del debido proceso general, pero en las canteras del derecho civil, es decir, que es muy necesario precisar lo relacionado al debido proceso general, pero orientado al debido o justo proceso civil: esto es, desarrollar la temática del debido proceso civil, a efectos que hacerlo palpable, aplicable y efectivo, más allá de su mera denominación como tal.

Sostenemos lo acotado, en la distinta naturaleza que embarga a los principios del derecho procesal, a la luz de un debido proceso legal o general, en sus distintas modalidades. En tal sentido, tenemos a bien mostrar la distinta naturaleza de, por ejemplo, solo un principio: a) el principio *in dubio pro reo*, en el debido proceso penal; b) el principio *in dubio pro operario*, en el debido proceso laboral; c) el principio *in dubio pro administrado*, en el debido proceso administrativo; d) el principio *in dubio pro consumidor*, en el debido proceso de la libre competencia

y defensa efectiva del consumidor; e) el principio *in dubio pro contribuyente*, en el debido proceso tributario; f) el principio *in dubio pro legislatore*, en el debido proceso constitucional; g) el principio *in dubio pro libertate*, en el debido proceso corporativo particular; h) el principio *in dubio pro fisco*, en el debido proceso aduanero; i) el principio *in dubio pro natura*, en el debido proceso ambiental; j) el principio *in dubio pro signo priori*, en el debido proceso de propiedad industrial; k) el principio *in dubio pro debitoris*, en el debido proceso concursal; l) el principio *in dubio pro possessore*, en el debido proceso patrimonial; m) el principio *in dubio pro disciplinado*, en el debido proceso sancionador; n) el principio *in dubio pro conventione* consecuente de la internacionalidad, en el debido proceso mercantil uniforme internacional; ñ) el principio *in dubio pro civi*, en el debido proceso electoral; o) el principio *in dubio pro filii*, en el debido proceso familiar; p) el principio *in dubio pro communitate*, en el debido proceso internacional; q) el principio *in dubio pro asegurado*, en el debido proceso de seguros; r) el principio *in dubio pro disciplinado*, en el debido proceso disciplinario; etc. Consecuentemente, queda claro que los principios no son iguales en las diversas modalidades del debido proceso general, esto es, de sus respectivos debidos procesos específicos.

B. Definición

El debido proceso civil es conteste con el derecho que tienen los justiciables a un proceso judicial civil que resuelva, ya sea su incertidumbre jurídica, ya sea su conflicto de intereses (en ambos casos de relevancia jurídica), sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo, que desvirtúen su finalidad que es la justicia y su respectiva seguridad jurídica.

C. Fundamento

El basamento y justificación de validez y vigencia del debido proceso civil se encuentra en la Constitución Política peruana, cuando reconoce al debido proceso (legal), en el inciso 3 de su artículo 139°, en el cual refiriendo a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, señala:

“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente

establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

En tal sentido, al reconocer la Constitución Política peruana al debido proceso general o legal, se debe entender que cada rama del derecho (en su correspondiente derecho adjetivo) deberá hacer suyo dicho postulado pero adecuándolo a su naturaleza, es decir, en el presente caso, en el debido proceso civil.

Otro contundente aporte al reconocimiento del debido proceso civil, constituye la inclusión del Título Preliminar en el Código Procesal Civil peruano vigente (T. P., CPC), el cual incluye lineamientos y principios del mismo. Sin embargo, dado que aún la legislación peruana no presenta un integral, desagregado, sistematizado y consolidado desarrollo (no solo legislativo) del debido proceso civil, es preciso tener que tomar en cuenta la parte pertinente de la Ley Orgánica del Poder Judicial peruano (LOPJ).

D. Importancia

Además, es preciso considerar la gran relevancia y trascendencia del tema *in comento*, porque, finalmente por un lado, el justiciable precisa de una solución judicial civil justa y oportuna a su conflicto y por otro lado, dado que el magistrado no discute, recomienda o comunica, sino resuelve en dichos términos y no en otros; debe y tiene que hacerlo de conformidad al debido proceso civil; he ahí la importancia del desarrollo del mismo.

El debido proceso civil, no solamente debe dar cuenta de su arribo, sino también de su legítima aplicación real y total. A su vez, debe imponerse sobre lo preceptuado en el Código Adjetivo peruano, cuando faculta al magistrado legalmente –más no legítimamente– solicitar medios probatorios de oficio, ante la presentación insuficiente (de los mismos) por las partes. Lo mencionado es factible en el derecho procesal civil peruano, porque es correspondiente con la perjudicial corriente procesal decisionista, inquisitiva. La misma es opuesta a la corriente jurídico-procesal garantista, dispositiva.

En ese orden de ideas, consideramos pertinente precisar que el *debido proceso civil* se constituirá o configurará únicamente como tal,

cuando en un proceso judicial civil se entienda, interprete y aplique estrictamente, los principios y lineamientos del proceso civil, a todos los justiciables.

E. Principios del debido proceso civil

Consideramos que como principios del debido proceso civil, deben considerarse:

1. El principio de socialización (Art. V, T. P., CPC)

El juez tiene que tratar por igual a los justiciables, sin importarle las condiciones de naturaleza, económica, social, etc., de los mismos.

2. El principio de preclusión

Una vez cumplidos los plazos procesales civiles establecidos, se considera una etapa culminada y cerrada, impidiendo el retorno a la misma. Al respecto, Luís Ribó Durand expresa que “*los derechos y deberes que hubieran podido ejercitarse y no lo fueron, se consideran abandonados*”.¹⁶

3. El principio de adquisición procesal

Significa que los instrumentos presentados con la demanda (además de otros escritos), pasan a pertenecer al proceso y dejan de serlo de las partes.

4. El principio de publicidad

El magistrado tiene que garantizar que el proceso sea llevado con absoluta accesibilidad al mismo y al expediente, por parte de los justiciables.

5. El principio de dirección e impulso del proceso (Art. II, T. P., CPC)

La dirección del proceso está relacionada a su mando o manejo, el mismo que se encuentra a cargo del juez. Acerca del *impulso procesal*, el maestro Eduardo J. Couture, explica que “*Se denomina impulso*

16 Ribó Durand, Luis, *Diccionario de derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1987, p. 327.

procesal al fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo".¹⁷

Sin embargo, es necesario dejar constancia que este deber de ayudar de oficio a que el proceso no continúe estancado, no es únicamente atribuible al juez (*official expedite procedural*), sino también a las partes, en tanto el mismo no cumpla con lo propio. Así también lo entiende el profesor Hernando Devis Echandía.¹⁸

6. El principio de *iura novit curia* (Art. VII, T. P., CPC)

El significado en castellano del aforismo en latín es: "el juez conoce o sabe de derecho". Al respecto, Morales Godo,¹⁹ acota que el origen del mismo data de la Edad Media, cuando un Juez le decía a uno de los abogados defensores que hacía uso de la palabra: *Venite ad factum, curia iura novit* (dadme los hechos, que yo conozco el derecho).

Este principio procesal se encuentra positivizado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano, el mismo que bajo el título de *Juez y derecho*, señala:

"El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

7. El principio de tutela jurisdiccional efectiva (Art. I, T. P., CPC)

Es la garantía del justiciable a que su accionar o petición judicial sea admitido (tutela judicial), el mismo que posteriormente sea materializado o resuelto en una sentencia y finalmente, que dicha sentencia sea oportuna y debida como efectivamente ejecutada (tutela efectiva).

8. El principio de congruencia

Limita el accionar del juez, ya que solo podrá pronunciarse referente a lo solicitado por las partes. Este principio se constituye quizá

17 Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Montevideo de Buenos Aires, 2002, p. 142.

18 Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Editorial Universal, 1985, Tomo II, p. 503.

19 Véase Morales Godo, Juan, *Instituciones de derecho procesal*, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 127.

en el de mayor relevancia, ya que se constituye en un verdadero reto (geológicamente trascendente) para el juzgador al resolver (vía sentencia) conforme lo que las partes solicitaron (es decir, ni menos, ni más de lo pedido, peor aún distinto). De tal modo, los demás principios procesales civiles, no tendrían razón de ser en el supuesto que el juez no expida su fallo en abierta violación del principio de congruencia. Además de lo señalado, tenemos que agregar que las mismas estarán lógicamente expectantes a lo resuelto. Consecuentemente, el compromiso del juzgador con dicho principio abarca una esfera saludablemente más amplia y compleja (es decir, con el proceso y con las partes).

9. *El principio de economía y celeridad procesales (Art. V, T. P., CPC)*

Los actos procesales deben garantizar el ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo; y también llevarse a cabo sin demora o dilaciones, respetando los plazos de ley.

10. *El principio orientador hacia la resolución de conflictos de intereses e incertidumbre jurídicos (Art. III, T. P., CPC)*

El proceso debe estar únicamente orientado a dilucidar o solucionar conflictos de intereses e incertidumbres jurídicos, de relevancia precisamente de naturaleza jurídica.

11. *El principio de contradicción*

Ante la interposición de una acción o demanda, la parte demandada tiene garantizado su derecho a la contestación, esto es, a la defensa.

12. *El principio de inmediación (Art. V, T. P., CPC)*

El juez del proceso tiene que garantizar el fluido acceso a su persona, por parte de las partes intervinientes en el mismo.

13. *El principio de correcta conducta de los actores en el proceso (Art. IV, T.P., CPC)*

Los mismos deben conducirse correctamente, respetando los principios inspiradores del debido proceso civil. Por tanto, no podrán además, incurrir en temeridad y mala fe procesales.

14. El principio de iniciativa de parte (Art. IV, T. P., CPC)

A través del cual solo las partes están facultadas de promover el inicio de un proceso.

15. El principio de concentración (Art. V, T. P., CPC)

Los actos procesales deben llevarse a cabo en el menor tiempo posible.

16. El principio de imperatividad de las normas adjetivas (Art. IX, T. P., CPC)

En el proceso, debe ser de estricta observancia lo prescrito en la norma.

17. El principio de pluralidad de instancias

Lo resuelto por el juez inferior puede ser revisado por el de superior jerarquía, garantizando la revisión de lo resuelto.

18. El principio de motivación de las resoluciones judiciales (Art. 12° LOPJ)

Dichas resoluciones deben contar con el fundamento jurídico respectivo que las sustenta, a excepción de las de mero trámite.

19. El principio de imparcialidad e independencia del magistrado

El juez tiene que resolver el proceso sin perjudicar o favorecer a una de las partes, debe actuar con absoluta imparcialidad. Así también, tiene que actuar con autonomía, sin ceder a presiones conducentes a modificar o alterar sus decisiones.

V. DIFERENCIAS ENTRE DEBIDO PROCESO LEGAL, GENERAL Y DEBIDO PROCESO CIVIL

A El *debido proceso legal* (al que *ab initio* decidimos denominar, *general*) se caracteriza por desenvolverse con justeza en el transcurso, devenir o trayecto procesal (*iter procesal*). Así también lo entiende Ticona Postigo²⁰ cuando dice:

20 Ticona Postigo, Víctor, *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, Lima, Editorial Grijley, 2009, p. 64.

“Es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta exigir al estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente”.

- B. Por su parte, el *debido proceso civil o específico* importa el derecho que tienen los justiciables a un justo proceso civil que resuelva, ya sea su incertidumbre jurídica, ya sea su conflicto de intereses (en ambos casos de relevancia jurídica); sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia y su respectiva seguridad jurídica. El *debido proceso civil*, no es sinónimo de proceso civil; en todo caso, viene a ser una suerte de proceso civil *recargado*, pues presenta un énfasis muy marcado de identificación con la justicia, oportunidad y eficacia civil, en salvaguarda y garantía de los derechos procesales del justiciable, en los predios del derecho civil.
- C. Es decir, la diferencia radica en que: i) mientras el *debido proceso legal* garantiza y otorga derecho al justiciable a tener un justo proceso en las tres modalidades que presenta dicho debido proceso (ya que siendo a la vez, genérico, amplio, no desagregado, como impreciso a nivel de *debidos procesos específicos*, como por ejemplo: el *debido proceso civil*); ii) el *debido proceso civil*, única y específicamente garantiza y otorga lo propio (al justiciable) conforme a los principios que inspiran un justo o debido derecho procesal civil.
- D. Sin embargo, huelga acotar que el hecho que existan (aunque aún sin desarrollarse totalmente) *debidos procesos específicos*, no significa que no se encuentren en algunos casos (y en unos más que en otros) íntimamente relacionados o que no exista entre ellos una relación de interdependencia; he ahí donde radica la difícil (mas no imposible) empresa que embarga el desarrollo y deslinde de los *debidos procesos específicos*. Así también, lo propio de los mismos respecto del *debido proceso legal o general*.

VI. CONCLUSIONES

- A. El *debido proceso civil* facilita al justiciable un más acertado desempeño y acogimiento a los derechos que le corresponden en materia civil, vía sede judicial, con la finalidad de quedar, normativa-civilmente, debidamente amparado. Entre el *debido*

proceso legal o general y el *debido proceso civil*, existe una relación de género y especie, respectivamente. Ambos procesos debidos se encuentran estrechamente relacionados. Sin embargo, el segundo precisa ser adecuado al derecho civil específicamente, a efectos de lograr su efectiva y total aplicación y salvaguarda del justiciable, en aras de una real plasmación de la justicia y de una seguridad jurídica concreta. Solo así, su vigencia, oportunidad, reconocimiento y eficacia se encontrarán garantizados.

- B.** Es preocupante que este proceso civil que debe ser precisamente *debido*, sea violado o atropellado cuasi permanente y sistemáticamente por negativas prácticas procesales como la temeridad y mala fe (malicia)^{21,22} por los distintos actores del proceso, las cuales no hacen más que impedir que el derecho civil (no únicamente el derecho civil) cumpla o alcance su finalidad, desnaturalizándolo y abusando de dicho derecho; más aún cuando dichas prácticas se ven lamentablemente acrecentadas, hasta cierto punto, incontenibles o inexorables como el tiempo. Sobre todo cuando nos encontramos en tiempos en los que el avance, desarrollo y reconocimiento del debido proceso, en el globo, presenta un avance incontenible como muy saludable en términos efectivización del derecho en justicia, vía proceso.

21 Es importante precisar o tener en claro los significados de temeridad y malicia. Así, tenemos que: i) “La primera, consiste en la conducta de quien sabe o debe saber su mínima razón para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción; y ii) La segunda, se configura en cambio, por el empleo arbitrario del proceso o actos procesales, en contraposición a los fines de la jurisdicción, con un objeto netamente obstruccionista. Abusa y agrede a la jurisdicción”. Véase Maurino, Alberto Luis, *Abuso del derecho en el proceso*, Argentina, Editorial La Ley, 2001, p. 41.

22 La temeridad se evidencia en tanto se vincula con el actuar o proceder procesal de fondo y la malicia se identifica más bien con la forma valiéndose de lo que está regulado, abusando de ello. Sin embargo, no debemos perder de vista que tanto la temeridad como la malicia –mala fe– (demostrados) en que incurre el litigante deben ser sumaria y ejemplarmente sancionadas por el juez del proceso. (Véase Torres Manrique, Jorge I, “Temeridad y malicia procesales en el sistema jurídico peruano”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, N° 98, abril 2009, p. 305. También puede verse del mismo autor: “Temeridad y malicia procesales al banquillo: crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, San Sebastián, t. XXI, 3/2009, p. 592. Además, del mismo autor y último artículo: http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/jorgemanrique_temeridadprocesal.pdf; y en *Revista Novedades Jurídicas*, Guayaquil, Año VII, N° 43, parte I, 2010, p. 40).

VII. SUGERENCIAS

Sugerimos el pronto desarrollo y reconocimiento del *debido proceso civil* (ya que con el presente trabajo solo se inicia), lo cual no es óbice para que también corran igual suerte los *debidos procesos específicos*, a la luz de sus distintas modalidades, dimensiones, principios y fuentes jurídicas; los que deben ser correspondientes a los del sistema jurídico propio de un Estado constitucional y democrático de derecho.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CHAUZZI, Honorato, *Derecho romano*, Perú, Ediciones Peisa, 1982.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Montevideo de Buenos Aires, 2002.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Editorial Universal, 1985, Tomo II.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2009.
- GOZAINI, Gonzalo Alfredo, *Elementos de derecho procesal civil*, Argentina, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2005.
- MAURINO, Alberto Luís, *Abuso del derecho en el proceso*, Argentina, Editorial La Ley, 2001.
- MORALES GODO, Juan, *Instituciones de derecho procesal*, Lima, Pa-lestra Editores, 2005.
- NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Perú, Academia de la Magistratura, 2004.
- RIBÓ DURAND, Luis, *Diccionario de derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1987.
- SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro, *Exégesis y sistemática del código procesal civil*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003.

SILVA VALLEJO, José Antonio, *El pensamiento filosófico y jurídico. Los grandes maestros. Las escuelas*, Lima, 2007.

TICONA POSTIGO, Víctor, *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, Lima, Editorial Grijley, 2009.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac, *Anteproyecto de creación de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Nariño de la República de Colombia*, http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/440.doc.

— *Reflexiones acerca del advenimiento del nada lejano, como aparentemente inortodoxo y eventualmente infuturible, escenario de un derecho estadístico*, <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201003-25789630147512.html>.

— “Temeridad y malicia procesales al banquillo: crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, San Sebastián, t. XXI, 3/2009

— “Temeridad y malicia procesales en el sistema jurídico peruano”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, N° 98, abril 2009.

VENI IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 7ª edición, España, Ariel, 1982.

Marcas sujetas a regulación especial¹

Dra. María Alejandra de León Barrientos de Ovalle²

Sumario: I. Introducción: A. Parte general; B. Parte metodológica de la investigación. II. Derecho marcario: A. Ubicación; B. Definición; C. Legislación aplicable a la materia; D. La marca. III. Las marcas sujetas a regulación especial: A. Marca colectiva; B. Marca de certificación; C. Análisis comparativo de las marcas sujetas a regulación especial. IV. Conclusiones. V. Recomendaciones. VI. Bibliografía.

-
- 1 Ponencia dictada en el *III* Congreso Jurídico Landivariano, “XXV Años de la Facultad de Derecho”, celebrado en la ciudad de Quetzaltenango, en octubre de 2006.
 - 2 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala (1998). Posgrado en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial (2006). Maestra en Derecho Mercantil (*M. Sc.*) por la USAC (2007). Especialista en Derecho Registral Iberoamericano por la Universidad Autónoma de Madrid y el Colegio de Registradores de España (2009). Posgrado en Derecho Mercantil Contemporáneo por la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Instituto de Derecho Mercantil (2010). Doctora en Derecho (*Ph. D.*) por la Universidad de San Carlos de Guatemala, tesis aprobada con la mención *Cum Laude*. Ha sido profesora en pregrado en las universidades Rafael Landívar, Francisco Marroquín, Mesoamericana y San Carlos de Guatemala (de los campus de Quetzaltenango); profesora en la Escuela de Posgrados de la Universidad de San Carlos de Guatemala, del 2008 a la fecha. Conferencista invitada en congresos jurídicos y eventos organizados por las diferentes universidades del país, asociaciones profesionales y el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Ponente y participante por Guatemala en seminarios internacionales organizados por la Agencia Española de Cooperación Internacional en: Antigua Guatemala, Cartagena de Indias y Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Participante en las ediciones *XVI* y *XVII* del Congreso Internacional de Derecho Registral, en Valencia, España y Lima, Perú, respectivamente (2008 y 2010). Ha publicado trabajos en diferentes revistas jurídicas, sobre derecho marcario, la pena de muerte y deontología, entre otros temas. Trece años de ejercicio liberal de la profesión, en bufete propio.

I. INTRODUCCIÓN

A. Parte general

Dentro de los diferentes signos distintivos de la empresa, la Ley de Propiedad Industrial y su reglamento, establecen dos clases especiales de marcas: la colectiva y la de certificación. Ambas se vinculan desde el punto de vista doctrinario, por su funcionalidad. A través de las *marcas de certificación*, se garantiza, indica y promete a los consumidores que el producto o servicio amparado por ella, llena determinado nivel de calidad y características, siendo su propósito dar mayor confianza al consumidor y al usuario. Y mediante la *marca colectiva* se amparan o identifican los productos o servicios de los asociados o miembros de su titular, o la titular misma, que será en todo caso una persona jurídica; y también será garantía de origen, calidad y procedencia.

Ambas son de importancia comercial y jurídica, por lo que en el presente trabajo se desarrolla una investigación sobre el tema para tratar de establecer las diferencias y semejanzas entre las dos marcas especiales, así como con otros signos distintivos de la empresa.

B. Parte metodológica de la investigación

1. *Exposición de motivos (objetivos y fines)*

En el presente trabajo se analizarán las llamadas *marcas especiales*: la colectiva y la de certificación, ambas de gran importancia en el comercio y en la legislación sobre propiedad intelectual, por las funciones que desempeñan: la primera, determinar la procedencia y cualidades de un producto y la segunda, garantizar su calidad, lo cual repercute en la mayor confianza en el consumidor. Los objetivos o fines de esta investigación son:

- a) Establecer qué es la marca colectiva y la marca de certificación; y
- b) Analizarlas tomando como fuente la doctrina, el derecho nacional y tratados internacionales.

2. *Metodología de la investigación*

En el presente estudio, se utilizará el método general de síntesis, recopilándose los datos que brinda la doctrina, el derecho nacional y el derecho comparado sobre la marca de certificación y la marca colectiva.

3. *Explicación del contenido*

Inicialmente se ubica y define al derecho marcario, por ser las marcas especiales parte del mismo. Luego, se analiza la legislación aplicable, caracteres, funciones, principios y clasificación de la marca común o en general. En el siguiente apartado se analiza la marca colectiva y la marca de certificación, estableciendo su definición, caracteres, funciones, titularidad, requisitos y procedimiento para su registro y relación con otros signos distintivos. Finalmente, se establece en un análisis comparativo entre ambas marcas sujetas a regulación especial.

II. DERECHO MARCARIO

A. Ubicación

El derecho marcario forma parte del tema de *propiedad intelectual*, que es aquel conjunto de principios, instituciones y normas nacionales e internacionales que tienen por objeto la protección de las creaciones fruto del intelecto humano, es decir, de las obras que son producto de la inteligencia de las personas. Es propiedad, porque la creación pertenece a la persona que lo desarrolla; es además, una forma originaria de propiedad. Se divide en dos ramas principales, que son *derechos de autor*, y *propiedad industrial*. El derecho de autor protege a las creaciones intelectuales de tipo artístico, ya sean literarias, plásticas o musicales, así como los derechos conexos. La propiedad industrial protege a las creaciones científicas, tecnológicas y de aplicación comercial. Para la protección de las creaciones científicas y tecnológicas, existe el *derecho de patentes*, que comprende inventos, modelos de utilidad, diseños y dibujos industriales. Para la protección de las creaciones de aplicación comercial, existe el *derecho marcario*, que comprende los diferentes signos distintivos de la empresa, tales como los nombres comerciales, emblemas, expresiones o señales de publicidad, denominaciones de origen y las marcas.

El derecho marcario tiene sus antecedentes en la antigua Grecia y en China, en donde los artesanos acostumbraban marcar sus obras con su firma. Y más propiamente, en la Edad Media y la época moderna, en Italia y Francia, donde se pretendía identificar al artesano y proteger al consumidor; encontrando su pleno desarrollo en los países

industrializados, en las últimas décadas del siglo XIX, sobre todo en el derecho angloamericano y en las diferentes legislaciones europeas.

B. Definición

Derecho marcario “Es el conjunto de normas jurídicas mediante las cuales el Estado regula los derechos de propiedad industrial sobre los signos distintivos”.³

El derecho marcario guarda estrecha relación con el derecho administrativo, ya que el Registro de Propiedad Intelectual es una oficina administrativa, y en Guatemala es uno de los registros que forman parte del Ministerio de Economía. También se relaciona con el derecho civil, que es la rama del derecho que define lo que es la propiedad; con el derecho mercantil, puesto que las doctrinas tradicionales o clásicas consideran que la propiedad intelectual es una parte de aquel. Con el derecho penal se vincula, por las normas que reprimen la competencia desleal. Además se relaciona con el derecho procesal civil, puesto que los trámites de nulidad, daños y perjuicios, entre otros, se tramitan de conformidad con los procedimientos establecidos para los procesos civiles y mercantiles. Con el derecho tributario se relaciona, puesto que para la inscripción de las marcas y demás signos distintivos, deben pagarse tasas establecidas en el arancel. Y actualmente, por el fenómeno de globalización, se vincula cada vez más con el derecho comparado y con el derecho internacional.

Un ejemplo de ello es el Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos de Norteamérica, los países Centroamericanos y República Dominicana, conocido como *CAFTA-DR*, por sus iniciales en inglés (*Central America Free Trade Agreement, Dominican Republic*). En dicho tratado se regula ampliamente el tema de propiedad intelectual y en consecuencia, de derecho marcario. Fue necesario introducir una serie de reformas legales, dentro de ellas, al Decreto Número 57-2000, Ley de Propiedad Industrial, mediante el Decreto Número 11-2006, al que se denomina en el ámbito jurídico ‘*Ley de Implementación*’, lo anterior con el objeto de adecuar la legislación nacional a las normas del mencionado tratado.

3 Bendaña, Guy, *Curso de derecho de propiedad industrial*, Nicaragua, Quebecor Impreandes, 1999, p. 35.

C. Legislación aplicable a la materia

En materia de derecho marcario, la legislación aplicable es de índole nacional e internacional, por las razones ya señaladas, específicamente en virtud del fenómeno de globalización del comercio.

