

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"EL CUMPLIMIENTO NEGOCIAL DE LOS COMPROMISOS LABORALES DERIVADOS DEL
TRATADO DE LIBRE COMERCIO RD-CAFTA POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA"
TESIS DE GRADO

MARIANO ENRIQUE JUAREZ QUIÑONEZ
CARNET 15013-10

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2021
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"EL CUMPLIMIENTO NEGOCIAL DE LOS COMPROMISOS LABORALES DERIVADOS DEL
TRATADO DE LIBRE COMERCIO RD-CAFTA POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

MARIANO ENRIQUE JUAREZ QUIÑONEZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2021
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: MGTR. MYNOR RODOLFO PINTO SOLÍS, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: MGTR. LESBIA CAROLINA ROCA RUANO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: LIC. JOSÉ ALEJANDRO ARÉVALO ALBUREZ
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: MGTR. MYNOR RODOLFO PINTO SOLÍS
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. JOSÉ FEDERICO LINARES MARTÍNEZ
SECRETARIO GENERAL: DR. LARRY AMILCAR ANDRADE - ABULARACH

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. HUGO ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. NELLY BETSABÉ DE LEÓN REYES

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. KARLA VANESA STEWART MAZARIEGOS DE ESTRADA

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango, 18 de mayo de 2016

Licenciada:

**Brenda Dery Muñoz,
Coordinadora Facultativa,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Campus de Quetzaltenango.**

Estimada Licenciada:

Es un honor informar que he finalizado la función de asesorar la tesis denominada: **"EL CUMPLIMIENTO NEGOCIAL DE LOS COMPROMISOS LABORALES DERIVADOS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO RD-CAFTA POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA"**, del estudiante **Mariano Enrique Juárez Quiñonez**, con carné 1501310.

Después de realizar la revisión respectiva, he corroborado que la tesis llena los requisitos establecidos en la normativa de la Universidad, habiendo constar que el estudiante ha cumplido con cada una de las sugerencias y observaciones planteadas, razón por la cual emito dictamen **FAVORABLE**, a efecto de que el estudiante pueda continuar los trámites respectivos.

Atentamente,


Ma. Nelly Betsabe de León Reyes
Asesora

Licenciada
Nelly Betsabé de León Reyes
Abogada y Notaria



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071615-2017

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante MARIANO ENRIQUE JUAREZ QUIÑONEZ, Carnet 15013-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SÓCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07652-2017 de fecha 25 de septiembre de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"EL CUMPLIMIENTO NEGOCIAL DE LOS COMPROMISOS LABORALES DERIVADOS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO RD-CAFTA POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 28 días del mes de enero del año 2021.

LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales

Dedicatoria.

A mis padres Glicerio Enrique Juárez Juárez y Blanca Estela Quiñonez Vielman, por ser el pilar más importante en mi vida, dos seres maravillosos que han sabido formarme con buenos sentimientos y valores, que han sido ejemplo de personas trabajadoras, honestas, justas, buenas, de gran valía e integridad.

A mis hermanos Jonathan y Luisa Fernanda, por estar siempre a mi lado brindándome su apoyo incondicional, cuidándome y guiándome.

A mis sobrinos, por ser siempre motivo de alegría, de pasión y de sinceridad.

A mi abuelita, Lydia Marina Juárez De León que en paz descansa, por ser siempre una mujer inteligente y valiente, por todos los bellos momentos que disfrutamos y las muchas sonrisas compartidas.

A mi novia, Sharon López, que durante estos años ha sabido comprenderme y apoyarme en todo momento, gracias por su amor incondicional y por la alegría de compartir con ella la vida.

A Magister Nelly Betsabé De León Reyes, por toda su colaboración durante la elaboración de la presente tesis, por los valiosos conocimientos que me ha compartido y ser una dama que me ha brindado la mano en todo momento, guiándome y aconsejándome.

A mi familia y amigos en general, por su apoyo y cariño.

Mariano Enrique Juárez Quiñonez.

INDICE.

	Pág.
Introduccion.....	1
CAPITULO I.	
Obligaciones de los Estados en el Derecho Internacional.....	4
1.1 Antecedes del Derecho Internacional.....	4
1.2 Concepto y Delimitación del Derecho Internacional.....	7
1.3 Fuentes y teorías del Derecho Internacional.....	10
1.4 Soberanía en el Derecho Internacional.....	15
1.5 Sujetos del Derecho Internacional.....	18
1.5.1 El Estado como sujeto de Derecho Internacional.....	18
1.5.2 Sujetos de derecho internacional atípicos.....	20
1.6 Organizaciones De Derecho Internacional.....	22
1.6.1 Personalidad Jurídica de las Organizaciones Internacionales.....	23
1.6.2 Estructura de las Organizaciones Internacionales.....	24
1.6.3 Tipos de Organizaciones Internacionales.....	24
1.7 Obligaciones de los Estados en el Derecho Internacional.....	25
1.8 Obligaciones del Estado de Guatemala en Materia Laboral Nacional.....	26
1.9 Obligaciones del Estado de Guatemala ante la OIT.....	29
CAPITULO II.	
Incumplimientos en el Derecho Internacional.....	31
2.1 Responsabilidad Internacional de los Estados.....	31
2.2 La Responsabilidad Internacional.....	33
2.2.1 Efecto de la Responsabilidad Internacional.....	34

2.2.2 Elementos de la responsabilidad internacional:	35
2.3 Clases de responsabilidad.	37
2.3.1 Responsabilidad Objetiva.....	37
2.3.2 Responsabilidad subjetiva.....	38
2.3.3 Responsabilidad Directa.	39
2.3.4 Responsabilidad Indirecta.	40
2.3.5 Circunstancias que excluyen la Responsabilidad Internacional.	41

CAPITULO III.

Métodos de Solución Amistosa.....	43
3.1 Qué son los métodos de Solución Amistosa.	43
3.2 Clases de métodos amistosos en el Derecho Internacional.....	46
3.2.1 La Negociación:.....	46
3.2.2 La Conciliación y Mediación:	48
3.2.3 El Arbitraje:.....	52
3.2.3.1 El acuerdo de arbitraje.	55
3.2.3.2 Sustanciación de las actuaciones arbitrales:.....	57

CAPITULO IV.

Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, capítulo dieciséis: Laboral.....	59
4.1 Compromisos del Estado de Guatemala derivadas del Tratado de Libre Comercio RD- CAFTA.....	59
4.2 Supuestos Incumplimientos en el Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA por parte del Estado de Guatemala y su posible responsabilidad.....	67
4.3 Métodos de Solución Amistosa regulados en el Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA	74
4.4 Mecanismos de solución de controversias entre Estados.....	78
4.4.1 Establecimiento del Panel Arbitral:.....	82

CAPITULO V.

Presentacion, Discusión y Analisis de resultados	84
5.1 De las entrevistas realizadas a expertos en Derecho Laboral y Derecho Internacional.....	84
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.	93
REFERENCIAS.....	94
ANEXOS.	101

Resumen.

El estudio de las Obligaciones Laborales derivadas del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA por parte del Estado de Guatemala, es la base fundamental del presente trabajo. Se hace necesario entonces para un correcto entendimiento, el estudio de pilares del Derecho Internacional, como lo son: Las obligaciones de los Estados, la soberanía de los Estados, Sujetos, incumplimientos y métodos de solución amistosa, todo esto en el ámbito del derecho internacional. Así mismo un breve estudio del Derecho Internacional como rama del Derecho, historia, fuentes, principios, concepto y delimitación del mismo.

Así mismo se desarrolla el capítulo dieciséis del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, uno de los capítulos más importantes, ya que es en este donde el Estado de Guatemala ha cometido una serie de infracciones que lo ha llevado incluso a recibir denuncias por parte de Estados Unidos así como de una de las Organizaciones Sindicales más grande de dicho país, además de las recibidas por las Organizaciones Sindicales constituidas en Guatemala y recientemente al establecimiento de un panel arbitral que costaría al Estado aproximadamente quince millones de dólares como sanción al no cumplir con sus obligaciones. Es importante mencionar que dicho panel fue frenado en dos mil doce, mediante un acuerdo amistoso entre las partes, pero al no cumplirse se ha reactivado, poniendo en manifiesto la incapacidad del Estado para cumplir en base a la hoja de ruta trazada y la falta de creación de políticas públicas tendientes a dar cumplimiento al tratado.

Introducción.

El presente trabajo de investigación monográfico descriptivo de grado titulado “El cumplimiento negocial de los compromisos laborales derivados del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA por parte del Estado de Guatemala”, aborda y desarrolla la temática relacionada al cumplimiento por parte del Estado de Guatemala de los compromisos laborales que se encuentran regulados en el capítulo dieciséis del referido tratado de libre comercio, mismo que como parte del incumplimiento del Estado de Guatemala, se ha visto tergiversado en ocasiones como parte de una falta de políticas públicas encaminadas a lograr la correcta ejecución del mismo, lo cual puede provocar que Guatemala sea sancionada. Como objetivo general del presente trabajo, se planteó: Determinar la capacidad Institucional del Estado de Guatemala para dar cumplimiento a los compromisos laborales adquiridos en el marco del tratado de libre comercio RD-CAFTA. Así mismo como objetivos específicos: 1) Analizar las obligaciones laborales adquiridas por el Estado de Guatemala en el tratado de libre comercio RD-CAFTA; 2) Concretar los incumplimientos laborales en los que Estados Unidos considera que el Estado de Guatemala ha incurrido, mediante el análisis de los informes de Gobierno referentes al tratado de libre comercio, así como los escritos previos al establecimiento del panel arbitral; 3) Estudiar los acuerdos de resolución amistosa a los cuales puede acudir el Estado de Guatemala en caso de conflicto derivado de la aplicación del tratado de libre comercio RD-CAFTA; 4) Establecer la capacidad institucional laboral que puede llegar a tener el Estado de Guatemala para dar cumplimiento a las obligaciones laborales adquiridas en tratados internacionales.

Es importante la delimitación de lo anterior, en virtud de que el fin supremo del presente es el de informar adecuadamente a la población en general, y como tal, se hace imperativo dar a conocer las bases por las cuales se desarrolló la investigación. Ya que se han detectado pocos avances en el presente tema, lo cual provoca que el Estado incurra en graves y como resultado se vea en la necesidad de resarcir daños causados

a otros sujetos involucrados, situación totalmente desfavorable para la economía y desarrollo del país.

Como parte del estudio, se desarrollan bases de Derecho Internacional, describiendo temas de suma importancia para el correcto entendimiento de la actividad del Estado en dicho ámbito, desde antecedentes históricos, evolución del mismo hasta la aplicación en la actualidad. Si bien es cierto, son muchos los trabajos basados en el Derecho Internacional, el presente constituye un análisis concreto al cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado por medio de negociaciones, con diferentes sujetos del derecho internacional, desde Estados a Organizaciones Sindicales, lo cual provee de mucho interés.

Como resultado de ello, se hace la pregunta de investigación: ¿Qué circunstancia ha determinado que el Estado de Guatemala no logre alcanzar una institucionalidad adecuada para dar cumplimiento con las obligaciones laborales derivadas del tratado de libre comercio RD-CAFTA? Para lograr dar respuesta a dicha interrogante, se establecieron como alcances de la investigación los siguientes: el ámbito espacial, se estableció el territorio del Estado de Guatemala, en virtud de ser este el país donde se ha determinado el incumplimiento al tratado, así como diferentes denuncias por parte de los Estados Unidos y Organizaciones Sindicales y sanciones de la Organización Internacional del Trabajo. Como ámbito temporal, se encuadro desde el año 2003, en virtud de que en ese año se iniciaron las negociaciones firma y ratificación para la implementación del tratado, hasta el año 2015, ya que se considera que la investigación debe realizarse en condiciones diferenciadas tratando de adaptarse a las características del contexto político y social nacional.

En cuanto a los límites que se encontró : La carencia de doctrina referente al tema, en virtud de ser un tema en constante evolución, situación a la cual se trató de aportar mediante la recopilación de doctrina internacional de países como México, Argentina y Colombia, ya que como es el caso de México cuenta ya con un tratado de libre comercio el cual es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en el caso de Argentina y Colombia se aprecia una rápida evolución en el Derecho Internacional y el Arbitraje Comercial Internacional.

Por lo anteriormente expuesto, como principal aporte, se pretende producir datos importantes y actualizados sobre el estado en que se encuentra el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas del tratado, así como las acciones que ha encarrilado el Estado, tratando de describir de una forma amplia y adecuada la problemática y las posibles soluciones para no incurrir en más sanciones a nivel internacional, ya que Guatemala es uno de los países más infractores en temas laborales. Datos, que se trató de ajustar lo más posible a la realidad nacional. Todo esto mediante el análisis del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, la Constitución Política de la República de Guatemala, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, más conocida como la Convención de Nueva York, entre otros.

Capítulo I.

Obligaciones de los Estados en el Derecho Internacional.

1.1 Antecedes del Derecho Internacional.

El Derecho Internacional ha tenido muchos cambios a lo largo de la historia, ya que en la antigüedad el término prácticamente no existía. Una de las figuras semejantes se puede encontrar en el Derecho Romano, en el llamado *Ius Gentium*, el cual regulaba la forma de comportarse por parte de los ciudadanos romanos con extranjeros. “El desarrollo de reglas fijas para el servicio exterior, la adquisición de territorio, la solución de controversias a través de instancias neutrales así como para la forma y manera de conducir la guerra, se encuentran ligadas a la creación de los Estados territoriales en Europa.”¹

Por otra parte la fundamentación española basada en la escolástica tardía española centra al Derecho Internacional de la edad Medieval en dos momentos cruciales de la historia. El primero es la época de las cruzadas, en las cuales se llegó a debatir la posibilidad de que los Estados cristianos pudiesen tener relaciones con los Estados paganos, basados en la doctrina del Derecho Natural de Santo Tomas de Aquino, la cual se erigía basada en la existencia de un derecho natural que fuera legitimado para todos, esta permitía utilizar la fuerza en contra de los pueblos paganos cuando era producto de blasfemia, persecución de cristianos y contra prácticas religiosas dañinas, a lo que se le conoció como guerra justa. El segundo momento importante radica en la época de la conquista cuando a través de la Bula papal de Alejandro sexto y el Tratado de Tordesillas se alcanzó un acuerdo entre España y Portugal para la repartición del llamado nuevo mundo.

¹ Herdegen Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma De México, 2005. Pág. 15.

Se considera que estos tratados representaron para la época moderna cierto tipo de acuerdos internacionales con la Iglesia Católica como intermediaria, tal como sucede en la actualidad donde países alcanzan acuerdos por medio de entes internacionales.

Seguidamente se presenta la desteologización del Derecho Internacional. Esta llegó gracias al desarrollo de un derecho natural mundial a cargo del holandés Hugo Grotius quien es considerado el padre del derecho internacional. La doctrina del referido autor, se basa en que la principal fuente del derecho internacional es el ejercicio de la práctica estatal, plasmada en tratados contractuales.

Esto es de suma importancia ya que se considera que el Derecho Internacional funciona gracias al consenso de Estados de colaborar entre sí para la construcción del bien común.

Es en esta teoría donde se determina no buscar más razones para llevar a cabo guerras justas, sino admitir únicamente la defensa para reconquistar los territorios que hubieren sido ocupados y la pena para los infractores. Uno de los principales aportes de Grotius fue el establecimiento de normas para la conducción de la guerra y la situación jurídica de la neutralidad, así mismo propuso la libertad de los mares en el tráfico marítimo de los nuevos territorios.

La época del *ius publicum europeaeum*, sucedido entre los años de mil seiscientos cuarenta y ocho a mil ochocientos quince, el cual se marcó por el ordenamiento territorial de Europa y de los territorios de ultramar mediante las Conferencias de Estados y el equilibrio de las potencias. Esta es conocida como la época clásica del Derecho Internacional Europeo. *“Las relaciones diplomáticas experimentaron un desarrollo creciente mediante organizaciones con reglas refinadas”*².

Uno de los principales avances de esta época fue el renacimiento de la jurisdicción internacional como un procedimiento para la búsqueda de soluciones a conflictos entre

² *Ibid.*, Pág. 18.

Estados, esto gracias al Tratado de Jay de 1794, así mismo se continuaron desarrollando reglas precisas que servirían para la delimitación de las pretensiones de soberanía sobre los territorios y mares, así como el ordenamiento legal de altamar y el derecho de neutralidad.

El principal pensador de esta época fue Immanuel Kant, quien aportó la idea de establecer una comunidad de Estados con carácter permanente y que sentará bases institucionales de forma democrática, la cual tuviera como principal argumento y finalidad la protección de la seguridad colectiva de los territorios, la cual pudiera evitar las guerras. Otro de los aportes fue el principio de no intervención. *“Un pueblo tiene derecho a resolver sus conflictos internos sin la intervención de otros Estados.”*³

En el siglo XIX se dio un alza de la práctica del establecimiento de los tratados internacionales, mediante convenciones en las áreas técnicas y humanitarias, a través de la cooperación entre Estados, tales como los tratados de amistad, comercio y navegación. Se realizaron las dos grandes Conferencias de la paz de la Haya en 1899 y 1907, y resultado de ellas se creó la Convención para la Resolución Pacífica de las Controversias Internacionales de 1899 y la Convención de la Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre. Hasta el momento se logra ver como poco a poco y tomando en cuenta las dos grandes guerras, el derecho internacional va cogiendo un carácter más necesario y universal a través de los consensos entre Estados.

Finalmente se encuentra la creación de la Liga de Naciones la cual fue creada tal como reza el preámbulo de la convención " para la promoción y el trabajo conjunto de las Naciones y para garantizar la paz internacional y la seguridad internacional" sin embargo fracaso debido a la intención de las potencias lograr por su propia cuenta un orden universal. Se crearon instituciones importantes tales como, la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Haya, así mismo una de las más importantes y que hasta la fecha existe la Organización Internacional del Trabajo, que para la presente investigación es de suma importancia, pues representa la autoridad máxima en materia

³ *Ibid.*, Pág. 19.

laboral a nivel mundial y es objeto de estudio para lograr entender las instancias a la que puede acudir Guatemala para mejorar su institucionalidad laboral.

Con la Segunda Guerra Mundial por terminar, los Aliados tenían como principal argumento la constitución de una Organización mundial que en realidad sirviera como protectora de la paz, con ello mediante la conferencia constitutiva de San Francisco se creó la Organización de Naciones Unidas, cuya estructura permanece intacta hasta la fecha. Mediante esta Organización, se han creado bases suficientes y fundamentales para el establecimiento de un orden de Derecho Internacional más seguro y sólido, mediante el derecho de los tratados, derecho de las relaciones consulares, derecho del mar, así como la creación de distintas Organizaciones Internacionales que tienen como fin máximo la institucionalización de la colaboración entre sus miembros.