Dentro de las normas nacionales, se encuentra el Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República, *Ley de Propiedad Industrial*, así como el reglamento que desarrolla los preceptos que establece la ley: Acuerdo Gubernativo Número 89-2002. Estas normas han sufrido una serie de modificaciones y reformas, siendo las más recientes las introducidas por el Decreto Número 11-2006 del Congreso de la República.

En la normativa internacional aplicable al tema, encontramos el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), la Convención General de Protección Marcaria y Comercial (Washington), el Protocolo de Madrid y su reglamento. Para la clasificación marcaria, en Guatemala se utiliza el Arreglo de Niza, y en materia de elementos figurativos, el Acuerdo de Viena.

Es necesario recordar que el derecho marcario tiene fundamento constitucional, ya que el artículo 42 de la Constitución Política de la República de Guatemala contempla el tema relativo al derecho de propiedad intelectual, del cual forma parte.

D. La marca

1. Definición

Marca “es todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona”.⁴

En la actualidad, la Ley de Propiedad Industrial guatemalteca (art. 4) define a la marca como:

4 Bendaña Guy, *op. cit.*, nota 3, p. 51.

“Todo signo denominativo, figurativo, mixto, tridimensional, olfativo, sonoro o mixto, que sea apto para distinguir los productos o servicios de otros similares en el mercado, de una persona individual o jurídica, de los de otra y que pueda ser objeto de una representación gráfica”.

Esta definición es bastante amplia, y ha dejado de un lado la exigencia que anteriormente presentaba la legislación guatemalteca, en cuanto a la necesidad de que la marca fuera un signo ‘perceptible visualmente’, es decir, que se ha permitido que signos perceptibles por algunos otros de los sentidos, tales como los sonidos y los aromas, sean susceptibles de protección.

En el derecho comparado, se regulan incluso las marcas perceptibles por el sentido del tacto, lo cual, de conformidad con lo indicado, no está contemplado en la Ley de Propiedad Industrial guatemalteca. La definición establece como requisito la posibilidad de una representación gráfica, es decir, que se exprese la clave en el caso de música, o la fórmula o composición, en el caso de los aromas.

2. Caracteres

Los caracteres esenciales de la marca son: distintividad, especialidad, licitud y veracidad. Y sus caracteres secundarios son: su uso es facultativo y no obligatorio; no existe necesidad de fijación sobre la mercancía; debe ser aparente, y generalmente individual.

3. Funciones

La marca indica el origen o procedencia del producto, además, es una garantía de calidad; sirve para coleccionar y proteger a la clientela y como medio de publicidad. Su función jurídica por excelencia es la *distintividad*; pero además tiene una función social, ya que el público tiene derecho a no ser engañado.

4. Principios

Con sus respectivas excepciones, son principios de la marca: la territorialidad, la especialidad y el principio atributivo (registro de la marca para obtener su propiedad). Las excepciones son el principio de prioridad y las marcas notorias y famosas.

5. *Clasificación*

Existen diferentes clasificaciones de las marcas, atendiendo distintos criterios. Según sus características, forma de representación o de percepción: denominativas o verbales, figurativas, mixtas, tridimensionales, sonoras, olfativas, táctiles, defensivas, de fábrica, de servicios, comerciales, agrícolas, nacionales, extranjeras, mixtas, internacionales, registradas y no registradas, generales y especiales, notorias y famosas o célebres, facultativas, obligatorias, de fantasía, evocativas, descriptivas, significativas, fuertes, débiles, típicas y atípicas.

Atendiendo a las personas que pueden utilizar una marca, y las normas legales que las regulan, las mismas se dividen en *marcas individuales* y *marcas especiales*. Como su nombre lo indica, las últimas están sujetas a una regulación legal especial por sus particularidades, funciones y caracteres, tanto en la legislación guatemalteca como en el derecho internacional. Estas son las marcas colectivas y las marcas de certificación, las cuales se analizarán y compararán en el presente trabajo.

III. LAS MARCAS SUJETAS A REGULACIÓN ESPECIAL

A. **Marca colectiva**

1. *Definición*

La marca colectiva es aquel signo distintivo de la empresa, cuyo titular es una persona jurídica, que agrupa a personas autorizadas por el titular a usar la marca. Se caracteriza por ser adoptada por un conjunto de personas, como por ejemplo, las cooperativas, sindicatos, asociaciones gremiales y demás entidades públicas o privadas o similares, aun cuando las mismas no tengan empresa o establecimiento propio. La marca colectiva se normará por su propio reglamento, el cual debe indicar las características comunes o cualidades de los productos, condiciones, modalidades, y además los mecanismos de control y sanciones por incumplimiento.

*“La marca colectiva es un signo destinado a ser colocado sobre productos, mercancías o servicios para indicar que han sido producidas, fabricadas o prestadas por un grupo de personas”.*⁵

Para Edmundo Vásquez Martínez:

*“Las marcas colectivas son las que usan varios empresarios miembros de una colectividad para distinguir productos de un tipo determinado. Son las que se conceden a entidades o asociaciones que tengan como finalidad garantizar el origen, la naturaleza o la calidad de determinados productos o mercancías, contando precisamente con la facultad de conceder el uso de las propias marcas a los empresarios que pertenezcan a la entidad o a la asociación”.*⁶

Para que una persona pueda utilizar la marca colectiva, es necesario que sea miembro de la entidad titular de la misma, ya sea esta una asociación, organización o grupo de personas. La definición legal de marca colectiva se encuentra en el artículo 4 del Decreto Número 57-2000, y todas las normas especiales que la regulan se encuentran en el capítulo II del título II del mismo Decreto del Congreso de la República. En el Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial se establecen normas sobre la marca colectiva, específicamente en el capítulo IV, artículos del 28 al 31. Goza además de la protección que le confieren los diferentes tratados, convenios y arreglos internacionales que ya se han indicado en el presente trabajo.

2. Caracteres

- a. La marca colectiva es común para sus productos, es decir, que identificará los productos, mercancías o servicios de quienes formen parte de la asociación.
- b. Cada miembro de la agrupación titular tiene derecho a instar por sí, en defensa de sus intereses personales contra los usurpadores.

5 Monzón Letona, Mylenne Yasmín, *La Marca Colectiva, su regulación en Guatemala*, Guatemala, 2000, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, p. 17.

6 Vásquez Martínez, Edmundo, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1978, p. 282.

- c. La marca colectiva tiene utilidad donde los productos son reputados.⁷

3. *Funciones*

La marca colectiva tiene una *función protectora*, y confiere exclusividad en su uso. Solamente los asociados o el titular podrán utilizarla. Asegura a su titular contra la competencia desleal. Además, tiene una *función de garantía de calidad*, ya que uno de sus objetivos es mantener las condiciones que determine el reglamento.

4. *Titularidad*

La titularidad de la marca colectiva pertenece a la entidad que la ha adoptado y su uso corresponde a todos los miembros o asociados de aquella.⁸ La entidad puede ser una cooperativa, un sindicato, una asociación gremial o cualquier entidad o empresa. De conformidad con el Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial, puede solicitarla cualquier asociación de fabricantes, productores, artesanos, agricultores, industriales, prestadores de servicios o comerciantes, que de conformidad con la legislación que les sea aplicable, tengan personalidad jurídica.

Una limitación legal es la imposibilidad de celebrar un contrato de licencia de uso de la marca colectiva, a favor de personas distintas a los asociados.

5. *Requisitos y procedimientos para su registro*

Los requisitos generales y procedimiento para el registro de la marca colectiva, son los mismos que la Ley de Propiedad Industrial establece para las marcas en general; adicionalmente será necesario cumplir con las disposiciones especiales establecidas en el capítulo II del título II de la ley.

Los *requisitos especiales* que debe contener la solicitud de registro de una marca colectiva son:

- a La denominación de la entidad solicitante y lugar de su constitución;

7 Monzón Letona, Mylenne Yasmín, *op. cit.*, nota 5, p. 20.

8 *Ibidem*, p. 23.

- b. La marca cuyo registro se solicita y una reproducción de la misma cuando se trate de marcas denominativas con grafía, forma o color especiales o de marcas figurativas, mixtas o tridimensionales, con o sin color;
- c. La enumeración de los productos o servicios que distinguirá la marca, con indicación de número de la clase a la que correspondan;
- d. Las características comunes que deben presentar los productos o servicios referidas al origen geográfico, modo de fabricación, a los materiales empleados o a cualquier otro aspecto.

También se debe indicar en la solicitud, que el objeto es una marca colectiva, y adjuntar tres ejemplares del *reglamento de empleo* de la misma. Para el examen de forma se verificará que se adjunta el reglamento y que el mismo llena las *exigencias legales de forma*, las cuales son:

- a. La denominación o identificación de la entidad solicitante, su domicilio y dirección de su sede principal.
- b. El objeto de la asociación;
- c. El órgano de administración que conforme su propia normativa esté facultado para representar a la entidad;
- d. Los requisitos de afiliación;
- e. Los requisitos que deben cumplir las personas afiliadas para obtener la autorización de utilización de la marca;
- f. Las características comunes que deben presentar los productos o servicios, referidas al origen geográfico, al modo de fabricación, a los materiales empleados o a cualquier otro aspecto;
- g. Las reglas y demás condiciones a que debe sujetarse el uso de la marca colectiva por las personas autorizadas;
- h. Los mecanismos de vigilancia y verificación para el control del uso de la marca colectiva conforme a las reglas y condiciones a que se refiere la literal anterior;

- i. Las infracciones y correspondientes sanciones por el uso de la marca en forma distinta de lo regulado en el reglamento, incluyendo la suspensión o cancelación temporal o definitiva de la autorización de uso;
- j. Los procedimientos para la aplicación de las sanciones; y
- k. Los medios de impugnación de las decisiones relativas a la concesión de autorizaciones o a su suspensión o cancelación.

Además, con la solicitud deberán presentarse como *documentos anexos*:

- a. La autorización para usar emblema, bandera, escudo o símbolo de un estado o entidad pública, si fuera el caso.
- b. El comprobante de pago de la tasa establecida.
- c. Cuatro reproducciones de las solicitudes de la marca.

Se realizará el *examen de fondo* de la solicitud. En este caso no se puede objetar el registro porque el signo se estime descriptivo; pero el registro será denegado, si la marca colectiva hace referencia a una indicación geográfica, si esta se ha convertido en un nombre genérico, o si las características del producto se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico.

En caso de que el titular de la marca colectiva realice cambios en el reglamento, lo debe inscribir en el Registro.

6. Relación con otros signos distintivos

a. Con la marca individual

Se asemejan porque ambas sirven para distinguir productos y servicios y por su vigencia, que será por un plazo de diez años; pero se diferencian en cuanto a la titularidad ya que en la marca colectiva corresponde siempre a una entidad. Y también será diferente porque el uso corresponderá a los afiliados, aunque la ley permite que también la use el titular. Sobre la marca común, puede celebrarse un contrato de licencia de uso, lo cual no es posible en el caso de la marca colectiva, que es exclusiva para los asociados o para el titular.

b. *Con las indicaciones geográficas*

Estas sirven para identificar a un producto como originario de un país, de una región o localidad de ese país, cuando determinada calidad o características se deben fundamentalmente al origen geográfico. En cambio, la finalidad de la marca colectiva es identificar los productos de los afiliados de su titular y garantizar su calidad. Su campo de aplicación puede ser más amplio que las indicaciones geográficas.

c. *Con las denominaciones de origen*

Se asemejan por garantizar la calidad del producto y porque ambas preestablecen las características y nivel de calidad de un producto o servicio. Se diferencian porque en la denominación de origen se garantiza que el producto reúne ciertas características que se deben al área geográfica, elaboración o crianza. También por la titularidad, ya que en el caso de la denominación de origen, el titular es el Estado; por lo que también se diferencian en cuanto a su defensa y al uso.

B. Marca de certificación

1. Definición

En el derecho comparado se les conoce también como *marcas de garantía*, siendo sus modalidades la marca de origen, la marca ecológica y la marca de calidad.⁹ Encuentra sus raíces en las marcas corporativas que se utilizaban en la época del Renacimiento, que servían para garantizar que determinado producto había sido elaborado según las reglas de la corporación, eran obligatorias y tenían como fin fundamental, proteger el prestigio del arte, la excelencia de los productos elaborados en los talleres de la corporación, o el buen nombre de la ciudad a la que pertenecía el arte. A principios del siglo XX, aparecieron sobre bases sindicales.

*“La marca de garantía es el signo o medio que certifica las características comunes de los productos o servicios elaborados o servicios distribuidos por personas diferentes del titular, debidamente autorizadas y cuyo uso por éstas es objeto de control por el propio titular de la marca”.*¹⁰

9 Largo Gil, Rita, *Las marcas de garantía*, España, Civitas, 1993, p. 43.

10 *Ibidem*, p. 50.

La Ley de Propiedad Industrial guatemalteca establece en su artículo 4 la definición de la misma, estableciendo: “*Marca de certificación: una marca que se aplica a productos o servicios cuyas características o calidad han sido controladas y certificadas por el titular de la marca*”. Sus normas especiales se encuentran en el capítulo III, del título II de la citada ley.

También se les define como:

“aquellas que se aplican a productos o servicios cuyas características o calidad han sido controladas y certificadas por el titular de la marca. Por medio de las mismas se recomienda al público la adquisición de determinados productos o el empleo de servicios que ostenten ese sello de garantía”.¹¹

En conclusión, una marca de certificación es:

“cualquier signo denominativo, figurativo, tridimensional o mixto, que es percibido visualmente, e idóneo para certificar que las características o calidad de los productos o servicios a los que se aplica, han sido controladas por el titular de la marca, que es una persona diferente a los que elaboran o prestan los referidos productos o servicios”.¹²

2. Caracteres¹³

- a. A este tipo de marcas la ley les atribuye una *función certificativa* respecto a los servicios o productos en los que figure, en defensa, primordialmente del interés de los consumidores. Esta función es la de señalar que en tales productos o servicios concurren ciertas características y cierto grado de calidad, con la garantía de que fueron sometidos a un control por el titular de la marca y por una autoridad administrativa.
- b. De acuerdo al artículo 56 de la Ley de Propiedad Industrial, solo puede ser titular de una marca de certificación una entidad o institución de derecho privado o público, nacional, regional o internacional, competente para realizar actividades de certificación de calidad.

11 Guy, Bendaña, *op. cit.*, nota 3, p. 81.

12 Recinos, Ríos y De León, *Las marcas de certificación*, monografía, Guatemala, 2005, p. 5.

13 *Ibidem*, p. 7.

- c. Una marca de certificación solo puede ser utilizada por los productores, fabricantes o distribuidores debidamente autorizados por su titular (artículo 59 de la Ley de Propiedad Industrial).
- d. La marca de certificación no puede ser utilizada para productos o servicios producidos por el titular de la marca (artículo 59 del mismo cuerpo legal citado anteriormente).
- e. La solicitud para registrar una marca de certificación debe ir acompañada de un reglamento que fijará las características garantizadas por la marca y la forma en que se ejercerá control de calidad antes y después de utilizarse el uso de la marca (artículo 57 de la Ley de Propiedad Industrial y artículo 32 del reglamento de la ley precitada).

3. *Funciones*

Una de las funciones de la marca de certificación es ser *indicadora de calidad*. La función de las marcas de garantía no es la de diferenciar los productos o servicios de una persona de los servicios o productos similares de otra persona, cuya función corresponde a las marcas en general. Certificar la presencia de determinadas características y de cierto grado o nivel de calidad en los productos o servicios que la llevan. Esta función la cumple en base al reglamento de uso. Además, tiene una *función publicitaria* a favor de los fabricantes o distribuidores que están autorizados para utilizarla. Con esta función no solo se protegen los intereses de los consumidores, sino también los intereses de los empresarios o distribuidores autorizados para utilizar la marca de certificación, debido a que gracias al prestigio que obtengan por usar dicha marca, sus productos o servicios tendrán más demanda.

4. *Titularidad*

Podrá ser titular de una marca de certificación, una entidad o institución de derecho privado o público, nacional, regional o internacional, competente para realizar actividades de certificación de calidad. El titular de la marca de certificación autorizará el uso de la marca a toda persona cuyo producto o servicio, según fuese el caso, cumpla las condiciones establecidas en el reglamento de uso de la marca.

Una limitación es que la marca de certificación no puede ser usada para productos o servicios producidos, prestados o comercializados por el propio titular de la marca (artículos 56 y 59 de la Ley de Propiedad Industrial).

5. *Requisitos y procedimientos para su registro*

De acuerdo al artículo 55 de la Ley de Propiedad Industrial, son aplicables a las marcas de certificación las normas sobre marcas; para todo lo que no esté expresamente establecido en los artículos que se refieren específicamente a las marcas de garantía, debe acudirse a la normativa sobre las marcas en general. El artículo 57 de la Ley de Propiedad Industrial señala que la solicitud de registro de una marca de certificación debe ir acompañada de un reglamento de uso de la marca, que contendrá las características garantizadas por la marca y la forma en que se ejercerá el control de calidad antes y después de autorizarse el uso de la marca. Este reglamento debe haber sido previamente aprobado por la autoridad administrativa competente, dependiendo del producto o servicio de que se trate y el mismo se inscribirá junto con la marca. Los requisitos que deben reunir tanto la solicitud de registro de la marca de certificación, como el reglamento de uso de la marca, los indican los artículos 32, 33 y 34 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial.

Los requisitos mínimos del reglamento son:

- a. La denominación o identificación de la entidad solicitante, su domicilio y dirección de su sede principal;
- b. El objeto de la entidad;
- c. El órgano de administración que conforme su propia normativa esté facultado para representar a la entidad;
- d. Los requisitos que deben cumplir las empresas para solicitar la autorización de uso de la marca de certificación, incluidas las características que deban concurrir en los productos o servicios para los cuales se autorice el uso de la marca;
- e. Las reglas y demás condiciones a que debe sujetarse el uso de la marca de certificación por las personas autorizadas;

- f. Los mecanismos de vigilancia y verificación para el control del uso de la marca de certificación conforme a las reglas y condiciones a que se refiere la literal anterior; y
- g. Las causales que darán lugar a la terminación de la autorización para el uso de la marca.

Los requisitos especiales de la solicitud son:

- a. La denominación de la entidad solicitante y lugar de su constitución;
- b. La marca cuyo registro se solicita y una reproducción de la misma cuando se trate de marcas denominativas con grafía, forma o color especiales o de marcas figurativas, mixtas o tridimensionales, con o sin color;
- c. La indicación de las normas o estándares de calidad que servirán de parámetro para la evaluación de las características que se garanticen en los productos o servicios a los cuales pueda incorporarse la marca; y
- d. El nombre de la entidad o autoridad administrativa que hubiese aprobado el reglamento de uso de la marca.

Además, con la solicitud deberán presentarse como documentos anexos:

- a. La autorización para usar emblema, bandera, escudo o símbolo de un estado o entidad pública, si fuera el caso;
- b. El comprobante de pago de la tasa establecida; y
- c. Cuatro reproducciones de las solicitudes de la marca.

Es necesario que la entidad solicitante acredite su capacidad técnica para verificar las características de los productos o servicios que pretende certificar, y deben actualizar anualmente la información sobre las normas.

Según el artículo 25 del Decreto Número 57-2000, el registro examinará si la solicitud cumple con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Industrial y los artículos 3, 33 y

34 del reglamento de la referida ley. Luego verificará si la marca de certificación se encuentra comprendida en alguno de los casos de marcas inadmisibles, establecidos en los artículos 20 y 21 de la Ley o en el primer párrafo del artículo 35 del reglamento, el cual señala que cuando se trate de solicitudes de registro de marcas de certificación, no podrá objetarse la inscripción por el hecho que el signo se estime descriptivo, siempre que no sea engañoso.

El titular de una marca de certificación debe comunicar al Registro todo cambio introducido y autorizado en el reglamento de empleo de la marca, y aquellos cambios de normas o estándares de calidad que aplica como parámetro para la evaluación de las características de los productos o servicios a que se incorporará la marca.

6. *Relación con otros signos distintivos*

a. *Con las marcas en general*

Se diferencian porque el propósito de la marca de certificación consiste en indicar y garantizar que los bienes o productos que la llevan reúnen ciertas características y tiene cierto nivel de calidad. Además no pueden ser utilizadas por su titular, solo la pueden utilizar las personas que sean autorizadas por el titular de la misma. En cuanto a la vigencia, una marca en general tendrá vigencia por diez años, a partir del registro de la misma y podrá prorrogarse indefinidamente por períodos iguales y sucesivos. En el caso de la marca de certificación, si el titular del registro es una institución de derecho público, el registro tendrá vigencia indefinida, y si el titular es una persona de derecho privado, el registro tendrá una vigencia de diez años, a partir de la inscripción y podrá ser renovado de la misma forma que las marcas.

Las marcas de certificación las usa una persona distinta al titular. Para que una marca común sea utilizada por una persona distinta a su titular, debe celebrarse un contrato de licencia de uso.

b. *Con las indicaciones geográficas*

Se diferencian porque la indicación geográfica designa el lugar de fabricación de un producto; su finalidad es recordar a los consumidores el origen de los productos; sin embargo, también refieren cierta calidad a los mismos. En cambio, las marcas de certificación

sirven para garantizar que los bienes o servicios que la llevan reúnen ciertas características y determinada calidad, aunque provengan de diferentes lugares.

c. Con las denominaciones de origen

Existe alguna coincidencia entre las denominaciones de origen y las marcas de certificación, debido a que la finalidad de las denominaciones de origen es proteger la calidad de los productos o servicios que reúnen ciertas características debidas al área geográfica de la que proceden, así como a su elaboración o crianza. Pero las marcas de garantía, a diferencia de las denominaciones de origen, no son signos distintivos de los productos en el sentido tradicional. Las marcas de garantía tienen un campo de aplicación más amplio que el de las denominaciones de origen. En cuanto a la composición del signo, es más amplia la gama de posibilidades para una marca de certificación que para una denominación de origen, ya que estas solo pueden consistir en una indicación geográfica. Tampoco coinciden en cuanto a la titularidad de las mismas, debido a que las marcas de certificación pueden ser utilizadas por cualquier persona autorizada por el titular de las mismas (artículo 59 de la Ley de Propiedad Industrial). Además, el titular puede ser cualquier entidad o institución pública o privada, nacional o extranjera (artículo 56 de la ley relacionada). En cuanto las denominaciones de origen nacionales, de conformidad a lo indicado por el artículo 81 del mismo cuerpo legal, el Estado de Guatemala es el titular, y solo los productores, fabricantes o artesanos que desempeñen su actividad en el lugar designado por una denominación de origen y que cuenten con la respectiva autorización, podrán utilizarla comercialmente en sus productos. Sin embargo, tanto en las denominaciones de origen como en las marcas de garantía se fijan, con carácter previo, las características y el nivel de calidad que deben reunir los productos que sean protegidos por una u otra.¹⁴

C. Análisis comparativo de las marcas sujetas a regulación especial

1. Generalidades

De conformidad con lo expuesto, se determina que ambas marcas especiales participan de características comunes, y que también tienen notas específicas que distinguen una de otra.

¹⁴ *Ibidem*, p. 12.

Dentro de los dos tipos de marcas especiales, la marca colectiva guarda una mayor relación y parecido con las marcas comunes u ordinarias, ya que su función es identificar productos y servicios, tanto de sus afiliados o de la propia titular. En el caso de la marca de certificación, su especialidad es aún más notoria ya que la misma no está destinada a identificar productos o servicios, sino exclusivamente a garantizar que los productos o servicios de otra empresa, cumplen con las normas y condiciones que aseguran una mejor calidad, en comparación con los de otras empresas competidoras, que posiblemente no reúnan esos requisitos; la titular de la marca de certificación no puede utilizar sus certificaciones para sus productos, únicamente para garantizar productos de otras empresas. En cambio, en el caso de la marca colectiva, no es posible que de la misma se otorguen licencias de uso para personas distintas, que no sean los afiliados o la titular.

Básicamente, la especialidad de ambas clases de marcas, consiste en que están reguladas por las normas generales que contiene el Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República, y también por normas especiales; lo cual se debe a las particularidades de cada una de ellas. Estas particularidades se refieren básicamente a su objeto de protección, vigencia, finalidad, funciones, titularidad, naturaleza jurídica, contenido del reglamento y vínculo con sus usuarios. Y también estas notas específicas las diferencian de las marcas comunes que regula la Ley de Propiedad Industrial.

A continuación se establecerá en forma detallada las semejanzas y diferencias que existe entre la marca colectiva y la marca de certificación.

2. *Semejanzas entre las marcas sujetas a regulación especial*

a. *Naturaleza*

Ambas marcas son signos distintivos de la empresa, pero especiales, puesto que cada una de ellas está regulada por normas específicas. Ambas identifican productos o servicios de sus afiliados.

b. *Procedimiento para su inscripción y renovación de vigencia en el Registro de Propiedad Intelectual*

Tanto la marca colectiva como la marca de certificación deben seguir el procedimiento general que establece el Decreto Número

57-2000 para la inscripción de las marcas. Además, cada una debe cumplir con los requisitos especiales que ya se han mencionado en el presente trabajo.

c. Necesidad de un reglamento

Ambas deben tener un reglamento en el que constarán las condiciones y requisitos para su uso, aunque el contenido del mismo varía en cada una de las clases de marcas especiales, tal y como ya se ha especificado anteriormente.

d. Funciones

Tienen en común la función protectora, de garantía de calidad y publicidad para los productos o servicios que las pueden utilizar.

e. Titularidad

En ambos casos será una entidad, una persona jurídica.

3. Diferencias entre las marcas sujetas a regulación especial

a. Objeto

La marca de certificación no sirve para diferenciar los productos o servicios de una persona con los de otra, sino para asegurar su calidad. La marca colectiva sirve para identificar los productos o servicios de sus afiliados con los de cualquier otra persona.

b. Caracteres

Mientras que la marca colectiva sirve para identificar los productos o servicios de los afiliados, la marca de certificación sirve únicamente para garantizar la calidad de un producto o servicio.

c. Uso

La marca colectiva puede ser utilizada por los asociados a su titular, o por el titular mismo. Esta posibilidad no existe para la marca de certificación, ya que por su naturaleza, la marca de certificación se crea para ser usada por cualquier persona que la solicite y cumpla los requisitos que establezca el reglamento. En el caso de la marca colectiva, no pueden otorgarse licencias de uso con respecto

a la misma, es decir, que no la podrán usar personas diferentes a su titular o sus afiliados.

d. Relación con los usuarios de la marca especial

Los usuarios de la marca de colectiva son los asociados de la persona jurídica que es titular de la misma, y también la titular la puede usar. Los usuarios de la marca de certificación no son ni los asociados de la persona jurídica que es su titular, ni la propia titular, sino las personas que la soliciten para garantizar al público la calidad de sus productos o servicios.

e. Vigencia

La vigencia de las marcas colectivas será siempre por diez años, al igual que en las marcas comunes. En el caso de las marcas de certificación, si su titular es una institución pública, la vigencia del registro tendrá vigencia indefinida.

f. Contenido del reglamento

Ya que el fondo dependerá de qué clase de marca especial regulará, aunque los requisitos de forma son bastante similares.

IV. CONCLUSIONES

- A. Las marcas especiales que regula la Ley de Propiedad Industrial guatemalteca son la marca colectiva y la marca de certificación.
- B. Estas marcas presentan como especialidad, que están reguladas por las normas comunes para las marcas en general, que establece el Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República; pero además, tienen una normativa propia, que responde a su naturaleza diversa a los demás signos distintivos de la empresa.
- C. La marca colectiva tiene mayores semejanzas a las marcas comunes, ya que su finalidad es diferenciar los productos o servicios de un comerciante de los de otro.
- D. La marca de certificación presenta mayores diferencias con las marcas comunes, puesto que no distingue los productos o

servicios en sentido estricto. Su función es garantizar la calidad de un producto o servicio que ya cuenta con su propia marca.

- E. La marca colectiva y la de certificación se asemejan en: su naturaleza, procedimiento general para su protección en el Registro de Propiedad Intelectual, necesidad de reglamento, en algunas de sus principales funciones –como la garantía de calidad y publicidad– y en que su titular debe ser una persona jurídica.
- F. La marca de certificación y la colectiva se diferencian porque: tienen diferente objeto y caracteres, por la forma de uso y la relación de la titular con los usuarios, por la posibilidad que la marca de certificación tenga vigencia indefinida, y por el contenido del reglamento de cada una de ellas.

V. RECOMENDACIONES

- A. A las diferentes cámaras que agrupan comerciantes que se dedican a prestar servicios o a la producción de mercaderías, se recomienda que se haga saber a sus agremiados que existe la posibilidad de agruparse para formar una persona jurídica que sea titular de una marca colectiva, para uso de los asociados, o de la propia titular.
- B. Asimismo, se debe hacer saber a los comerciantes la posibilidad de obtener marcas de certificación que garanticen la calidad de sus productos y servicios, y con ello mejorar su imagen ante los consumidores.
- C. Al Ministerio de Economía, para que a través del Registro de Propiedad Intelectual se dé a conocer a los comerciantes sobre la posibilidad de que sus productos o servicios utilicen alguna de las marcas sujetas a regulación especial, y así obtener sus beneficios.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BENDAÑA, Guy, *Curso de derecho de propiedad industrial*, Nicaragua, Quebecor Impreandes, 1999.
- GORDILLO, Enrique, *Guía general de estilo para la presentación de trabajos académicos*, Guatemala, Centro de Estudios Urbanos y Regionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2002.
- LARGO GIL, Rita, *Las marcas de garantía*, España, Civitas, 1993.
- MONZÓN LETONA, Mylenné Yasmín, *La marca colectiva, su regulación en Guatemala*, Guatemala, 2000, tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Argentina, Heliasta, 1981.
- RECINOS, RÍOS y DE LEÓN, *Las marcas de certificación*, monografía, Guatemala, s.l.e., 2005.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Vásquez Martínez, Edmundo, *Instituciones de derecho mercantil*, Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1978.

La inexistencia de inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral

M.A. Marcelo Pablo Ernesto Richter¹

Sumario: I. ¿Qué es la inmunidad de jurisdicción? II. Las inmunidades diplomáticas y consulares. III. La inmunidad de jurisdicción de los Estados. IV. No reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral. V. Bibliografía.

Es de público conocimiento en el foro guatemalteco que existe una incorrecta interpretación de las convenciones internacionales que reconocen inmunidades y privilegios, sobre todo, los referentes a la inmunidad de jurisdicción a los agentes diplomáticos y consulares, los representantes de los Estados en misiones especiales y los representantes de los Estados ante determinadas organizaciones internacionales. Este trabajo pretende demostrar, a la luz de las convenciones internacionales, de la legislación y de la jurisprudencia

1 Abogado por la Universidad Católica de Salta en la República de Argentina. Ex asistente de la Cátedra Derecho Constitucional Argentino en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, provincia de Río Negro, Argentina. Consultor en Guatemala para la Organización Iberoamericana de Juventud (O.I.J.) y asesor e investigador en la Procuraduría de los Derechos Humanos. Maestría en derecho constitucional por la Universidad de San Carlos de Guatemala, con distinción *suma cum laude* por su trabajo de tesis denominado *Hábeas Data: Un Remedio ante la Violación del Derecho a la Intimidad*. Maestría en derecho del trabajo y de la seguridad social en la misma universidad. Profesor universitario, destacándose en el dictado de diversas cátedras vinculadas al derecho constitucional y al derecho de trabajo y de la seguridad social en las siguientes universidades: San Carlos de Guatemala, Rafael Landívar y Galileo. Conferencista habitual para entidades públicas en temas referidos al derecho del trabajo y la seguridad social y al derecho constitucional. En la actualidad se desempeña como abogado coordinador de la sección laboral en la Corte de Constitucionalidad.

analizada, que no existe inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral.

I. ¿QUÉ ES LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN?

El derecho internacional contempla diversos supuestos en los que los tribunales de un Estado no pueden ejercer jurisdicción, por tratarse de personas, entidades o situaciones cubiertas por lo que se conoce como "*inmunidades jurisdiccionales*". Las inmunidades pueden ser concedidas por el derecho internacional, o por el derecho internacional consuetudinario (costumbre), sin perjuicio de aquellas convenciones que codifican la costumbre internacional.

Entre las convenciones que reconocen regímenes de inmunidades y privilegios se tienen: la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal de 1975 y la Convención sobre las Misiones Especiales de 1969. Estos tratados internacionales reconocen inmunidad de jurisdicción a los agentes diplomáticos y consulares, los representantes de los Estados en misiones especiales y los representantes de los Estados ante determinadas organizaciones internacionales. Además, las inmunidades también pueden ser otorgadas en virtud del derecho internacional consuetudinario, es decir, de carácter no escrito, cuya fuente es la costumbre internacional, entendida como el conjunto de actos del Estado y de otros sujetos de derecho internacional que se repiten de manera uniforme y constante durante un período determinado hasta dar lugar a un uso o modelo de comportamiento (elemento material), con la convicción subjetiva de tales sujetos de que al seguir dicho modelo de comportamiento o al plegarse a tales usos están acatando una norma jurídica que así lo establece y están actuando de tal manera en cumplimiento de dicha norma (elemento psicológico – *opinio juris*).

Por el derecho internacional consuetudinario algunos altos cargos del Estado, como el Jefe de Estado, el de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, gozan de inmunidad de jurisdicción en otros Estados, tanto en materia civil como penal. La costumbre mencionada, ha sido recogida por la Corte Internacional de Justicia, por ello,

en su jurisprudencia ha señalado específicamente que es el derecho internacional consuetudinario y no el positivo el que establece que “*ciertos altos cargos del Estado*”, como el Jefe de Estado, el de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores gozan de inmunidad de jurisdicción en otros Estados, tanto en materia civil como penal. Lo descrito anteriormente significa que durante el período en el que ocupen su cargo no se podrá diferenciar entre sus actos de carácter oficial y los de ámbito privado, por lo que la inmunidad se hará extensiva para ambos casos, es decir, que estos altos funcionarios, mientras estén activos, disfrutarán de inmunidad de jurisdicción absoluta.² Una vez que se produzca el cese en el cargo, y siempre que se tenga competencia según el derecho internacional, los tribunales de cualquier Estado podrán juzgarlos por actos cometidos antes o después de su mandato, o por aquellos cometidos durante su mandato pero en su condición privada, es decir, la inmunidad es relativa.

No solo los representantes de un Estado gozan de inmunidad jurisdiccional, sino que los Estados mismos, en virtud del principio de la soberanía del Estado y su igualdad soberana, también gozan de inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales de un Estado extranjero. Este concepto ha sido desarrollado tradicionalmente por el derecho internacional consuetudinario y por la jurisprudencia interna de diversos países y, más recientemente, a través de leyes nacionales reguladoras del tema y por algunos tratados internacionales.

2 No obstante, la inmunidad de jurisdicción penal no supone impunidad jurídica, por lo que la Corte Internacional de Justicia establece unos límites a la inmunidad de los cancilleres en los siguientes casos: 1. Cuando en el Estado de su nacionalidad no disfrute del privilegio de inmunidad de jurisdicción penal absoluta. En estos casos, el Ministro de Asuntos Exteriores en activo podrá ser juzgado por los tribunales de su país, es decir, se aplica el derecho interno. 2. Cuando su propio Estado haya decidido retirarle la inmunidad de jurisdicción de que disfruta. 3. Cuando se produzca el cese en el cargo, y siempre que se tenga competencia según el derecho internacional, los tribunales de cualquier Estado podrán juzgar a un antiguo ministro por actos cometidos antes o después de su mandato, o por aquellos cometidos durante su mandato pero en su condición privada. 4. Cuando la competencia para juzgar al Ministro de Asuntos Exteriores, con independencia de que esté activo o ya haya sido cesado, se atribuya a un órgano jurisdiccional penal internacional que resulte competente. Como ejemplo se podría pensar en la competencia de los tribunales internacionales penales y Ruanda y la antigua Yugoslavia o la Corte Penal Internacional (CPI) pues estos tribunales sí tienen jurisdicción para juzgar los actos realizados en su condición oficial.

II. LAS INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES

Los agentes diplomáticos son los representantes de un Estado ante otro país. Existen también representantes de esa índole ante las organizaciones internacionales y enviados en misiones especiales. Entre sus funciones principales se encuentran las de representar a su Estado en aquel al que son enviados y proteger los intereses de su representado y el de sus nacionales dentro del límite permitido por el derecho internacional.

Por lo establecido en las disposiciones de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, los agentes diplomáticos gozan de inmunidad de jurisdicción, la que se define como:

“el conjunto de restricciones en el ejercicio de las competencias aceptadas por un Estado, ante el cual los agentes diplomáticos son enviados, para permitir a estos ejercer libremente sus funciones”.

El agente diplomático goza de inviolabilidad personal y de inmunidad de jurisdicción penal absoluta en el Estado que lo recibe. A su vez, goza de inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, excepto en acciones reales sobre bienes inmuebles, sucesiones y las relativas a actividades comerciales o profesionales privadas (artículo 31, Convención de Viena de 1961). El agente diplomático también está exento de la prestación personal de todo servicio público, cualquiera que sea su naturaleza, y de cargas militares en el Estado receptor (artículo 35, Convención de Viena de 1961). Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él su residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades concedidos a los agentes diplomáticos, salvo la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa frente al Estado receptor, la cual solo se extenderá a los actos realizados en el ejercicio de sus funciones (artículo 37, numeral 2, de la Convención de Viena de 1961). De igual modo, los miembros del personal de servicio de la Misión, que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él su residencia permanente, gozarán de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones (artículo 37, numeral 2, de la Convención citada anteriormente). Por su parte, los funcionarios consulares y los empleados

consulares gozan de inviolabilidad personal y de inmunidades frente a los tribunales del Estado receptor, las cuales solo se circunscriben a los actos perpetrados en ejercicio de sus funciones, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

III. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS

La inmunidad de jurisdicción de los Estados es una institución regulada por el derecho internacional consuetudinario, que se funda en dos principios: la máxima "*par in parem no habet jurisdictionem*", en virtud de la cual las demandas contra el Estado ante los tribunales de otros Estados versaban sobre supuestos en los que el demandado actuaba como soberano, y el de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. Se considera como un derecho que posee cualquier Estado y una limitación que los demás Estados tienen en su facultad para dictar las normas que determinan la jurisdicción de sus tribunales o las competencias de sus órganos administrativos. En pocas palabras, significa que un Estado extranjero no puede ser demandado ni sometido a juicio ante los tribunales de otro Estado.

En algunos países se sostiene una concepción tradicional sobre la inmunidad del Estado, considerándola como absoluta, según la cual los Estados extranjeros no pueden ser demandados ni sometidos a la jurisdicción de los tribunales de determinado país, sea cual fuere la naturaleza del asunto en controversia. El tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes ha evolucionado constantemente y se ve influenciado por las novedades que se producen en la legislación y en la práctica de los Estados. Este es un tema que ha experimentado una de las evoluciones más notables en el derecho internacional, en el sentido de que el principio ha pasado, de ser absoluto, a ser restringido. Es así como, en una segunda interpretación, la jurisprudencia de diversos países ha adoptado una posición restrictiva con respecto a la inmunidad de los Estados extranjeros, reconociendo que no es absoluta dado que, como todo derecho, puede ser objeto de renuncia y tiene límites, según si se trata de actuaciones del Estado en ejercicio de los actos propios de su soberanía, actos de poder político (actos *jure imperii*) o si se trata de casos en que dichos Estados actúen como podría hacerlo un particular (actos *jure gestionis*), en razón de la protección del interés de los nacionales que realizan

operaciones comerciales o de naturaleza privada con Estados u organismos estatales extranjeros.

En general, los nacionales del propio Estado pueden encontrarse con la imposibilidad de presentar reclamaciones y solicitar justicia ante sus propios tribunales si los Estados extranjeros pueden ampararse en el principio de la inmunidad en litigios de naturaleza puramente comercial o privada. Además, la limitación del alcance de la inmunidad se ha justificado con el argumento de que los Estados extranjeros, al realizar operaciones comerciales, dejan de lado su soberanía y se sitúan en un campo de igualdad con los particulares con los que contratan.

Como ya se apuntó, el tema de la inmunidad de jurisdicción del Estado sigue estando regulado en forma predominante por normas de derecho internacional de carácter consuetudinario, es decir, por la costumbre internacional. Sin embargo, existen tratados internacionales que han codificado este tipo de normas; los primeros intentos se dieron en el ámbito regional europeo: el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Normas Relativas a la Inmunidad de los Buques de Propiedad Estatal de 1926 y la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972. Y en el seno de las Naciones Unidas, la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de 2004.

Sin intentar desconocer el principio general de que todo Estado goza para sí y para sus bienes de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, es evidente que la actividad de los Estados se desarrolla cada vez con mayor frecuencia al amparo del *jure gestionis* y rebasa los límites tradicionales del *jure imperii*. Por ello, es necesario promover un equilibrio entre la soberanía de los Estados y los intereses que intervienen cuando un particular celebra una transacción con un Estado, y una forma de lograrlo sería insistir en la distinción entre actos que tienen carácter soberano, público o gubernamental y actos de carácter comercial o privado. Además, no hay que dejar de lado que los Estados extranjeros están obligados a observar las leyes del Estado en el que desarrollan sus actividades y que, como es lógico, están obligados a observar sus obligaciones internacionales.

IV. NO RECONOCIMIENTO DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EN MATERIA LABORAL

La norma más autorizada que regula lo referente a las fuentes del derecho internacional es la del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), instrumento que figura como parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, se cuenta entre los tratados que han recibido mayor número de ratificaciones en el mundo, del cual Guatemala es parte. En esta disposición se establecen como fuentes primarias o principales del derecho internacional los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. Al destacar los conceptos vertidos con anterioridad, debe quedar claro que no existe para Guatemala un tratado internacional, costumbre internacional o principios generales del derecho que establezcan la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral.

En el plano internacional la tendencia va encaminada hacia la adopción de leyes internas y de convenciones (derecho positivo) que consagran expresamente la no inmunidad de jurisdicción de los Estados frente a procesos laborales. Entre estas se encuentran las leyes americanas de 1976 e inglesa de 1978, la Convención Europea de 1972 y, en el marco de las Naciones Unidas, la Convención sobre Inmidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de 2004. Como ejemplo de esta consagración en legislaciones internas se tiene la ley sobre Inmunidad del Estado del Reino Unido de 1978 (*State Immunity Act*), cuyo artículo 4-(1) dispone:

“4.- (1) Un Estado no es inmune respecto de procesos relacionados con un contrato de empleo entre el Estado y un individuo en los casos en que el contrato fue celebrado en el Reino Unido o el trabajo debe realizarse en todo o en parte allí”.

En materia multilateral regional, el texto de la Convención Europea de 1972 sobre la Inmunidad de los Estados pretende establecer reglas comunes sobre la extensión de la inmunidad de jurisdicción, estableciendo que no es aplicable la inmunidad del Estado en los asuntos de naturaleza laboral. En el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas se expidió la resolución cincuenta y cinco/ciento

cincuenta (55/150) del doce de diciembre de dos mil, que estableció el Comité Especial sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. En esta instancia se ha abogado por la aprobación y adopción de la tesis de la inmunidad restringida de los Estados y de sus bienes, particularmente en el no reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción en materia laboral, pretensión que se concretó al aprobarse la Convención sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes en diciembre de dos mil cuatro, la que en su artículo once establece:

“Contratos de trabajo. 1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica: a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) si el empleado es: i) un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; iii) un miembro del personal diplomático de las misiones permanentes ante las organizaciones internacionales, de las misiones especiales, o que haya sido designado para representar al Estado en conferencias internacionales; o iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática; c) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural; d) si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado; e) el empleado fuese un nacional del Estado empleador en el momento en que se entabló el procedimiento, a menos que esta persona tenga su residencia permanente en el Estado del foro; o f) si el Estado empleador y el trabajador han convenido otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso”.

De tal suerte que, aunque tradicionalmente se ha considerado que el Estado posee inmunidad absoluta, criterio que ha sido igualmente aceptado por los tribunales, esta teoría ha evolucionado con el tiempo, dando paso cada vez más a la de la inmunidad relativa, aceptada por la jurisprudencia, la legislación interna de los Estados y consagrada, finalmente, en diversos instrumentos internacionales. Como es de conocimiento general, los grandes lineamientos en esta materia se han basado en la clásica diferenciación entre los actos *jure imperii* y *jure gestionis*. Estos criterios de distinción, que en teoría son fáciles de establecer, en la práctica han demostrado ser de difícil aplicación, especialmente en lo relativo a la naturaleza del acto o del objeto del acto. La propia jurisprudencia ha revelado que el criterio de diferenciación no es de fácil comprensión. Lo anterior determinó que los Estados consideraran la necesidad de hacer una codificación a escala universal relativa las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

Otro aspecto que se debe destacar es que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 no concede inmunidad de jurisdicción a las misiones diplomáticas acreditadas en el Estado receptor. La Convención de Montevideo de 1933, sobre Derechos y Deberes de los Estados, estableció que un Estado, como persona de derecho internacional, debe poseer una población permanente, un territorio definido, un gobierno y la capacidad para establecer relaciones con otros Estados, entendiéndose esta última como el derecho del Estado a determinar libremente sus relaciones con otros Estados, con otras entidades, sin restricción o control por parte de otro Estado.

El Estado, en la consolidación de sus relaciones diplomáticas, tiene la facultad de establecer en el territorio de otros Estados misiones diplomáticas permanentes, las cuales, según el artículo 3 de la Convención de Viena de 1961, representan al Estado acreditante ante el Estado receptor, es decir, que existe una relación innegable entre el Estado acreditante y sus representaciones en el extranjero: las misiones diplomáticas. Por el contrario, no puede afirmarse que exista esta misma unidad entre el Estado y los agentes diplomáticos que ejercen funciones en las misiones diplomáticas, que representan a su Estado, porque no son el Estado mismo.

Cuando se hace referencia a un Estado, estamos frente a un sujeto de derecho internacional, y por el contrario, cuando se habla de los agentes se está refiriendo a personas naturales, a las cuales se les conceden inmunidades y privilegios por razón del buen cumplimiento de sus funciones. Por esta razón, no es propio afirmar que en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 se consagró la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros y de misiones diplomáticas, puesto que la Convención no versa sobre inmunidades de los Estados, sino inmunidades y privilegios de los agentes diplomáticos (personas naturales).

De conformidad con lo establecido en el artículo 1, literal e) de la Convención mencionada precedentemente, ostenta la calidad de agente diplomático el Jefe de la Misión o un miembro del personal diplomático de la misión. En ninguna de sus normas la Convención afirma o se refiere a la inmunidad de jurisdicción del Estado:

“Artículo 31.1 El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata: a) de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b) de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como executor testamentario, administrador, heredero o legatario; c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales. 2. El agente diplomático no está obligado a testificar. 3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia. 4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante”.

El artículo 33 establece:

“1. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el agente diplomático estará, en cuanto a los servicios prestados al Es-

tado receptor. 2. La exención prevista en el párrafo 1 de este artículo se aplicará también a los criados particulares que se hallen al servicio exclusivo del agente diplomático, a condición de que: a) No sean nacionales del Estado receptor o no tengan en él residencia permanente, y b) Estén protegidos por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado acreditante o en un tercer Estado. 3. El agente diplomático que emplee a personas a quienes no se aplique la exención prevista en los párrafos 1 y 2 de este Artículo no impedirá la participación voluntaria en el régimen de seguridad social del Estado receptor, a condición de que tal participación esté permitida por ese Estado. 4. Las disposiciones de este artículo se entenderán sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre seguridad social ya concertados y no impedirán que se concierten en los sucesivos acuerdos de esta índole”.

Al finalizar las normas transcritas, se advierte con claridad que en la Convención de Viena de 1961 no se estableció inmunidad de jurisdicción para las misiones diplomáticas. La única referencia que al respecto se hace en dicho instrumento corresponde a la figura de la inviolabilidad de los locales en donde funciona la misión diplomática (artículo 22), que consiste en que los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin el consentimiento del jefe de la misión. La inviolabilidad se estableció para proteger los locales de la misión (inmueble, mobiliario y medios de transporte) contra toda intrusión o daño y para evitar que se turbe la tranquilidad, una figura totalmente diferente de la inmunidad jurisdiccional de la misión diplomática o a la posibilidad de que esta sea demandada judicialmente. En consecuencia, cuando la Convención habla de inviolabilidad de la misión diplomática solo se refiere a la imposibilidad, tanto para las autoridades del Estado receptor como para los particulares, de penetrar en los edificios en que aquella tiene su sede, sin previo consentimiento del jefe de la misión.

La figura de la inmunidad jurisdiccional de la misión diplomática hace referencia a la imposibilidad de ser llamada a juicio ante estrados judiciales del Estado receptor, aspecto que no se contempla en la Convención de Viena de 1961. Indudablemente se está ante dos conceptos diferentes sobre las inmunidades de jurisdicción, motivo por el cual se debe distinguir entre: a) La inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos, y b) La inmunidad de jurisdicción de los

Estados. La inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa referida en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1961, es con respecto a los funcionarios, para dejar por fuera de la jurisdicción del Estado receptor todos los actos o los hechos que estos ejecuten en razón de sus funciones. Las estipulaciones de dicha Convención deben ser interpretadas de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, de acuerdo con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de la Convención, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Otra situación a destacar, es que la inmunidad del Estado hace referencia al Estado en cuanto tal, como persona jurídica, al Gobierno y a todos los órganos superiores de la administración estatal.

Como se explicó anteriormente, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados constituyen un principio por lo general aceptado en el derecho internacional consuetudinario que busca que un Estado se abstenga de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado. Sin embargo, esta inmunidad de jurisdicción de los Estados no es absoluta, puesto que la costumbre internacional (fuente principal del derecho internacional) ha aceptado que existen procesos en los que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer. Entre estos se encuentran los procesos relativos a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado. Es por ello, que no puede afirmarse que exista en alguna norma convencional o en la costumbre internacional alguna práctica que justifique el establecimiento de la inmunidad de jurisdicción laboral de los Estados. La inmunidad de jurisdicción del Estado en materia laboral no es reconocida en el ámbito internacional por países que, al igual que Guatemala, son firmantes de la Convención de Viena de 1961.

En conclusión, no asiste razón alguna para que se dé una interpretación absoluta y extrema a las inmunidades concedidas a los agentes diplomáticos y consulares en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, extendiéndolas a las misiones diplomáticas y consulares, lo que conllevaría a eximir a los Estados extranjeros (embajadas y consulados acreditados en Guatemala) de su obligación de responder conforme a las leyes guatemaltecas por sus acreencias laborales

a favor de los connacionales que les prestan sus servicios, siempre que estos no sean funcionarios diplomáticos o consulares, o personal que goce de algún tipo de inmunidad. Se concluye, además, que no hay fuente principal del derecho internacional, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia –norma que define las fuentes del derecho internacional–, que reconozca la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral, siendo lógico que al carecer de fuente no surjan obligaciones al respecto. Además, la jurisprudencia, fuente auxiliar del derecho, también respalda el criterio de no reconocer inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral. Por ejemplo, el *conseil de prud'hommes* francés ha señalado que, de manera casi sistemática, los Estados que son demandados en las jurisdicciones francesas laborales invocan la inmunidad, con base en lo dispuesto por la Convención de Viena del 18 de abril de 1961. Al respecto, dicho tribunal ha sido enfático en manifestar que:

“con base en la jurisprudencia francesa, la inmunidad de jurisdicción solamente puede ser aplicable cuando se trate de empleados que tengan una responsabilidad en el ejercicio del servicio público diplomático y no cuando se trate de simples actos de gestión y de funcionarios administrativos”.