1.2 Concepto y Delimitación del Derecho Internacional

“En forma similar a como ocurre en la comunidad humana, dentro de la comunidad estatal, el orden mundial estatal requiere también de reglas vinculantes, con base en las cuales se estructura las relaciones entre los Estados.”⁴ Básicamente lo que el autor refiere, es que partiendo de que las relaciones humanas deben ser reguladas no solamente por un aparato estatal, es necesaria la creación de normas claras y precisas, que logren contribuir a la construcción de un estado estable de condiciones igualitarias entre particulares y particulares con el Estado.

De igual manera la comunidad internacional, entendiéndolo que cada Estado es un individuo diferente, con capacidad de contraer obligaciones y adquirir derechos, debe organizarse un aparato suficientemente capaz de garantizar los derechos de cada Estado y velar por el cumplimiento de las obligaciones que adquieran en el marco de tratados internacionales y convenciones que se han establecido acorde a la realidad mundial, y en pro del beneficio de los Estados involucrados.

⁴ *Ibid.*, Pág. 1.

Es importante mencionar, que el Derecho Internacional Público clásico, regulaba las relaciones entre Estados en guerra y de ello parte la creación de los derechos humanos, fruto de las protecciones que se otorgaron en guerra a los prisioneros y sobre todo a comunidades civiles que se encontraban en medio del campo de batalla.

*“El Derecho Internacional regula principalmente sólo aquellas relaciones entre los Estados, que por su naturaleza soberana o que por voluntad de los Estados participantes se sustraen del derecho nacional.”*⁵ Tal como lo ideaba Immanuel Kant en su escrito la Paz Perpetua de 1795, los Estados que formarían parte de la comunidad internacional, principalmente serían aquellos cuya estructura orgánica fuera constituida de forma democrática y que contaran con una constitución de carácter representativa, para que fueran los mismos ciudadanos quienes decidieran si estarían dispuestos a cambiar su estatus con otros Estados, sin que esto limitara la inclusión de Estados autocráticos, aunque se veía y se sigue viendo un poco difícil la inclusión de los mismos por no querer adoptar medidas que contribuyan a la estabilidad mundial. En este sentido cabe destacar que en Guatemala, la constitución regula los mecanismos necesarios para que a través del Organismo Legislativo, el pueblo de Guatemala decida si adoptar o no disposiciones internacionales, y al momento de hacerlo desligarse del derecho nacional, lo cual es válido por ser un Estado soberano.

*“El derecho internacional público se puede definir como la totalidad de las reglas sobre las relaciones soberanas de los Estados, organizaciones internacionales y otros sujetos del derecho internacional entre sí, incluyendo los derechos o deberes de los individuos relevantes para la comunidad estatal o parte de esta”*⁶

De la anterior definición cabe destacar que no solamente los Estados forman parte del aparato internacional, también lo hacen las Organizaciones internacionales entre las que se pueden mencionar la Organización de Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, la Unión Europea, Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial, Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre

⁵ *Ibid.*, Pág. 2.

⁶ *Ibid.*, Pág. 3.

otras. La cual difiere de la concepción alemana llamada el derecho de los pueblos, la cual pone como centro del Derecho Internacional Público únicamente a los Estados.

*“El Derecho Internacional es un sistema jurídico específico diferente del que rige dentro de los Estados. Su carácter específico deriva de los sujetos a los que se aplica y de la ausencia de órganos centralizados.”*⁷

*“El Derecho Internacional público como un conjunto de normas que determina y reglamenta las relaciones internacionales entre los sujetos de ese orden jurídico”*⁸

También existe el Derecho Internacional positivo el cual se puede llamar así: *“El Derecho Internacional positivo o regulado al conjunto de reglas practicadas de común acuerdo por los Estados en sus relaciones mutuas, bien sea por costumbres internacionales o por normas establecidas en tratados.”*⁹ Es el derecho Internacional positivo el que da vida y funcionamiento al Derecho Natural Internacional establecido, lo cual se puede traducir en un derecho internacional procesal, pues para lograr su cometido es necesario el establecimiento de un orden por parte de una autoridad para lograr el bien común de los pueblos. Como derecho natural internacional se debe entender aquellos principios supremos de carácter normativo y que pertenecen a la comunidad internacional por el simple hecho de serlo, tal como el derecho natural de todo hombre, todos aquellos derechos que por el simple hecho de serlo le pertenecen y que son iguales para todos. Ya que la comunidad Internacional a parte de estar constituida por Estados, es importante recordar que esos Estados si bien es cierto no son personas físicos, son fruto de la organización de los hombres y como tal no se les puede negar valores supremos como la justicia, la seguridad, el bien común y la equidad.

⁷ Becerra Ramírez Manuel, *Derecho Internacional Público*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, Pág. 12.

⁸ Gómez Alonso, Robledo Verduzco, *Derecho Internacional temas selectos*, 5ª edición. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. Pág. 9.

⁹ Fernández del Valle Agustín Basave, *Filosofía de derecho internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2001, Pág. 30.

1.3 Fuentes y teorías del Derecho Internacional.

A la luz del tratadista Hans Kelsen, las fuentes del Derecho se determinaban por cuatro situaciones: la primera es la razón de la validez de las normas, la segunda en función de su creación, la tercera en cuanto a su manifestación y la cuarta el propósito de los principios que las regulan. Así mismo es importante mencionar en cuestión de práctica legal, que las fuentes del derecho han sido reconocidas en el artículo treinta y ocho del Estatuto de la Corte Internacional, mismas que son aplicadas de forma secuencial, en base al orden en que se encuentran en dicho artículo, es preciso indicar también que esto no determina el orden jerárquico de las mismas, sino más bien puede ser un indicador de que se parte de lo general a lo específico al momento de utilizarlas como mecanismo para resolver. Las principales fuentes del Derecho Internacional son:

- A) Las convenciones o tratados internacionales: *“Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos cualquiera que sea su denominación particular.”*¹⁰ Así mismo debe entenderse según Brotons, citado por Luis Manuel Marcano Salazar, a los tratados como *“la fuente por excelencia de derechos y obligaciones internacionales”*.¹¹ por otra parte Antonio Linares, citado por Luis Manuel Marcano Salazar manifiesta que *“es un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de derecho internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos”*¹² Cada una de las definiciones anteriormente dadas, refieren a los tratados o convenciones como *“pactos”* entre dos personas jurídicas, en este caso Estados, que contiene derecho y obligaciones recíprocos, dadas de forma libre y voluntaria, con el fin de lograr un bien común.

¹⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en 1969.

¹¹ Marcano Salazar Luis Manuel, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Venezuela, Editorial CEC, SA. 2005. Pág. 35.

¹² *Loc. Cit.*

Los tratados internacionales se pueden clasificar en: bilaterales y multilaterales, ello acorde a la cantidad de partes involucradas en el mismo. Por otra parte existen aquellos tratados que crean derechos y los acuerdos contractuales. En el caso de los tratados que crean derechos son aquellos establecidos por los Estados para lograr solventar particularidades en común entre los mismos, el caso más emblemático son los tratados en materia de derechos humanos. Mientras que los acuerdos contractuales se limitan a reglamentar obligaciones de carácter contractual.

Ahora bien, la importancia de determinar qué clase de tratado se está estudiando o aplicando, radica en la forma que se le va a interpretar. Siendo así que la forma de interpretar un tratado parte del tenor, es decir el sentido normal de las palabras, seguidamente es necesaria la implementación de los criterios que complementen dicho sentido solo y solo si el sentido normal de las palabras no reflejan las intenciones de forma clara y suficiente. Por último se debe entender el sentido y finalidad total del tratado, a lo que la doctrina llama interpretación teleológica.

- B) Los principios del derecho internacional: Estos son muy importantes para el correcto funcionamiento del orden Jurídico internacional, ya que desde tiempos antiguos cuando un árbitro no podía sustentar su decisión basado en algún tratado o incluso en la costumbre, acudía a su “leal saber” atendiendo a el derecho interno que estuviera a su disposición. Estos son considerados como fuente material del Derecho Internacional, basado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el cual se reconocen como fuentes.

“A través de principios generales del derecho se genera un entrelazamiento osmótico entre los ordenamientos internos y el derecho internacional”¹³ Con osmótico el autor se refiere a la interacción de influencia mutua, es decir que la persona que está llamada a resolver, puede hacer uso de aquellas

¹³ Herdegen, Matthias. *Op. Cit.*, Pág. 156.

características del derecho que conoce y las características propias del derecho internacional, fusionando ambas y volviéndolas una sola para poder dictaminar.

Dentro de los principios que se pueden mencionar están: La buena fe, equidad, conducción de los negocios sin mandato, prescripción, el principio *res iudicata* que se basa en los efectos vinculantes de las decisiones, entre otros.

La importancia de estos radica en que son útiles al momento de pretender llenar lagunas legales que se puedan encontrar en los distintos tratados, siendo así complemento de los mismos.

C) La doctrina: Esta es de suma importancia, ya que comprende el conjunto de investigaciones, opiniones, estudios, compendios y demás artículos de carácter informativo que contribuyen al estudio y desarrollo del Derecho internacional, sin embargo el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia lo justifica como un “medio auxiliar”. Dicho razonamiento se considera que es acertado, pues regularmente se utiliza el método científico para el estudio y desarrollo de una ciencia, la cual en el caso del derecho es una ciencia inexacta y cambiante, acorde a la realidad de la masa social, por lo que sería erróneo dar por válidos cada uno de los argumentos sujetos a investigación, o utilizar las distintas corrientes para establecer normas para cada situación, lo cual volvería en algunos casos ineficaz la utilización de la misma.

D) La jurisprudencia: En el caso de la jurisprudencia se considera que no crea derecho, sino más bien sirve para encuadrar situaciones desconocidas al derecho, pues no obligan a todos sino únicamente a los sujetos objeto del litigio, mismas que pueden ser consultadas en futuro sin que sean vinculantes. Para ello el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia refiere a la Jurisprudencia como un medio auxiliar la cual servirá para determinar las reglas del derecho. En Guatemala se tiene a la jurisprudencia como complemento de la ley, según lo establecido en la Ley del Organismo Judicial.

Las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en primera instancia las resoluciones de la Asamblea General pueden definirse como una simple recomendación pues al someterse a votación de la comunidad de Estados, y al no ser aprobada por todos no puede generar un carácter vinculante hacia los mismo, por lo que no está creando un cuerpo legal, aunque estas sean repetitivas, inclusive de carácter sancionatorio pues pueden interpretarse como sanciones de carácter político.

Por otra parte existen también las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mismas que de acuerdo al capitulo séptimo de la Carta de las Naciones Unidas son de carácter normativo puesto que vinculan a los Estados miembros, esto en base al artículo veinticinco y cuarenta y ocho de la citada Carta. Estas son muy importantes ya que aparte de dirigir la práctica jurídica general, a través de ellas algunos de los principios fundamentales del derecho internacional pueden desarrollarse y adquirir validez.

En el caso de las decisiones de las Cortes Internacionales, se considera que sus decisiones no causan norma o no pueden llegar a instituir preceptos legales pues estas cumplen su labor en base a derecho preexistente y al no ser sujetos de derecho internacional las decisiones que tomen únicamente vinculan a las partes generadoras del proceso.

E) La costumbre internacional: Para la Corte Internacional de Justicia, la costumbre constituye una prueba de la práctica generalmente aceptada como derecho. Monroy Cabra define la costumbre internacional como *“la forma primaria de manifestar la comunidad, ya que está formada por un conjunto de normas observadas de hecho”*.¹⁴ Tal como lo dice la doctrina la costumbre es la consecución repetida de actos que con el tiempo se vuelven obligatorios, siempre que cumpla con los requisitos de que sea de uso constante, semejante y coercibilidad. Para ello el autor Rodríguez Carrión, citado por Luis Manuel

¹⁴ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, Colombia, Cuarta edición, Editorial Temis, 1998., Pág. 73.

Marcano, afirma que “La norma consuetudinaria es el resultado de una práctica generalmente aceptada como derecho por los Estados”¹⁵

La costumbre en Guatemala es aceptada en el artículo dos de la Ley del Organismo Judicial, “La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

Dentro de las teorías que tratan de sustentar la existencia del Derecho Internacional están:

- F) La escuela teológica: La cual se basa en que el Derecho Internacional es producto del ámbito religioso, encontrándose constituido por normas de carácter religioso moral. Se considera que esta concepción era utilizada y hasta cierto punto valida en la antigüedad ya que el Papa, máximo dirigente de la Iglesia Católica representaba una figura muy importante e influyente en Europa, mismo que como queda evidenciado en la Bula papal de Alejandro VI, pudo mediar entre los intereses de España y Portugal para la repartición del nuevo mundo.
- G) La Escuela Romana: Como ya se había abordado en puntos anteriores de esta investigación, los romanos tenían una figura similar al Derecho Internacional, la cual era el *ius Gentium* el cual regulaba la forma de comportarse de los ciudadanos romanos con personas extranjeras, así mismo se considera que el *ius Pentium*, es el fundamento romano para el Derecho Internacional Público, pues era un conjunto de normas utilizadas a gentes o naciones fuera de las fronteras de Roma.
- H) La Escuela *iusnaturalista*: Esta se basaba en lo que se conocer como Derecho Natural, y no es más que aquellos derechos inherentes al hombre por el simple hecho de serlo. En el caso del derecho internacional público cada Estado es

¹⁵ Rodríguez Carrión, Alejandro J. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6edición, España, Editorial Tecnos, 2006., Pág. 241.

considerado un individuo, no natural sino jurídico pero que también por el simple hecho de ser individuo es sujeto de derechos y obligaciones de carácter inherente.

- I) La Escuela positivista: Quizá la más acertada, pues esta considera que el Derecho Internacional Público es producto de la interacción entre Estados, es decir, basado en la institucionalización de tratados y convenios, los usos continuos traducidos en costumbre y sobre todo y lo más importante la manifestación de voluntad de interactuar de forma colectiva para alcanzar un bien común.

1.4 Soberanía en el Derecho Internacional.

La soberanía de un Estado, en los inicios, el concepto era utilizado para identificar un poder que residía en un monarca, es por ello que en siglos pasados los monarcas y reyes eran llamados soberanos, pues se creía que la soberanía recaía únicamente en ellos. Pero gracias a la doctrina social, el término evoluciona a lo que es hoy, siendo así que la soberanía reside en las personas que constituyen un Estado, es decir el pueblo, misma que es encomendada o atribuida a un sujeto en especial, para que sea ejercida. En el caso de Guatemala, tal como lo reza la constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo ciento cuarenta y uno: "La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial." Así mismo en dicho cuerpo legal, el Estado de Guatemala se reconoce como un Estado libre, independiente y soberano, que ejerce plena soberanía sobre el territorio.

Es de suma importancia indicar que la soberanía *"Es la manifestación que distingue y caracteriza al poder del Estado, por medio del cual se afirma su superioridad en términos propios y rigurosos de derecho sobre cualquier otro poder, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de*

*su territorio y de sus posesiones.*¹⁶ Lo cual se puede entender que el Estado es el poder supremo dentro de un determinado territorio el que es impuesto a la población, pero ejercida por ella y misma que delega a sus gobernantes.

La soberanía de todo Estado es única, indelegable e indivisible, ya que no es posible la creación de otra soberanía dentro de un mismo Estado, es indivisible pues no se puede dividir o fraccionar para su ejercicio, aunque bien es cierto que la soberanía en si pertenece a cada ciudadano, pero esta es utilizada en conjunto y solo a través de ello es que existe, y es indelegable pues no es posible que el Estado la delegue en una persona en particular o a otro Estado para que sea ejercida en nombre de este.

*“La soberanía estatal sigue siendo un atributo propio, insustituible y consustancial del Estado”.*¹⁷ En relación a esto, el autor refiere como un atributo propio en virtud de que sin ella el Estado no podría existir en igualdad de condiciones frente a los demás Estados, insustituible pues no existe figura jurídica igual que otorgue al Estado ese tipo de “libertad” para institucionalizar un poder absoluto en su territorio y consustancial, pues deviene de la misma naturaleza de la organización humana y para la cual ha sido instituida para lograr los fines de la misma.

La soberanía en el derecho internacional, se distingue a través de las relaciones que los Estados puedan instaurar a través de reconocer que todo Estado en su territorio es capaz de ejercer las funciones propias de un Estado sin que ningún otro se entrometa.

Es necesario puntualizar los aspectos vitales para que se logre ese estatus de “soberano”, los cuales son: la política económica, presupuestaria y de defensa, que deben permanecer en el control exclusivo del Estado para que no pierda tal condición, puesto que de hacerlo sería un *“déficit del poder estatal”*¹⁸. Déficit del poder estatal, puede definirse como la escasez de poder que tendría que afrontar un Estado si cede el control de los parámetros necesarios que debe mantener para lograr sus fines, al darse algún tipo de intervención por otro, ya que estaría condicionado a un poder “completo” superior a él, es decir un verdadero Estado soberano. Lo cual puede constatarse a

¹⁶ Prado Gerardo. *Teoría del Estado* 9na edición, Guatemala, Ediciones Renacer. 2009. Pág. 92.

¹⁷ *Ibid.*, Pág. 93.

¹⁸ Herdegen, Matthias. *Op. Ci.*, Pág.216.

través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que si bien es cierto no es un Estado soberano, pero tiene la competencia suficiente para intervenir estructuras estatales para lograr sus fines.

Dos conceptos son importantes cuando de soberanía se habla, el primero es la territorialidad la cual es la capacidad única del Estado para llevar a cabo acciones de soberanía dentro de su territorio. Cabe destacar que esta "territorialidad" no es ilimitada, pues al momento en que un Estado quiera ejercer su soberanía territorial debe tomar en cuenta los efectos transfronterizos que dicha acción pueda producir.

El segundo concepto de soberanía es la Jurisdicción personal, es decir la soberanía del Estado ejercida sobre sus habitantes. La soberanía no se ejerce únicamente en los límites territoriales del Estado, ya que estos son fijos y en realidad no varían, es por decirlo así una ciencia exacta. Sin embargo la conducta de los ciudadanos de todo Estado es una variable constante, la cual es estudiada por las ciencias sociales, una ciencia inexacta que presenta a lo largo del estudio y de la evolución humana una variación en sus procesos y resultados, como producto del constante avance de la sociedad.

Por lo tanto anterior a esta situación el Estado se ve obligado a imponer límites a sus ciudadanos, límites que son posibles únicamente gracias al ejercicio de la soberanía y a la institución de la Nacionalidad, la cual es base para determinar los derechos y obligaciones entre el Estado y las personas que lo conforman, pues hay que tomar en cuenta que no solo "nacionales" del Estado se encuentran en su jurisdicción sino también, extranjeros. Aplicando su derecho a determinadas situaciones dependiendo del comportamiento que presenten sus ciudadanos. A estos dos aspectos se le puede llamar como soberanía interior.

Ahora bien se le llama soberanía exterior a la capacidad del Estado a no someterse al poder de otro Estado, ya que la soberanía otorga independencia a cada Estado pero en igualdad de derechos, encontrándose sometido únicamente al ordenamiento jurídico internacional, esto es conocido *como par in parem non habet imperium*, el principio de igualdad soberana.

*“La soberanía no supone, por tanto, libertad para actuar hors la loi, sino la autonomía para actuar en el marco de lo legal”.*¹⁹ Esto supone que ningún Estado puede actuar en contra de otro por medio de su propio derecho, sino por medio del marco legal internacional establecido para que exista en realidad igualdad de condiciones.

1.5 Sujetos del Derecho Internacional.

Los sujetos del derecho internacional son varios, popularmente cuando se habla de derecho internacional se cree que únicamente son parte del aparato internacional los Estados y las famosas Organizaciones, tales como UNICEF, OMC, ONU, OEA, entre otras, sin embargo es necesario puntualizar quienes son esos sujetos con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones a nivel internacional.

1.5.1 El Estado como sujeto de Derecho Internacional.

El Estado ha sido definido por grandes filósofos y estudios del derecho, para Platón el Estado era un ente ideal y para Aristóteles una sociedad perfecta. Hans Kelsen manifestó que el Estado era una ordenación de la conducta humana.

Naranjo Mesa brinda una definición amplia y estructurada, *“Estado, en sentido amplio, es un conglomerado social, político y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una actividad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados”.*²⁰

Se considera que esta definición es una de las más completas ya que agrupa todos los elementos necesarios para poder identificar la existencia de un Estado, en este sentido también se considera necesario añadir que cuenta con personalidad jurídica, pues esta

¹⁹In Dret, Hilgruber, Christian, Soberanía La defensa de un concepto jurídico, Alemania, 2002, http://www.indret.com/pdf/593_es.pdf, consultado 20 de noviembre de 2015.

²⁰Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones política*, 48. Edición, Colombia, Editorial Temis, 1991., Pág. 336.

le otorga capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, lo cual hace aún más sólida la definición.

La Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados de Montevideo, que data de 1933, manifiesta que el Estado como un sujeto de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos:

- A) Población permanente.
- B) Territorio determinado.
- C) Gobierno.
- D) Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.

Pero no basta con cumplir con estos requisitos, ya que es indispensable que los Estados sean reconocidos como tales y como sujetos de derecho internacional, aunque el no reconocimiento no les limita la defensa, esto al tenor de lo establecido en la Carta de la Organización de Estados Americanos manifiesta que: *“La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados. Aun antes de ser reconocido, el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia...”* Esto contenido en el artículo 13 de dicha carta.

*“En un sentido bastante limitado se le puede atribuir al reconocimiento por parte de los Estados un efecto constitutivo, principalmente en el sentido de que el reconocimiento por gran parte de la comunidad de ellos puede compensar la existencia de dudas respecto de la presencia de todos los elementos de un Estado”.*²¹ Se considera adecuada esta práctica, en virtud de que con ello se puede determinar un elemento muy importante de los Estados como sujetos de derecho internacional, y es la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados, sean comerciales, humanitarias, diplomáticas, etc. Aun así, esta situación no supondría un reconocimiento por parte de todos los Estados hacia el nuevo Estado, a menos que se diera por parte de las Naciones Unidas pues los miembros de esta basan sus relaciones conforme al principio de igualdad soberana, como ya se explicó con anterioridad.

²¹ Herdegen, Matthias. *Op. Cit.*, Pág. 75.

Por otra parte, no basta con el reconocimiento del Estado como tal para poder ejercer en el ámbito internacional, es necesario también el reconocimiento del gobierno que representara al Estado ante la comunidad internacional, sea iure o de facto, tal es el caso Tinoco, entre Gran Bretaña y Costa Rica, en el cual un árbitro manifestó que el no reconocimiento por otras naciones de un gobierno, es usualmente una evidencia apropiada de que no ha alcanzado la independencia y control que le da el derecho internacional como tal.

Por lo que no basta con tener un territorio, población, un ordenamiento jurídico y tener soberanía, sino se debe cumplir con los preceptos de constituir un gobierno legítimo, con la capacidad y constitución necesaria para representar adecuadamente al Estado ante la comunidad internacional, que asegure las relaciones contractuales y legitime la capacidad para cumplirlas.

1.5.2 Sujetos de derecho internacional atípicos.

A) Santa Sede:

Históricamente para la humanidad la Iglesia católica desde tiempos remotos ha significado una de las instituciones más poderosas y supremas a la que se puede acudir en busca de respuestas y solución a diversos conflictos. El derecho internacional reconoce a la Santa Sede como el jefe supremo del Estado del Vaticano, por decirlo así un gobierno legítimo y correctamente constituido, quien representa a dicho Estado. Esto se debe gracias al Tratado de Letrán de 1929, en el cual se creó el Estado de la Ciudad del Vaticano, reconociéndose que el sumo Pontífice es el Jefe de Estado, una nacionalidad y una extensión territorial de 0,44 kilómetros cuadrados. Si se le tratara igual a un Estado convencional, se encuentra que el sumo pontífice o papa, es el Jefe de Estado como ya se mencionó anteriormente y como gabinete de gobierno se encontrarían a los nuncios, clasificados como diplomáticos con rango de embajadores, dicho cargo quedo fijado en el Congreso de Viena de 1815 y deben ser acreditados por el Estado de acogida. La Santa Sede representa a nivel internacional un observador y mediador de controversias.

Finalmente es importante mencionar que tiene personalidad jurídica para el establecimiento de tratados internacionales con otros Estados, a estos se les conoce como Concordatos.

B) Soberana Orden de Malta:

Conocida como Soberana Orden militar y hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta. Esta fue creada durante las cruzadas, atribuyéndosele la conquista y gobierno de la Isla de Rodas, la Isla más grande del Archipiélago del Dodecaneso, en Grecia. Posteriormente fueron expulsados y la orden gobernó Malta hasta 1799. Debido a que la Orden no posee un territorio, desde 1894 se ubicaron en Roma, dedicándose al cuidado de enfermos y actividades humanitarias. Finalmente es importante mencionar que mantiene relaciones con muchos Estados a través de su propio gobierno, contando además por los tres poderes, legislativo, judicial y ejecutivo, compuesto por el Gran Maestre y el Soberano Consejo, el Gran Comendador, el Gran Canciller, el Gran Hospitalario y el Recibidor del Común Tesoro y sus propias embajadas, mismas que se encuentran desde Guatemala hasta Argentina, en buena parte de África y en Europa.

C) Comité Internacional de la Cruz Roja:

Dentro del estudio del Derecho Internacional, se manifiesta que serán instituciones de derecho internacional aquellas que fueran designadas con tal personalidad por un tratado internacional. Tal es el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja, mismo que fue creado para velar por las funciones humanitarias en casos de guerras, gracias a la tercera y cuarta Convención de Ginebra de la Cruz Roja de 1949 y el Protocolo Adicional primero de 1977.

1.6 Organizaciones De Derecho Internacional.

*“Se refiere principalmente a las organizaciones interestatales, en las que participan los Estados y otros sujetos del derecho internacional”.*²²

Históricamente las Organizaciones de derecho internacional son prácticamente recientes en comparación de muchas otras figuras institucionales, en virtud que las primeras formas se remontan a organizaciones tales como las Comisiones Internacionales sobre Ríos y Uniones Administrativas para la cooperación internacional en el campo técnico, tales como la Unión Postal Universal. Como Organizaciones de cooperación universal política, no nacen hasta 1919 con la Liga de Naciones y con ella, la Organización Internacional del Trabajo. Tras el fallido intento de continuar con la Liga de Naciones, se dio paso a la creación de la Organización mundial más importante del mundo, la Organización de Naciones Unidas.

Son muchas las definiciones de Organizaciones de Derecho Internacional que tratan de describir lo que son, sin embargo, se ha logrado establecer dos puntos muy importantes donde los diversos tratadistas han encontrado común acuerdo, los cuales son:

En primer lugar, que una organización internacional nace a la vida jurídica a través de un tratado de carácter constitutivo de derecho internacional, mismo que ha sido celebrado entre dos o más Estados. En la Doctrina moderna, se ha reconocido de igual manera a que otros sujetos de derecho internacional pueden crear también instituciones a través de la celebración de tratados internacionales.

En segundo lugar, la institución internacional, debe ser capaz de crear e instituir sus propios órganos de forma estructurada y poder exteriorizarlos.

²² Herdegen, Matthias. *Op. Cit.*, Pag.92

1.6.1 Personalidad Jurídica de las Organizaciones Internacionales.

Como se ha tratado anteriormente, la capacidad Jurídica es muy importante pues esta como ha sido correctamente definida, es la que otorga la posibilidad de adquirir derechos y obligarse, acorde a sus necesidades. En las Organizaciones o Instituciones internacionales, la capacidad jurídica es adquirida por medio del tratado de creación, que de forma expresa debe manifestar que se tendrá personalidad jurídica para desarrollar los actos necesarios para la consecución de sus fines.

1.6.2 Estructura de las Organizaciones Internacionales.

Las organizaciones Internacionales, si bien la mayoría son universales, es importante mencionar la diversidad existente en las estructuras organizacionales de las mismas, sin embargo todas y cada una de ellas cuentan con un órgano que se encarga de representarlas que con diferente nombre o significado, pero al fin, con el mismo objetivo y finalidad. En las Naciones Unidas este órgano es conocido como la Asamblea General, en el Consejo de Europa, Comité Ministerial, en el Banco Mundial, el Consejo de Gobernadores. Esta clase de órganos podrían denominarse como Ejecutivos, pues son los encargados de asegurar la capacidad para manifestar los objetivos de la organización al exterior. Así mismo dentro de estas organizaciones pueden diferenciarse los órganos de carácter legislativos, si bien es cierto no lo son en su totalidad, pero si basan su accionar en la representación, tal como un órgano parlamentario.

1.6.3 Tipos de Organizaciones Internacionales.

Se hace necesario determinar qué tipos de Organizaciones Internacionales existen, para lograr clarificar el ámbito de estudio y trabajo en los que se desempeña cada una.

Se partiendo de lo general, se encuentran las Organizaciones universales, que por excelencia es la Organización de Naciones Unidas. Seguidamente se encuentran las Organizaciones Regionales, dentro de las que se pueden mencionar la Organización de Estados Americanos, la Unión Europea, la Organización de la Unidad Africana o la Liga Árabe. Incluso se puede mencionar al SICA, como organización Centro Americana. La importancia de estas radica en que los países acorde a su ubicación geográfica han encontrado puntos de flexión en sus sistemas y han encontrado en la asociación un medio eficaz para lograr solventar necesidades de carácter económico, social, de salud entre otras y lograr levantar la región.

Seguidamente, se deben diferenciar las Organizaciones Internacionales que como se mencionó anteriormente han sido creadas por un Tratado Internacional, para la consecución de un campo en específico, es decir las Organizaciones Internacionales acorde a su objeto. Se pueden mencionar dentro de las Organizaciones encargadas de la defensa militar a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en el área del comercio a la Organización Mundial del Comercio (OMC), en cuanto al apoyo financiero, se tiene el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, así mismo a su lado trabajan la Corporación Financiera Internacional y la Asociación Internacional del Desarrollo, quienes conforman el Grupo del Banco Mundial. En el campo de la Salud, la Organización Mundial de la Salud, (OMS).

Es de suma importancia para el presente estudio, mencionar la Organización Internacional del Trabajo, que como se ha manifestado se constituyó conjuntamente con la Liga de Naciones en 1919, siendo la OIT la única de ambas que existe hoy en día. Constituida a través del Tratado de Versalles como una Institución autónoma, encargada de promover la justicia social a través de la formulación de políticas internacionales para lograr alcanzar cada día mayores estándares de calidad laboral y de vida. En Guatemala cuenta con una oficina, cuyas prioridades y ejes de trabajo se basan en:

- La Promoción de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.
- Apoyo a la creación de empleo y trabajo decente para hombres y mujeres.

- Contribución a la erradicación del trabajo infantil, en particular en sus peores formas.
- Fortalecimiento de los programas de salud y seguridad en el trabajo.
- Impulso a la modernización de la administración del trabajo.

1.7 Obligaciones de los Estados en el Derecho Internacional.

La Carta de la Organización de Estados Americanos en su artículo tercero, los Estados americanos reafirman principios fundamentales para la obtención de relaciones fuertes y duraderas, dentro de la cual se puede mencionar que tal como lo reza dicha carta *“El orden internacional esta esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”*.²³

Así mismo el artículo segundo de la Carta de las Naciones Unidas manifiesta que para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: Resaltando de entre ellos *“Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derecho y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta carta”*.²⁴

Se ha fundado el Derecho Internacional en el principio fundamental del *pacta sunt servanta*, este se basa en que al momento en el cual un Estado presta su consentimiento para la ratificación de un tratado internacional, dicho consentimiento es vinculante y se hace imperativo el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Por lo que se entiende que las Obligaciones de los Estados en el derecho internacional se basa en tres ejes fundamentales los cuales son respetar, proteger y cumplir con los

²³ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 3.

²⁴ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, artículo 2.

tratados internacionales, pues en ellos se establecen claramente las obligaciones a las que los mismos Estados han decidido obligarse para lograr un bien a sus ciudadanos. Tal como se puede identificar en los tratados, la frase “*Cada uno de los Estados parte se compromete a*” interpretando el sentido literal de las palabras, los Estados se están obligando a dar cumplimiento con los preceptos que en los tratados se instituyen.

Es así como de los distintos pactos y/o tratados, se desglosan infinidad de obligaciones que los Estados deben cumplir, dentro de las cuales se pueden mencionar a manera de ejemplo los Derechos humanos, tales como los derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, eliminación de la discriminación, la tortura.

Anteriormente se mencionaba que los ejes fundamentales de cumplimiento de las obligaciones Estatales son: Como primer eje el respeto, este se refiere a que el Estado como tal, como ente superior, como poder máximo de un territorio, no puede tomar la decisión de cumplir sus obligaciones de forma arbitraria, pues se deben cumplir acorde a lo que la comunidad Internacional ha pactado. El segundo consiste en Proteger, en el sentido de que todo Estado al momento de adecuar su derecho interno a las exigencias internacionales, lo hace con el fin de poder cumplir adecuadamente la obligación mediante la protección de la misma en su normativa, volviéndola parte de ella. Y finalmente como tercer eje, la realización, es decir llevar a cabo las medidas necesarias, acorde a su realidad y tomando en cuenta lo pactado, para lograr la consecución de sus obligaciones.

1.8 Obligaciones del Estado de Guatemala en Materia Laboral Nacional.

El Estado de Guatemala, mediante su Constitución Política, se obliga a, garantizar a todos sus habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, reconociendo la vitalidad de lograr un orden constitucional estable, permanente y popular, donde se proceda con absoluto apego al Derecho. En base a ello las obligaciones de Guatemala en Materia Laboral Nacional se resumen en:

Garantizar el Derecho al trabajo, tal como se establece en su artículo 101, el Estado de Guatemala reconoce que es un derecho de la persona y una obligación social, basando dicho régimen laboral en la justicia social, es decir, fundamentado en la igualdad y equidad donde las personas puedan desarrollar todas sus capacidades.

Así mismo se compromete a reconocer derechos sociales “mínimos” de la legislación de trabajo, es decir mediante ellos se pretende crear una base al menos, suficiente que cumpla con esa justicia social a la que hace mención como base del régimen laboral. A continuación se mencionaran aquellos que son de gran utilidad para el presente estudio, contenidos en el artículo 102 de la Constitución Política de la República de Guatemala:

- “Derecho a la libre elección de trabajo y condiciones económicas que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna;”
- “Todo trabajo será equitativamente remunerado, salvo lo que al respecto determina la ley;”
- “Igualdad de salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad;”
- “Obligación de pagar al trabajador en moneda de curso legal....”
- “Inembargabilidad del salario en los casos determinados por la ley.”
- Derecho a la libre sindicalización. Este derecho lo podrán ejercer sin discriminación alguna y sin estar sujetos a autorización previa, debiendo únicamente cumplir con llenar los requisitos que establezca la ley...”
- “El Estado participara en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones. En tales casos, lo establecido en dichos convenios y tratados se considerara como parte de los derechos mínimos de que gozan los trabajadores de la República de Guatemala”

Se considera que este último es de vital importancia para entender y desarrollar de forma adecuada aquellas obligaciones que ha contraído el Estado de Guatemala por medio de los tratados internacionales y principalmente los convenios ante la Organización Internacional del Trabajo.

Finalmente la constitución menciona en su artículo 106 que los derechos laborales son irrenunciables para los trabajadores y que los contratos y demás documentos que impliquen renuncia, disminución, tergiversación, o limitación de los mismos, serán nulas ipso jure.

Así mismo es obligación del Estado la impartición de justicia, es por ello que en relación al Derecho del trabajo, el Estado de Guatemala a través de las distintas normas y en especial, a través del Código de Trabajo, reconoce que es necesario el establecimiento de normas procesales claras, sencillas y desprovistas de mayores formalismos, que permitan administrar justicia pronta y cumplida, regulando la organización de las autoridades administrativas de trabajo para que puedan resolver con celeridad y acierto los problemas que surjan.

Se considera que la mayor obligación del Estado de Guatemala, es garantizar el trabajo a todos sus habitantes, por medio de la creación de políticas públicas que promuevan el desarrollo carreras técnicas, trabajos para jóvenes, mejores salarios, la profesionalización de las áreas técnicas, el comercio nacional e internacional.

Mediante el Ministerio de Trabajo, el Estado de Guatemala pretende:

- Formular la política laboral, salarial y de salud e higiene ocupacional del país.
- Promover y armonizar las relaciones laborales entre los empleadores y trabajadores.
- Estudiar, discutir y si fuere del beneficio del país, recomendar la ratificación y velar por el conocimiento y aplicación de los convenios internacionales de trabajo.

- En coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, representar al Estado en los Organismos Internacionales relaciones con asuntos de su competencia y en los procesos de negociación de convenios internacionales sobre el trabajo, así como velar por la aplicación de los que estuvieren vigentes.
- Diseñar la política correspondiente a la capacitación técnica y profesional de los trabajadores.²⁵

Entre otras que le han sido asignadas por la Constitución y demás leyes.

Es decir que el marco Jurídico para lograr un país con oportunidades de empleo, con empleos seguros y equitativamente bien remunerados, se encuentra bastante sólido y avanzado, si bien es cierto se pueden determinar preceptos, practicas o políticas que no se ajustan a la realidad del país y que es necesario revisar para ser objeto de reformas, también es de reconocer los esfuerzos que el Estado ha hecho y tratado de hacer para cumplir con sus obligaciones. Principalmente sus esfuerzos para responder ante el diferendo planteado por Estados Unidos por supuestas violaciones al Capítulo 16 del RD-CAFTA, principalmente en la inspección laboral que se ha fortalecido para verificar la legalidad en los sectores económicos, así mismo la facilitación de la inscripción de sindicatos y el fortalecimiento del observatorio del Mercado Laboral.