También el Tribunal Constitucional de Colombia, conforme se encuentra expresado en las Sentencias C-ciento treinta y siete de mil novecientos noventa y seis (C-137 de 1996), C-doscientos tres de mil novecientos noventa y cinco (C-203 de 1995) y C-cuatrocientos cuarenta y dos de mil novecientos noventa y seis (C-442 de 1996), ha expresado que:

“Además, en el evento de que surja una disputa jurídica entre un habitante del territorio y un Estado que actúa como un particular, podrá apelarse a los mecanismos judiciales consagrados por el ordenamiento nacional e internacional a fin de que el conflicto se resuelva según las normas vigentes en el territorio nacional”.

En la República Argentina, desde la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos *“Manauta Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ Daños y perjuicios”* y especialmente desde la sanción de la ley 24488 (Ley de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos), las causas

laborales contra las misiones diplomáticas quedan sometidas a la jurisdicción de la justicia del trabajo.

Al analizar la jurisprudencia mencionada, se concluye que los trabajadores guatemaltecos o residentes permanentes en el país que resultaren perjudicados por el incumplimiento de las normas laborales guatemaltecas por parte de las misiones diplomáticas u oficinas consulares extranjeras, sin lugar a dudas, se encuentran frente a un conflicto jurídico originado directamente de un contrato de trabajo celebrado entre un particular y un Estado extranjero a través de su embajada en Guatemala (también particular). En este orden de ideas, siguiendo lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia, puede apelarse a los mecanismos judiciales consagrados por el ordenamiento nacional a fin de que el conflicto se resuelva según las normas vigentes en el territorio nacional, es decir, ante los tribunales de trabajo y previsión social, los que no necesitarán de la vía diplomática para notificar el trámite de un juicio ordinario laboral y sus incidencias, porque ejercerán la jurisdicción que el ordenamiento jurídico interno guatemalteco les reconoce, y aplicarán el proceso establecido en el Código de Trabajo y lo normado en la Ley de Ceremonial Diplomático de la República de Guatemala.

V. BIBLIOGRAFÍA

BOGGIANO, Antonio, *Relaciones judiciales internacionales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1994.

REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho internacional*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

Derecho consuetudinario o derecho maya, una aproximación conceptual

Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle¹

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es el derecho? III. ¿Por qué derecho consuetudinario? IV. ¿Por qué derecho maya? V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia es únicamente un acercamiento al uso de conceptos que en los últimos años han estado presentes en la discusión académica y coloquial guatemalteca, por lo tanto, no pretende desde ningún punto de vista ser conclusivo, más bien es una puesta en consideración de lo que se ha venido escribiendo al respecto y lo que debería seguir discutiéndose para entender nuestra realidad plural. Espero no ser reiterativo de algo que para algunos es un tema ya agotado, pero que para nuestros espacios académicos universitarios sigue siendo un conflicto de comprensión y aceptación. Vale el agradecimiento a los autores que permiten ser citados para desarrollar algunas ideas en el presente trabajo.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Maestría en Administración Pública por la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). Estudios de Maestría en Antropología Social y Etnología por el programa Guatemala Universidad París VIII. Maestría en Derecho Constitucional por la USAC. Estudiante del Doctorado en Ciencia Política y Sociología de la Universidad Pontificia de Salamanca. Diplomado en Derecho Indígena y Convenio 169 por la USAC. Profesor universitario en las universidades de San Carlos de Guatemala y Rafael Landívar.

II. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Desafortunadamente en nuestro país existe poca producción teórica acerca del derecho, y esto hace que no se avance en la comprensión del mismo. Nos contentamos con conocer solamente los efectos de la práctica jurídica, aun y cuando desconozcamos los orígenes de las instituciones y en casos todavía más graves desconozcamos lo que hay detrás de cada concepto jurídico, lo que explicita el contenido sintetizado de la abstracción mental que constituye la palabra pronunciada en forma oral o escrita. De ahí que sea importante hacer un pequeño análisis de las consideraciones sobre derecho para discurrir en torno a derecho consuetudinario o derecho maya.

En relación a esto mismo es conveniente citar lo que al respecto dice Leonardo Da Vinci: *“La teoría es el capitán y la práctica son los soldados”*, por lo que desde estudiantes hasta profesionales del derecho, debemos contribuir en la discusión para dar una explicación, si no compartida, sí que permita comprender los fenómenos plurales de nuestra nación guatemalteca.

El problema de definir el derecho es prioritario si queremos comprender qué es. En este sentido, muchas de nuestras facultades de derecho a nivel nacional hemos venido repitiendo la que se ha convertido en la clásica concepción de derecho de Eduardo García Maynez, en cuanto a considerarlo como el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta humana.

En Guatemala, durante el siglo *XX* y lo que va del *XXI*, no hemos tenido producción académica jusfilosófica que influyera decididamente la creación, interpretación y explicación del derecho. Por ello, la discusión cotidiana sin mayor fundamentación o argumentación conceptual ha invadido las aulas universitarias y la vida de las personas que discuten acerca de fenómenos tan trascendentales para las relaciones sociales en países con diversidades culturales como el caso nuestro.

Concebir al derecho únicamente con un conjunto de normas jurídicas es castrar una idea mucho más amplia, es mutilar un fenómeno social que nace para crear, organizar, regular y multiplicar relaciones sociales. Por lo tanto, no es solo el límite de ciertos comportamientos,

expresados en una norma jurídica. Porque, si bien es cierto, la norma jurídica es una expresión fáctica del derecho, la misma no lo es todo.

Carlos Santiago Nino, señala como hipótesis que:

“las dificultades para definir el derecho tienen su origen en la adhesión a una cierta concepción sobre la relación entre el lenguaje y la realidad que hace que no se tenga una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística, en este caso el Derecho”.

Y sigue diciendo que en el pensamiento teórico, y el jurídico más que en ningún otro, todavía tiene alguna vigencia la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad, que se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos.

Esta concepción nos llevaría a la conclusión de que el derecho es una realidad que las personas no pueden crear o cambiar, sino solo reconocer, detectando los aspectos esenciales de esa realidad que deben estar recogidos en nuestros conceptos.

Santiago Nino sigue señalando que la caracterización del concepto “derecho” se desplazará de la obscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho, a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra derecho, y si, prescindiendo de ese análisis, o a través de él, llegamos a la conclusión de que nuestro sistema teórico requiere estipular un significado más preciso que el ordinario para derecho, la estipulación no estará guiada por un *test* de verdad en relación con la captación de esencias místicas sino por criterios de utilidad teórica y de conveniencia para la comunicación.

Finalmente, es necesario hacer constar que la palabra derecho es ambigua, vaga y con carga emotiva, lo que dificulta enormemente una definición compartida. Esto afecta al tema del derecho maya, porque cuando una palabra tiene una fuerte carga emotiva, esta perjudica su significado cognoscitivo. La gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de

referencia de la expresión, y en el caso de derecho explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas.

III. ¿POR QUÉ DERECHO CONSUETUDINARIO?

Carlos Ochoa García, señala que:

*“la noción de Consuetudinario es inviable como categoría analítica. Esto significa que lo que se gana en presunta inteligibilidad, se pierde en precisión. El rechazo a esta denominación ha conducido a un agotador debate político, durante la década de los noventa, en países como Guatemala. La terminología para designar al sistema jurídico del Estado no presenta problemas pero los términos para designar a los sistemas legales no estatales se han mostrado variadísimos hasta adquirir las características de un verdadero caos terminológico (Derecho indígena, derecho propio, derecho (Mixe, Maya o Quechua, etc.) orden jurídico, costumbre jurídica, ‘RACS’ (resolución alternativa de conflictos) derecho consuetudinario, etc.), especialmente en países donde esto implica una postura ante los pueblos indígenas [...] Por supuesto, el debate también se ha establecido, por otras razones, porque nunca se llegó a una teoría jurídica ni a un paradigma político capaces de incorporar satisfactoriamente la complejidad pluricultural de las sociedades, y porque la noción de consuetudinario mantiene aún fuerte ascendente, diversas tradiciones y soluciones entre los sistemas de derecho estatal; a nivel internacional se la encuentra con mucha vitalidad y legitimidad en derecho diplomático y consular, en derecho internacional público y en comercio, sectores donde la legislación escrita y general no marcha paralelamente con el cambio de la economía y de un mundo crecientemente globalizado”.*²

Flavio Rojas Lima señala que los indígenas “se acogieron siempre y hasta la actualidad a los mecanismos de Derecho Consuetudinario que les ha sido posible mantener por cinco siglos”,³ y sigue diciendo para argumentar su concepción de derecho consuetudinario para referirse a la forma de crear, organizar, y reproducir relaciones sociales reguladas,

2 Ochoa García, Carlos, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, Cholsamaj, 2001, p. 119.

3 Rojas Lima, Flavio, “El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca”, *Cuadernos de Derechos Humanos*, 1-95, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 1995, p. 507.

que en Guatemala se puede hablar con suficiente base empírica de la existencia prolongada de un sistema de normas consuetudinarias, y que:

*“Se trata de un sistema debidamente vertebrado, institucionalizado de manera como corresponde a un Derecho Consuetudinario, con sus órganos jurisdiccionales peculiares, sus normas sustantivas y adjetivas de conocimiento generalizado e inclusive mecanismos punitivos correspondientes”.*⁴

Al tratadista que cita para fundamentar teóricamente la afirmación de la existencia de un derecho consuetudinario en Guatemala es a Eduardo García Maynez, y dice:

*“El sistema referido reúne los dos elementos fundamentales de un típico ordenamiento jurídico consuetudinario, es decir, los elementos (subjetivo uno, objetivo el otro) que los antiguos tratadistas han expresado en la vieja fórmula latina: inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis. El primero de dichos elementos consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse; el segundo, en la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder”.*⁵

IV. ¿POR QUÉ DERECHO MAYA?

Para iniciar en nuestro país una vieja y para algunos, estéril discusión, acerca de lo maya como identidad de uno de los pueblos que conforman la nación guatemalteca, las argumentaciones (si es que se les puede llamar así) van desde su desaparición por todas las modalidades habidas, y como consecuencia que los indígenas guatemaltecos de hoy no tienen por qué reivindicar nada que pudiera haber pertenecido o haber sido construido por la civilización maya, hasta que nunca existió ningún vínculo con esta civilización –que es orgullo nacional, pero solo como carta de presentación ante el mundo exterior pero no para nuestra identidad nacional–.

Y hago esta pequeña introducción porque precisamente el hecho de denominar derecho maya a las formas de creación, organización y

4 *Ibidem.* p. 508.

5 *Idem.*

reproducción de relaciones sociales reguladas por parte de los miembros de los pueblos indígenas actuales es deslegitimado por aquellos que en la vida cotidiana sustentan los “argumentos” anteriores, y como decíamos más arriba, esto se traslada a las aulas universitarias y se repite sin el menor análisis desde la misma teoría general del derecho.

Para algunos es preferible hablar de sistema jurídico maya, como en el caso del estudio realizado por el Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala (IDIES),⁶ sin que se desarrolle una explicación de por qué designarlo de esta manera. Si tomamos en cuenta las apreciaciones de la filosofía analítica, podríamos llegar a la conclusión que derecho maya es un concepto que describe una realidad y no una elaboración teórica que pretende establecer esencialidades míticas. Ahora bien, el hecho de describir la realidad no es obstáculo para ser un instrumento teórico que permita la comunicación.

V. BIBLIOGRAFÍA

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 10ª. ed., España, Ariel Derecho, 2001.

OCHOA GARCÍA, Carlos, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, Cholsamaj, 2001.

ROJAS LIMA, Flavio, “El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca”, *Cuadernos de Derechos Humanos*, 1-95, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 1995.

IDIES/URL, *Aproximación al sistema jurídico maya*, Guatemala, IDIES/URL, 1998.

6 Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar (IDIES/URL). *Aproximación al sistema jurídico maya*, Guatemala, IDIES/URL, 1998, p. 1.

Derechos culturales de los pueblos indígenas y resolución de conflictos

Licda. Audrey Gheldof¹

Sumario: I. Cultura y pluriculturalismo; II. Multiculturalismo e interculturalismo; III. Convivencia pacífica multicultural y diálogo intercultural – de la teoría a una práctica para resolver conflictos sociales. IV. Bibliografía.

¿Cuáles son los retos y ventajas de incorporar en las estrategias de las políticas públicas, la constitución, y en los programas de la sociedad civil, el concepto operativo de los derechos culturales de los pueblos indígenas?

“Los derechos culturales son parte integral de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los define el artículo 27 de la Declaración Universal

1 Estudió LEA en la Sorbonne – Actualmente consultora para el Gobierno de la Ciudad de México en seguridad básica y cultura de la paz. De 2008 a 2011, fue Directora General de la Fundación Venconmigo para la inclusión social de las personas con discapacidad, es experta en asuntos socioculturales, con enfoque en desarrollo sostenible, superación de la pobreza y respeto de los derechos humanos de los grupos discriminados. Ha publicado artículos y ensayos sobre estos temas, y ha sido consultora externa, por más de 10 años, de diversos organismos como OACNUDH; Banco Mundial; CEPAL; OIT; Cámara de diputados y el Senado de México; Fundación Mexicana de Superación de la Pobreza A.C.; Centro de Investigación sobre los Derechos Laborales; entre otros. Cuenta con experiencia en: diseño de políticas públicas en seguridad básica. Estrategias de desarrollo sostenible para la inclusión de las personas con discapacidad y sus entornos familiar y comunitario. Estrategias de desarrollo regional socioeconómico con enfoque en especificidades culturales de los grupos discriminados social, económica, política, racial y étnicamente. Aplicación de los derechos culturales en sus bienes tangibles e intangibles para el desarrollo sostenible y el pleno goce y respeto de los derechos humanos.

*de los Derechos Humanos y los artículos 13 y 15² del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe poder expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural; toda persona debe poder participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.*³

Sin embargo:

*“[la] diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos: es una de las fuentes del desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria”.*⁴

La cultura está concebida, en un sentido amplio, como modo de vida y de convivencia, expresado por los diversos actores en forma de grupos culturales que se definen como la red de la historia y cultura de grupos específicos, que fusionan pueblos de un mismo territorio.

La cultura de un pueblo se fomenta por su herencia patrimonial, compuesta por:

- i. Carácter presentado en forma de bienes físicos = *patrimonio tangible*.⁵

2 Estos principios incluyen el *derecho a los beneficios de la cultura*, en el cual reconoce el derecho a toda persona a: “1. a) *participar en la vida cultural*; b) *gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones*; c) *beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*. 2. *Entre las medidas que los Estados Parte en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura*. 3. *Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora*. 4. *Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”* (Art. 15 PIDESC).

3 Artículo 5 de la Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.

4 Artículo 3 de la declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.

5 *Patrimonio tangible*: arquitectura, cine, industrias culturales (sus tradiciones de productos agrícolas o textiles por ejemplo, etcétera o explotar materia prima

- ii. Carácter presentado en su dimensión no material = *patrimonio intangible*.⁶

Los pueblos indígenas se renuevan a través de su patrimonio, con el fin de destacar su herencia tangible, y recobrar lo que les han transmitido la historia y la cultura en su dimensión intangible, a través también del sistema educativo, la tecnología y los medios masivos de comunicación.

¿Cuáles son los retos del consenso internacional sobre el componente cultural para mejorar el bienestar y los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y cuáles son las limitaciones de tales pactos?

La ley internacional protege los derechos culturales; sin embargo, la definición presenta varias carencias. La cultura es un derecho empírico y poco racionalizado, lo que lo vuelve escasamente comprensible tanto en su contenido como en su impacto.

También, México y Guatemala ratificaron el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que recuerda los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de otros instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación y el racismo.

Artículo 8 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

“1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura. 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o

no industrializada), instrumentos musicales, danzas, artesanía, obras literarias, artes visuales y plásticas.

6 *Patrimonio intangible*: idiomas, usos y costumbres, tradiciones, religión, cultos y creencias, valores, conocimiento científico.

consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzadas; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos”.

Patrimonio tangible

La parte de los derechos culturales que corresponde a los bienes tangibles está mejor entendida, porque se compone de elementos físicos. Sin embargo, el sector no se encuentra debidamente aprovechado en los ámbitos político, legislativo y económico.

En el ámbito político, la falta de apoyo y/o desinterés oficial en la preservación, restauración y difusión de aquellos bienes, limita las posibilidades de los gobiernos para consolidar su imagen y fortalecer su posicionamiento diplomático en el terreno internacional.

En cuanto al ámbito legislativo, pese a que es donde más se toma en cuenta el patrimonio cultural tangible, existen serias deficiencias. La falta de una definición precisa del término ‘cultura’ y la multiplicidad de leyes a veces contradictorias entre sí, favorecen numerosas prácticas irregulares en materia de propiedad tanto física como intelectual, derechos de autor y derechos a la libre expresión artística, entre otras prácticas que son llevadas a cabo impunemente.

Finalmente, en el plano económico, solo se fomentan algunos rubros (el turístico y luego el artesanal), y se dejan de lado otros que también forman parte de la industria cultural,⁷ con lo que se desaprovecha su potencial económico real. Cabe precisar la inserción casi forzada de estas actividades en la economía informal y la desigual repartición de los beneficios entre el creador y el distribuidor.

Esta limitada visión de cultura ha impedido clasificar y cuantificar a todas las empresas culturales, actores principales de la red industrial. Además, imposibilita la racionalización de los beneficios económicos que genera la actividad de los grupos productores, lo

7 La red de industrias culturales se compone de: la exhibición y venta de las artes plásticas e industrias conexas, producción de artes escénicas, industria del disco, cine, industria editorial, producción y venta de artesanías, difusión electrónica y cibernética, entre otras.

que reduce drásticamente el interés de la inversión pública y privada en el sector y precisamente en beneficio de los pueblos indígenas.

Patrimonio intangible

Este es un sector clave para entender los grupos específicos que conviven en un mismo territorio. A pesar de la recomendación de la UNESCO, en el sentido de racionalizar este sector y crear los indicadores respectivos, actualmente los bienes intangibles no son tomados en cuenta, aun cuando se hallan directamente relacionados con la cuestión de los derechos humanos y fundamentalmente de los derechos indígenas.

Acercas de este punto, unificar los criterios de legislación local resulta primordial para entender el problema de los derechos culturales de los pueblos indígenas. Desde un ángulo antropológico la cultura es un fenómeno social amplio que se refiere a toda la creación humana, es decir, tradiciones, costumbres, lenguas, obras materiales, ideas, etcétera. Desde esa perspectiva resulta ocioso hablar del derecho a la cultura, dado que forma parte de la naturaleza humana. Considerar ese derecho como una garantía constitucional presenta grandes dificultades, porque se trataría de encontrar una fórmula adecuada para que cada grupo étnico y social acceda a su propia cultura dado que son los propios sujetos sociales quienes la crean. El no reconocimiento del derecho consuetudinario en el derecho positivo vigente fomenta mayor marginación y exclusión de los pueblos indígenas de los demás grupos sociales nacionales y genera un espíritu discriminatorio, dada la falta de entendimiento y respeto a la diferencia.

En los pactos internacionales se declara que cada uno puede “*ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*”.⁸ De ahí la necesidad de establecer con toda claridad cuáles son los alcances y las eventuales limitaciones del concepto de ‘práctica cultural’, porque determinadas prácticas de convivencia pueden chocar frontalmente con el respeto a los derechos humanos de coexistencia intercultural. De allí la exigencia de profundizar el concepto de *respeto* y racionalizar *los derechos* que destaca el patrimonio intangible de cada nación, a partir de los diferentes grupos socioculturales y étnicos que la integran.

8 Artículo 5 de la Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.

Las prácticas intangibles reflejan las actitudes racionales y morales de un pueblo, por lo que tanto las leyes del mismo como los pactos internacionales tienen que estar de acuerdo con el pluriculturalismo de cada nación y analizar cuáles son las diferencias entre los grupos culturales de cada territorio, identificar los retos y ventajas, y definir y aplicar metodologías de unificación adecuadas a las necesidades locales.

Otros derechos culturales

A la par de los patrimonios tangibles e intangibles, quedan establecidos normativamente en los derechos culturales, los temas relacionados con el sistema educativo, la tecnología y los medios masivos de comunicación.

El primero –el derecho a la educación– está reconocido en diferentes instrumentos internacionales, no obstante persisten la existencia de indicadores preocupantes que revelan ausencia de libre acceso a una educación de calidad bilingüe o trilingüe, un contenido educativo plural tomando en cuenta la herencia histórica multicultural y el conocimiento tradicional indígena. Tampoco existen programas de educación formal cívica que incorporen la noción de convivencia y coexistencia en un Estado pluriétnico. En efecto, no se reconoce institucionalmente la vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas respecto a su derecho a la libre expresión, el libre acceso al aula y al aprendizaje de sus propias tradiciones y usos y costumbres no respetadas en el sistema educativo como parte de la cultura nacional. Esto refleja un sistema discriminatorio y excluyente.

El segundo –la tecnología– presenta acceso inequitativo, adquisición casi inexistente por la condición de pobreza en la cual se encuentren los pueblos indígenas, falta de información en su idioma y contenidos de interés propio. La falta del pleno acceso y goce de este componente cultural agudiza la marginación socioeconómica de los pueblos indígenas y viola directamente el conjunto de sus derechos culturales intangibles y su propiedad intelectual fomentando la aculturación. Además, la carencia de la alfabetización digital junto con el dominio de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, impiden la inserción participativa e igualitaria de los pueblos indígenas.

Finalmente, los medios masivos de comunicación tienden a presentar similares carencias e impacto de aculturación como la tecnología, sobre todo la televisión. Cabe precisar que en el caso de las radios comunitarias se generaliza la permeabilidad de los temas políticos/partidistas, y religiosos; eso refleja que el desarrollo de contenidos no es suficientemente participativo, lo que justifica en la actualidad, muchas de las divisiones y conflictos intra e inter comunitarios.

I. CULTURA Y PLURICULTURALISMO

Las prácticas intangibles reflejan las actitudes racionales y morales de un pueblo, por lo que tanto las leyes del mismo como los pactos internacionales tienen que estar de acuerdo con el pluriculturalismo de cada nación y analizar cuáles son las diferencias entre los grupos culturales de cada territorio, identificar los retos y ventajas, y definir y aplicar metodologías de unificación adecuadas a las necesidades locales.

Los valores prevalecientes en las distintas culturas son equivalentes, y optar por uno u otro es solo cuestión de una elección que puede caer en la arbitrariedad. De ahí el fracaso de la mayoría de los modelos occidentales de desarrollo y bienestar que intentan ser aplicados en grupos cuyo patrimonio cultural intangible difiere del que rige donde esos modelos fueron diseñados. Por ejemplo, en aquellos grupos étnico-sociales donde las nociones de bienestar común, compromiso colectivo para alcanzar una meta, y finalidad del esfuerzo productivo son concebidas de otra manera que donde existen la percepción y la forma de razonamiento de las sociedades occidentales altamente industrializadas, cualquier programa de desarrollo elaborado con este último perfil resulta inoperante. La disposición a obedecer las reglas generales propias de nuestra civilización, es un automatismo social que ha entrado en crisis ante la presencia de necesidades sin codificación en los esquemas socioculturales tradicionales.

En el marco de una serie de seminarios sobre derechos humanos, organizados por varias instituciones nacionales e internacionales y realizados en México, se aludió a una definición de cultura que puede constituir un razonable punto de partida para aclarar de manera más certera y funcional este empírico término. Dicha definición considera a la cultura, textualmente, como una totalidad de prácticas, significados

y relaciones sociales que definen a determinado tipo de colectividades humanas y las distinguen de otras. Si se especifica de manera detallada qué se entiende por 'totalidad de prácticas' (concepto que incluiría la creación y gestión del patrimonio tangible) y especialmente si se ahonda en la cuestión de los 'significados' (es decir, al terreno intangible de la simbología, donde son creadas las escalas de valores, usos y costumbres por las que se rigen las colectividades humanas) es factible elaborar una descripción de la cultura que satisfaga, si no a todas, a la gran mayoría de los grupos sociales e institucionales.