1.9 Obligaciones del Estado de Guatemala ante la OIT.

Las obligaciones de los Estados ante la OIT, parten como ya se mencionó con anterioridad de los tratados y convenios internacionales que ha ratificado, sin embargo es preciso mencionar que tal como lo establece la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, promulgada en 1998, los Estados partes se comprometen a respetar y a promover los principios y derechos que se han clasificado en cuatro categorías hayan o no ratificado los convenios en materia. La clasificación tiene como primera categoría la libertad de asociación y la libertad sindical

²⁵ Ministerio de Trabajo y Previsión social de Guatemala, Mintrab, Obligaciones del Ministerio, Guatemala, 2015, <http://www.mintrabajo.gob.gt/index.php/acercadelministerio-2/134-obligaciones.html> consultado el 28/10/2015.

y el reconocimiento efecto del derecho a la negociación colectiva, en segundo lugar se encuentra la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, en tercer lugar la abolición del trabajo infantil y finalmente la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Así mismo otra de las obligaciones radica en la presentación anual de una memoria a cerca de la situación en que se encuentran dichos principios y derechos, haciendo énfasis en los impedimentos y la necesidad de asistencia por parte de la OIT. Estas memorias son importantes ya que la OIT asiste a través de tres sistemas, el primero el examen anual de las memorias, el segundo un informe global y el tercero la elaboración de proyectos de cooperación técnica.

“Cada tres años los gobiernos deben transmitir memorias con información detalla sobre las medidas que han realizado en la legislación y en la práctica, para aplicar cualquiera de los ocho convenios fundamentales y los cuatro convenios de gobernanza que hubiesen ratificado”²⁶

La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 19 numeral 5 hace mención de las obligaciones de los miembros en cuanto los convenios, refiriendo básicamente a la forma de ratificación de los mismos ante la OIT, en el numeral 6 hace mención de las obligaciones de los Estados ante las recomendaciones que la Organización haga, en cuanto a la forma de ponerla en ejecución en la legislación nacional.

²⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Las reglas del juego: una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, tercera edición, Suiza, Servicio de Producción, Impresión y Distribución de Documentos y Publicaciones (PRODOC) de la OIT, 2014 ., Pág. 102.

Capítulo II

Incumplimientos en el Derecho Internacional.

2.1 Responsabilidad Internacional de los Estados.

Responsabilidad se puede definir como el conjunto de acciones que deberá llevar a cabo un sujeto, para resarcir el incumplimiento de obligaciones, las cuales le son imputables en virtud de haber llevado a cabo un hecho, acción u omisión, anteriormente establecido como tal.

La responsabilidad internacional de los Estados, se basa en las obligaciones que este deba cumplir, basada en la forma, tiempo y lugar de cumplimiento. Cuando ocurre un hecho ilícito, tipificado como tal en el ordenamiento jurídico de un Estado, regularmente quien pretende algo, es quien tiene la carga de la prueba, es decir quien pretende acusar a otro de que cometió un hecho ilícito debe poseer las pruebas necesarias para demostrar que en realidad está sufriendo un vejamen por parte del otro.

En el derecho Internacional a la responsabilidad de los Estados se le conoce como responsabilidad sin hecho ilícito, es decir, en realidad no existe una situación que el Estado este cometiendo de manera delictiva. Sino más bien está dejando de hacer su labor como Estado y es en estos casos donde la carga de la prueba recae en el propio Estado, en virtud de demostrar que realmente está cumpliendo con sus deberes y obligaciones. Aunque esta situación puede considerarse ilícita o delictiva ya que un acto jurídico de tal naturaleza se compone de dos elementos: Acción y consecuencia, ya que evidentemente si un sujeto, en este caso un Estado, deja de cumplir con las obligaciones a las que se ha sometido, dicha actitud o acción traer consigo una consecuencia, la cual consiste en ser sancionado.

“Podemos encontrar en el derecho internacional, en donde un órgano determinado por el orden jurídico nacional como competente para la ejecución de una obligación internacional, incumple la obligación correspondiente, y la sanción que la norma ha vinculado a la realización de la conducta calificada lógicamente como antijurídica, será

*aplicada no al órgano (o no únicamente) que ha sido “sujeto-autor” del acto delictivo, sino que la aplicación de la sanción se llevara a cabo en contra de los individuos que forman el ámbito personal de validez de dicho orden jurídico”.*²⁷

Cuando la responsabilidad no cae sobre el “autor” del acto ilícito, entonces cae frente a una “*identidad jurídica ficticia*”.²⁸

*“Antiguamente se sostuvo que el Estado, por virtud de su soberanía, no podía incurrir en responsabilidad jurídica internacional. Pero si se acepta que el Estado es una institución jurídico-política que cumple funciones tanto internas como externas, como sujeto de derecho internacional está obligado a respetar el orden jurídico internacional; si lo viola incurre en responsabilidad internacional”.*²⁹

Como se trataba en el primer capítulo, los sujetos están investidos de personalidad jurídica, y es a través de ella que son titulares de derechos, pero también de obligaciones, es por ello que se considera adecuada la definición anterior en virtud de que el Estado al ser sujeto, esta investido de personalidad jurídica que como consecuencia supone que aparte de ser titular de derechos, de tener la capacidad para obligarse, también debe responder por sus omisiones o acciones ilícitas ante la comunidad internacional si lo que se pretende es la construcción del bien común.

*“Si los Estados son sujetos del derecho internacional, están obligados a respetar el orden jurídico internacional y, en caso de violación, a restituir las cosas a su estado normal o reparar el daño causado con sus actos o hechos ilícitos”.*³⁰

Esto es considerado como la base fundamental del Derecho internacional ya que sin el principio de reparación que rige el actuar Estatal a escala internacional, no tendría sentido la implementación de tratados o convenios, pues en caso de incumplimiento ningún Estado estaría dispuesto reparar el daño causado a la comunidad, sucede lo mismo con los ciudadanos apartados de la sociedad, el fin de la sanción es que se logre una vida en comunidad.

²⁷ Gómez Alonso, Robledo Verduzco, *Op. Cit.*, Pag.210

²⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Traducción de: Eduardo García Maynez, México, 1969, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Pág. 68.

²⁹ Camargo Pedro Pablo, *Tratado de Derecho Internacional*, Tomo I, Colombia, Editorial Temis, 1983, Pág. 478.

³⁰ *Ibid.*, pag.479.

2.2 La Responsabilidad Internacional.

*“La responsabilidad internacional surge cuando un Estado u otro sujeto de derecho internacional, ya sea por acción o por omisión, viola una obligación de derecho internacional”.*³¹

La responsabilidad en el derecho Internacional se puede decir que es un concepto reciente en materia de derecho, en virtud de que durante muchos años y previo al establecimiento de las Naciones Unidas, los Estados no se hacían responsables de sus acciones a nivel internacional y regularmente el Estado afectado recurría a la guerra o a la fuerza para hacer valer sus derechos. En la actualidad existe diversidad de normas consuetudinarias que regulan el comportamiento de los Estados y es gracias a la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas que poco a poco se ha logrado codificar dichas normas y hacerlas coercibles.

La responsabilidad internacional es definida como *“La institución según la cual un sujeto de derecho internacional, al cual le es imputable un acto o una omisión contraria a sus obligaciones internacionales, es conducido a dar reparación al sujeto de derecho internacional que ha sido víctima, bien sea en él mismo, en las personas o en los bienes de sus nacionales o agentes”.*³²

Así mismo como *“Una institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual es imputable un acto ilícito según derecho internacional, debe reparación al Estado contra el cual fue cometido ese acto. La Responsabilidad internacional se configura por lesión de derechos de otro Estado”.*³³

Algunos tratadistas en sus obras mencionan que la responsabilidad del Estado no se refiere únicamente a los actos u omisiones que alguno de estos pueda cometer en la comunidad internacional, sino que también aquellas violaciones en virtud de las cuales se han transgredido derechos de un extranjero que se encuentra en otro Estado,

³¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho internacional público*, quinta edición. Colombia Editorial Temis. S.A. 2002. Pág. 519.

³² Álvarez Londoño, Luis Fernando. *Derecho Internacional Público* Cuarta Edición. Colombia. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas. 2007. Pág. 265.

³³ *Ibid.*, Pág. 519.

inclusive en sus bienes. Se considera que esto es adecuado y correcto pues, así como un Estado tiene el derecho de salvaguardar los intereses de sus nacionales y hacer valer sus derechos dentro de su territorio, también puede proteger a los suyos en territorio de otro Estado y en consecuencia el Estado anfitrión como se le podría determinar, tiene la obligación de respetar al extranjero y si acaso, llegase a violentar sus derechos, está obligado a repararlo.

Se considera que esto se deriva de los múltiples tratados internacionales donde se hace referencia al trato igualitario entre extranjeros y nacionales, tal como sucede en el RD-CAFTA al momento de querer alcanzar igualdad de trabajo entre uno y otro.

2.2.1 Efecto de la Responsabilidad Internacional.

*“El Estado al cual es imputable un acto ilícito según el derecho internacional, debe reparación al Estado contra el cual fue cometido ese acto”.*³⁴

El efecto principal que acarrea la comisión de hechos ilícitos u omisiones por parte de los Estados, al igual que en el derecho nacional de cada Estado, es el resarcimiento, este es tomado como una forma efectiva de reparar el daño que se ha cometido. En el Derecho Internacional público se han reconocido dos formas de resarcir los daños cometidos. El primero es posible determinarle como el resarcimiento moral, lo que se conoce como reconocimiento de responsabilidad.

El reconocimiento de responsabilidad es utilizado por los Estados como punto de partida para iniciar el resarcimiento, ya que a través de este se está aceptando la responsabilidad del hecho cometido, sin que un órgano judicial o arbitral determine dicha acción, este es utilizado cuando el daño no ha sido de carácter material, ya sea que se haga de forma arbitral o judicial, tal como regularmente ocurre en los vejámenes a derechos humanos, un Estado reconoce ante dichos órganos que ha dejado de

³⁴ Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso Chorzow Factory, 1928 PCIJ, serie A. núm. 17, pag.29

cumplir con sus responsabilidades, que no ha aplicado correctamente un tratado, que violó derechos humanos, etc.

Posterior a ello, si se determina que el Estado necesita reparar un daño material, esta situación si es definida por un órgano competente, es cuando ocurre la reparación en sentido estricto como lo indica el autor Luis Fernando Álvarez Londoño, definiéndola como *“La prestación que se suministra a un Estado o a una organización internacional, en compensación de un daño sufrido”*.

Una de las particularidades de esta clase de reparación, es que debe procurar borrar todas las secuelas del acto cometido, ya sea reestableciendo la situación a su estado natural o por medio de una indemnización.

2.2.2 Elementos de la responsabilidad internacional:

Max Sorensen citado por Monroy Cabra en su obra Derecho Internacional Público, menciona que son elementos de la responsabilidad internacional los siguientes:

1. Existencia de acto u omisión que viole una obligación consagrada por una regla de derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión.
2. El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica.
3. Debe haber producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito.

Respecto al punto número uno, es importante mencionar que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, a través del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, ha codificado reglas importantes para la determinación de la responsabilidad anteriormente indicada, dentro del cual consagra como principio general la responsabilidad del Estado por sus hechos

internacionalmente ilícitos, manifestado en su artículo primero e indicando que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Así mismo en su artículo doce hace mención de la existencia de violación de una obligación internacional, indicando que hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

En el caso del segundo punto, es necesario que primero exista el Estado como persona jurídica, acorde a los puntos que se mencionaron en el capítulo uno del presente trabajo, en relación a los sujetos del derecho internacional, ya que si no es comprobable que un Estado ha nacido a la vida jurídica internacional, es imposible atribuirle un hecho ilícito tipificado para los Estados.

Es importante mencionar que el Estado es representado por un conjunto de individuos, en virtud de esto, se hace necesario que dichos individuos sean reconocidos como plenos representantes del Estado para ejercer los derechos y obligaciones que ha adquirido, sin este requisito se hace difícil que el Estado pueda ser imputado por un hecho ilícito, pues sus representantes no serían legítimos ni legales.

Finalmente el punto tres hace mención del daño, como se mencionaba anteriormente, existe dos formas de reparar el daño, un resarcimiento moral y un resarcimiento material, ambos ya definidos, se parte de que necesariamente no se produce un daño material a un Estado, como violentar un tratado internacional y producir pérdidas a otro Estado, sino también un daño moral, como por ejemplo un agravio provocado al civil de otro Estado o a sus símbolos patrios. En base a esto tampoco podría atribuírsele a un Estado responsabilidad internacional si dentro del marco internacional no existe gravamen en contra de otro sujeto del derecho internacional.

2.3 Clases de responsabilidad.

2.3.1 Responsabilidad Objetiva.

La responsabilidad objetiva de los Estados en el derecho internacional hace referencia al hecho de que el Estado es responsable de todos los actos que cometa por el simple hecho de ser Estado, es decir, es responsable de los actos de sus órganos y de sus agentes, en virtud de que en el derecho internacional, los Estados son sujetos de derechos y obligaciones, como un todo estructural. El fundamento de esta teoría se basa en la causa que determino que la actividad del Estado y la norma de Derecho Internacional se vieran en conflicto, y como consecuencia de ello la transgresión de la misma.

En la jurisprudencia internacional se encuentra el caso *Barcelona Traction light and power company*, suscitado entre Bélgica y España en el cual se determinó que los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana representan obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto.

En cuanto a esta corriente, se adhiere la teoría del riesgo la cual sostenida por Anzilotti, citado por Remedios Gómez Arnau en su trabajo *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*, menciona que “*la responsabilidad del Estado tiene un carácter puramente objetivo, en el que no interviene la noción subjetiva de falta*”.³⁵

Autores como Rousseau, también citado por Remedios Gómez, manifiesta que “*la teoría del riesgo es más acorde con el verdadero fundamento de la responsabilidad internacional, que estriba en mantener la seguridad de las relaciones internacionales, la que rápidamente se convertiría en ilusoria si un Estado pudiera sustraerse la responsabilidad de los actos realizados por sus funcionarios, alegando que tales actos no fueron cometidos con dolo, con malicia o con una intención ilícita*”.³⁶

³⁵ Gómez Arnau, Remedios, *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*. México. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1990. Pág. 71

³⁶ *Loc. cit.* Pág. 71.

En la Responsabilidad objetiva solo hace necesario probar los siguientes puntos: *“Que se haya causado un daño, que existe un nexo de causalidad entre el daño y el agente y que haya violación de una norma de derecho internacional”*³⁷

Como se mencionaba anteriormente el Estado es un aparato único y unificado, si bien es cierto distintos órganos hacen posible el funcionamiento del mismo, es importante resaltar que actúan como uno solo y de ello es posible deducir que la responsabilidad consiste también en que el Estado como tal vigile que todos sus órganos den cumplimiento a sus obligaciones. Es por ello que esta teoría tiene mayor significado, pues como mencionaba Rousseau, no produciría ningún efecto ni tendría valor alguno si el Estado pudiera sustraerse la responsabilidad alegando subjetividad en sus actos.

2.3.2 Responsabilidad subjetiva.

Esta es sostenida en base a la teoría de la falta, formulada por Hugo Grocio, quien es citado por Remedios Gómez, esta teoría *“explica que no es suficiente que un hecho sea contrario a una obligación internacional para engendrar la responsabilidad internacional del Estado que ha cometido este hecho, sino que además, el mismo ha de constituir una falta; es decir, haberse realizado con dolo o negligencia”*.³⁸

De esta teoría se desprende que por imperativo para que pueda existir responsabilidad de un Estado por incumplimiento de sus obligaciones, es necesario el elemento falta, que se traduce a distintos aspectos importantes para determinar la responsabilidad, jurídicamente reconocidos, tales como el dolo, negligencia, omisión entre otras. Y obligatoriamente se haría el aportar elementos de convicción específicos que comprueben fehacientemente que los agentes u órganos del Estado han actuado con malicia y en virtud de ello han transgredido las normas internacionales.

Resaltando que el derecho internacional proclama normas generales y sencillas para los Estados, se hace muy difícil determinar responsabilidad del Estado basándose en el

³⁷ Gaviria Lievano Enrique, *Derecho Internacional Público*, Colombia, Editorial Temis, 1998. Pág. 49.

³⁸ Gómez Arnau Remedios, *Ob cit.* Pág. 71.

actuar de cada órgano y agente que lo conforman, pues para ello se necesitaría una investigación aún más profunda por parte de una organización especialidad, muy al estilo penalista para poder deducir responsabilidades, situación que ya realizan los Estados a través de su derecho interno.

Se considera entonces que esta teoría responde más a la necesidad de determinar la forma y la proporción a resarcir, que simplemente a determinar si existe o no responsabilidad de un Estado en el derecho internacional, pues elementos como dolo, negligencia u omisión puede constituir mayor o menor pena dependiendo de las circunstancias por las que se convoquen dichos señalamientos.

2.3.3 Responsabilidad Directa.

Esta surge cuando un Estado, ya sea de forma conjunta o por medio de sus órganos deja de cumplir sus obligaciones internacionales. Es de suma importancia determinar que existe la responsabilidad directa si y solo si, es el mismo Estado quien la comete y es el obligado a resarcir el daño. Este tipo de responsabilidad puede responder a varios supuestos jurídicos, pero principalmente al gravamen directo hacia otro Estado y actos u omisiones que provoquen a un extranjero vejámenes en el territorio del Estado anfitrión.

*“Según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno...siempre que haya actuado en esa calidad”.*³⁹

Según lo anterior basta tener la condición de órgano Estatal y agregaría, de agente para poder deducir la responsabilidad directa, sin importar entonces su naturaleza o si su finalidad es servir en el ámbito del derecho internacional. Esto es en virtud de que el Estado es responsable del accionar de sus órganos ante la comunidad internacional. Ya que la mayoría de los tratados internacionales exigen como regla principal, que los

³⁹ Camargo Pedro Pablo, *Op. Cit.*, Pág. 489.

ordenamientos jurídicos de cada Estado sean modificados para poder cumplir sus objetivos, por lo cual se involucran a muchos más órganos estatales en la consecución de los actos internacionales y no solamente aquellos que regularmente intervienen en la comunidad internacional.

Dentro de otros estudios se ha logrado identificar que existen autores que refieren que el Estado de forma directa no debería ser el responsable de los actos de sus órganos cuando estos han actuado más allá del ámbito que les corresponde. Sin embargo, para que esto no suceda, el artículo diez del proyecto de artículos formulado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, refiere que aunque haya excedido su competencia el acto es atribuible al Estado siempre que haya actuado con calidad de órgano.

Por lo cual se tiene que la responsabilidad directa involucra cualquier acto Estatal, que violente normas internacionales, cause agravios a otro Estado o a algún extranjero dentro del territorio.

2.3.4 Responsabilidad Indirecta.

Esta surge en virtud de que un Estado ha violentado el derecho internacional y otro Estado se hace responsable de dicho acto no hace efectivo el resarcimiento con ello se encontraría bajo la omisión o negligencia.

Para Rousseau existe responsabilidad indirecta cuando un Estado asume la responsabilidad de una violación del derecho internacional cometida por otro Estado. Esta responsabilidad implica la existencia entre los dos Estados, de un vínculo jurídico especial.

El vínculo jurídico especial al que hace referencia Rousseau, se manifiesta en los llamados Estados compuestos que son definidos como *“aquella forma de Estado donde aparecen unidos de una u otra manera dos o más Estados, sea por vínculos de política*

nacional o internacional”;⁴⁰ tales como el Estado federal, así mismo la fusión o unificación de los Estados y principalmente la sucesión de Estados, por medio de la cual un Estado es reemplazado por otro en sus derechos sobre la administración y gobierno, y lo más importante es que asume todas las responsabilidades internacionales del Estado que sucedió.

Esto no significa que la responsabilidad sea mayor o menor, sino más bien hace referencia a la forma que adoptó el Estado, y se adhiere a su forma en virtud de no dejar lagunas legales para que los Estados no puedan quitarse la responsabilidad de los actos que cometa en razón de la forma en que se organizó, o de las decisiones que tomo, en el caso de una sucesión de Estados.

2.3.5 Circunstancias que excluyen la Responsabilidad Internacional.

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU, a través del proyecto de artículos referentes a la responsabilidad de los Estados, hace referencias a ciertas circunstancias que permitirían a los Estados que incurran en violaciones a normas internacionales, exculparse, las que se encuentran contenidos del artículo veinte al veintisiete, los cuales son:

El primer supuesto es el del consentimiento: hace referencia a que cuando un Estado presta su consentimiento a otro Estado, para que realice determinados actos, el otro Estado en caso de incurrir en alguna ilicitud estaría libre de responder por los posibles daños que ocasionase. Llama la atención que el artículo veinte indica que “excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado”; es decir con el Estado que presta su consentimiento, lo cual deja abierta la posibilidad de que el Estado que obtuvo el consentimiento cometa infracciones o viole normas de derecho internacional en relación con el resto de la comunidad internacional.

⁴⁰ Prado Gerardo, Op. cit., Pág. 100.

El segundo supuesto se basa en la legítima defensa, haciendo alusión que quedara excluida si es tomada acorde a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas, misma que se encuentra en el artículo cincuenta y uno de dicha carta, en esta las Naciones reconocen el derecho de legítima defensa en caso de ataque armado.

El tercer supuesto hace referencia a las contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito, estas se refieren a que son medidas que utilizara el Estado agraviado para inducir al infractor de cumplir las responsabilidades adquiridas con él.

El cuarto supuesto se refiere a la fuerza mayor, básicamente hace referencia a las situaciones que los Estados no pueden controlar y que en base a ello se hace imposible poder cumplir con sus obligaciones. Las más comunes son los desastres naturales pues en caso por ejemplo de una guerra el mismo artículo manifiesta que la responsabilidad se determinaría de acuerdo al comportamiento del Estado.

El quinto supuesto se refiere al peligro extremo, este indica que en situación de peligro extremo donde sea imperativo salvaguardar vidas, la ilicitud de un hecho queda excluida.

El sexto supuesto hace mención del Estado de necesidad, el cual será invocado por un Estado únicamente si es el único modo de salvaguardar intereses esenciales siempre que no afecte intereses de otros Estados.

Capítulo III

Métodos de Solución Amistosa.

3.1 Qué son los métodos de Solución Amistosa.

Desde el inicio y durante la evolución de las relaciones internacionales comerciales, han surgido infinidad de conflictos de intereses entre las partes contratantes derivadas de incumplimientos en las distintas obligaciones de ambas. Ante dicha situación han surgido muchos mecanismos de solución ante dichos conflictos, los cuales en un inicio no traen aparejada una sanción inmediata para el infractor, sino más bien busca que ambas partes logren otro acuerdo mediante el cual ninguna se vea afectada.

La principal función de estos acuerdos radica en la capacidad que tienen para no causar más incertidumbre en el negocio jurídico de que trate, sino por lo contrario dotar de mayor seguridad jurídica al efectivo cumplimiento del mismo, acorde a lo establecido en el tratado. *“Una característica de las democracias modernas es que legalmente las voluntades de los integrantes de las sociedades pueden ser relevantes en el logro de sus objetivos y en el manejo de sus conflictos. Las democracias facilitan la búsqueda de soluciones negociadas”*.⁴¹ En referencia a esto, se considera que los Estados en pro de sus objetivos prefieren someterse al sistema de soluciones amistosas, llámese arbitraje internacional, mediación, negociación, en virtud de su capacidad para manifestar su voluntad a través de su soberanía como tal, frente a cualquier persona, para lograr asegurar la no imposición inmediata de sanciones.

Es importante mencionar que así como las negociaciones son de mucha utilidad para alcanzar acuerdos bilaterales, también lo son para alcanzar soluciones viables y de beneficio mutuo al momento en que surgen problemas, ya que en ocasiones las partes involucradas no cometen las violaciones o incumplimientos de manera arbitraria, sino

⁴¹ Díaz Luis Miguel, *Soluciones negociadas a conflictos legales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 297

que se ven envueltas en su realidad de no poder cumplir con sus obligaciones a cabalidad.

*“En la tradición jurídica, la expresión de medios alternos para la solución de conflictos sirve para significar mecanismos ajenos a tribunales judiciales y autoridades estatales”.*⁴² Esto es de gran beneficio regularmente para las partes involucradas, en virtud de que no se llega a largos y costosos procesos judiciales que atendiendo a su naturaleza, tienden a ser poco sencillos en sus procedimientos. Mientras que los medios alternos para solución de conflictos suelen proporcionar mecanismos eficaces atendiendo siempre a la juridicidad y a principios generales del derecho, que facilitan la solución de la controversia sin que las partes incurran en gastos mayores, con un resultado si no igual, muy parecido.

La Carta de las Naciones Unidas, en su artículo treinta y tres indica que:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismo o acuerdos regionales y otros medios pacíficos de su elección,
2. El consejo de seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

Por lo cual es necesario puntualizar que la utilización de los medios alternos de solución de conflictos, han sido instaurados por las mismas naciones reconociendo el valor inestimable de los mismos, siendo así que son métodos cada vez más precisos y efímeros en la solución de controversias.

Así mismo la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, reafirma el principio anteriormente mencionado, el cual busca evitar que se ponga en peligro la paz, la seguridad internacional y la justicia. Esto en base a los principios del derecho internacional y la justicia.

⁴² *Ibid.*, Pág. 298.

En el artículo tres de dicha Declaración, se indica que: “El arreglo de las controversias internacionales se basara en la igualdad soberana de los Estados y se hará según el principio de la libre elección de los medios de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de la carta de las naciones unidas y con los principios de la justicia y el derecho internacional. El recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por los Estados o la aceptación de tal procedimiento, con respecto a las controversias existentes o futuras en que sean partes, no se considerara incompatible con la igualdad soberana de los Estados” Así mismo el articulo cinco manifiesta que “Los Estados procuraran, de buena fe y con espíritu de cooperación, el arreglo pronto y equitativo de sus controversias internacionales por cualquiera de los medios siguientes: La negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a acuerdos u organismos regionales u otros medios pacíficos que ellos mismos elijan, incluidos los buenos oficios...”

Es por ello que como se mencionó al principio del presente capitulo, los Estados son libres de someterse a dichos procedimientos por medio de la manifestación de su voluntad, sin embargo, se encuentran sujetos a lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas. Se considera que esa sujeción no afecta la soberanía para decidir si se adhieren o no a los métodos alternos de resolución de conflictos.

La Diplomacia juega un papel muy importante al momento de buscar soluciones adecuadas a conflictos de carácter internacional. Esto se logra a través de la habilidad y tacto de los representantes debidamente designados por los gobiernos. Con regularidad, son los Ministros de relaciones exteriores los involucrados, sin embargo, con mayor frecuencia intervienen los jefes de Estado, quienes se hacen asesorar por otros miembros de su gabinete, como por ejemplo las misiones diplomáticas que muchas veces son las encargadas de hacer llegar la postura nacional al otro Estado.

Por otra parte están también los organismos internacionales tales como la Corte Internacional de Justicia, quien en su fallo referente a la Plataforma continental del Mar del Norte manifestó que:

“Las Partes están obligadas a entablar negociaciones con miras a llegar a un acuerdo y no simplemente pasar por un proceso formal de negociación como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de delimitación a falta de acuerdo; están obligadas a conducirse de manera que las negociaciones sean significativas, lo que no sucederá si cualquiera de ellas insiste en su propia posición sin prever ninguna modificación de la misma.”⁴³

En referencia a esto, se resalta la imperativa necesidad de que las negociaciones sean valiosas para la solución de la controversia, y no solamente que con ellas se pretendan llenar requisitos de mera forma para la imposición de sanciones, posición bajo la cual los Estados o partes involucradas no estarían actuando de buena fe.

Finalmente se puede decir que los métodos de solución amistosa, son aquellos mecanismos conciliatorios no jurídicos bajo los cuales las partes contratantes se regirán para la resolución pacífica, metódica y beneficiosa de los conflictos que surjan de la aplicación de los tratados que pacten.

3.2 Clases de métodos amistosos en el Derecho Internacional.

Se puntualizó anteriormente la definición de métodos de solución amistosa, por lo que se procede a identificar los métodos amistosos más comunes regulados en el Derecho Internacional. Los cuales son: la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje.

3.2.1 La Negociación:

Se aplica de manera más constante desde la implementación del Tratado General para la Renuncia a la Guerra, mismo que fue firmado el veintisiete de agosto de mil novecientos veintiocho, en Paris, Francia, mediante el cual los Estados partes pactaron que no volverían a utilizar la guerra como medio para solucionar sus disputas o conflictos, no importando la naturaleza de los mismos, y deben siempre procurar una comunicación constante, razonable y amistosa.

⁴³ Corte Internacional de Justicia, Caso de la plataforma continental del mar del Norte, <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf> pag.47 consultado el 18/02/2016.

Existen también las llamadas negociaciones multilaterales, las cuales son el resultado de la inclusión de varios Estados en una misma controversia. Así mismo, los Estados que no son parte directa de un conflicto, pero pueden tener interés en que se solucione, pueden crear un grupo para que se someta a discusión y análisis la controversia, con el fin de aportar soluciones viables y válidas, mismas que evidentemente no son vinculantes ni mucho menos tienen validez por sí mismas, recordando la soberanía de cada Estado, así como la expresión de voluntad, es decir deben ser reconocidas y aceptadas por los verdaderos interesados o por uno de ellos para que surta efecto y pueda llegar a la vida jurídica.

Dentro de las características que se deben observar en dicho método está, que en las negociaciones bilaterales regularmente se llevan a cabo en las capitales de los Estados partes, mismas que son realizadas de forma alterna una con otra. En cuanto a negociaciones referentes a organizaciones internacionales se celebran donde las partes lo indican. Así mismo se observan situaciones como la publicidad de las mismas, a tal grado que las partes involucradas pueden determinar el grado de publicidad que desean darle a las negociaciones, comúnmente, las negociaciones están al alcance de todas las personas, ya que se revisten de ciertos formalismos como documentos oficiales, en los cuales se detallan los puntos más importantes de las mismas.

Ahora bien, dicha publicidad varía cuando las partes contratantes son de ámbito privado, en virtud de tener derecho a guardar las consideraciones del caso para no exponer negocios que no deben ser puestos a conocimiento de la generalidad.

En cuanto al proceso que se implementa no existe un código oficial o único bajo el cual se deben regir las partes, como ya se ha expresado anteriormente queda a consideración de los involucrados la aplicación de los métodos más efectivos y determinantes que ellos escojan, atendiendo a sus necesidades, a las consideraciones del caso, a factores sociales y de realidad nacional de cada uno.

Así mismo el tiempo establecido lo determinan las partes, siendo así que puede ser establecido jurídicamente dentro del instrumento pactando un plazo de tiempo mínimo, el cual servirá para dos propósitos, el primero el mínimo respeto a la aplicación del

principio de buena fe para que las partes actúen de buena manera y atendiendo a la celeridad del caso y en segundo lugar a establecer en que momento la otra parte puede accionar de manera diferente frente a la otra, se considera importante que a la hora de suscribir o pactar un tratado se realice una clausula en la cual se indique el plazo mínimo de tiempo para el establecimiento, desarrollo y finalización de las negociaciones. Y por otra parte se puede realizar fuera del instrumento al momento de suscitarse un conflicto llegar a un acuerdo previo al establecimiento de las negociaciones que marque el inicio y finalización de las negociaciones.

Las organizaciones Internacionales pueden cooperar para encontrar soluciones al conflicto, regularmente lo realizan por medio de sus órganos poniendo a disposición de las partes contratantes especialistas o recomendando la intromisión de un tercero para que dirija las negociaciones.

3.2.2 La Conciliación y Mediación:

*“En términos generales la conciliación es un medio de solucionar, componer, resolver, o decidir los conflictos, mediante la expresión de voluntad de cada una de las partes o bien por la decisión de un tercero”.*⁴⁴

*“La conciliación es un acuerdo alcanzado por las partes, cuya característica es la de ser sencillamente un avenimiento, un acontecimiento que pone fin al malestar que origino la controversia”.*⁴⁵

A la luz de las dos definiciones anteriores, se puede decir que la Conciliación es aquel mecanismo mediante el cual un tercero, previamente designado, interviene en un conflicto que pueda suscitarse por la aplicación de un tratado entre dos o más partes, para tratar de solucionarlo mediante un acuerdo amistoso, por el cual ambas partes estén totalmente de conformes.

⁴⁴ Chacón Corado Mauro Roderico, *Instituciones no jurisdiccionales, conciliación, arbitraje, ombudsman*

⁴⁵ Contreras Ortiz Rubén Alberto, *Obligaciones y negocios jurídicos civiles Parte especial: contratos. Guatemala, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar, 2008. Pag.627.*

Existe ya la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la conciliación comercial internacional de dos mil dos, en la cual se define la conciliación como: *“Todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de controversia”*.⁴⁶

Cabe recordar que dicho procedimiento regularmente no es jurídico, sin embargo el conciliador suele ser una persona de reconocida honorabilidad, con una trayectoria importante en el campo internacional, conocedor de los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios del derecho y la justicia, por lo que a pesar de estar desprovisto de mayores formalismos legales, el procedimiento suele ser exacto y eficiente, pero de manera sencilla.

Así mismo dicha ley afirma que la conciliación será internacional cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o
- b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:
 - I) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni
 - II) El Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.

Además será internacional cuando las partes convengan en que la conciliación es internacional o en que dicha ley sea aplicable.

Como se mencionó anteriormente, en la negociación no existe un código único o bien definido que marque las posiciones y determine el procedimiento para llevarla a cabo.

⁴⁶ Organización de las Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley modelo de la CNUDMI sobre la conciliación comercial internacional. Artículo 3. 2002.

No es el caso de la conciliación y mediación, ya que se puede tomar como punto de referencia la Ley anteriormente mencionada ya que está en su artículo 4 define claramente el inicio del procedimiento de conciliación:

Artículo 4 Inicio del procedimiento de conciliación.

1. El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo.
2. La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de conciliación.

Esto es realmente importante ya que delimita el plazo de tiempo para que las partes den inicio a un proceso de conciliación, como se mencionó anteriormente el propósito es que las partes respeten el principio de buena fe y que se delimite un tiempo para que la otra parte pueda accionar de manera diferente frente a la otra.

Seguidamente el artículo cinco, indica el número y designación de conciliadores, básicamente la responsabilidad recae en las partes, quienes serán las encargadas de definir al o a los conciliadores. Seguidamente se desarrolla en el artículo 6 la sustanciación de la conciliación. En este sentido nuevamente otorga la libertad a las partes de sujetarse a algún reglamento o cualquier otra vía que estimen necesaria, sin embargo, en caso no logran ponerse de acuerdo, será el conciliador quien determine la forma más adecuada y rápida para lograr un arreglo, siempre que el trato sea equitativo.

Si bien es cierto el conciliador no podrá imponer una solución a las partes, en cualquier etapa del proceso si podrá hacer las recomendaciones y proponer distintas formas de solucionar el conflicto.

Por otra parte tiene la potestad de reunirse con ambas partes por separado o conjuntamente, recibir información que estas le proporcionen, situación que supone dos acciones del conciliador, la primera es la revelación de la información que le sea

proporcionada por las partes, misma que deberá contar con la autorización de quien informo y la segunda situación recae en la confidencialidad a la que hace alusión el artículo 9 de dicha ley, en el cual se establece todo el procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, a menos que las partes manifiesten lo contrario.

En cuanto a las pruebas la ley menciona que existen casos especiales, los cuales se encuentran enumerados en el artículo 10, los cuales las partes, ni el conciliador ni los terceros si los hubiere, podrán hacer valer, ni presentar, ni dar testimonio de los mismos, principalmente se refieren al procedimiento en sí.

Finalmente, el artículo once define la terminación del procedimiento de conciliación.

El procedimiento de conciliación se dará por terminado:

- a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;
- b) Al efectuar el conciliador, previa consulta con las partes, una declaración en la que se haga constar que ya no hay razones para seguir intentando llegar a la conciliación, en la fecha de tal declaración;
- c) Al hacer las partes al conciliador una declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o
- d) Al hacer una parte a la otra o a las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación en la fecha de tal declaración.

Vale la pena mencionar que esta Ley es de vital importancia, ya que casi todos los Estados la han aplicado a sus legislaciones, con el fin de brindar más herramientas a la solución de conflicto. Por lo cual lo anteriormente expuesto es la base sobre se han construido los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

3.2.3 El Arbitraje:

*“El Arbitraje es el proceso al que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especializados, distintos a los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”.*⁴⁷

*“Es un instrumento de impartición de justicia, acordado por las partes, por regla general, alternativo al proceso judicial, en donde un particular es investido con facultades jurisdiccionales, resuelve vinculativamente para los contendientes la controversia, con la colaboración de la autoridad judicial para la realización de actos coactivos y de otros señalados en el acuerdo arbitral o ley”.*⁴⁸

Por lo cual se puede establecer que Arbitraje es un método alterno a la justicia ordinaria, por medio del cual se establece uno o varios especialistas en la cuestión, para buscar soluciones ajustadas a las necesidades de las partes, a través de mecanismos que garanticen la privacidad, celeridad y eficiencia del proceso, con el cual se busca alcanzar un acuerdo de beneficio mutuo, mismo que quedara estipulado en el Laudo arbitral.