Otro de los aspectos que fortalecería la formulación y aceptación generalizada de una nueva noción de la cultura sería la difusión paulatina del pluralismo y la aplicación de estrategias de unificación nacional (no falta precisar que aquí no se hace referencia al modelo obsoleto y fallido de aculturación de los grupos marginales, sino del equilibrio entre la marginación y la homogeneización). Por pluralismo se entiende la convivencia armónica en la diversidad cultural (conciendo la cultura en el sentido de la definición arriba citada). No hay que confundir *pluralidad* con *pluralismo*: la mayor parte de los Estados nacionales son plurales de hecho, porque en ellos coexisten (de buena, regular o mala gana) *clusters* o agrupamientos que poseen culturas diferentes. El pluralismo, en cambio, se basa en la convicción de que la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo y también a su ciudad política.⁹

Establecer una definición de cultura que explique y fundamente la necesidad del pluralismo, contribuiría también a difundir entre los grupos étnicos las ventajas de la diferenciación, actualmente concebida como un elemento de permanentes fricciones y conflictos entre sí y entre tales grupos y los órdenes constitucionales de gobierno. Esas ventajas, que a menudo se interpretan como sinónimo de confrontación son, entre otras, el intercambio de técnicas productivas, la complementariedad de insumos entre regiones geográfica y climáticamente diversas, y la posibilidad de acordar un nivel de convivencia que permita:

(i) En el plano intangible, reducir los conflictos sociales, atenuar la discriminación socioeconómica, racial y étnica hacia lo diferen-

9 Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica*, Nueva York, Columbia University, 2001.

te –tanto en el sentido de grupos como en el sentido de género– y desarrollar estrategias complementarias para frenar las prácticas violatorias de derechos humanos (tortura, violencia intrafamiliar, abuso sexual, esclavitud, entre otras).

(ii) En el plano tangible, comercializar, en un mismo mercado, productos culturales de distinto origen. Esto último, que en apariencia constituye un enfoque predominantemente economicista, posibilitaría ensanchar la participación comunitaria en los procesos productivos propios (que al recibir un estímulo cuantitativo exigirían la participación de más integrantes de la comunidad), ampliar el conocimiento hacia los productos culturales ajenos, hacer más atractivo (en volumen y variedad) el mercado para potenciales compradores, inversionistas y consumidores, a escalas nacional e internacional, y generar recursos económicos y humanos que sirvan para gestionar los modelos de desarrollo social que tiene cada comunidad.

II. MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALISMO

El multiculturalismo se refiere esencialmente a las condiciones normativas de justicia social en el contexto de diversidad etnocultural en los países en los cuales coexisten diferentes grupos étnicos y culturales.¹⁰

El tratamiento político de la diversidad cultural enfatiza problemáticas importantes, sobre todo lo relativo a la ciudadanía. En lo concerniente al multiculturalismo, los grupos indígenas son discriminados y deben acceder al reconocimiento de pertenencia al Estado Nación de parte de las instituciones gubernamentales y la sociedad civil. Las primeras políticas públicas multiculturales se fomentaron hace unas tres décadas. En 1971 por ejemplo, Canadá incluye el concepto de multiculturalismo en su constitución.

El segundo término –el interculturalismo– favorece el diálogo y el intercambio intra e intercomunitario. Este proceso conlleva una dinámica eficaz y activa de tolerancia, así como el mantenimiento de relaciones equitativas en las cuales cada grupo adquiere una importancia relativa al pluriculturalismo de un mismo territorio.

10 Guttman, Amy, "The challenge of multiculturalism in political ethics", *Philosophy and Public Affairs*, 22/3, 1993.

A partir de los años 60, varios factores condujeron a la preponderancia de la acción y la pedagogía interculturales. En efecto, el desafío de la globalización de los intercambios tanto sociales como comerciales, las migraciones masivas y los problemas sociales recurrentes de carácter racial, étnico, económico, así como la desconfianza cada vez mayor hacia la clase política, llevaron a la búsqueda no solamente del reconocimiento de los marginados como ciudadanos en pleno derecho, sino a la búsqueda de acciones integradoras de las comunidades al contexto nacional.

III. CONVIVENCIA PACÍFICA MULTICULTURAL Y DIÁLOGO INTERCULTURAL – DE LA TEORÍA A UNA PRÁCTICA PARA RESOLVER CONFLICTOS SOCIALES

La comunicación intercultural debe iniciarse para conocer a los otros, dentro del reconocimiento de la realidad pluriétnica de una nación y la necesidad del bienestar común. A través de un *diálogo*, bajo el concepto democrático de la palabra, o sea participativo y abierto, dicho de otra forma, tanto crítico como autocrítico, se requiere primero del conocimiento mutuo de las diferencias tradicionales y de las similitudes colectivas.

Tenemos que sobrepasar la cultura nacional discriminatoria y racista, para empezar, *asumiéndola*. En cualquier nación, la noción de racismo y discriminación es parte de la herencia histórica colectiva; donde hubo una historia de conquista y opresión de parte de otros pueblos, son numerosas las formas de discriminación hacia lo diferente. Esta diferencia siendo tanto racial, como étnica, social, económica y también de género, ha provocado la negación de la marginación socioeconómica y étnica por parte de los gobiernos y por lo tanto puesto al margen las posibilidades de comunicación intercultural.

Para abrir el diálogo entre los diversos actores que participan en la definición y aplicación de los derechos culturales de los pueblos indígenas (los ámbitos institucional, académico y la sociedad civil), el tema se tiene que abordar de forma transversal. Es decir, para promover la relevancia de los derechos culturales de los pueblos indígenas tenemos que aclarar y analizar su impacto sobre los demás temas de incidencia como: a) migración; b) salud; c) mujeres

y niños; d) convivencia intra e interfamiliar; e) la coexistencia intra e inter comunitaria como con el resto de la sociedad; f) prevención y resolución de conflictos armados o no; g) pobreza; h) marginación; i) justicia; j) tenencia de la tierra y recursos naturales; k) derecho consuetudinario; l) educación; m) vivienda; n) medio ambiente; o) propiedad intelectual; p) libertad de expresión; q) identidad (incluyendo lengua, religión, cultos y creencias, usos y costumbres, tradiciones orales etc.); r) derechos políticos; y, s) derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

La necesidad de abordar el tema de forma transversal durante el diálogo intercultural, es para conceptualizar de forma pragmática los derechos culturales. Siendo el tema empírico y complejo, y dada la urgencia de volverlo operativo, es fundamental hacer un análisis referencial sobre los temas de índole social, económica, política y legal.

Por otra parte, hay que hacer el ejercicio laborioso pero no imposible, de la clasificación tanto cualitativa como cuantitativa de la identificación por zona y grupo tanto de las tendencias discriminatorias como de las unificadoras.

- Identificando y enumerando las tendencias centrífugas debidas a la existencia de conflictos, así como de las centrípetas, originadas por la existencia de intereses comunes.
- Clasificando las tendencias discriminatorias y unificadoras a partir de la diferenciación del patrimonio intangible.
- Estableciendo estrategias unificadoras, prestando particular atención que al tratar de unificar el patrimonio intangible, se corre el riesgo de caer en la aculturación de varios grupos y violar por lo tanto los derechos fundamentales de libre determinación de los pueblos indígenas.

Por ejemplo, si nos basamos en la recomendación de Alain Touraine, que otorga a la escuela el poder de gestión para alcanzar la integración social mediante el reconocimiento pleno de la diversidad, entonces debe la escuela –a través del profesor bilingüe asignado a la comunidad– encabezar el esfuerzo de promoción de la diversidad cultural mediante el contacto que se tiene con los niños y los adultos por igual de manera regular. Podemos entonces afirmar que la educación

bilingüe es un derecho cultural de libre expresión en la propia lengua y también vehículo para asumir la responsabilidad ética institucional del Estado en la estimulación del diálogo intercultural comunitario teniendo como plataforma la red educativa formal. Al materializar el uso de dos idiomas y una parte de la identidad tradicional de la comunidad, el Estado está en condición de garantizar su aprendizaje oral y escrito de ambas lenguas con calidad para fortalecer la identidad multicultural, así como la integración socioeconómica de los pueblos indígenas. La escuela funciona entonces como el espacio adecuado mediante la instrumentación de programas intersectoriales para crear una cultura comunitaria de organización, de denuncia de agresiones, de sensibilización hacia los patrones de convivencia entre géneros, entre grupos comunitarios diferenciados, enseñar a los menores a no normalizar sus percepciones de la violencia intrafamiliar y fomentar la organización comunitaria preventiva hacia los desastres naturales.

Ejemplos de aplicación de la propuesta metodológica¹¹ en el sistema educativo formal:

Identificación de tendencias centrífugas	<ul style="list-style-type: none"> • El prejuicio de los jefes de familia que al fomentar el uso de la lengua materna, se promueve la discriminación social y étnica hacia sus hijos. • La asociación entre tradiciones comunitarias y marginación forzada. • La ausencia de los niños en el aula por razones económicas. • Falta de cultura para la gestión de proyectos comunitarios relacionados con la calidad de vida (drenaje, tratamiento del agua, proyectos sustentables...). • Falta de cultura preventiva contra desastres naturales.
--	---

11 Stavenhagen, Rodolfo y Gheldof, Audrey, *La implementación de los derechos culturales entre las poblaciones indígenas de las regiones del sur de México y Guatemala. Revisión de las metodologías existentes y la creación de nuevas propuestas a base de las lecciones aprendidas*, 2008 (todavía elaborándose).

Nos referimos a este estudio dirigido por Rodolfo Stavenhagen y coordinado e investigado por Audrey Gheldof que planteara ejemplos más concisos sobre el tema y desarrollara una guía de metodologías operativas de integración de los derechos culturales en los proyectos tanto de gobierno como de sociedad civil.

Identificación de tendencias centripetas	<ul style="list-style-type: none"> • Los programas obligatorios de educación bilingüe. • La autoridad que ejercen los ancianos para preservar las tradiciones comunitarias. • El interés de los padres por lograr una educación económicamente útil para sus hijos.
Clasificación de tendencias discriminatorias	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Intracomunitaria</i>: vergüenza del origen étnico. • <i>Intercomunitaria</i>: tensiones entre grupos diferenciados. • <i>Administrativa</i>: el menosprecio oficial hacia la comunidad al mandar profesores bilingües en un idioma distinto al idioma nativo. • <i>Discriminadora</i>: violencia intrafamiliar, división sexual de repartición de tareas, desconocimiento de derechos ciudadanos.
Clasificación de tendencias unificadoras	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Intracomunitaria</i>: la preservación de la vida comunitaria a través de las fiestas cívicas. • <i>Intercomunitaria</i>: el uso de los espacios comunitarios para organizar encuentros sociales entre poblados vecinos. • <i>Administrativa</i>: la preservación de organización interna de usos y costumbres.
Establecimiento de estrategias unificadoras	<ul style="list-style-type: none"> • Crear programas intersectoriales (cultura de prevención, cultura de identificación y denuncia de la violencia...). • Sensibilizar sobre la integración socioétnica. • Fomentar talleres y modificar el actual esquema de impartición, a escala comunitaria, de talleres y cursos productivos, para que aquellos respondan a las necesidades de los receptores y no de los emisores de la información.

Aparte de proponer metodologías, se recomienda que tanto el gobierno como la sociedad civil den seguimiento al resultado e impacto de sus proyectos en una comunidad. El beneficio de evaluar un programa radica en constatar en qué medida y grado ha incidido en el balance de las relaciones entre los *clusters* culturales, ya sea para contribuir a eliminar las inequidades o, donde ello no sea posible, definir estrategias para identificar y aprovechar las potencialidades del sitio-objetivo. La finalidad de un sistema de evaluación es asegurar la intencionalidad, coherencia y oportunidad de las acciones, mediante la realimentación continua del proceso de gestión, produciendo la información crítica para la toma de decisiones en relación con:

- La consistencia del diseño inicial respecto del enfoque.
- La viabilidad y sustentabilidad de los objetivos, los resultados esperados y las estrategias de ejecución del programa en el contexto del país.
- La adecuación del programa para potenciar los factores favorables y oportunidades que se presentan, así como para superar las limitaciones y obstáculos en su ejecución.
- La estimación de la eficiencia en el logro de los objetivos y resultados del programa, según la inversión económica realizada y el cronograma respectivo.

De acuerdo con la naturaleza del seguimiento, este consta de dos ramas: (i) el *seguimiento del progreso* sobre los insumos físicos y financieros, primer componente de un sistema para administrar proyectos, vía la medición de la provisión y suministro de servicios al mismo; y, (ii) el *seguimiento de los avances para los beneficiarios*, que se dirige a analizar los cambios en las actitudes, comportamiento, percepción y calidad de vida de la población objetivo del proyecto.

En la experiencia acumulada en la gestión de proyectos de desarrollo existe una tendencia a realizar con mayor rigor solo el seguimiento del progreso de los insumos físicos y de la ejecución presupuestal, en detrimento del seguimiento de los efectos sobre la población objetivo. Esto revela una falta de conciencia sobre la necesidad de racionalizar el componente cultural y de seguir sus tendencias evolutivas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

GUTTMAN, Amy, "The challenge of multiculturalism in political ethics", *Philosophy and Public Affairs*, 22/3, 1993.

SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica*, Nueva York, Columbia University, 2001.

STAVENHAGEN, Rodolfo y GHELDOF, Audrey, *La implementación de los derechos culturales entre las poblaciones indígenas de las regiones del sur de México y Guatemala. Revisión de las metodologías existentes y la creación de nuevas propuestas a base de las lecciones aprendidas*, 2008 (todavía elaborándose).

El contenido de la figura del daño en el marco del derecho ambiental: los casos de Costa Rica y España

Lic. Juan Ignacio Guzmán Fernández¹

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. El daño ambiental: A. Consideraciones preliminares e introducción al concepto de medio ambiente; B. Medio ambiente como bien jurídico merecedor de tutela; C. El daño ambiental; III. La 'teoría del riesgo' en el abordaje del daño no patrimonial en el derecho ambiental: A. Especial atención a los criterios legales de la imputación de la responsabilidad; B. Responsabilidad objetiva en el daño al medio ambiente; C. La 'teoría del riesgo' en la resolución de conflictos por daños al medio ambiente. IV. La interrupción del nexo causal en los daños ocasionados al medio ambiente: A. Consideraciones preliminares; B. La interrupción en el nexo causal; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

Resumen: La tecnificación de los sistemas productivos en las sociedades contemporáneas así como el crecimiento industrial, turístico y demográfico, aunado a los sectores que apelan al desarrollo sostenible y en armonía con el ambiente, han generado un vigoroso debate que ha llegado a permear –con mayor o menor fuerza– las legislaciones, doctrina y jurisprudencia de nuestros países. Impulsados por la coyuntura y la relevancia social que merece el tema, nos hemos dado a la tarea de revisar los últimos apuntes en torno a los criterios jurídico-ambientales, las tendencias que siguen distintas latitudes en torno a la responsabilidad objetiva en daños al medio

1 Licenciado en Derecho por parte de la Universidad de Costa Rica. Ha realizado gran parte de su vida académica y laboral en la región centroamericana, en donde ha asesorado empresas y organizaciones no gubernamentales. Dedicado particularmente al derecho comercial y corporativo en la firma Batalla & Asociados en San José (Costa Rica), el autor es actualmente investigador y miembro del programa doctoral *Nuevas tendencias en derecho privado* por la Universidad de Salamanca (España).

ambiente, la moderna 'teoría del riesgo' en los casos que aplica y una especial consideración del daño no patrimonial ocasionado por las alteraciones al ambiente.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En los últimos años han generado mayor atención las medidas que se inclinan por la protección del medio ambiente. Incluso existen diferentes organismos internacionales, instituciones y organizaciones no gubernamentales que incentivan la observancia y resguardo de los ecosistemas y los recursos naturales dado el constante avance y desarrollo de las ciudades y los mecanismos de producción.

De esta forma, las organizaciones de la sociedad civil así como grupos más especializados en el estudio del medio ambiente, no han escatimado en esfuerzos para promover ante los órganos legislativos de nuestros países que se adopten gradualmente medidas concretas para salvaguardar los recursos que provee el entorno natural. Se han reforzado de esta forma muchas normativas o disposiciones municipales para que el inevitable desarrollo tecnológico, urbano y social, genere el menor menoscabo del bien jurídico conocido como medio ambiente.

La evolución de las tendencias conservacionistas ha traído además una discusión de primal importancia para el derecho de daños. Se han dedicado algunos cientos de páginas al abordaje del tema de la reparación en materia de daños al medio ambiente; sin embargo aún existen distintos criterios jurisprudenciales e incluso la doctrina no ha sido uniforme a la hora de analizar casos concretos.

Al interesante estado de la cuestión debe sumársele el apogeo que ostenta el derecho ambiental en mi país, Costa Rica, particularmente a nivel judicial y mediático, pues nos encontramos actualmente en la cresta de un importante crecimiento turístico (y *ecoturístico*, que viene a ser un concepto distinto), inmobiliario, hotelero e industrial que ha obligado a cambiar el sentido de desarrollo.²

2 Voto de la Sala Segunda de la República de Costa Rica número 3705 de las 15 horas del 30 de julio de 1993: "IV) [...] *Nuestro país ha dependido y seguirá dependiendo, al igual que cualquier otra nación, de sus recursos naturales y su medio ambiente para llenar las necesidades básicas de sus habitantes y mantener operando el aparato productivo*

El valor agregado que ha representado para nuestro país colarse entre los países que mayormente respetan la normativa ambiental internacional genera una presión adicional. Se deben mantener legislaciones vigentes y actualizar constantemente los criterios ambientales y que, a su vez, no causen un lastre para las inversiones y el desarrollo que crece día con día. El presentarse ante el mundo como un país ‘verde’ genera altos beneficios pero debe mantenerse cierta congruencia entre el discurso político y la realidad práctica y jurídica.

Previo a decidimos por el tema que nos ocupa, realizamos una pequeña investigación doctrinal (mayoritariamente española) y tomando como punto de partida la percepción del daño no patrimonial en materia medioambiental en España, como país industrializado y en constante evolución jurídica, pretendemos abarcar las nuevas tendencias en la indemnización del daño en esta vía, en donde se ha girado bruscamente desde las épocas en que no era susceptible de ser indemnizado. A la fecha no solo se han ampliado los supuestos que pueden dar lugar a daños no patrimoniales, sino que la tendencia global de protección al medio ambiente ha anclado fuertemente en nuestras legislaciones.

De la concepción tradicionalista que se tenía del derecho ambiental, poco o nada queda. Hoy en día la discusión ha alcanzado y cubierto incluso las conductas derivadas de las relaciones de vecindad más comunes y corrientes. El cambio de escenario y la cotidianeidad de la vida urbana han generado nuevas y más complejas relaciones; por esta sencilla razón es que los conflictos que se susciten de relaciones vecinales molestas y los daños causados por humos, ruidos y olores se han unido a la cuestión actual sobre el daño moral en materia medioambiental.

Como se indicó previamente, es de reciente data la tendencia de acoger reclamaciones de indemnización de ‘perjuicios ambientales’. Es digno de mencionar lo que recoge –casi consensualmente– la doctrina contemporánea en el sentido que el daño que se genera

que sustenta la economía nacional, cuya principal fuente la constituye la agricultura y, en los últimos años, el turismo, especialmente en su dimensión de ecoturismo”.

producto de la alteración del medio ambiente³ excede la esfera patrimonial del afectado.⁴

Por lo tanto, es por razones mayormente jurídicas que nos hemos inclinado por este tema de vigencia indiscutible, pero particularmente seducidos por la relevancia que ostenta en países como Costa Rica y España, en donde la aplicación tecnológica ha crecido considerablemente en los últimos treinta años, hemos incluido mecanismos de producción de alto nivel a nuestras industrias pero el desarrollo empieza a evidenciar algunas carencias en la protección del medio ambiente. Además, a pesar del bienestar generado por la industria, el comercio y la inserción en nuevos mercados, continuamos dependiendo del turismo como fuente de ingresos vital para nuestras economías.

Consideramos necesario no dejar que este tema se enfríe nunca. Si bien la función de abogados nos circunscribe a un área profesional clara, es nuestra responsabilidad llevarla con sentido social y conforme a la actualidad de los países en que nos desarrollamos.

II. EL DAÑO AMBIENTAL

A. Consideraciones preliminares e introducción al concepto de medio ambiente

Para los efectos de nuestro trabajo, consideramos oportuno analizar en un apartado independiente el tema del daño estrictamente ambiental. Si bien es igualmente materia del derecho de daños, hemos apreciado una serie de condiciones que merecen ser estudiadas por separado. Esto en cuanto a sus componentes, abordamiento doctrinal, legislativo y jurisprudencial, la forma de resolverse en los distintos fueros, etc.

3 Yanguas Montero, Guillermina, *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*, Navarra, editorial Aranzadi, 2006, p. 21.

4 En este sentido es necesario proceder con cautela a la hora de definir los límites del daño; esto para prevenir caer en la problemática de los bienes jurídicos abiertos, que atentan directamente contra el principio de legalidad. La experiencia en otras ramas del derecho debe ser atendida y no abusar de términos vacíos como el "orden público", la "seguridad" o el mismo concepto de "moral".

Es preciso para el objeto del trabajo que nos atañe acercarnos a una definición de daño ambiental.⁵ Para esto, coinciden algunos autores en detenerse brevemente para encuadrar el concepto de medio ambiente.

Antes que nada, hay que recalcar que no existe en el ordenamiento jurídico español una definición única del medio ambiente como bien jurídico objeto de protección, siendo en el derecho público donde se han producido las producciones legislativas más intensas.⁶

Necesariamente debemos apuntar la STC del 26 de junio de 1995, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad números 1220/1989; 1231/1989; 1238/1989; 1239/1989; 1260/1989 y 1268/1989, así como los conflictos positivos de competencia números 95/1990; 162/1990; 163/1990; 170/1990; 172/1990; 209/1990. De esta forma se argumenta que:

*“el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. Se afirma por ello, que el hombre no tiene medio sino mundo, a diferencia del animal”.*⁷

Silvia Jaquenod de Zsögon desarrolló *Terminología Ambiental para Abogados*, en donde apunta que la definición dada en el marco de la entonces Comunidad Económica Europea señala:

5 En el Voto de la Sala Segunda de la República de Costa Rica número 3705 de las 15 horas del 30 de julio de 1993 se distinguen claramente los márgenes de respeto y tolerancia ambiental, mismos que se reiteran a la fecha: *“ Toda la vida del hombre ocurre en relación inevitable con su ambiente, en especial con el mejoramiento de la calidad de vida que es el objetivo central que el desarrollo necesita, pero éste debe estar en relación con el ambiente de modo tal que sea armónico y sustentable./ El ambiente, por lo tanto, debe ser entendido como un potencial de desarrollo para utilizarlo adecuadamente, debiendo actuarse de modo integrado en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden político, ya que, en caso contrario, se degrada su productividad para el presente y el futuro y podría ponerse en riesgo el patrimonio de las generaciones venideras”.*

6 Yanguas Montero, Guillermina, *op. cit.*, nota 3, p. 23.

7 Martínez Calcerranda y Gómez, Luis, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 2521.

*“el medio ambiente humano activo como un conjunto de sistemas compuestos de objetivos y condiciones físicamente definibles que comprenden particularmente ecosistemas equilibrados, son susceptibles de adoptarse en un futuro previsible, y con los que el hombre ha establecido relaciones particulares en tanto que factor dominante; el proceso dinámico evolutivo, que goza de la misma naturaleza que el medio ambiente humano activo, se encuentra fuertemente influido por la interacción e interdependencia entre el hombre y los restantes elementos del medio ambiente, sobre los que actúa el ser humano, a los que utiliza, transforma, desarrolla o amolda; se trata en definitiva, de un proceso en el que juegan un papel fundamental las innumerables motivaciones y aspiraciones sociales del hombre”.*⁸

B. Medio ambiente como bien jurídico merecedor de tutela

Nuevamente debemos tomar en cuenta las condiciones cambiantes de la sociedad actual. Es decir, el cambio de escenario amerita que se tomen una serie de medidas no solo con fines estéticos o de *confort*, sino con utilidad práctica presente y a futuro.

En este sentido, consideramos alinearnos al punto que analiza el profesor Martínez-Calcerranda en el tanto que:

*“la calidad de vida se puede considerar como el objetivo básico que integra el contenido fundamental del derecho protector del medio ambiente, y como se verá, se reconoce expresamente en el artículo 45.2º Constitución Española. En el estudio antes transcrito, se identifica esa calidad de vida, al afirmarse que, el medio ambiente en cuanto bien jurídico e interés sobrado jurídico, persigue restaurar las condiciones básicas necesarias para el mantenimiento y el desarrollo de la vida en general y de la humana en particular, con la calidad correspondiente al estado de desarrollo ecológico y cultural presente, entendiendo por calidad de vida tanto el nivel de renta, como también, especialmente, el acceso al disfrute de los recursos naturales en conjunto, que el hombre precisa para su mejor pervivencia”.*⁹

A manera complementaria, hay que considerar que en el caso costarricense el derecho a un ambiente sano es un principio con ca-

8 *Ibidem*, p. 2515.

9 *Ibidem*, p. 2519.

rácter constitucional y viene únicamente a marcar la política de desarrollo que pretende el país, además de confirmar el derecho de exigir resarcimiento en la medida en que este espacio se vea lesionado.¹⁰

C. El daño ambiental

Una mayoría de las personas pensará de forma casi automática en la contaminación como hecho que recoge los supuestos de daños medioambientales, identificándose unos y otra. Michael Allaby define la contaminación como *“la alteración directa o indirecta de las propiedades radiactivas, biológicas, térmicas o físicas, de una parte cualquiera del Medio Ambiente, que puede crear un efecto nocivo para la salud, supervivencia o bienestar de cualquier especie viva”*.¹¹

Sin embargo, atendiendo además la figura de la persona, tenemos la definición de Rocca y Crivellari, quienes la identifican además como *“la emisión, vertido o depósito de sustancias, los ruidos u olores, vibraciones, ondas, radiaciones, irradiaciones o modificaciones de temperatura, que degradan o contaminan el ambiente”*. Continúan analizando la relevancia jurídica observando que *“importa la contaminación todo enrarecimiento, impurificación, degradación o desvalorización; para nuestro caso, del aire, agua, suelo, hombre, animales, vegetales, minerales, bienes y propiedades”*.¹²

Carlos de Miguel Perales viene a concluir que actualmente el daño ambiental, a los efectos de la responsabilidad civil, es aquel sufrido por una persona determinada, en su propia persona como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental (por ejemplo, intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminada por una industria), o en sus bienes cuando estos forman parte del medio ambiente (un bosque, por ejemplo) o cuando resultan dañados como consecuencia de la agresión al medio ambiente.¹³

10 Constitución Política de la República de Costa Rica. Artículo 50, párrafo segundo: *“Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”*.