En el ámbito internacional, se distingue al arbitraje de dos formas, el arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional. Ambas válidas y funcionales, encuentran su asiento jurídico en el mundo moderno gracias a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

*“Arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”.*⁴⁹

El Maestro Mauro Chacón Corado cita a Carlos Parodi, en su obra Instituciones no Jurisdiccionales *“La celeridad del procedimiento, la reducción de los gastos, la*

⁴⁷ Rivera Neutze Antonio, *Arbitraje y Conciliación “alternativas extrajudiciales de solución de conflictos”*, Guatemala Impresos Robelo, 2011. Pag54.

⁴⁸ Contreras Vaca Francisco José, *Derecho Internacional Privado parte general quinta edición*, México, Oxford University press, 2013. Pág. 226.

⁴⁹ Organización de Naciones Unidas, Comisión de las Naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley modelo de arbitraje comercial internacional. Artículo 2.

*conveniencia de la intervención de técnicos especialistas en el caso sub-litis, la discreción de los árbitros y el mantenimiento de cierta ponderación en el curso de los debates que no es otra cosa que la resultante de la circunstancia de que los árbitros son designados por los propios litigantes, eliminándose así los factores negativos de la enemistad y animadversión que lamentablemente o inevitablemente acompañan a todo juicio judicial común”.*⁵⁰

Son mayores los beneficios que se obtienen al utilizar este método alternativo de resolución de conflicto, pues evidentemente, busca y alcanza soluciones adecuadas, ajustadas a las necesidades de las partes, sin involucrarse directamente en lo judicial. Es importante recordar que el Comercio evoluciona constantemente, cada día se producen nuevas prácticas y tendencias comerciales, nuevos métodos de hacer negocios, situación en la que el Derecho se encuentra en desventaja, pues las normas a pesar de que se ajustan a la realidad mundial, no pueden variar cada día o de acuerdo a cada situación, ocasionalmente los conflictos abarcan situaciones no reguladas en el derecho. Por lo cual, acudir a especialistas que pueden arbitrar, atendiendo a lo establecido en normas internacionales, a la costumbre y capaces de enfrentar conflictos de la era moderna y darles soluciones adecuadas, es quizá el mayor beneficio de este método.

El arbitraje institucional es aquel que *“Es acreditado por la intervención de una institución especializada de carácter permanente a la que las partes con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad acuden encomendándole la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje, que sus propias normas reguladores prevén y que podrían resumirse en la facilitación de los medios necesarios para el desarrollo del mismo”.*⁵¹

Algo muy importante de esta clase de arbitraje es que se refiere principalmente a la forma de administrarlo, ya que existe una institución que tiene como función principal dotar de los medios necesarios a las partes y a los árbitros para llevar a cabo con éxito

⁵⁰ Chacón Corado Mauro Roderico, *Op. Cit.*, 922

⁵¹ Fernández Rozas José Carlos, “Luces y Sobras del Arbitraje Institucional en los Litigios Transnacionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Volumen XXIII, España, 2008, Pág. 321

el arbitraje, esto significa que en ella recae la responsabilidad de organizar adecuadamente el proceso.

En segundo término se hace mención del arbitraje ad hoc, el cual enfrenta una modalidad muy diferente al institucional, ya que en este toda la función organizadora del arbitraje recae eminentemente en el árbitro o panel arbitral que conocerá de la cuestión. Esto es en virtud de que las partes desde un principio en el instrumento jurídico estipularon la cláusula arbitral, mediante la cual se ven sometidos a la jurisdicción arbitral que ellos deseen y en la forma que ellos deseen, recordando el principio de buena fe, así como la utilización de la costumbre y atendiendo a la autonomía de la voluntad de las partes.

El arbitraje ad hoc, no es más que aquel que se constituye de acuerdo a la voluntad de las partes, siendo así que los árbitros son designados por las mismas, siempre que estos sean independientes, por lo que al ser llamados a dar solución al conflicto suscitado, se entiende que las actividades terminan en el momento de emitirse el laudo.

En la ley modelo de Arbitraje Internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas, *“reconoce el valor del arbitraje como método de solución de controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales”*.⁵²

Así mismo *“convencida de que el establecimiento de una ley Modelo sobre arbitraje que sea aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuye al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas”*.⁵³

Como se mencionó anteriormente, el Comercio evoluciona con mucha rapidez y ya en dos mil seis, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconocía la necesidad de una actualización a la Ley Modelo para que se ajustara a las necesidades comerciales actuales, especialmente en cuanto a la forma de otorgarse medidas cautelares.

⁵² Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución número 61/33, aprobada en la 64 sesión plenaria, el 4 de diciembre de 2006.

⁵³ Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución número 40/72, aprobada en la 112 sesión plenaria el 11 de diciembre de 1985.

¿Cuándo un arbitraje es internacional?

- A) Si las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- B) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - I. El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - II. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- C) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.⁵⁴

3.2.3.1 El acuerdo de arbitraje.

En el mundo del derecho, lo único seguro es aquello que se encuentra plasmado en un instrumento legal, en el cual no existe lugar a dejar dudas de las voluntades de las partes ni dejando lugar a malas interpretaciones, es por ello que para que pueda realizarse un arbitraje es necesario establecer un “acuerdo de arbitraje” el cual como requisito indispensable para el establecimiento de un proceso arbitral, debe constar por escrito.

La ley modelo, apertura la posibilidad de que dicho acuerdo sea escrito y por medios electrónicos, entiéndase cualquier comunicación por medio de mensajes de datos. Así mismo podrá constar también en escritos de demanda y contestación de demanda, así

⁵⁴ Organización de Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje Comercial Internacional, artículo 3, 2006.

como la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga la cláusula compromisoria.

*“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.*⁵⁵

El nombramiento de árbitros quedara a disposición y voluntad de las partes, siendo así que serán ellas quienes tomen la decisión en cuanto a quienes y cuantos, pero si no llegaran a algún acuerdo, serán tres árbitros quienes conocerán de la cuestión, aun así serán las partes quienes los designen.

Pero si las partes no logran ponerse de acuerdo para nombrarlos, entonces cada parte nombrara un árbitro y estos a su vez nombraran al tercero. En el caso de ser arbitro único, y las partes no se ponen de acuerdo, será una tribunal o cualquier otra autoridad que sea competente quien lo nombre.

Finalmente algo que cabe resaltar es que las decisiones que se tomen respecto a esta temática, serán inapelables.

En cuanto al establecimiento de medidas cautelares, la ley modelo habilita la posibilidad a las partes de promulgar un acuerdo mediante el cual se establezca la no imposición de las mismas, en caso contrario el o los árbitros que conocerán de la cuestión tienen la potestad, a petición de una o ambas partes de otorgarlas.

“Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

A) Mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;

⁵⁵ Organización de Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje Comercial Internacional, artículo 7, 2006.

- B) *Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menos cabo al procedimiento arbitral;*
- C) *Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o*
- D) *Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.*⁵⁶

Para poder lograr el establecimiento de dichas medidas, el solicitante deberá demostrar:

- A) Que de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser esta otorgada; y
- B) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal respecto de dicha posibilidad no prejuzgara en modo alguno toda la determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

3.2.3.2 Sustanciación de las actuaciones arbitrales:

*La ley modelo establece el principio de equidad, reconociendo que a las partes debe tratárseles por igual, para que cada una pueda hacer valer sus derechos.*⁵⁷

En cuanto al procedimiento, ya se estableció que es voluntad de las partes la forma en que se llevara a cabo el arbitraje, sin embargo en caso de no alcanzar acuerdo alguno,

⁵⁶ Organización de Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje Comercial Internacional, 2006. Artículo 16.

⁵⁷ Organización de Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje Comercial Internacional, 2006. Artículo 18 Trato equitativo de las partes: Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

los árbitros serán quienes determinen las reglas del mismo, con atención a lo establecido en la ley modelo.

Seguidamente la demanda deberá contener los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de la misma, mientras que el demandado deberá responder los argumentos presentados por la parte demandante, ambas presentar cualquier clase de documentos que sean pertinentes. En cuanto a esto se pone en manifiesto la libertad con la que se actúa en esta clase de procedimientos, ya que en cualquier momento, salvo que las partes hayan pactado otra cosa, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar sus alegatos.

En cuanto a la terminación del procedimiento, en primer término el tribunal arbitral podrá únicamente hacer uso de las normas de derecho proclamadas por las partes para decidir el fondo del litigio, si esto no sucediera será el tribunal quien decida en base a que leyes lo hará y el tribunal decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes así lo han autorizado expresamente. El laudo se dictará por escrito y firmado por el o los árbitros, con indicación de la fecha y lugar donde se dicta, finalmente será notificado.

Capítulo IV

Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, capítulo dieciséis: Laboral

4.1 Compromisos del Estado de Guatemala derivadas del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA.

*“Las obligaciones que se establecen a las partes no son mayores de las que ya existen en su esencia, ya que el principio que rige es el respeto a la legislaciones nacionales buscando la mayor protección de los trabajadores, lo que ha dado pie a sugerir en los corredores a las contrapartes que la ley o modelo que se habrá de seguir será la nuestra”.*⁵⁸

La indefinición de las obligaciones internacionales en el Capítulo 16 del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA hace que el Estado de Guatemala se vea en riesgo de recibir nuevas denuncias y sanciones por parte de Estados Unidos de América, ya que se aparta de los objetivos generales del tratado comercial, al permitir a los productores nacionales incumplir de facto la legislación laboral y producir en términos de competencia legal (*dumping*). En ese sentido, el artículo 16.1, señala que las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)*, el pleno respeto por sus Constituciones. Sin embargo, es preciso interpretar el artículo 16.2 en sus incisos⁵⁹.

⁵⁸ Cruz Miramontes, Rodolfo. *El TLC Controversias, soluciones y otros temas conexos*. Mexico. Mc Graw Hill interamericana editores S.A. 1997. Pág. 140.

⁵⁹1. (a) Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

(b) Cada parte mantiene el derecho de ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, de regulación y observancia de las normas y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos laborales a los que se haya asignado una mayor prioridad. En consecuencia, las Partes entienden que una Parte está cumpliendo con el subpárrafo (a), cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos.

2. Las partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los

Así mismo, es preciso aclarar que la demanda arbitral que Estados Unidos de América amenazó con plantear obligó a Guatemala alcanzar un acuerdo de solución amistosa y la suscripción de un plan de acción en materia laboral sujeto a verificación. Si bien es cierto, los derechos laborales caen en la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, de realización progresiva, es preciso establecer la naturaleza de estos acuerdos ejecutivos en el derecho comercial internacional y su carácter realmente vinculatorio para los países firmantes.

Para entender más la política laboral adoptada por Estados Unidos, el autor Candland, menciona en su obra que: *“Fuera de la Organización Internacional del Trabajo, los Estados Unidos se valen sobre todo de dos medios para promover el cumplimiento internacional de las normas del trabajo: los tratados comerciales, sean bilaterales o regionales, y la diplomacia laboral”*. Y que *“las cláusulas laborales de los mismos carecen de mecanismos de seguimiento y fiscalización verdaderamente eficaces; ello parece indicar que responden más a los objetivos generales de la política exterior que a la defensa de los derechos de los trabajadores”*.⁶⁰

En el trabajo realizado por Siroën, Jean-Marc, señala que: *“El respeto de los derechos de los trabajadores ha sido una condición para el establecimiento de acuerdos comerciales preferenciales por los Estados Unidos desde la enmienda de 1984 a la Ley de Comercio de 1974”* y *“La nueva Ley de Comercio de 2002 confirma la obligación de incluir cláusulas relativas al trabajo en los tratados comerciales”*.⁶¹

Las medidas a las cuales se ha comprometido Guatemala, podrían dividirse en los siguientes aspectos: a) Protección de los derechos de asociación y negociación colectiva. El plan incluiría una revisión del Organismo Judicial para vigilar que se cumplan las reinstalaciones de trabajadores ilegalmente despedidos, así como medidas para capacitar a Jueces en los procedimientos para perseguir penalmente a los

derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el Artículo 16.8, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

⁶⁰ Candland, Christopher. *Las normas fundamentales del trabajo durante la Administración de George W. Bush*. Volumen 128-2009. Estados Unidos. Revista Internacional del Trabajo. Organización Internacional del Trabajo. 2009. Pág.169.

⁶¹ Siroën, Jean-Marc. *Disposiciones laborales en los tratados de libre comercio balance y perspectivas*. Francia. Revista Internacional de Trabajo. Organización Internacional del Trabajo. 2013. Pág.100.

empleadores que incumplan sentencias de reinstalación; b) Medidas especiales para Maquilas. El Ministerio del Trabajo se compromete a efectuar inspecciones anuales a las empresas beneficiarias del decreto 29-89, para verificar el cumplimiento de la legislación laboral. Con ayuda de una institución internacional, Guatemala se compromete a establecer un mecanismo de contingencia para garantizar los pagos de los trabajadores en el caso que una maquila cierre; c) Fortalecimiento institucional. Se destinarían fondos adicionales para la Inspección General de Trabajo, para incorporar 100 nuevos inspectores, cinco abogados y 20 vehículos. Se tomarían las medidas necesarias para asegurar el acceso de los inspectores a los lugares de trabajo; d) Procedimiento sancionatorio. Se establecería un procedimiento Judicial expedito para sancionar las faltas a la ley laboral.

Siroën señala que: *“La conferencia de Singapur (1996) se negó a tratar la cuestión del trabajo.....Tras esta conferencia de la OMC celebrada en Singapur, la OIT aprobó, en 1998 su Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, en la que se consagran cuatro normas fundamentales: a) La libertad sindical y de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; c) La abolición efectiva del trabajo infantil, y d) La eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación. Estas normas se definen con más precisión en ocho convenios de la OIT”*.⁶²

Tal como reza el artículo 16.1 Declaración de compromisos compartidos: “Las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos Fundamentales del Trabajo y su Seguimiento. Cada Parte procurara asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos establecidos en el artículo 16.7 sean reconocidos y protegidos por su legislación”.

⁶² *Ibid.* Pag.110.

Por otra parte, Candland, menciona que: *“Dichas normas fundamentales internacionalmente reconocidas tienen sus cimientos en el principio de proscripción del trabajo forzoso. El principio de que no se debe obligar a ningún ser humano a trabajar contra su voluntad...Estas normas internacionales son verdaderamente la traducción de los derechos humanos fundamentales al mundo del trabajo, pues se basan en el derecho de toda persona a decidir sobre su propio cuerpo, a asociarse libremente y a la igualdad de trato respaldada por la ley”*.⁶³

Dentro el tema laboral en el capítulo dieciséis, derechos laborales, los países firmantes ratifican los compromisos asumidos con la aclaración de la OIT son los principios y derechos fundamentales en trabajo y su seguimiento los cuales son libertad ejercicio de protección del derecho a organizarse, derecho a la negociación colectiva, derecho de huelga, prohibición del trabajo forzado, protección del trabajo los niños y jóvenes, eliminación de la discriminación que igual remuneración para hombres y mujeres. Algo muy importante que se puede determinar dentro del tratado es que reconocer la soberanía que de cada país en esta materia no pretende modificar ni homogeneizar sus leyes laborales.

*“Los impactos del Tratado de Libre Comercio en materia laboral, deben ser vistos desde dos ángulos, uno que tiene que ver con las modificaciones en el mundo laboral y del empleo, lo cual se tradujo en adaptaciones de las empresas afectando de alguna manera al trabajo y el consumo, y el segundo, los impactos de la apertura en el terreno estrictamente del derecho internacional del trabajo derivado de la suscripción de compromisos en ese ámbito.”*⁶⁴

El capítulo instituye consejo de asuntos laborales el cual se encuentra conformado por los Ministros de Trabajo de cada país para supervisar el avance de los compromisos suscritos así mismo se estableció un mecanismo de cooperación laboral y desarrollo de capacidades, un mecanismo de consulta entre los países acerca de los temas laborales, esta se prevé la utilización del mecanismo solución de controversias así

⁶³ Candland, Christopher.. *Op.cit.*, Pág. 171.

⁶⁴ *Loc. Cit.*

como definir una lista de árbitros laborales en los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del acuerdo.

Es preciso determinar y conceptualizar el problema que tiene Guatemala para dar cumplimiento con las obligaciones adquiridas en el marco del tratado de libre comercio RD-CAFTA, por lo cual existen cuatro situaciones fundamentales en las cuales Guatemala ha incurrido en conflicto las cuales son: la constitución de Guatemala y el código de trabajo prohíben que los extranjeros ocupen cargos de dirección a la organización sindical y exigen que los dirigentes sindicales sean guatemaltecos, esta situación crea conflicto en virtud de que el tratado de libre comercio hace referencia y es una de las cuatro reglas del tratado, alcanzar la igualdad entre nacionales y extranjeros.

En segundo lugar al momento de querer realizarse una huelga, la votación, según el Código de Trabajo requiere que apoyen la huelga la mitad más uno del número total de trabajadores, en lugar de realizarse por medio de la mayoría calculada en base al número de trabajadores que ejercen su voto.

Los objetivos principales de la inclusión de las cláusulas laborales en los acuerdos las cuales son: “1) *defender un comercio leal*; 2) *evitar los posibles efectos no deseados de la apertura comercial en el empleo y el desarrollo sostenible*; 3) *hacer respetar valores universales e internacionales reconocidos*, y 4) *promover el trabajo decente y desarrollo sostenible*”.⁶⁵

En algunos estudios, tales como el realizado por los Ministerios de Trabajo y de Comercio de los países Centroamericanos y Republica Dominicana, denominado “La dimensión Laboral en Centroamérica y la Republica Dominicana, construyendo sobre el progreso: Reforzando el cumplimiento y potenciando las capacidades”, realizado en abril del 2005, hace mención de que en Guatemala, se observa incumplimiento de sentencias Judiciales firmes que ordenan la reinstalación de trabajadores despedidos por razones sindicales.

⁶⁵ Siroën, Jean-Marc. *Disposiciones laborales en los tratados de libre comercio balance y perspectivas. Op.cit.*, Pág.105.

Por su parte el Estado de Guatemala se encuentra elaborando propuestas, a sugerencia de la OIT, para que se endurezcan las sanciones en los casos de trabajo infantil, tal es el caso que en 2004, se aprobó una ley que prohíbe la contratación laboral de personas menores de 18 años en la industria pirotécnica, en 2003 se aprobó la ley de protección de la niñez y adolescencia que establece derechos de protección específicos para los adolescentes y prohíbe el trabajo infantil, el pleno reconocimiento de los derechos laborales a los trabajadores domésticos, castigar con dureza el hostigamiento sexual en el trabajo e incluir otras formas de discriminación no reconocidos en la legislación laboral.

En cuanto a los sindicatos, el Estado de Guatemala ha logrado adoptar medidas que permitan facilitar la inscripción de sindicatos, tales como, que la inscripción de un sindicato sea resuelta en diez días y ha emprendido campañas de educación e información acerca de la legislación laboral. Sin embargo, se ha logrado determinar que la reinstalación de miembros de sindicatos en sus trabajos no se ha logrado llevar a cabo en la mayoría de casos, a pesar de que el Código de Trabajo reconoce la autoridad de los Jueces para imponer soluciones efectivas por el despido ilegal de dichos trabajadores.

Un antecedente histórico, se encuentra en el año 2003, cuando surgió un conflicto entre sindicatos y empleadores de dos plantas maquiladoras, el cual fue solucionado, al momento en que el Ministerio de Economía, respaldando las actuaciones del Ministerio de Trabajo, amenazó con retirar el estatuto de zona franca a las fábricas incumplidoras.

En cuanto a la Inspección del cumplimiento de las leyes laborales, el Estado de Guatemala ha dado un paso enorme al descentralizar la Inspección de Trabajo. Sin embargo, es preciso mencionar que el sistema judicial en materia laboral carece de avances, en virtud de que los jueces especializados en materia laboral son pocos y estos no son capacitados en cuanto a jurisprudencia laboral se refiere.

Con fecha 27 de abril del año 2012, el Ministerio de Economía de Guatemala dio a conocer su informe de avances del plan de Ejecución CAFTA-DR. Dentro de dicho informe se dieron a conocer los avances que hasta el año dos mil doce se tenían en

materia laboral, dentro de los cuales se pueden mencionar la contratación de nuevos inspectores en el Ministerio de trabajo y previsión social, discusión tripartita sobre el procedimiento de faltas laborales, entre otros y el Segundo informe de avances del plan de ejecución CAFTA-DR, con fecha 5 de Junio de 2012. En el cual, se constatan la consecución de algunos de los objetivos planteados en el primer informe. La contratación de los 54 Inspectores que se unieron a los 46 ya contratados.

El tratado de libre comercio RD-CAFTA, considera como rama fundamental el debido cumplimiento de la legislación laboral en los Estados de la zona CAFTA, especificando mecanismos viables y respetuosos de las legislaciones nacionales para alcanzar una igualdad en toda la región, que permitan la apertura efectiva del comercio, minimizar las controversias y lograr el establecimiento de normativas de mutuo acuerdo.

Los Tratados de Libre Comercio han facilitado que Estados Unidos gane poder de negociación frente a sus rivales europeos y asiáticos en la creación de instituciones que establecen regulaciones específicas y mecanismos concretos de aplicación de estas reglas en todas o algunas de esas áreas.⁶⁶

En la doctrina, el tratado de libre comercio RD-CAFTA, es descrito y presentado tomando en cuenta antecedentes históricos en Centro América, indicando que en la década de los años ochenta se adoptaron programas de reforma y apertura económica, y desde el inicio de los años noventa, se han impulsado programas para lograr una mayor inserción en la economía internacional. Esto sucede por la estrategia de integrar inversión extranjera y el comercio internacional, centrándolas como marco del desarrollo económico de la región.

Dentro de los alcances del RD-CAFTA, se encuentran promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio, crear procedimientos eficaces para la aplicación y el cumplimiento del tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias y establecer lineamientos para la cooperación bilateral, regional y multilateral dirigida a ampliar y mejorar los beneficios del tratado.

⁶⁶ Andrade, Pablo. *La Política Exterior de Estados Unidos Una Visión desde la periferia*. Ecuador. Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales. USAB sede Ecuador. 2005. Pag.132.

*“Los efectos de los Tratados de Libre Comercio y Acuerdos de Comercio Libre, unidos a los derivados de los actuales procesos de cambios económicos y tecnológicos en entornos de creciente globalización, generan múltiples y variados impactos en los sistemas productivos y en la organización del trabajo. De ellos derivan reestructuraciones en los niveles, estructura, contenidos y calidad del empleo, de los ingresos y de las relaciones individuales y colectivas de trabajo.”*⁶⁷

En cuanto al tema laboral, las partes reafirman el compromiso de que los trabajadores tengan acceso a los tribunales laborales, garantías procesales e información pública.

Aun cuando cada parte tiene derecho a adoptar o modificar su legislación laboral, los Tratados de Libre Comercio les *“imponen la doble obligación de que su legislación establezca normas consistentes con los derechos laborales universalmente reconocidos y de procurar el perfeccionamiento de esas normas”*.⁶⁸

La aplicación del tratado puede resumirse de la siguiente manera:

- La mayoría de las obligaciones asumidas son las mismas para los siete países.
- Una pequeña parte de obligaciones son diferentes, debido al tratamiento de cada país en cuanto al tema en cuestión.
- Algunas obligaciones no se aplican a todas las partes y algunas solo a un país específico.
- Las obligaciones son asumidas frente a Estados Unidos, no entre los países Centro Americanos y Republica Dominicana.

El RD-CAFTA, define una serie de deberes y derechos recíprocos los cuales son compromisos de diferente índole. Algunos implican reformas a las legislaciones de los países miembros y otros tienen como fecha de cumplimiento la entrada en vigor del tratado. Este consolida una estrategia de desarrollo nacional basado en una apertura e inserción de la economía, mediante la adopción de estándares internacionales, el

⁶⁷ Morgado Valenzuela, Emilio. *Lo laboral en los Tratados de Libre Comercio entre pases americanos*. Venezuela. Cuaderno Venezolano de sociología. Julio-Septiembre 2006. Pag.4

⁶⁸ *Loc. Cit.*

reforzamiento de las leyes nacionales laborales los cuales se convierten en compromisos multilaterales.

4.2 Supuestos Incumplimientos en el Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA por parte del Estado de Guatemala y su posible responsabilidad.

Por su parte Estados Unidos, en el año de 2010, realizó al Ministro de Economía y al Ministro de Trabajo y Previsión Social consultas al Gobierno de Guatemala referentes al artículo 16.6.1 del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, con el fin de tratar cuestiones y asuntos relativos a las obligaciones de Guatemala conforme al artículo 16.2.1 y en general el capítulo 16 de dicho tratado. Como resultado de la evaluación realizada por el Gobierno de Estados Unidos se desprende que Guatemala no ha atendido correctamente sus obligaciones como parte contratante, en virtud de que no se ha cumplido eficazmente la legislación laboral guatemalteca referente al derecho de asociación, el derecho de organizarse y de negociar colectivamente así como las condiciones aceptables de trabajo, hallando un número significativo de casos, tales como que el Ministerio de Trabajo no ha tomado acciones concretas para investigar supuestas infracciones a la legislación laboral, el Ministerio de Trabajo no ha tomado medidas coercitivas luego de haber reconocido infracciones, y la judicatura ha dejado de cumplir órdenes de las cortes labores en casos de infracciones a la legislación laboral.

Durante el estudio se ha determinado una similitud con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la cual corresponde a lo siguiente: *“En caso de que por algún motivo valido surja una controversia laboral de interés común, se deberán realizar consultas ministeriales”*.⁶⁹

La teoría neoclásica y sus modelos competitivos, atribuyen efectos negativos para el eficiente funcionamiento de la economía... *“a cualquier tipo de interferencia...atribuible*

⁶⁹ Cruz Miramontes, Rodolfo. *Op.Cit.*, Pág. 141.

*al Estado*⁷⁰...sino también las que incumben a las leyes que protegen los intereses de los trabajadores.

Un punto muy importante de esta solicitud, es que los Estados Unidos expresan su preocupación por el alto índice de violencia laboral en Guatemala, en virtud de que también se han dado casos en los cuales se ha utilizado la violencia y las amenazas como un medio persuasivo, relacionado con el ejercicio o intento de ejercer derechos laborales en Guatemala.

Como dato importante, el 23 de abril del año 2008, se planteó una queja formal por parte de varias organizaciones sindicales guatemaltecas, en apoyo a la Central Sindical de los Estados Unidos, ante la Oficina de Asuntos Comerciales y Laborales del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos, en respuesta a la falta de investigación efectiva por parte del Estado de Guatemala hacia los responsables de varios casos de asesinatos contra sindicalistas y hostigamiento a miembros de dichas organizaciones colectivas. Básicamente la petición consiste en que se inicie el proceso de resolución de disputas contra Guatemala a fin de garantizar la libertad sindical.

*“El empleo no sólo es importante por su impacto en el ingreso de las personas, sino que también representa un elemento que las identifica y le da sentido a sus vidas”.*⁷¹

Dentro del comunicado también se menciona que las condiciones laborales permanecen sin cambio alguno o incluso se ha llegado a considerar que ha empeorado el sistema laboral, en virtud de que el nivel de violencia contra la integridad física ha incrementado, al igual que las violaciones a la libertad de asociación y al derecho a la negociación colectiva, así mismo el acceso a justos y efectivos procedimientos administrativos y judiciales permanecen fuera del alcance de los trabajadores.

“Las experiencias de México y Centroamérica sobre la “flexibilización laboral”, que incluye el trabajo por horas, tercerización, implantación de maquilas, creación de zonas francas y niveles mínimos de indemnizaciones por despidos, muestran que no necesariamente mejora la productividad ni la competitividad y tampoco se genera más

⁷⁰ Herrera Beethoven, *Estándares laborales, Libre Comercio e integración*. Colombia. Observatorio de análisis de los sistemas internacionales. 2005. Pág. 240.

⁷¹ *Ibid.* Pag.239.

*empleo. Con estas reformas la mano de obra se abarató y presentó una pérdida de los ingresos de los trabajadores de casi la mitad, es decir, se aumentó la “precarización laboral” y, además, fomentó la emigración de un grupo considerable de la población hacia los Estados Unidos”.*⁷²

En el caso de las empresas, organizaciones, compañías, etc., la flexibilización laboral constituye una serie de beneficios empresariales, tales como que los obreros se ajustan a las actividades de acuerdo a la demanda, las necesidades de los consumidores, a los clientes y a las necesidades mismas de la empresa, ya que en ocasiones se disminuyen costos y se logra satisfacer el mercado, socialmente se podría decir que contribuye a eliminar el absentismo por la posibilidad de obtener un horario flexible.

En relación a lo anterior, se considera que la flexibilización laboral, contribuye en gran medida a la creación de puestos de trabajo, ya que otorga la posibilidad a las personas de trabajar el tiempo que les sea necesario para ganar más o menos, de acuerdo a las necesidades de los mismos, por otra parte si bien es cierto tergiversa determinados derechos de los trabajadores, es importante mencionar que esto sucede en virtud de la realidad social de los países latinoamericanos, pues el sistema que se impuso durante mucho tiempo y desde tiempos remotos, no posibilitaba que un individuo decidiera trabajar más tiempo, lo cual en otros países, de sociedades más avanzadas, ha demostrado ser una solución adecuada para los intereses de cada individuo, así como de las compañías que ofrecen el trabajo.

Para el año 2012, luego de una larga serie de negociaciones entre ambos países, se llegó a un acuerdo amistoso en el cual se pactó no activar el panel de arbitraje que conocería la demanda laboral, en virtud de reconocerse que la demanda no había cumplido todos los procedimientos necesarios para iniciar dicho panel. Esto fue muy importante pues permitió a Guatemala concentrar esfuerzos para dar cumplimiento a las razones por las cuales se dieron las controversias. Es importante mencionar que el panel fue suspendido además, porque Guatemala demostró voluntad por cumplir con sus obligaciones. Lo cual de momento, favorece a Guatemala, pues la multa a cumplir

⁷² Universidad Obrera de México. Juárez, L. *Los trabajadores de México a diez años del TLCAN* . México. 2005. www.uom.edu.mx/trabajadores/45laura.htm consultado el 16 de Junio de 2015.

en caso de que se establezca un fallo en contra podría ascender a 15 millones de dólares, más los gastos que por años, el país tendría que invertir en su defensa.

Sin embargo, en el año 2014, el Gobierno de Estados Unidos decidió reabrir el panel arbitral considerando que el Estado de Guatemala no respetó la legislación laboral contenida en el RD-CAFTA. El objetivo primordial de aquella “tregua” era brindar a Guatemala la posibilidad de realizar las reformas al Código de Trabajo para lograr proteger adecuadamente a los trabajadores. Por lo cual, se puede llegar a entender desde ya que el problema del incumplimiento del capítulo 16 del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, es severo, en virtud de que se han realizado muy pocos esfuerzos para dar cumplimiento a cabalidad con tales obligaciones y sobre todo las sanciones en las que puede incurrir el Estado de Guatemala serian sumamente perjudiciales, pues son referentes a sanciones pecuniarias y comerciales, lo cual podría afectar la economía nacional.

*“La instalación de los paneles requiere de expertos, de técnicos y sobre todo de hombres de derecho familiarizados con el arbitraje comercial y con la materia objeto de litigio. Sus méritos personales deben ser múltiples”.*⁷³

Así mismo pone en tela de duda la capacidad institucional del Estado para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas por este, pues ha demostrado incapacidad frente a los demás Estados contratantes para lograr alcanzar una legislación laboral adecuada, lo cual genera mayor incertidumbre a cerca de alcanzar acuerdos comerciales con el Estado de Guatemala, considerando que es el primer país centroamericano en ser demandado por incumplimiento.

Para 2015, la situación ha empeorado pues se aproxima cada vez más esa sanción que podría comprometer aún más al país, ya que ante la OIT Guatemala es considerado como el país número uno por no fomentar ni cumplir con sus obligaciones derivadas de convenios que ha ratificado. Como dato importante el Estado de Guatemala ha sido convocado a comparecer veinticinco veces ante la Comisión de Aplicación de Normas, más veces que cualquier otro país en el mundo, un dato ciertamente preocupante.

⁷³ Cruz Miramontes, Rodolfo. *El TLC Controversias, soluciones y otros temas conexos. Op Cit.*, Pág. 142.

La tarea primordial de la Comisión de Aplicación de Normas es la de seleccionar aproximadamente 25 casos considerados especialmente graves o persistentes y convoca a los Gobiernos de los países infractores para que comparezcan y den explicaciones por las cuales no se han cumplido las obligaciones contraídas. Seguidamente la Comisión presenta a los gobiernos conclusiones que pretenden sean de ayuda para lograr que los Estados cumplan.

Guatemala es considerado reincidente, ya que no ha adoptado las medidas acorde a lo que se le ha propuesto por parte de los mecanismos de supervisión de la OIT, principalmente en cuanto a la libertad sindical y negociación de pactos colectivos. Por otra parte se ha incrementado las quejas en contra del Estado de Guatemala ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el cual ha alcanzado cifras que posicionan a Guatemala como el país más infractor de la región y uno de los más altos a nivel mundial.

Una de las situaciones más importantes donde Guatemala está incurriendo gravemente es en las constantes violaciones a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, ante esta situación se ha instaurado un sistema de control de la OIT consistente en la realización de observaciones y conclusiones que están relacionadas con arbitraje instantáneo. Son seis las observaciones que la Comisión ha emitido donde constantemente se presentan laceraciones y poco avance para cumplir con las obligaciones las cuales son:

El registro de organizaciones sindicales, si bien es cierto anteriormente se mencionaba que el Estado de Guatemala ha avanzado considerablemente en la institucionalización de sistemas que favorezcan la inscripción de sindicatos, volviendo el trámite más rápido y eficiente, se ha determinado que surgen nuevos obstáculos para lograr un registro de organizaciones sindicales adecuado y justo, pues la Comisión afirmó que se elevaron el número de quejas referentes a que se debía de entregar a los empleadores el listado de fundadores de los sindicatos, mismos que posteriormente eran despedidos de forma injustificada, así como la negación de inscripción en virtud de la forma en que eran contratados, por ejemplo temporalmente.

Ante esta situación la Comisión pidió a Guatemala la eliminación de dichas prácticas: *“La Comisión pide al Gobierno que se asegure de la eliminación de las mencionadas prácticas en el proceso de registro y que se examine en el marco de la Comisión de tratamiento de conflictos ante la OIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva los casos concretos denunciados por las organizaciones sindicales a efectos de que los problemas se solucionen con rapidez”*.⁷⁴

Seguidamente se solicitó que el Estado adoptase medidas eficaces en cuanto al sistema de inspección laboral, al igual que el punto anterior Guatemala había mostrado algún tipo de avance en este tema, sin embargo la Comisión reitero que no se están cumpliendo con los objetivos propuestos, principalmente el de adoptar medidas legislativas que permitan a los inspectores de trabajo la imposición de sanciones administrativas por parte de los inspectores, así mismo señaló la falta de acciones para hacer cumplir la legislación laboral, pues refiere que son muy pocos los casos laborales que llegan a los tribunales por violación a la normativa laboral y las pocas acciones para fortalecer el sistema laboral para garantizar mayor transparencia en los actos administrativos y judiciales. Por otra parte nuevamente denunció la discriminación antisindical, al respecto solicitó al Gobierno que *“En estas condiciones, la comisión pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para garantizar que el proceso de reforma legislativa en curso se concrete en una mayor eficacia y celeridad en la imposición de sanciones disuasivas por los actos de discriminación antisindical. La Comisión pide al Gobierno que informe de toda evolución al respecto y que indique específicamente el número y el monto de las sanciones impuestas en materia de actos antisindicales”*.⁷⁵

Discriminación Sindical: Este se basa en la tardía justicia, en virtud de que son altos los índices en que los empleadores incurren en la denegación de los derechos laborales que les corresponden principalmente trabajadores despedidos por motivos sindicales los cuales han tenido que esperar mucho tiempo, y algunos aun lo esperan para poder

⁷⁴ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Convenio 87 Derecho a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación (Guatemala) publicado en 2015, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3190227. Consultado el 05/11/2015.

⁷⁵ Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT Convenio 98 Derecho de sindicación y de negociación colectiva (Guatemala), publicado en 2015, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3190239, Consultado el 05/11/2015.

ser reinstalados en sus trabajos, ante dicha situación la Comisión solicito al Estado que *“Observando los compromisos asumidos por el Gobierno en el marco de la Hoja de ruta, la comisión, pide al Gobierno que toma las medidas necesarias para reducir significativamente los plazos judiciales en materia de reinstalación y que informe de toda la evolución al respecto”*.⁷⁶

Finalmente dentro de este tema, se manifiesta que Guatemala, ha progresado en el cumplimiento de sentencias de resoluciones de reincorporación, sin embargo aún existen muchos casos donde los trabajadores despedidos no han sido rehabilitados y por lo cual la comisión solicito al Estado proporcionar medidas más eficientes para asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, recordándole la promoción del Estado de Derecho.

Lamentablemente para Guatemala, desde el inicio del arbitraje el Gobierno 2012-2016, tomo decisiones muy malas para poder atraer inversionistas. Una de ellas consistió en la reducción del salario mínimo en algunas áreas del país. Esta es considerada como una grave infracción al tratado de libre comercio RD-CAFTA, pues trasgrede gravemente el artículo 16.2.2 el cual estipula que:

“Las partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada parte procurara asegurar que no dejara sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el Artículo 16.8, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio”. Así mismo haciendo alusión al artículo 16.8 define la legislación laboral para que incluya “condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional”. Como ya se trató en el capítulo 1 del presente trabajo, la legislación nacional también hace

⁷⁶ Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT Convenio 98 Derecho de sindicación y de negociación colectiva (Guatemala), publicado en 2015, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3190239 Consultado el 05/11/2015.

referencia al salario mínimo como derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo, haciendo especial énfasis en el salario.