11 Moreno Trujillo, Eulalia, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1991, p. 192.

12 *Idem*.

13 De Miguel Perales, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2ª. ed., Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 88.

Por otra parte hay posiciones que advierten sobre la distinción que debe hacerse entre deterioro ambiental o daño ecológico, área que es competencia del derecho público. Para la profesora Yanguas Montero, es posible hablar de deterioro ambiental o un daño ecológico siempre que se produzca algún tipo de degradación del medio ambiente ocasionada por una modificación de las condiciones del agua, el aire, el suelo, la fauna, la flora o el paisaje que no afecte a intereses particulares.¹⁴

Para Santos Morón hay que separar el daño medioambiental en dos tipos. El *“daño al medio ambiente en sí mismo considerado determinado por la alteración del equilibrio ecológico o la destrucción de elementos naturales de titularidad común”*. En el otro extremo nos encontramos con el *“daño sufrido por los particulares en sus bienes patrimoniales o en su salud o bienestar físico o psíquico, como consecuencia de agresiones al medio ambiente”*.¹⁵

De esta forma es importante recordar que las actividades conocidas como IPPC (aquellas contenidas en el anexo III de la Ley 16/2002, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y control integrado de la contaminación) tales como gestores de residuos, vertidos en aguas, sustancias peligrosas y organismos modificados genéticamente, entre otras, se exigirá un régimen de responsabilidad objetiva (ausencia de culpa, dolo o negligencia) y para el resto de actividades, la responsabilidad será subjetiva (concurrencia de culpa, dolo o negligencia) y en ausencia de esto se exigirán solo las medidas de prevención y evitación.¹⁶

En un sentido estrictamente jurídico y dando así pie para iniciar el tema que se desarrollará en páginas inmediatamente siguientes, apuntaremos lo que indica el profesor De Ángel Yagüez cuando dice que *“sentada la responsabilidad objetiva sobre la utilización de medios o ins-*

14 Yanguas Montero, Guillermina, *op. cit.*, nota 3, p. 37.

15 Santos Morón, María José, *“Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas”*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Editorial Civitas, 2003, p. 3017.

16 Navactiva, el portal de las empresas de Navarra, *Responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*, <http://www.navactiva.com/web/es/amedioa/legi/normas/2007/44739.php>.

*trumentos en sí peligrosos, el simple empleo de dichos instrumentos implica una especie de atracción causal de todos los efectos que de él se deriven".*¹⁷

III. LA 'TEORÍA DEL RIESGO' EN EL ABORDAJE DEL DAÑO NO PATRIMONIAL EN EL DERECHO AMBIENTAL

A. Especial atención a los criterios legales de la imputación de la responsabilidad

El profesor Díez-Picazo ha desglosado puntualmente los criterios de imputación de la responsabilidad pero no ha obviado confirmar la superación del sistema culpabilístico apoyada por una notable evolución jurisprudencial aunada al desarrollo doctrinario europeo en el tema.¹⁸

En lugar de ser la víctima la que haya de probar que el agente obró con culpa, parte de entrada con una presunción de culpa en ese obrar, y le corresponde a aquel la carga de probar que obró con toda diligencia debida. Continuando con los apuntes del profesor Díez-Picazo, es importante considerar lo difícil que resulta en la práctica llegar a desvirtuar totalmente aquella presunción de culpa, no admitiendo siquiera el Tribunal Supremo como prueba a este fin que el agente ha cumplido en su acción u omisión todos los preceptos que reglamentariamente se imponen para evitar daños cuando este ocurre, porque estima que demuestra que "*faltó algo por prevenir, no hallándose por consecuencia, completa la diligencia*", no parece aventurado afirmar que la culpa como criterio de imputación del daño ha dejado paso a la mera relación de causalidad entre él y la acción u omisión.¹⁹

También se identifica como un criterio legal para la imputación de la responsabilidad el dolo, por medio del cual el agente es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias para evitarlo, queriendo por ese solo hecho los daños.²⁰

17 De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 137.

18 Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 1976, p. 607.

19 *Ibidem*, p. 608.

20 *Ibidem*, p. 609.

Finalmente, coexisten otros criterios más recientes y que se han manifestado con fuerza en los diferentes campos doctrinales y jurisprudenciales. De esta forma es que surge la idea del 'riesgo' como un criterio cada vez más común por el desarrollo técnico de nuestras sociedades y que ha sido acogido cada vez más significativamente por nuestros sistemas jurídicos. De este criterio, que consideramos parte fundamental de la médula de nuestro trabajo, ampliaremos sustancialmente a continuación.

B. Responsabilidad objetiva en el daño al medio ambiente

En torno a la idea de la responsabilidad objetiva, el profesor Lacruz Berdejo, invita a cuestionarse en ciertas ocasiones no solo si la actuación del causante fue diligente y moralmente irreprochable, animada de las mejores intenciones y rodeada de cautelas; sino si en una apreciación social de las cosas, el daño debe soportarlo y repararlo el perjudicado, o el dañador, o un tercero.²¹ El régimen tradicional de la responsabilidad por culpa, ha quedado superado a raíz del desarrollo de la gran industria y la captura de fuerzas de la naturaleza que el hombre no puede dominar completamente: que escapan, por su inmensidad, a un exacto y puntual señorío.²²

Al desarrollo y avance tecnológico, debe sumársele el hecho de vivir en sociedades de constantes riesgos. El ritmo cotidiano cada vez incrementa las revoluciones de las relaciones sociales, de estas se pueden desprender situaciones que, independientemente del elemento de la culpa, generan controversia en cuanto al peso de la responsabilidad.

Más adelante se verá el caso de aquellos que explotan ciertas actividades, en las que obtienen una ventaja económica, poniendo en diferentes escalas de riesgo a los miembros de la comunidad. Sin embargo, consideramos necesario adelantarnos un poco para entender cómo estas actividades generadoras de cierto riesgo han moldeado la jurisprudencia y doctrina contemporánea.

De esta forma el principio general "no hay responsabilidad sin culpa" ha encontrado en la denominada 'teoría del riesgo' una pro-

21 Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de derecho civil II*, Barcelona, Librería Bosch, 1977, p. 190.

22 *Ibidem*.

gresiva objetivación de la responsabilidad civil; por lo tanto, no es necesario que para la exigencia de la responsabilidad se deba apoyar la víctima del daño en la culpa del agente.²³

Angel Yagüez indica que a pesar de la resistencia de algunos juristas a considerar la responsabilidad objetiva como tal, se podría considerar como un caso de responsabilidad por el resultado.²⁴

La profesora Moreno Trujillo claramente encuentra el fundamento de la responsabilidad objetiva en una exigencia de justicia y equidad: *“el perjudicado no tiene por qué soportar un daño que, en su causación, beneficia económicamente al agente lesivo”*.²⁵

Es posible apreciar algunas características propias de la responsabilidad objetiva que constituyen los matices con que la jurisprudencia española ha venido evolucionando en el tema.

Convergen distintos sectores de la doctrina al afirmar que:

“ - Existe una inversión en la carga de la prueba, lo que indica una presunción de culpa del causante del daño; - La consideración de que la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no es suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño revela que faltaba algo por prevenir; - Se aprecia la prueba conforme al principio ‘pro perjudicado’, es decir, en beneficio del más débil (no debe confundirse con la inversión de la carga de la prueba, ya que actúa en el ámbito de la causa); - Elevación del nivel de diligencia exigible, que da lugar a la regla del agotamiento de la diligencia, que exige haber agotado las medidas de diligencia posibles y socialmente adecuadas”.²⁶

En Costa Rica la jurisprudencia ha sido clara en cuanto a la posición tomada frente a la responsabilidad civil objetiva; por medio de la resolución de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia, de las 14 horas 40 minutos del 9 de julio de 1999 arguye que:

“la culpa, negligencia, imprudencia o impericia del agente, no son requisitos de la obligación de la responsabilidad objetiva. Para la con-

23 Moreno Trujillo, Eulalia, *op. cit.*, nota 11, p. 239.

24 De Ángel Yagüez, Ricardo, *op. cit.*, nota 17, p. 1342.

25 Moreno Trujillo, Eulalia, *op. cit.*, nota 11, p. 240.

26 De Miguel Perales, Carlos, *op. cit.*, nota 13, p. 204.

figuración de esta figura, deben darse los siguientes componentes: a) empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar daño; c) la relación o nexa causal”.

Finalmente indicó que en este tipo de situaciones:

*“se da una inversión parcial en la carga de la prueba; en el sentido de que el lesionado queda exonerado de probar la culpa o dolo de quien provocó el daño; razón por la cual, le corresponde a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor, hecho de un tercero o por culpa de la víctima”.*²⁷

La legislación española ha recogido la responsabilidad objetiva solo en supuestos muy concretos y determinados, resistiéndose la jurisprudencia a ampliarlos por la vía de la interpretación.²⁸

La jurisprudencia española ha sido –de acuerdo con Reglero Campos– espectacular²⁹ en cuanto a la evolución de la responsabilidad objetiva. En alusión a lo anteriormente dicho, es posible citar la STS del 10 de julio de 1943, en donde se acentúa la necesidad de producir una inversión en la carga de la prueba en los supuestos en que *“resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa [...] puede presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción”*.³⁰

Otros sistemas civiles similares a los nuestros han acogido en fechas más o menos recientes el instituto de la responsabilidad civil objetiva. De esta forma, podemos identificar claramente el sistema jurídico argentino que acepta plenamente la responsabilidad objetiva. Desde su sanción el Código Civil la había establecido para algunos supuestos de daño ambiental (artículos 1133 y 1134), principio que la reforma de 1968 generalizó (artículo 1113, 2º párrafo). Por ello quien cause un daño al ambiente o tenga bajo su guarda o dependencia una persona o cosa que lo cause será plenamente responsable.³¹

27 Resolución de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de las 14 horas 40 minutos del 9 de julio de 1999.

28 Moreno Trujillo, Eulalia, *op. cit.*, nota 11, p. 240.

29 Reglero Campos, Fernando *et al.*, *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002, p. 61.

30 *Ibidem*, p. 62.

31 Código Civil de la República de Argentina.

Actualmente en Europa existe un estado de expectación y alerta ante la posibilidad de ciertos ilícitos ambientales particularmente graves y que podrían eventualmente constituir un “*crimen ecológico internacional*”. A pesar de esto señala Martín Mateo que existen grandes dificultades de perseguir internacionalmente el crimen ecológico, imposibilidad de reparar el daño por parte del Estado responsable, etc.³²

Ahora, la responsabilidad objetiva, también denominada ‘por riesgo’ o ‘por daños’ conecta directamente con la responsabilidad internacional del Estado por daños al medio ambiente. Comenta el profesor Martín Mateo que esta relación se debe a la existencia de una peligrosidad inherente a ciertas actividades a las que se añade una garantía extraordinaria que asegura la reparación de los daños resultantes de ciertas actividades no prohibidas por el derecho internacional pero ecológicamente peligrosas. Son conocidas en la doctrina anglosajona como *ultra-hazardous* o *abnormally dangerous activities*.³³

De esta manera podemos concluir que el concepto del riesgo es uno de los fundamentos más claros de la responsabilidad objetiva.

C. La ‘teoría del riesgo’ en la resolución de conflictos por daños al medio ambiente

Consideramos oportuno hacer la distinción entre los componentes subjetivos y objetivos de la responsabilidad; precisamente en esta línea, Gutiérrez-Solar Calvo apunta que la vertiente subjetiva de la responsabilidad civil parte de una valoración del comportamiento que ha causado el daño, mientras que la vertiente objetiva prescinde de este juicio para relacionar directamente los patrimonios del agente del daño y de la víctima, atribuyendo al primero las consecuencias negativas del resultado dañoso, a través del mecanismo de la indemnización económica.³⁴

Podemos iniciar apuntando el principio básico que considera que en los umbrales de la responsabilidad extracontractual “*sin culpa*

32 Martín Mateo, Ramón, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, p. 330.

33 *Idem*.

34 Gutiérrez Solar-Calvo, Beatriz, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*, Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 28.

no puede existir la responsabilidad". Ahora bien, es de primal importancia para los fines de este trabajo atender la propensión doctrinal y jurisprudencial que viene decantándose hacia una teoría del riesgo en la denominada, por algunos sectores, *responsabilidad por el resultado*.

En un lenguaje bastante coloquial debemos subrayar que a raíz de la industrialización de nuestras sociedades aunado al creciente empleo de la técnica para el desarrollo global, hizo que el viejo principio de la culpa se "quedara corto" ante el nuevo panorama mundial.

De esta manera, es posible identificar que durante los tiempos de la postindustrialización clamaban por una más efectiva tutela de los derechos de los ciudadanos a la integridad física y a la de sus bienes, intuyéndose, ya desde un principio, que el axiomático principio moralista no los enmarcaría en su integridad cuando los daños *loquitur* por su propia naturaleza perjudicial provinieran del ejercicio de una actividad que siendo provechosa para el individuo o empresa conllevara un riesgo para las personas, bienes y derechos, *ubi emolumentum, ibi onus*.³⁵ La coyuntura obligó a instaurar y a considerar nuevos elementos como la teoría del riesgo creado para las situaciones y relaciones que se desprendían de las sociedades modernas.

El profesor Pascual Estevill concluye que cuando el daño no podía demostrar la existencia del elemento subjetivo y su relación recta con el daño, aunque fuera evidente el nexo de causalidad entre el hecho perjudicial y sus efectos, tampoco veía satisfecha su justa pretensión.³⁶ Así, históricamente se ha dejado al daño solo frente a sus consecuencias, que las tiene en relación al que sufre el menoscabo.

Para Epstein, el carácter objetivo de la responsabilidad viene dado esencialmente por la prevalencia del nexo causal frente a la culpa como elemento para imputar el deber de reparación, y uno de los supuestos en que así ocurre se da cuando se han creado condiciones peligrosas (estas condiciones peligrosas pueden tener lugar por tres vías distintas: el peligro reside en la cosa en sí misma considerada,

35 Pascual Estevill, Luis, *Derecho de daños*, 2ª. ed., Barcelona, Bosch, 1995, p. 671. La frase *ubi emolumentum, ibi onus* significa: "Quien se beneficia de un trabajo tiene que soportar los riesgos que origina".

36 *Ibidem*, p. 669.

el peligro consiste en la posición en que una cosa es colocada y productos defectuosos).³⁷

Es posible cuestionar, de acuerdo con Gutiérrez-Solar Calvo, la distinción entre el modelo subjetivo y el modelo objetivo de responsabilidad a partir del elemento de la voluntariedad. Es decir, el establecimiento o el mantenimiento de una fuente de peligro son manifestaciones de un acto voluntario del creador o dirigente de la misma.³⁸ Se considera de esta manera la relación o el vínculo entre el peligro para la víctima potencial y la voluntad del sujeto que crea o controla la fuente de riesgo.

En mi país, Costa Rica, la jurisprudencia reciente ha terminado de marcar el camino en torno al riesgo acaecido. En estos supuestos, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido el criterio del Voto No. 61 de las 14:50 horas del 19 de junio de 1997 indicando que:

“En la responsabilidad objetiva o por riesgo creado [...] se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora de riesgo. Por ello, se afirma que la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad”.

En este mismo sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su Voto No. 376 de las 14:40 horas del 9 de julio de 1999 indica que:

“la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar daño, obligan al que se sirve de ellas, a reparar el daño causado”; y agrega: “Tres son los elementos que conforman de éste tipo de responsabilidad, a saber: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño”.

37 De Miguel Perales, Carlos, *op. cit.*, nota 13, p. 207.

38 Gutiérrez Solar-Calvo, Beatriz, *op. cit.*, nota 34, p. 29.

El caso español ha dejado claro que la idea del riesgo suele estar presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como base de la responsabilidad objetiva.

De esta forma podemos recoger lo establecido en la STS del 12 de diciembre de 1980 –que a la postre han confirmado las más recientes resoluciones– ante el reclamo de daños y perjuicios por emanaciones de gas:

*“el ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse en su funcionamiento guardando el debido respeto a la propiedad ajena, ya que, según autorizada opinión, el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota de objetiva”.*³⁹

Estados Unidos, comentábamos al inicio, ha sostenido algunas particularidades a la hora de tratar doctrinal y jurisprudencialmente los daños. Podríamos atrevernos y analizar antropológicamente el estado de alerta permanente⁴⁰ que vive la nación, principalmente a raíz de los ataques del 9/11, los conflictos derivados de la Guerra Fría y las diferentes disputas político-militares que han caracterizado la historia americana desde hace varios años.

Precisamente por estos motivos –y esto a manera muy personal– considero que el derecho de daños se ha dejado permear en los Estados Unidos por un fin equivocado y que hace alusión al regocijo de la víctima más que al resarcimiento de la misma.

39 Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de diciembre de 1980.

40 Zizek, Slavoj, “¿Estamos en guerra? ¿Tenemos un enemigo?”, *The London Review of Books*, vol. 24, núm. 10, Londres, 23 de mayo, 2002, p. 5.

Ahora bien, identifica la doctrina norteamericana tres tipos de daños: daños intencionales, daños por negligencia y daños por estricta responsabilidad (*strict liability*). Nos interesan los daños por estricta responsabilidad, los cuales son caracterizados por las lesiones que se originan de actividades *súper riesgosas* (*ultrahazardous*, conforme la doctrina estadounidense), en las cuales existirá responsabilidad independientemente de si hubo o no negligencia por parte del demandado.⁴¹

De acuerdo con Hodgson y Lewthwaite existen algunas actividades que requieren un trato diferencial por la gran capacidad de producir daños. Estas actividades han sido posibles gracias a los avances tecnológicos en los siglos XIX y XX tales como demoliciones, plantas químicas, refinerías petroleras, estaciones nucleares, entre otras.⁴² De esta forma la teoría de la estricta responsabilidad ve en la culpa un elemento sin mayor consideración en la estricta responsabilidad, en donde importa y se atiende primordialmente el resultado. En este tipo de actividades *súper riesgosas*, se suelen incluir muchos de los daños ambientales que conocemos hoy en día.

IV. LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL EN LOS DAÑOS OCASIONADOS AL MEDIO AMBIENTE

A. Consideraciones preliminares

Debemos aclarar previamente que la discusión en torno al nexo causal tiene hoy en día una relevancia importante, tanto doctrinal y académicamente como en la jurisprudencia. Aún hoy en día, hay sectores de la literatura especializada que sostienen que se ha tratado escuetamente el tema, incluso desde las más fundamentales nociones y definiciones.

Debido a que no son propiamente estas las interrogantes que atañen con mayor fuerza nuestra investigación, en esta oportunidad no intentaremos superar las dificultades que supone el nexo causal en los casos de responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

41 Jacobson, Ralph L., *California Tort Law: Enhanced Damages for Reckless Misconduct*, California, Gillin, Jacobson, Ellis & Larsen, septiembre, 2008, <http://www.gjel.com/articles/reckless.html>.

42 Hodgson, John y Lewthwaite, John, *Tort law*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2004, p. 353.

Es preciso apuntar que el nexo de causalidad definido en el sentido naturalístico es un presupuesto esencial de la responsabilidad civil en general, independientemente de que esta venga conformada a partir del principio de la culpa o del riesgo.⁴³

Es conocido que el estudio del nexo causal es difícil y complejo, pero, indica De Miguel Perales, lo es aún más en el caso de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

En el último apartado que tocaremos en el presente trabajo consideramos necesario escarbar la doctrina e identificar aquellos supuestos en los que, a pesar de existir elementos que se pinten de responsabilidad objetiva, reúnen condiciones eximentes. Precisamente estas condiciones, generalmente restringidas a *numerus clausus* en nuestras legislaciones y por el trato jurisprudencial, son las que buscaremos presentar.

B. La interrupción en el nexo causal

Habiendo apuntado los elementos fundamentales en la composición de la responsabilidad objetiva en materia civil, es importante analizar también los casos en que se llega a vulnerar el nexo causal.

Indica Santos Briz que la interrupción del nexo causal tiene lugar en aquellos casos en los que entre la acción o la omisión del presunto responsable y el resultado causado, se da la intervención de un acontecer ajeno a la voluntad de aquel, que desvía o influye en el curso causal desatado por el acto originario.⁴⁴

De manera similar a las causas que excluyen la antijuricidad en materia penal, algún sector influyente de la doctrina ha señalado como circunstancias de interrupción de la relación de causalidad la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento del perjudicado.⁴⁵ Aunque vale la pena atenderlas y considerarlas, nos centraremos en las que han tomado mayor fuerza en la literatura reciente.

Los límites a la general responsabilidad que se puede contraer por la acción u omisión culpable en cualquier supuesto que tenga

43 Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz, *op. cit.*, nota 34, p. 137.

44 Yanguas Montero, Guillermina, *op. cit.*, nota 3, p. 164.

45 Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 612.

su punto de referencia en la culpa pueden ser el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 1.105 del Código Civil costarricense), la culpa de la víctima y la intromisión culpable de un tercero en la relación, rompiendo así la cadena causal.⁴⁶

El agente causante podrá liberarse de la responsabilidad que se le presupone por los daños causados en este sentido, si prueba que aun habiendo observado la diligencia debida no era previsible que se pudiera dar la eventualidad perjudicial de la que se trata. En igual sentido lo podrá hacer frente a un caso de fuerza mayor.

Por su parte, Reglero Campos encuentra tres criterios típicos de exclusión de la imputación objetiva; primero, *el criterio del riesgo general de la vida*, según el cual no es imputable a un tercero un resultado dañoso que constituya la manifestación de un riesgo que cabría considerar como cotidiano o propio del normal desenvolvimiento de la vida social; segundo, *el criterio de la prohibición de regreso*, por el que se impide retroceder en la cadena causal desde que se verificó una intervención dolosa o gravemente negligente de un tercero; tercero, *el criterio del incremento del riesgo (but for rule)*, según el cual y con carácter general un acto o una omisión no puede ser considerado como causa de un determinado evento si este hubiera ocurrido igualmente sin aquel.⁴⁷

El mismo autor coincide con un sector importante de la doctrina al considerar que la fuerza mayor y el caso fortuito se enmarcan dentro del curso causal del hecho dañoso afectando a la imputación objetiva y, en consecuencia, impiden la imputación subjetiva. El daño tiene su causa en un hecho ajeno a la conducta del demandado, de modo que no puede serle imputado.⁴⁸

También vale mencionar el criterio de De Miguel Perales, quien considera que la legislación española no distingue de un modo general entre caso fortuito y fuerza mayor. Si analizamos la legislación local, propiamente a la luz del artículo 1.105 del Código Civil costarricense, entenderemos que son dos los criterios que sirven para exonerar de

46 Pascual Estevill, Luis, *Derecho de daños*, 2ª. ed., *op. cit.*, nota 35, p. 692.

47 Reglero Campos, *op. cit.*, nota 29, pp. 94 y 95.

48 *Ibidem*, p. 102.

responsabilidad civil en cuanto que rompen el nexo causal: la imprevisibilidad y la inevitabilidad.⁴⁹

V. CONCLUSIONES

La preocupación por la conservación del ambiente natural es una de las notas características de la época contemporánea. Parece lógico que así sea, pues el desarrollo industrial y tecnológico ha permitido que la acción del hombre sobre los componentes naturales del hábitat del planeta sea de una intensidad y de una extensión extraordinariamente mayores a las conocidas en épocas anteriores.⁵⁰

Debido a esto se han llevado muchísimas iniciativas y propuestas en los últimos años, tanto a nivel nacional e internacional, para llamar la atención sobre la preservación del medio ambiente.

La jurisprudencia costarricense ha colaborado marcando el camino por medio de sus resoluciones, reconociendo la responsabilidad objetiva en materia de daño ambiental como un principio general del derecho, emanado del ordenamiento jurídico mediante la reforma al artículo 50 de la Constitución Política, que reconoce el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Manifiesta la Sala Primera de la República de Costa Rica que desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como sí acontece con la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aun cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de los posibles efectos se puede incluir el causarle un mal a terceros.

En la responsabilidad objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante del daño, y por consiguiente el responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Asegura que quien asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo

49 De Miguel Perales, Carlos, *op. cit.*, nota 13, p. 175.

50 Corral Talciani, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, núm. 1, Santiago, 1996, p. 143.

si la conducta es lícita. El ordenamiento parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

Podemos deducir que la responsabilidad por la producción del daño ambiental es objetiva por dos razones fundamentales: a) ese daño tiene un fuerte carácter moral, lo que significa que se trata de un caso típico de *damnum in re ipsa*; b) en la normativa ambiental, se hace presente cada vez más con mayor fuerza el principio de que “*el que contamina paga*”. Europa no ha sido la excepción a la tendencia y este principio se encuentra muy bien recogido en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

Se presume la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad de su actividad; de esta forma, se invierte la carga de la prueba recayendo la misma en quien asumió el riesgo de la actividad dañosa.

Para el caso concreto de la responsabilidad objetiva y conforme al estudio de la jurisprudencia y doctrina podemos identificar que los únicos criterios eximentes de responsabilidad aceptados son la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

A pesar de lo expuesto, es claro que aún quedan algunos retos para alcanzar un desarrollo óptimo en materia ambiental. La unificación de criterios a nivel jurisprudencial y la aceptación de acuerdos internacionales para estandarizar la normativa ambiental es otro de los temas pendiente de resolver; lamentablemente el objeto de la protección ambiental depende además de las políticas y tendencias ambientales que empleen los países vecinos, desde la perspectiva eminentemente ecológica.

Lo cierto es que tanto países como España y Costa Rica, mismos en los que hemos basado mayormente nuestro trabajo, han avanzado bastante doctrinal y jurisprudencialmente, lo que ha obligado a las empresas a tomar las medidas prudentes para evitar entrar en conflictos privados y administrativos. En este sentido, el tema de daños al medio ambiente merece una revisión constante para tener

parámetros reales del avance académico y práctico que experimentan nuestros países.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil*, 3ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, núm. 1, Santiago, 1996.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2ª. ed., Madrid, Editorial Civitas, 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 1976.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Editorial Civitas, 2003.

FLEMING, John, *The law of torts*, 5a. ed., Sydney, The Law Book Company, 1977.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*, Madrid, Editorial Civitas, 2004.

HODGSON, John y LEWTHWAITE, John, *Tort law*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2004.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil II*, Barcelona, Librería Bosch, 1977.

LARENZ J. L. LACRUZ *et al.*, *Elementos de derecho civil, derecho de las obligaciones*, vol. 2, 3ª. ed., Barcelona, J. Ma. Bosch, 1995.

MACÍAS, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid, Editorial La Ley, 2004.

- MARTÍN MATEO, Ramón, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.
- MARTÍNEZ CALCERRANDA Y GÓMEZ, Luis, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, Civitas Ediciones, 2003.
- MORENO TRUJILLO, Eulalia, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1991.
- NAVACTIVA, el portal de las empresas de Navarra, *Responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*, <http://www.navactiva.com/web/es/amedioa/legi/normas/2007/44739.php>
- PADILLA, René, *Sistema de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis, *Derecho de daños*, 2ª. ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1995.
- RASCÓN, César, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 2ª. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
- REGLERO CAMPOS, Fernando *et al.*, *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002.
- SANTOS MORÓN, María José, “Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Editorial Civitas, 2003.
- YANGUAS MONTERO, Guillermina, *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2006.
- ZIZEK, Slavoj, “¿Estamos en guerra? ¿Tenemos un enemigo?”, *The London Review of Books*, vol. 24, núm. 10, Londres, 23 de mayo, 2002.

Análisis del artículo 22 de la Constitución Política de la República de Guatemala, a la luz de la doctrina penal

Andy Guillermo de Jesús Javalois Cruz¹

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. Hipótesis. IV. Causas legales, sociales y políticas del problema. V. Vías de solución. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad, en su devenir histórico, ha querido superar el ideal de una mera venganza (intentando dejar atrás la doctrina que habla de una finalidad retributiva de la pena), trasponiendo ideas que pregonan la posibilidad de que la persona se arrepienta y cambie.²

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario egresado de la Universidad Rafael Landívar. Abogado litigante en las áreas penal, laboral, administrativa y de familia, en la firma de abogados Viale & Asociados. Colaborador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar y, actualmente, catedrático a nivel de licenciatura en la citada casa de estudios superiores.

2 Sobre la finalidad de la pena se han elucubrado diversas teorías. La llamada *teoría de la retribución* encuentra el sentido de la penas, en que, mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Así las cosas, por medio de la punición, el juzgador, tomando en cuenta el grado de culpabilidad del enjuiciado, retribuye una pena por un delito cometido. Para esta teoría, el fin de la pena está desvinculado de su aspecto social. Detrás de la teoría de la retribución, se encuentra el viejo principio del Talión, ojo por ojo y diente por diente. Luego, se ha desarrollado la teoría de la prevención especial, que indica que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor especial (individual). Se habla pues, según esta interpretación, de la prevención especial como fin de la pena. Más adelante, se formuló la teoría de la prevención general, para la cual la pena tiene por fin la

El arrepentimiento que espera el ente social, tiene que traducirse en actos. Dichos actos han sido definidos dentro de la esfera del régimen penitenciario.

El condenado que ha cumplido la pena impuesta o que ha extinguido su responsabilidad de conformidad con los parámetros establecidos en la ley, no adquiere aún la situación jurídica y social que tenía antes de cometer el delito, debido a que la pena todavía provoca algunos efectos.

*“Así es, la comisión de cualquier delito implica tener antecedentes penales que quedan inscritos en el registro respectivo. Suponen un obstáculo para la reinserción social del condenado”.*³

Los efectos de los antecedentes penales perduran, incluso, hasta después de cumplida la condena. Los antecedentes penales tienen un efecto estigmatizador y desocializador. De ahí que el condenado no se rehabilita mientras no se produzca la extinción definitiva de todos los efectos de la pena, es decir, hasta que se cancelen los antecedentes penales.

La Constitución Política de la República no es ajena a un tema tan importante; en su artículo 22, establece:

“Los antecedentes penales y policiales no son causa para que a las personas se les restrinja en el ejercicio de sus derechos que esta Constitución y las leyes de la República les garantizan, salvo cuando se limiten por ley, o en sentencia firme, y por el plazo fijado en la misma”.

prevención de delitos, aunque no debe actuar especialmente sobre el individuo, sino generalmente sobre la comunidad. Más tarde, como suele ocurrir, se elaboraron una serie de teorías eclécticas, entre las que se puede citar las llamadas teorías unificadoras retributivas, que consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. No obstante, el fin retributivo tenía una función preponderante. Lo decisivo es, en primer lugar, la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque también el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena, el de corrección y el de aseguramiento, pasan frente a aquel, a un segundo plano. Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Conlledo y Javier de Vicente Remesal, España, Editorial Civitas, S.A., 1997, pp. 81-93.

3 Zugaldía Espinar, José *et al.*, *Derecho penal, parte general*, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 958.

Alrededor de la norma constitucional transcrita, gira este pequeño ensayo. Para abordar el análisis, se ha hecho uso de la doctrina de connotados académicos en el campo penal, además de aplicar una interpretación, favorable a la integración social, del texto constitucional. Hay que tomar en cuenta que la normatividad contenida en la Carta Magna nacional, no puede ser interpretada de manera aislada, sino, más bien, en su conjunto; además, debe privilegiar los derechos fundamentales de todo ser humano.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el medio guatemalteco, la rehabilitación aún se concibe como una concesión magnánima del poder ejecutivo. Para que opere, es preciso instar el oportuno expediente, quedando sus efectos a merced de la menor o mayor diligencia de los asesores de los procesados.

La norma constitucional citada en la introducción de este trabajo, impide que los antecedentes sirvan de base para limitar derechos establecidos en la Constitución a favor de las personas y que estas sean discriminadas.⁴ Los antecedentes no restringen el ejercicio del derecho al trabajo, por ejemplo. Empero, la ley y la sentencia judicial sí podrán limitar el ejercicio de ciertos derechos con base en algún hecho concreto, no con base en antecedentes. La Ley de Tránsito establece los casos de cancelación del derecho de licencia para conducir vehículos automotores en sus artículos 40 y 41, y el juez de asuntos municipales o el juez penal, aplicando dicha ley, podrán dictar resolución declarando la suspensión o la cancelación. El Código Procesal Penal establece la inhabilitación absoluta que recae sobre el ejercicio de los derechos electorales o la inhabilitación especial que recae sobre el ejercicio de la profesión, empleo, cargo o derecho determinado, en su artículo 500. Estas inhabilitaciones se hacen efectivas mediante sentencia judicial.

La legislación ordinaria guatemalteca establece en el Decreto número 33-2006 del Congreso de la República, Ley del Régimen Penitenciario, en su título V, capítulo único, artículos 70 al 74, lo atinente a

4 Los antecedentes penales son un producto concreto de la llamada *estadística criminal*. Esta última consiste en cifras y datos estadísticos referentes a la comisión de delitos, los cuales se utilizan para obtener conclusiones generales que sirvan de base para dirigir una adecuada política criminal.

la redención de penas. La redención de penas es una de las garantías que los reos pueden obtener a través de esta ley, vigente desde el 6 de abril de 2006. Señala la normativa citada, que:

“Pueden redimirse las penas de privación de libertad, incluyendo la proveniente de la conversión de la pena de multa, impuestas en sentencia firme, mediante la educación y el trabajo útil y/o productivo, de conformidad con el reglamento respectivo. El Sistema Penitenciario proporcionará las condiciones necesarias para que las personas reclusas desarrollen trabajos y/o estudios que tiendan a la redención”.

A lo anterior hay que aunar lo dispuesto en el artículo 501 del Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República, la procedencia de la rehabilitación e indica que el *“inhabilitado podrá solicitar su rehabilitación, por escrito, ofreciendo la prueba en que funda su pretensión. La solicitud se tramitará en forma de incidente”*. Evidentemente, el inhabilitado al que se hace referencia es aquel a quien, mediante una sentencia condenatoria, se le ha declarado culpable de la comisión de un ilícito penal.

Se habla de que se ha de procurar la rehabilitación social del delincuente, pero no se establecen los mecanismos adecuados para ello. De esa cuenta, ¿Cómo será posible el cambio de las personas, si los poderes del Estado no trasladan esta idea a la aplicación de medidas concretas?

Las acciones por emprender necesariamente se vinculan con un cambio de perspectiva e interpretación. Hay que recordar que la pena es, como lo dicen atinadamente Muñoz Conde y García Arant, un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece. Cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de llevar a cabo la conducta prohibida. En caso de que se lleve a término lo vedado por la norma, el autor se hace acreedor de la pena prevista, destacando en su aplicación una idea retributiva o de prevención general positiva, sin quedar excluidos aspectos preventivos especiales. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, debe prevalecer ante todo en el caso de la pena privativa de libertad, la idea de prevención especial,

debido a que ha de perseguirse la reeducación y socialización del delincuente o, al menos, su aseguramiento. Durante la ejecución de la pena debe actuarse directamente sobre el condenado, educando y reprimiendo sus instintos agresivos, para que, una vez cumplido el castigo impuesto, pueda integrarse a la comunidad como miembro perfectamente idóneo para la convivencia.⁵

III. HIPÓTESIS

Existe una dicotomía hermenéutica en el procedimiento ejecutivo penal guatemalteco que entra en confrontación con los artículos 19 y 22 de la Constitución Política de la República.⁶ Dicha situación viene dada por la restrictiva interpretación semántica que se atribuye a la palabra *redención*. Ello parece obedecer más a la intención de

5 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 7ª. ed., España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 49-51.

6 "El sistema de justicia es de carácter garantista. La función de las garantías procesales es asegurar una justicia expedita, humana, practicada en plazos razonables, con jueces independientes e imparciales y con absoluto respeto de la dignidad humana. El fin moderno de la sanción penal es cada vez menos el castigo, la retribución o la expiación. La pena, más que castigo, persigue la reinserción social satisfactoria del condenado. Estos objetivos de re-socialización del delincuente y el de capacitarlo para una participación productiva en la vida social inspiran a la legislación procesal penal de Guatemala. Asimismo, el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dispone que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos. La Corte de Constitucionalidad en la opinión consultiva emitida a solicitud del Organismo Legislativo, dentro del expediente número ciento setenta guión ochenta y seis, página número dos, estimó que: 'a) El espíritu del artículo 19 Constitucional se refiere expresamente a <<readaptación social>>, esto es, a un eficaz tratamiento del recluso orientado a su readaptación social y reeducación. Para la readaptación han existido distintos sistemas, entre ellos, el progresivo, a través de un seguimiento de la conducta y el de individualización científica; pero ambos casos se refieren a sistemas a practicar en los establecimientos penitenciarios'. (Sentencia proferida dentro del expediente de amparo 434-2004 ventilado ante la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparos). "Esta Cámara, en el análisis del presente amparo, toma en cuenta la norma constitucional que garantiza que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos; así como la obligación del Estado de Guatemala de crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de estos fines. En ese orden de ideas, establece el Capítulo V del Título VI del Código Penal, una de las formas de seguir cumpliendo la condena, pero en libertad, otorgando el Estado su confianza a quien ya está a punto de terminar con la misma, constituyendo el último grado del sistema progresivo de nuestro sistema penitenciario; con ello, no se deja de cumplir con la condena, sino se cumple dentro de la inserción del sujeto de dicha medida en el medio social, a efecto de que el mismo llegue a constituirse como instrumento necesario para la consecución de los fines resocializadores de la pena privativa de libertad". (Sentencia proferida dentro del expediente de amparo 451-2004, ventilado ante la Corte Suprema de Justicia).

congraciarse con la mayoría de la población, que a buscar soluciones de fondo que paleen la difícil situación dentro y fuera de las cárceles del país.

IV. CAUSAS LEGALES, SOCIALES Y POLÍTICAS DEL PROBLEMA

La teoría retributiva permanece viva en la conciencia de los profanos,⁷ pero también de aquellos que tienen los conocimientos técnico-científicos. Inusitadamente, esto no resulta en detrimento de que, durante la ejecución de la pena impuesta, se preconicen los postulados de la prevención especial, *“actuando sobre el condenado, educando y reprimiendo sus instintos agresivos, para que, una vez cumplido el castigo impuesto, pueda integrarse a la comunidad como miembro perfectamente idóneo para la convivencia”*.⁸

Como lo manifiesta José Luis Díez Ripollés, *“dentro de los subsistemas de control social se opta por la modalidad más enérgica, cual es el control jurídico penal, que conlleva el empleo de penas”*.⁹ Lo antes expuesto se refleja plenamente en el andamiaje legal que sustenta el sistema penal guatemalteco. Se privilegia la pena como supuesto medio de represión del delito. A través de ella, se pretende resarcir, en alguna manera, a la víctima, manifestando con dicha intención, el trasfondo retributivo que se asigna a la pena.

En ese orden de ideas, la mayoría de quienes integran la sociedad, ve con satisfacción el castigo impuesto y se congratula que así sea. La mayor parte de ese conglomerado social, desconoce otro fin de la pena que no sea el castigo, volviendo con ello a la idea más primigenia sobre el tema. En otras palabras, cualquier medida que tienda a beneficiar al condenado no es vista con buenos ojos por la opinión pública.

Seguramente esto tiene mucho que ver con la ineffectividad de los gobiernos para dotar de un clima de seguridad a sus ciudadanos. Se fomenta institucionalmente el desconocimiento de las normas; además, no hay intentos palpables de encontrar soluciones de corto,

7 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, p. 82.

8 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, *op. cit.*, nota 5, pp. 49-51.

9 Díez Ripollés, José Luis, *Estudios penales y de política criminal*, Perú, Importadora y distribuidora editorial Moreno, S.A., 2007, p. 62.

mediano y largo plazo. De nuevo, Diez Ripollés se pronuncia con una lucidez encomiable y dice:

“Una sociedad compleja como la nuestra no puede legislar penalmente a partir de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, condicionadas cada vez más, por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión, con frecuencia pasajeros”.¹⁰

Cada quien interpreta la situación desde su particular perspectiva, alejando así la posibilidad de un consenso que redunde en una mayor efectividad en la aplicación de la justicia y de las instituciones aparejadas con esta. Empeorando la situación, la población no vinculada con la administración de justicia ve como manifestaciones de fracaso que los órganos jurisdiccionales no emitan más sentencias condenatorias.

Claro está, esa misma población desconoce por completo las condiciones deplorables en que funcionan los centros de detención preventiva y aquellos para el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Se desconocen totalmente los más elementales derechos que asisten a todos, por el simple hecho de ser humanos, con lo cual las actuales circunstancias no hacen sino empeorar. Cualquier esfuerzo por cambiar esta situación es recibido con apatía. La población en general tiene preocupaciones más inmediatas, como asegurar el sustento diario y sobrevivir a los embates inclementes de una campante criminalidad. Los legisladores, están inmersos en disquisiciones políticas, que no permiten la creación de una legislación que responda verdaderamente a las necesidades del Estado.

Mariano Ruiz Funes ha caracterizado el espíritu de buena parte de las administraciones penitenciarias del mundo al decir:

“Piensa la justicia, sin duda, que para expiar su crimen debe ser sometido a una auténtica muerte civil. Aún desde el propio punto de vista de la proporcionalidad entre la pena y el delito, ese criterio en relación con la mayor parte de las infracciones criminales, resulta excesivamente desproporcionado. La prisión, en el mejor de los casos, o sea aquél que se encuentra organizado bajo un régimen sin promiscuidades, ni ocios

10 *Ibidem*, p. 44.

*compulsivos, despersonaliza a todos y cada uno de los individuos que cumplen la condena”.*¹¹

La legitimidad para la aplicación de la pena, encuentra su asidero en los denominados *principios de la sanción penal*. Los relacionados principios robustecen con un aura de justicia a la pena, alejándola de esa manera de la simple venganza. Hay que dejar claro que en el actual estado de descomposición social, parece que esos principios han sido relegados al olvido.¹²

Quizá sea cierto que:

*“todas las teorías de la pena que se han enunciado son falsas, y todo lo que nos dice la ciencia social acerca de la pena no muestra su multifuncionalidad, las funciones tácitas que nada tienen que ver con las funciones manifiestas que se le quisieron asignar. La pena está ahí, como un hecho político, como un hecho de poder, como un hecho que está presente y que no se puede borrar”.*¹³

A lo antes dicho, hay que agregar que el sistema penitenciario tiene debilidades, particularmente en lo que se refiere a la puesta en marcha de proyectos laborales en los que los reclusos canalicen sus potencialidades, de manera positiva. Derivado de lo anterior, la difícil

11 Citado por Neuman, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*, Argentina, Ediciones Penneville, 1971, pp. 95-96.

12 La existencia y entidad de la pena debe reflejar la presencia e importancia de la afección del bien jurídico, así como la concurrencia e intensidad de la responsabilidad del autor. Mediante el respeto a esto, que se ha denominado *proporcionalidad*, se garantiza la coherencia de la pena. El siguiente principio, el *teleológico*, está constituido por los fines de la pena. A través de su configuración, se determinan los efectos sociopersonales que se quieren lograr con la pena. Y el principio de *humanidad* de la pena, que garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos, que son admisibles en el marco de la condiciones de aceptación del contrato social. Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, nota 9, p. 63.

13 Zaffaroni, Eugenio Raúl. “¿Qué hacer con la pena? Alternativas a la prisión”, *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo, aporte y expectativas*, México, II Asamblea de Representantes del Distrito Federal, 1995, p. 81. También recalca esta idea cuando expresa que “*La pena es un fenómeno político, no tiene ninguna finalidad de carácter racional. El fin de la ejecución de la pena se ha cubierto, se ha anestesiado, se ha pretendido anestesiario –para que los operadores de la ejecución de la pena no tengan mala conciencia– con un discurso re-socializador, re-personalizador, re-educador, todas las ideologías ‘re’ que se han inventado*”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos*, Argentina, Editores del Puerto, SRL, 1997, pp. 35-44.

apertura de mercados para los productos elaborados por los reclusos constituye otro valladar por superar.

Finalmente, se debe hacer la acotación de que es un mal, que no se circunscribe únicamente al campo de la jurisdicción ordinaria. Un ejemplo aún más complejo ocurre en la esfera del desarrollo profesional de los abogados y notarios. El régimen sancionatorio a cargo del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (CANG) ni siquiera contempla la posibilidad de rehabilitación, con lo que afecta directamente el futuro de la persona afectada, estigmatizándola.

V. VÍAS DE SOLUCIÓN

La ciencia jurídica es un área del conocimiento humano que se sustenta en el lenguaje. Por ello, una aproximación semántica al objeto de estudio es imperativa, para así comprender de mejor forma el significado de aquello que se lee. ¿Qué es *redención*? De acuerdo a lo que establece la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República, en su artículo 11, las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española. De esa cuenta, acudiendo al texto aludido en la norma citada, redención es la acción y efecto de redimir. Por su lado, redimir, del latín *redimĕre*, tiene los siguientes significados:

“1. tr. Rescatar o sacar de esclavitud al cautivo mediante precio. U. t. c. prnl.

2. tr. Comprar de nuevo algo que se había vendido, poseído o tenido por alguna razón o título.

3. tr. Dicho de quien cancela su derecho o de quien consigue la liberación: Dejar libre algo hipotecado, empeñado o sujeto a otro gravamen.

4. tr. Librar de una obligación o extinguirla. U. t. c. prnl.

5. tr. Poner término a algún vejamen, dolor, penuria u otra adversidad o molestia. U. t. c. prnl”.¹⁴

14 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22^a. ed., http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=redención.

Para el objeto del presente trabajo, se estiman como más idóneos los significados de los numerales cuatro y cinco. Se libra o extingue una obligación y se pone término a la adversidad. En el caso de estudio, la obligación y adversidad es la de guardar prisión. Entonces, se libera a la persona de aquella situación.

Sobre el tema, expone Hernando Londoño Jiménez que:

“se trata de una institución que fuera de proponer por la dignificación de las cárceles y la humanización de la detención preventiva, resulta a la postre, en muchos casos, una medida resocializadora para quienes en última instancia resultaren condenados. Busca no dejar desamparadas a las personas por cuya subsistencia deba velar por disposición de la ley. Es también la oportunidad que le quedará a muchos sindicatos para atenuar los rigores de la prisión”.¹⁵

La legislación guatemalteca indica las circunstancias en que dicha redención opera. Así tienen que mediar acciones por parte de la persona, que demuestren su redención. Esas particulares pruebas se han interpretado por parte del legislador como los estudios y el trabajo. Por dos días de trabajo se les resta un día a los años de prisión impuestos por un tribunal de sentencia.

En la normativa se establece que no pueden obtener este beneficio aquellas personas condenadas por los delitos de secuestro, parricidio o asesinato. La Fiscalía de Ejecución ha recibido mil cuarenta y cuatro (1,044) solicitudes de redención de penas por trabajo, libertad condicional y por buena conducta. De estas peticiones, solo seiscientos treinta y seis (636) fueron aceptadas por esa unidad del Ministerio Público (MP).

En los casos en que los reos piden permiso para trabajar fuera del centro penal, se realiza una visita al lugar para determinar la seguridad del área, si existe la empresa y que no se exponga al preso a involucrarse en un delito. Si un reo obtiene un trabajo fuera del penal, generalmente es por la amistad que existe entre el interno y el dueño del lugar.

15 Londoño Jiménez, Hernando, *El derecho y la justicia, análisis de un penalista*, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1994, p. 394.

Resulta difícil despertar en los reclusos el amor por la ocupación a que se dedican, y el valor educativo del trabajo se pierde casi siempre cuando la actividad se impone a los reclusos sin que se acompañe de algún estímulo eficaz. Por estas razones, el sistema penitenciario ha intentado convertir el trabajo en reclusión, no en una condición impuesta a los penados, sino en un beneficio, y en una actividad que cada uno de aquellos se autoimpone. Aunado a lo anterior, como un estímulo mayor, se pretende que el penado acorte el tiempo de su condena, a la vez que asegura la subsistencia de sus familiares, e impide que por su condena, queden en mayor desamparo.¹⁶

*“Los efectos de la redención de penas por el trabajo, en cuanto a beneficio concedido al reo, operan primordialmente reduciendo el tiempo de reclusión o privación de libertad impuesto por la sentencia firme, o sea, modificando el cómputo del tiempo de la ejecución de la pena, y apresurando la liberación condicional o definitiva”.*¹⁷

De lo antes citado, se extrae que por la redención hay una reducción del tiempo de reclusión. ¿Por qué? La respuesta puede encontrarse en el significado mismo de la palabra redimir. Como ya se ha indicado, debe entenderse dentro del contexto de las ciencias penales, como equivalente a la extinción de la obligación de guardar prisión. Es la extinción de la pena. Esta se ha satisfecho mediante unas acciones que son distintas de la pena de privación de la libertad.¹⁸

16 Fenech, Miguel, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., España, Editorial Labor, S.A., 1960, vol. 2, p. 1375.

17 *Ibidem*, p. 1383.

18 El término *libertad personal* ha sido acuñado universalmente y es adoptado con frecuencia por los franceses al hablar de *sureté individuelle*, y aun por los ingleses que usan, al lado de la locución *personal freedom*, también aquella de *personal security*, para expresar aquel complejo de bienes referidos a la personalidad del individuo que deben ser tutelados por los poderes públicos. Esta terminología puede asentarse sobre tres polos diferentes: 1. La noción física de libertad personal, que por razones históricas y positivas, se refieren a su restricción, limitación o privación bajo un estado detentivo, sea en sede de policía como dentro de algún procedimiento penal; 2. A la contrapuesta noción amplia de la misma libertad, es decir, aquella que incluye la tutela contra la degradación jurídica de la persona, llegando hasta el punto de prescindir de la coerción física; 3. A la relación entre la libertad personal identificada en uno u otro modo, y libertad de circulación llamada también de tránsito o deambulación. El ejercicio del derecho de tránsito solo se subordina a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal o civil. Estas limitantes se acentúan cuando la autoridad investigadora de los delitos y del delincuente, recurren

La 'inocuidación' del delincuente, se obtiene de manera directa, al actuar sobre delincuentes reales, acreditados como tales por la previa comisión de un delito. El efecto se logra a través de la ejecución de determinadas penas; la prisión, las inhabilitaciones y suspensiones, las privaciones de derechos, y las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación, entre otras. Entonces, posteriormente, opera la resocialización del delincuente, mediante la alteración de pautas de comportamiento ligadas a las causas sociopersonales, que se estiman relevantes para la futura comisión de delitos. En esta dinámica, es imperativo que el concepto de redención adopte una naturaleza distinta. Porque tal y como lo sostiene Newman, "*difícilmente podrá educarse para la libertad, en un mundo de sordidez y tensiones agobiantes*".¹⁹

Por esas consideraciones, no debe, por un lado, atribuirse a la redención un fin teleológico mesiánico, cuando, por otra parte, se le constriñe a través de un elemento de temporalidad. La redención debe ser equiparable a la consumación de la pena impuesta. Esta consumación se explica de la siguiente manera: a) Su fin principal es ser un aliciente para una modificación conductual; b) La modificación conductual persigue la 'inocuidación' delincencial; c) El redimido se impone a sí mismo el convencimiento de lo erróneo de su proceder, manifestado esto a través de actos concretos, que se recogen en la legislación; d) El resultado final es el acortamiento del tiempo de prisión, porque el redimido ha sustituido un plazo de 'inocuidación', por la mutación conductual que se debe reflejar en los elementos idóneos que lo justifiquen.

Rehabilitar, significa, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado. Otra definición es la que indica que "*en el derecho penal es el acto de borrar para el futuro una condena penal, principalmente mediante la cesación de las incapacidades*".²⁰ Ossorio expone que se trata

al arraigo. Ojeda Velásquez, Jorge, "Los artículos 11, 17 y 18 constitucionales", *Revista Mexicana de prevención y readaptación social*, México, mayo-agosto 2000.

19 Newman, Elías, *op. cit.*, nota 11, p. 96.

20 "Rehabilitar", en: Garrone, José Alberto, *Diccionario jurídico Abeledo Perrot*, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1986, t. III, p. 279.

de la acción de “cancelar los antecedentes penales de un delincuente, luego de cumplida la pena y reparados otros efectos del delito”.²¹

En el contexto penal, la redención será el requisito *sine qua non* de la rehabilitación. Es precisamente en el campo de la redención donde se han de establecer los parámetros claros y necesarios para su concesión. Debe existir, en este asunto, una imperativa intromisión de los poderes estatales para garantizar las condiciones de operatividad para el trabajo y estudio de los reclusos. En caso contrario, no pasa de ser un enunciado de buenas intenciones.

La propia Corte de Constitucionalidad ha entendido, en el pasado, esta circunstancia, cuando afirma:

“El sistema de justicia es de carácter garantista. La función de las garantías procesales es asegurar ‘una justicia expedita, humana, practicada en plazos razonables, con jueces independientes e imparciales y con absoluto respeto de la dignidad humana’. El fin moderno de la sanción penal es cada vez menos el castigo, la retribución o la expiación. La pena más que castigo persigue la reinserción social satisfactoria del condenado. Estos objetivos de re-socialización del delincuente y del de capacitarlo para una participación productiva en la vida social inspiran a la legislación procesal penal de Guatemala. Asimismo el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dispone que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos”. (Apelación de sentencia de amparo, expediente 1977-2003, Corte de Constitucionalidad).

VI. CONCLUSIONES

Es imperativo un cambio en la valoración conceptual, que redunde en un beneficio para toda la comunidad. No sirve de nada tener cárceles atiborradas, en condiciones de hacinamiento, que lejos están de cumplir el ideal humanitario de la incorporación de vuelta a la comunidad.

“La readaptación y rehabilitación social y laboral son pilares fundamentales del quehacer penitenciario. Tales políticas se concretizan a

21 “Rehabilitar”, en: Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Argentina, Editorial Heliasta, 2005, p. 828.

*través de los programas y proyectos educativos laborales, psicológicos y espirituales que implemente el sistema penitenciario”.*²²

Las acciones por emprender son varias. La primera es la superación del paradigma de que las medidas alternas a la pena privativa de libertad, no se circunscriban únicamente a la instancia de la parte directamente interesada, que cómo no, lo es la persona condenada. Entonces, se han de establecer las condiciones en las que exista la participación objetiva de los representantes del Estado.

El procedimiento para llevar a analizar la solicitud de rehabilitación debe ser más expedito, utilizando las herramientas que facilita la informática. El juzgador debería tener acceso directo al expediente electrónico de la persona, mediante el uso de una clave de seguridad, para así determinar que la misma llena los requisitos que la ley establezca. La satisfacción de dichos requisitos, traería aparejada automáticamente el otorgamiento de la rehabilitación. Con ello se ahorrarían tiempo y esfuerzo para la procedencia de una institución que redunde, no solo en beneficio del directamente favorecido, sino también de la comunidad donde reinicie su vida.

La Carta Magna nacional permite esta interpretación. Resulta contundente en reiterar lo que se espera del sistema penitenciario. Es elocuente al hablar sobre cómo se busca superar un fin retributivo de la pena. El texto de la norma fundamental guatemalteca, resulta aún más claro en lo que atañe a los antecedentes penales, los cuales no deben ser un obstáculo para que la persona pueda retomar su lugar dentro del conglomerado social. Para lograr dicho objetivo, es menester, de acuerdo a la doctrina más reciente, dar una connotación adecuada al vocablo redimir, a efecto de que, en concomitancia con la norma primaria del Estado, permita una sociedad armónica y fomente las garantías fundamentales de todos los seres humanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO, Margarita, “La situación del sistema penitenciario, retos y perspectivas”, *Seminario prevención y abordaje de tratos*

22 Castillo, Margarita, “La situación del sistema penitenciario, retos y perspectivas”, *Seminario Prevención y Abordaje de tratos crueles, inhumanos o degradantes en las cárceles de Guatemala*, Guatemala, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, 2005.

cruelles, inhumanos o degradantes en las cárceles de Guatemala, Guatemala, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Estudios penales y de política criminal*, Perú, Importadora y distribuidora editorial Moreno, S.A., 2007.

FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, 3ª. ed., España, Editorial Labor, S.A., 1960., vol. 2.

GARRONE, José Alberto, *Diccionario jurídico Abeledo Perrot*, Tomo III, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1986.

LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal de y MATA VELA, José Francisco de, *Derecho penal guatemalteco*, parte general y parte especial, 18ª. ed., Guatemala, Magna Terra Editores, 2008.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando, *El derecho y la justicia, análisis de un penalista*, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal*, parte general, 7ª. ed., España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

NEUMAN, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*, Argentina, Ediciones Penneville, 1971.

OJEDA VELÁSQUEZ, Jorge, "Los artículos 11, 17 y 18 constitucionales", *Revista Mexicana de prevención y readaptación social*, México, mayo-agosto 2000.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Argentina, Editorial Heliasta, 2005.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª. ed., http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=redención.

ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente Remesal García Conlledo, España, Editorial Civitas, S.A., 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “¿Qué hacer con la pena? Alternativas a la prisión”, *“La experiencia del penitenciarismo contemporáneo, aporte y expectativas*, México, II Asamblea de representantes del Distrito Federal, 1995.

— *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Argentina, Editores del Puerto, SRL, 1997.

ZUGALDÍA ESPINAR, José *et al.*, *Derecho penal*, parte general. España, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

La seguridad pública en el Japón actual¹

Dr. Ōta Tatsuya²

Sumario: I. Introducción. II. Medidas apropiadas. III. La conexión extranjera. IV. Los mayores como delinquentes y víctimas.

I. INTRODUCCIÓN

En estos días se habla mucho del aumento de la criminalidad y del consiguiente deterioro de la seguridad pública. Un día sí y otro también, los medios de comunicación arrojan ríos de tinta sobre los crímenes más importantes, el desarrollo de las investigaciones y los correspondientes juicios. Los comentaristas lamentan el deterioro de la situación, se quejan de la inadecuada respuesta de las autoridades y reclaman medidas más severas. Soy consciente de que el mundo del crimen ha cambiado y que hay que hacer algo. Con todo, para poder tomar medidas eficaces, en primer lugar debemos comprender de forma más exacta la situación actual y sus causas.

El número de delitos reconocidos oficialmente ha crecido básicamente sin interrupción desde la década de los ochenta, y a un ritmo especialmente rápido desde 1996, aproximadamente. Desde aquel año hasta el 2002, el número de casos creció en torno a un millón. Sin embargo, unos 790,000 casos correspondientes a este crecimiento fueron hurtos y unas 160,000 destrucciones de la propiedad. Estas dos categorías juntas representan el 90% del citado aumento. En

1 Este artículo fue publicado originalmente por la Revista *Cuadernos de Japón*, volumen XVII, No. 3, Otoño de 2004, págs. 34-37. El IJ/URL cuenta con la autorización expresa de los editores de la Revista para su reproducción.

2 Realizó estudios doctorales en Derecho en la Universidad de Keiō y estudió en la Universidad de Indonesia. En la actualidad es profesor adjunto de la Universidad de Keiō. Es autor, entre otras obras, de *Víctimas y justicia criminal: Perspectiva asiática* (editor y coautor).

cuanto a los hurtos, más del 70% eran casos relativamente leves que no comprendían los robos con allanamiento de morada, como hurtos de piezas de automóviles, forzamientos de máquinas expendedoras y otras sustracciones. En cuanto al robo de bicicletas, se registraron 100,000 casos. Además, el número de delitos reconocidos depende, por supuesto, de las denuncias ciudadanas presentadas a la policía y, por consiguiente, es posible que parte de este incremento refleje una mayor sensibilidad hacia el crimen por parte del ciudadano, que ahora denuncia y reconoce más casos.

Desde 1999, aproximadamente, las estadísticas oficiales revelan un aumento de los crímenes violentos, como robos y asaltos. También ha crecido el número de allanamientos de morada, que previamente había disminuido; parte de estos delitos son cometidos por chinos que utilizan nuevas técnicas para forzar los cerrojos. Así, cabe decir que estos últimos años constituyen un punto de inflexión en la situación del crimen en Japón. Por lo tanto, el aumento de delitos contra la propiedad es por sí mismo un serio problema. En cambio, el índice de homicidios ha permanecido fundamentalmente constante, a nivel sólo de una fracción (de un quinto a un tercio) del registrado en los principales países occidentales. El número de víctimas mortales ha subido ligeramente, pero el índice relativo del total de la población (en general, medido por cada 100,000 habitantes) apenas ha cambiado. Además, hay que subrayar que el 40% de los asesinatos es cometido por consortes, padres, hijos, hermanos y otros parientes, y menos del 20% son cometidos completamente por extranjeros. Si hay preocupación por el deterioro de la seguridad pública, también debería haberla por el crimen en el hogar, como la violencia doméstica y los abusos infantiles.

Si bien es verdad que ha aumentado el número de arrestos juveniles, los casos de asesinato cometido por jóvenes, que tanto interesan a los medios de comunicación, representan un pequeño porcentaje del número total, y no se ha producido un aumento significativo de los índices de homicidios cometidos por jóvenes. Es cierto que se habla de crímenes atroces perpetrados por gente joven sin un motivo serio y que algunos de estos casos utilizan métodos espantosos o cualitativamente diferentes de lo que se ha visto en el pasado. Pero, en general, la delincuencia juvenil no alcanza a representar una amenaza para la seguridad en Japón.

II. MEDIDAS APROPIADAS

No quiero decir que no vaya en aumento el crimen en Japón; no tengo intención de minimizar la gravedad del problema. El robo, en particular, es muy preocupante. Aunque el porcentaje de robos con muerte y lesiones leves se ha mantenido estable o incluso ha caído, el índice de robos con lesiones graves está creciendo inexorablemente, y también ha aumentado notablemente el número de robos cometidos por jóvenes, que a veces actúan en grupo y a veces como cómplices. Es particularmente desalentador ver subir el número de robos cometidos por jóvenes con el fin de conseguir dinero para sus diversiones.

Aunque el número de robos con allanamiento de morada ha descendido, las estadísticas revelan un fuerte aumento en el número de asaltos y atracos en comercios de conveniencia (abiertos las 24 horas), particularmente a altas horas de la noche y en los alrededores de grandes ciudades como Tokio y Osaka. Pero, si consideramos la probabilidad de ser víctima de un crimen que pone en peligro la vida, creo que el nivel de inseguridad en Japón todavía no ha alcanzado un punto crítico. En particular me preocupa que ciertos círculos se centren exclusivamente en el peligro no con la idea de tomar las medidas adecuadas, sino como forma de alarmar al ciudadano y exigir castigos severos para los delincuentes y políticas represivas del crimen innecesarias. Es necesario evaluar la situación y las tendencias actuales con la cabeza fría a implementar consecuentemente medidas y disposiciones legales contra el crimen.

Por ejemplo, frente a la notable subida del número de asaltos, sería coherente centrarse en las poblaciones donde el problema es realmente serio y establecer más puestos de policía (*Koban*) y aumentar la frecuencia de las patrullas policiales. Además, es necesario mantener informada a las comunidades locales sobre la realidad criminal. Dado que los ciudadanos no se preocupan de leer los periódicos y otros noticiarios publicados por la policía, merecería la pena pensar en otros medios prácticos para hacer llegar este tipo de información a la población, como por ejemplo, Internet o los teléfonos móviles (la mayoría de los cuales actualmente pueden enviar y recibir correos electrónicos y acceder a los sitios *web*).

En la actualidad, el Gobierno está recortando los gastos y la plantilla de funcionarios civiles con el propósito de reducir el enorme déficit fiscal. Pero el mantenimiento de la seguridad pública es una función esencial del Estado; no se pueden recortar los gastos en esta área como si fuese un ámbito cualquiera de la Administración. Una vez se pierde el control del crimen, es muy difícil restablecer el orden; además, el aumento del crimen representa un coste enorme para el Estado, las empresas y la ciudadanía, y torna insignificantes los ahorros conseguidos mediante el recorte presupuestario para hacer cumplir la ley y llevar a cabo otros cometidos relacionados con la misma. Además, esta es una cuestión que implica vidas humanas. Todos estos puntos deben tenerse en cuenta a la hora de recortar los gastos. En particular, cabe resaltar que el índice de arrestos por actos delictivos reconocidos ha caído drásticamente desde 1994. Esta disminución es más o menos inversamente proporcional al aumento del número de robos y asaltos, e indica que la policía ha sido incapaz de frenar el aumento de delitos. Es necesario incrementar el número de funcionarios dedicados a la investigación criminal y de funcionarios de prisiones.

Al mismo tiempo, es importante promover la lucha contra el crimen desde el sector privado, incluyendo a las comunidades civiles. Afianzar la seguridad pública es una función básica del Gobierno, pero este no puede llevar en solitario la carga de mantener la seguridad de todo el mundo en todo momento. Si los miembros de las comunidades locales trabajan juntos en las medidas adoptadas para garantizar la seguridad de su comunidad, pueden crear un entorno que no genere delincuencia. A la inversa, la conducta criminal puede proliferar allí donde la gente no se asocia con sus vecinos y desconoce o no se preocupa por lo que ocurre en el vecindario; donde se abandonan bicicletas y se tira la basura en la calle o donde se reúnen malhechores y nadie ni dice ni hace nada al respecto.

En los últimos años, se han visto ejemplos de iniciativas comunitarias de padres y escolares de determinados distritos que se han asociado para proteger la seguridad de sus niños, por ejemplo estudiando los patrones de los actos criminales de su zona, decidiendo los itinerarios de ida y vuelta a la escuela, y haciendo turnos de patrullas en las zonas residenciales y comerciales. Sería positivo que este tipo de acciones se extendiera por toda la sociedad. Si la gente deja de

pensar en la seguridad como algo que le ha sido dado y se implica directamente en la seguridad de su barrio, contribuirá a la eficacia de la lucha del Gobierno contra el crimen. La policía debería apoyar estas iniciativas de la población facilitándole información sobre el crimen y su prevención.

Otro dato reciente que cabe señalar es el creciente uso de cámaras de seguridad para controlar las zonas comerciales y de ocio. Esas cámaras son probablemente necesarias en lugares como bancos y tiendas de conveniencia, que son el blanco preferente de los atracadores; también pueden ser apropiadas en otros sitios donde la incidencia de delitos es inhabitualmente alta. Pero no es realista instalarlas en todo un distrito, ya que incrementaría los problemas de privacidad. Incluso se ha llegado a señalar que en realidad no sirven para prevenir los delitos y solo desplazan a los delincuentes hacia otras zonas. Las cámaras no pueden representar por sí solas una solución al problema de la delincuencia. En cambio, la tecnología de la información ha avanzado a pasos agigantados, hasta el punto de poder utilizarse para luchar contra el crimen y, por ello, deberíamos sacar provecho de las ventajas que ofrece. El envío de información vía móvil, mencionado anteriormente, es un ejemplo. Se dispone también de tecnología sofisticada para controlar la identidad de la gente y para crear llaves y sistemas de cierre a prueba de robos. Este es un campo que, junto con la industria de seguridad, entraña un gran potencial comercial. Las compañías pueden crecer compitiendo entre sí en el suministro de dispositivos y servicios de seguridad, y al hacerlo, pueden contribuir a la seguridad pública general.

III. LA CONEXIÓN EXTRANJERA

Probablemente, la característica más notable de la delincuencia actual en Japón sea el aumento de los delitos cometidos por extranjeros. Particularmente preocupante es el aumento del número de casos en los que miembros de bandas criminales llegan a Japón y cometen una y otra vez atracos y robos. Al mismo tiempo, los sindicatos del crimen japoneses han entablado relaciones con organizaciones criminales extranjeras, lo cual representa una seria amenaza para la seguridad pública. Además, aumenta el número de delincuentes extranjeros que son detenidos y deportados pero que consiguen regresar a Japón para cometer más delitos. Además de aplicar estrictos

controles de entrada para mantener alejados a estos delincuentes y detener a los que llegan a nuestro país, es urgente construir instalaciones policiales para agilizar la persecución de las organizaciones criminales a través de varias jurisdicciones.

La mayoría de los delitos cometidos por extranjeros en Japón son obra de asiáticos. Por consiguiente, los organismos japoneses que imponen la ley deben reforzar sus acuerdos para compartir información y colaboración con sus socios asiáticos, y el Gobierno japonés debe trabajar con otros gobiernos asiáticos para garantizar el rápido establecimiento de tratados de extradición. Mientras tanto, la Fundación Asiática de Prevención del Crimen, organización no gubernamental (ONG) con sede en Japón y registrada en la Organización de Naciones Unidas (ONU), trabaja activamente con ONGs de otros países y con la ONU para promover la "*prosperidad sin crímenes*". Realizarán sus actividades gracias a la contribución de los miembros de sus filiales de todo Japón, y se espera que aumente este apoyo e implicación popular.

Cabe destacar el reciente aumento del número de crímenes cometidos por extranjeros con permiso de residencia, particularmente brasileños y chinos. Por ejemplo, algunos brasileños de extracción japonesa que han llegado a Japón con la expectativa de trabajar en nuestro país (gracias a las disposiciones de inmigración especiales para ciudadanos con antepasados japoneses) han caído en la delincuencia después de fracasar en el intento de encontrar un empleo o unas condiciones de vida adecuadas. Asimismo, se ven casos de niños que han llegado de Brasil con sus padres pero que, incapaces de adaptarse al sistema escolar japonés, caen en la delincuencia con otros niños que se encuentran en la misma situación. Dado que el rechazo de residentes extranjeros como los casos mencionados representa una causa subyacente del crimen, las comunidades y las escuelas deberían mejorar sus sistemas de apoyo a estas personas. Hemos de admitir que si la gente teme y rechaza a los extranjeros en general por culpa de los delincuentes profesionales extranjeros y por un puñado de visitantes y residentes extranjeros, será más difícil integrar a los extranjeros que respetan la ley, con lo cual se les empujará hacia la delincuencia.

Con la actual ley de inmigración japonesa, los trabajadores extranjeros no cualificados no pueden obtener visados de trabajo; pero se les permite la entrada para recibir “*formación*” y, en muchos casos, son empleados como trabajadores *de facto* para cubrir las necesidades laborales originadas por la caída de la natalidad en nuestro país. La distancia entre las normas de inmigración y la realidad del mercado laboral puede apreciarse en el hecho de que el Gobierno ha revisado la Ley de Control de la Inmigración para penalizar “*la incitación al trabajo ilegal*”.

El estado actual de las cosas no es el correcto. Teniendo en cuenta el inevitable descenso de la población trabajadora en los próximos años, se acerca el momento de reconsiderar las actuales políticas de inmigración y laborales. Se debería iniciar este proceso más pronto que tarde, será una gran desgracia si las distorsiones del actual sistema hacen que más extranjeros se dediquen a la delincuencia. En el ámbito concreto de los empresarios, es común que las compañías empleen a trabajadores extranjeros cuando el negocio va bien, pero los despiden al primer indicio de que comienza a ir mal o a empeorar, o si se lesionan o enferman. Y algunos de los empleados que se quedan sin trabajo delinquen por su cuenta o al servicio de *gangsters* que les han ayudado en los momentos difíciles.

IV. LOS MAYORES COMO DELINCUENTES Y VÍCTIMAS

Para terminar, abordaré la cuestión del crimen relacionado con el aumento de la población de mayor edad. La delincuencia relacionada con los mayores, como delincuentes y como víctimas, se está convirtiendo en un problema tan serio como el de la violenta delincuencia juvenil.

El número de arrestos de personas de más de sesenta y setenta años ha crecido constantemente en los últimos años, y las estadísticas de crímenes graves como el asesinato y el robo muestran un drástico aumento de las detenciones de sospechosos de cincuenta años de edad en adelante. Aunque las cifras absolutas están creciendo significativamente, el aumento del número de arrestos es menos notable cuando se calcula en relación con la población total de ciudadanos mayores. En este sentido, probablemente veremos agravarse el problema del

crimen senil como una concomitancia natural del aumento de la población mayor. Este es precisamente el reverso de las diferentes tendencias que se aprecian en el crimen juvenil, donde el número de detenciones no aumenta significativamente, pero el índice de arrestos respecto a la población está creciendo drásticamente, reflejando la disminución de este grupo social.

Sin embargo, sería un error tomarse a la ligera la delincuencia senil debido a que el índice respecto a la población crece poco a poco. En los próximos años aumentará drásticamente el número de ciudadanos mayores y entonces cabrá esperar un incremento de la delincuencia senil; y el problema se agravará. Con toda franqueza, el principal problema de la delincuencia en Japón en el siglo XXI serán los delitos cometidos por gente mayor, por extranjeros y por organizaciones criminales.

Los delincuentes mayores carecen de maleabilidad y no están en condiciones de aprender nuevas profesiones. La mayoría de ellos son viudos o están divorciados y han sido rechazados por sus hijos a causa de su reincidencia delictiva y otros graves problemas. Así, cuando se les ha de conceder la libertad bajo palabra, es difícil encontrar a alguien que los avale. Por consiguiente, las casas de acogida privadas que ayudan a los exconvictos a retornar a la vida normal suelen ser reacias a aceptar a esa clase de personas, que tardan mucho tiempo en independizarse. Mientras tanto, las casas de asistencia tienen generalmente listas de espera de cientos de personas y pocas están dispuestas a acoger a excriminales. Y los sistemas de protección de sustento están diseñados para ayudar a indigentes con algún tipo de residencia, pero cuando los exconvictos mayores salen de la cárcel, generalmente no tienen dinero ni el garante requerido para alquilar un apartamento y les resulta difícil recibir esta clase de apoyo benefactor. (Recientemente, Corea del Sur ha establecido un innovador sistema que permite a los internos de correccionales tener derecho a recibir sustento antes de su liberación).

Al salir de la cárcel, los ex convictos mayores que no disponen de un sitio para vivir ni de un empleo y que no tienen derecho a la beneficencia, acaban reincidiendo y reingresan en prisión de "clase B" de Japón, en las que se recluye a convictos con tendencias avanzadas al crimen; hay muy pocos con una historia de 10 o más

encarcelamientos, la mayoría por delitos como robo o fraude (como comer en restaurantes sin pagar). En 1989, el número de reclusos de 60 años en adelante era solo de 850, pero en 2002 pasó a 2.600, un aumento mayor que el de la población general de ancianos. La rehabilitación de estos delincuentes depende no solo de programas correccionales en la cárcel, sino también, en gran medida, de cómo los trata la sociedad cuando salen; así, es necesario replantearse el trato comunitario que reciben y la relación con las instituciones correccionales y benefactoras.

Los ancianos también son víctimas de la delincuencia. Entre los delitos que sufren se incluyen no sólo los fraudes, sino también graves crímenes violentos como el homicidio y el robo. El índice de robos a ancianos es alto; las mujeres mayores están más expuestas, así como las parejas mayores y los ancianos que viven solos. Los delincuentes se ceban viciosamente en los mayores por varias razones: suelen tener más ahorros y dinero líquido que los jóvenes, oponen una menor resistencia y es muy probable que no denuncien el delito a la policía porque están conmocionados por el incidente o porque temen la represalia de los delincuentes o son regañados por sus hijos. Y si presentan la denuncia, la vaguedad de los recuerdos sobre lo sucedido puede impedir la investigación y la persecución del delito. A menudo, por el impacto del delito no se atreven a salir de casa y finalmente acaban postrados: en consecuencia, sus vidas pueden verse acortadas.

A consecuencia del declive del índice de natalidad y el envejecimiento de la sociedad japonesa, ha aumentado el número de ancianos que viven en pareja o completamente solos. La policía debe reforzar sus acuerdos para vigilar las casas de ancianos y no perderlos de vista, proporcionarles información sobre la prevención del crimen y realizar patrullas. Las comunidades deben colaborar a través de las asociaciones de vecinos y similares ayudando a sus vecinos mayores con la guía de prevención del crimen y animando a los que gozan de buena salud a formar parte del voluntariado que lucha contra la delincuencia. (Con la amable autorización de *Keiō University Press*).

Traducido de *–Nihon no chian zakkō–*, publicado en *Mita Llorón*, marzo de 2004, pp. 32-39; resumido en un tercio.



Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S.A. en el mes de noviembre de 2011. La edición consta de 800 ejemplares en papel bond beige 80 gramos.