La violación a dichos preceptos, se encuentra contenido en la aprobación por medio de la cual se reducía considerablemente el salario mínimo para los trabajadores de la manufactura ligera en los municipios de San Agustín Acasaguastlan y Guastatoya del Departamento de El Progreso, Estanzuela en el Departamento de Zacapa y Masagua en el Departamento de Escuintla, a través de los acuerdos gubernativos número 471, 472, 473 y 474 en el año 2014. De momento dichos acuerdos se encuentran suspendidos por orden de la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, estas acciones implican para Guatemala nuevos antecedentes de posibles violaciones a los derechos laborales en el país y nuevas transgresiones al tratado de libre comercio RD-CAFTA en vistas de obtener ventajas sobre los demás.

4.3 Métodos de Solución Amistosa regulados en el Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA.

Una vez conocidos los principales métodos de solución amistosa que existen en el derecho internacional, compete ahora conocer cuál es el método regulado por el tratado de libre comercio RD-CAFTA, así como su incidencia en Guatemala.

“La creciente integración de los mercados mundiales con el consecuente aumento de los flujos de comercio e inversión genera, inevitablemente, un incremento en las controversias comerciales internacionales, tanto entre los Estados signatarios del tratado, como entre los particulares que realizan las transacciones; de ahí la necesidad de contar con mecanismos adecuados y eficaces para solucionarlas”.⁷⁷

⁷⁷ Perezcano Díaz, Hugo. *La Solución de Controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. 1997 Pág. 277.

*“EL Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es el primer instrumento que establece tales mecanismos. A partir de entonces, su inclusión en otros tratados comerciales internacionales ha sido una constante”.*⁷⁸

Del estudio de mismo se reconocen tres mecanismos, el primero es el procedimiento general entre estados, el segundo el procedimiento inversionista-Estado y el relacionado en materias de cuotas compensatorias o antidumping.

El primero se refiere a la prevención y solución de aquellos conflictos que surja en relación con la aplicación o interpretación del tratado, así como cuando una parte considere que la aplicación de una medida vigente sea incompatible con las obligaciones del tratado, causando anulación o menoscabo de los beneficios. Su principal función es la de garantizar el funcionamiento óptimo y adecuado de tratado, fundamentado en el principio de cooperación.

El segundo se basa en la posibilidad que tiene un inversionista de demandar a un Estado extranjero cuando considere que este ha cometido violaciones relacionadas con la inversión, y que como consecuencia está provocando daños pecuniarios. El principal objetivo de este procedimiento radica en que se restituya la propiedad de la inversión al inversionista, resarcirlo de los daños pecuniarios e incluso las costas resultantes del procedimiento. Una particularidad que se encuentra en este, es que los inversionistas no pueden demandar al Estado al que pertenecen, lo anterior se encuentra asociado al principio de reciprocidad internacional, que se basa en la igualdad en cuanto a garantías, beneficios y sanciones que un Estado confiere a personas jurídicas y que de igual manera el otro Estado debe conferir de la misma forma.

Finalmente los procedimientos en materia de cuotas compensatorias, incorporado en el TLCAN, se basa en la reserva de los Estados del derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas compensatorias a los bienes que se importen de territorio de cualquier otro Estado signatario, mismas que deben ser compatibles con el GATT de 1994, el acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 al que se le denomina código Antidumping y el Acuerdo para la interpretación de los artículos VI,

⁷⁸ *Loc. Cit.*

XVI y XXIII del GATT, denominado código de Subsidios, y sobre todo con el objeto y finalidad del TLCAN.

*“El dumping es, en general, una situación de discriminación internacional de precios: el precio de un producto, cuando se vende en el país importador, es inferior al precio a que se vende ese producto en el mercado del país exportador”.*⁷⁹

Es por ello que en 1994 se creó el GATT, Acuerdo General sobre Aranceles, Aduaneros y Comercio, por sus siglas en inglés, el cual determina principios fundamentales que los miembros de la OMC deben aplicar, el artículo VI de dicho acuerdo es de vital importancia para las relaciones comerciales internacionales, ya que establece la imposición de un derecho antidumping relativo a las importaciones, siempre que el dumping amenace la rama de producción nacional, así mismo el acuerdo relativo para la aplicación del referido artículo, desarrolla los principios vitales con el objetivo de que se mediante su aplicación se logre avanzar en la investigación, determinación y aplicación de derechos antidumping.

En cuanto al RD-CAFTA se refiere, el método de solución amistosa es el arbitraje. Para iniciar es importante mencionar que “el acuerdo comercial es un compromiso preferencial, administrado, reglado, sujeto a condiciones y requisitos”;⁸⁰ lo cual quiere decir que no se basa en la voluntad completa de una parte, sino a los preceptos que mandan regir la actividad comercial en cuestión, es por ello que algunos tratadistas internacionales les llaman acuerdos comerciales preferenciales, puesto que se considera que el comercio no es libre sino que las partes contratantes tienen cierta ventaja sobre los no contratantes, obteniendo beneficios mutuos, cuyo principal objetivo es la eliminación de las barreras comerciales entre los que pactan.

“Estos convenios o acuerdos no son-ni pretenden ser- modelos de desarrollo económico, sino mecanismos para integrar mercados y mejorar las condiciones de

⁷⁹ Organización Mundial del Comercio, Información Técnicas sobre Medidas Antidumping, 2015, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_info_s.htm consultado el veintiocho de marzo de dos mil dieciséis.

⁸⁰ Méndez Silva Ricardo (Comp.) Contratación y Arbitraje Internacionales Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010. Pág. 488

*acceso entre ellos y para crear plataformas comerciales con reglas más claras, conocidas y transparentes que reduzcan los precios de transacción”.*⁸¹

La cláusula arbitral contenida en el Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, consiste en obligar al Estado a acudir a un arbitraje de carácter internacional, cuando el inversionista extranjero ejerza este derecho. El tratado modera dos capítulos vitales para la resolución de controversias, en primer lugar el capítulo diez, mismo que se refiere a las controversias entre inversionistas y el Estado anfitrión y en segundo lugar el capítulo veinte que se refiere a las controversias que se pueden suscitar entre los Estados parte en virtud de la interpretación o aplicación del tratado.

Como primer apartado se tiene que los problemas que surjan entre los Estados parte y algún inversionista se resuelvan a través de medios autocompositivos. Es decir que sean los implicados o interesados, quienes a través de la negociación, conciliación, o mediación, logren dar solución al problema, si esto no es posible se podrá acudir entonces a la vía de la heterocomposición, que no es más que la intervención de un tercero en el conflicto.

En el caso de que no arreglen la controversia y decidan acudir a la vía arbitral, lo podrán hacer invocando las siguientes reglas:

- La demandada ha incumplido sus obligaciones conforme a la sección A del capítulo diez.
- La demandada ha violado una autorización o un acuerdo de inversión.
- Que con motivo de tales violaciones, la demandante ha sufrido daño o perjuicio.

En el presente caso es aplicable en cuanto a las Normas procesales, el Convenio del CIADI y las Reglas de procedimiento para procedimientos arbitrales del CIADI, las reglas del Mecanismo complementario del CIADI y las reglas de arbitraje del CNUDMI.

En cuanto al establecimiento del tribunal Arbitral, se refiere a que salvo pacto en contrario el Tribunal Arbitral se compondrá de tres miembros, cada parte se encargara

⁸¹Ibid, Pág. 489.

de proclamar un árbitro, siendo el presidente electo por las partes y si dentro del plazo de setenta y cinco días a partir de que la reclamación fue sometida a arbitraje, no ha sido elegido el árbitro o árbitros faltantes, el secretario General lo designara.

En cuanto a la sede del arbitraje, las partes serán las encargadas de determinar el lugar, y si en caso alguno no se llegara a determinar conforme las reglas arbitrales aplicables siempre que el lugar se encuentre dentro del territorio de alguno Estado siempre que sea parte de la convención de Nueva York, sobre el reconocimiento y ejecución de sentencia arbitrales. En cuanto el derecho internacional, reside a raíz de la violación de obligaciones establecidas.

Finalmente el tribunal arbitral, puede otorgar por separado o en combinación únicamente. En virtud de los siguientes casos:

- Daños pecuniarios más los intereses que procedan.
- Restitución de la propiedad en cuyo caso, el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar los daños pecuniarios más intereses en lugar de la restitución.

4.4 Mecanismos de solución de controversias entre Estados.

La motivación nace en virtud de aplicación de un tratado, el cual trata de ser un mecanismo justo, ágil, eficaz y transparente que surja entre las partes con motivo de interpretación y aplicación del mismo.

Serán aplicables dichas normas toda vez que una medida vigente o en proyecto de otra parte es o podría ser incompatible con las obligaciones del Tratado o bien, que causa o podría causar menoscabo y cuando la otra parte ha incumplido con las obligaciones del Tratado.

El ámbito de aplicación se referirá al trato nacional y acceso al mercado, reglas de origen, procedimientos de origen, administración aduanera y facilitación del comercio, obstáculos técnicos al comercio, contratación pública, comercio transfronterizo de

servicios y derechos de propiedad intelectual. Y la elección del foro se hará mediante la parte reclamante cuando escoja el foro que desee para resolver la controversia, decisión que excluirá a los demás foros posibles.

El tratado incluye algunos medios de resolución de conflictos, tales como las consultas, que no son más que el intercambio de información, opiniones e interpretaciones entre las partes con el único objetivo de verificar si una medida vigente o en proyecto, causa o estaría causando menoscabo a otra parte, determinando por sí mismas si ha existido violación o incumplimiento del tratado y la forma que adaptarán para solventarlo.

En segundo lugar se posiciona la Comisión de Libre Comercio, misma que se estará integrado por los ministros de los Estado parte según la materia que se esté consultado. Así mismo dicha comisión puede recurrir a medios autocompositivos, mismos que fueron explicados con anterioridad, para realizar recomendaciones para lograr acordar la eliminación de las posibles violaciones.

Finalmente, luego de la realización de las consultas y el establecimiento de la comisión de Libre Comercio, si las partes no alcanzaren un acuerdo se procede entonces que, con las recomendaciones hechas por la anterior, solicitar que la decisión de la controversia se suscite a través de un Grupo Arbitral.

En cuanto a los problemas que ha generado para Guatemala el incumplimiento de deberes, es importante mencionar que el único capítulo sujeto al mecanismo de solución de controversias es el capítulo dieciséis en virtud de que en este se establece que es obligación del estado contratante aplicar efectivamente y positivamente su propia legislación tomando las medidas necesarias para evitar un debilitamiento o limitación a la protección prevista en sus propias leyes.

Ya lo establece el capítulo dieciséis en cuanto que refiere que las partes realizaran los esfuerzos necesarios para alcanzar una solución que satisfaga los intereses mutuos, y si esto no fuere posible, una parte podrá solicitar la convocatoria del Consejo, el cual procurara resolver el asunto recurriendo a expertos en la materia y utilizando los medios autocompositivos anteriormente mencionados.

*“Para el incumplimiento del Acuerdo Cooperación Laboral América Norte se crearon instituciones propias, se establecieron procedimientos de queja y cooperación, y se convinieron formas de solución de conflicto que en ciertos casos pueden desembocar en sanciones”.*⁸²

Como antecedentes de consultas realizadas al Ministro de Economía y al Ministro de Trabajo y Previsión Social de Guatemala, en el marco del RD-CAFTA, se resalta que por su parte Estados Unidos, en el año de 2010, realizó consultas al Gobierno de Guatemala referentes al artículo 16.6.1 del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, con el fin de tratar cuestiones y asuntos relativos a las obligaciones de Guatemala conforme al artículo 16.2.1 y en general el capítulo 16 de dicho tratado. Como resultado de la evaluación realizada por el Gobierno de Estados Unidos se desprende que Guatemala no ha atendido correctamente sus obligaciones como parte contratante, en virtud de que no se ha cumplido eficazmente la legislación laboral guatemalteca referente al derecho de asociación, el derecho de organizarse y de negociar colectivamente así como las condiciones aceptables de trabajo, hallando un número significativo de casos, tales como que el Ministerio de Trabajo no ha tomado acciones concretas para investigar supuestas infracciones a la legislación laboral, el Ministerio de Trabajo no ha tomado medidas coercitivas luego de haber reconocido infracciones, y la judicatura ha dejado de cumplir órdenes de las cortes labores en casos de infracciones a la legislación laboral.

Como dato importante, el 23 de abril del año 2008, se planteó una queja formal por parte de varias organizaciones sindicales guatemaltecas, en apoyo a la Central Sindical de los Estados Unidos, ante la Oficina de Asuntos Comerciales y Laborales del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos, en respuesta a la falta de investigación efectiva por parte del Estado de Guatemala hacia los responsables de varios casos de asesinatos contra sindicalistas y hostigamiento a miembros de dichas organizaciones colectivas. Básicamente la petición consiste en que se inicie el proceso de resolución de disputas contra Guatemala a fin de garantizar la libertad sindical.

⁸² Reynoso Castillo, Carlos. *Los aspectos laborales de la experiencia mexicana en el TLC*. México. Universidad Autónoma Metropolitana. 2009. Pág. 158.

Para el año 2012, luego de una larga serie de negociaciones entre ambos países, se llegó a un acuerdo amistoso en el cual se pactó no activar el panel de arbitraje que conocería la demanda laboral, en virtud de reconocerse que la demanda no había cumplido todos los procedimientos necesarios para iniciar dicho panel. Esto fue muy importante pues permitió a Guatemala concentrar esfuerzos para dar cumplimiento a las razones por las cuales se dieron las controversias. Es importante mencionar que el panel fue suspendido además, porque Guatemala demostró voluntad por cumplir con sus obligaciones. Lo cual de momento, favorece a Guatemala, pues la multa a cumplir en caso de que se establezca un fallo en contra podría ascender a 15 millones de dólares, más los gastos que por años, el país tendría que invertir en su defensa.

Sin embargo, en el año 2014, el Gobierno de Estados Unidos decidió reabrir el panel arbitral considerando que el Estado de Guatemala no respetó la legislación laboral contenida en el RD-CAFTA. El objetivo primordial de aquella “tregua” era brindar a Guatemala la posibilidad de realizar las reformas al Código de Trabajo para lograr proteger adecuadamente a los trabajadores. Por lo cual, se puede llegar a entender desde ya que el problema del incumplimiento del capítulo 16 del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, es severo, en virtud de que se han realizado muy pocos esfuerzos para dar cumplimiento a cabalidad con tales obligaciones y sobre todo las sanciones en las que puede incurrir el Estado de Guatemala serian sumamente perjudiciales, pues son referentes a sanciones pecuniarias y comerciales, lo cual podría afectar la economía nacional.

*“La instalación de los paneles requiere de expertos, de técnicos y sobre todo de hombres de derecho familiarizados con el arbitraje comercial y con la materia objeto de litigio. Sus méritos personales deben ser múltiples”.*⁸³

⁸³ Cruz Miramontes, Rodolfo. *El TLC Controversias, soluciones y otros temas conexos. Op Cit.*, Pág. 142.

4.4.1 Establecimiento del Panel Arbitral:

Como punto de partida se establecerá el grupo de “expertos” como lo define el comentario anterior, en materia laboral, solamente si la parte demandante ha agotado todos los medios auto compositivos, previstos en el capítulo dieciséis, los cuales serán seleccionados dentro de un grupo de setenta árbitros, quienes pueden ser nacionales y extranjeros, quienes cumplir con los siguientes caracteres:

- Expertos en la solución de controversias comerciales internacionales.
- Objetivos, confiables y de buen juicio.
- Deben cumplir con el Código de Conducta que establezca la comisión.

Seguidamente se integraran los grupos arbitrales, por tres miembros, siendo el presidente nombrado por las partes, si no fuere posible dicho acuerdo, será sorteado entre los árbitros que no sean nacionales de las partes contratantes, igual procedimiento se realiza para escoger a los otros dos árbitros.

Las funciones del grupo arbitral son tres:

- Actuar conforme al mandato de las partes examinando el asunto sometido a su estudio con base en las disposiciones aplicables al CAFTA.
- Rendir un informe inicial y uno final. En cuanto al informe inicial, se deberá sustentar en los alegatos de las partes así como la información recabada, conteniendo conclusiones de hecho, si se ha incumplido con el Tratado y los daños que ha provocado el incumplimiento. En referencia al Informe Final, es importante mencionar que las partes pueden hacer observaciones las cuales deberán ser consideradas por el grupo arbitral, quien tiene la obligación de presentar dicho informe treinta días después de la presentación del informe inicial.
- Emitir recomendaciones para la resolución de la controversia si las partes así lo solicitan.

El procedimiento arbitral se regirá en virtud de las Reglas Modelo de Procedimiento, las cuales tienen como principal motor, garantizar:

- Por lo menos una audiencia.
- Que la información derivada del proceso sea de acceso público, principalmente la parte escrita.
- La posibilidad de que la partes presenten alegatos y replicas por escrito.
- Protección de la información confidencial.
- Recabar información de expertos.

Finalmente las partes, una vez recibido el informe final y basándose en él, acordaran la solución del problema, encuadrando dicha solución a las recomendaciones dadas, proponiendo un plan de acción. Esta es una posibilidad que brinda el Tratado, sin embargo se considera de vital importancia que se trace un plan de acción para asegurar la pronta y debida solución de la controversia, principalmente para no dar lugar a malas prácticas, lo que podría provocar la imposición de sanciones, tales como la suspensión de beneficios. Dentro de los que se puede mencionar, la imposición de la retribución a la parte afectada.

Capítulo V.

Presentación, discusión y análisis de resultados.

En el presente capítulo se tiene a bien exponer los resultados originados de la investigación de campo realizada a través de entrevistas de informantes clave. La importancia de esta consiste en alcanzar los objetivos planteados al inicio de esta investigación, principalmente lograr determinar la capacidad institucional del Estado de Guatemala para dar cumplimiento a los compromisos laborales adquiridos en el marco del tratado de libre comercio RD-CAFTA.

Se elaboró un modelo de entrevista en aras de recaudar información sustancial que permita dar solvencia a los objetivos planteados en la presente investigación. La misma fue respondida por Abogados expertos en material de Derecho Internacional y Derecho laboral.

El fin primordial de todo trabajo de investigación consiste no solamente en recabar información y presentarla a la masa social, más bien consiste en aportar soluciones al problema planteado, basados en la necesidad de superar las causas que lo originan. Es por ello que al impulsar la presente investigación se planteó una pregunta, la cual es: ¿Qué circunstancia ha determinado que el Estado de Guatemala no logre alcanzar una institucionalidad adecuada para dar cumplimiento con las obligaciones laborales derivadas del tratado de libre comercio RD-CAFTA?

5.1 De las entrevistas realizadas a expertos en Derecho Laboral y Derecho Internacional.

Las entrevistas se realizaron a expertos Abogados en las materias relacionadas, en virtud de tener un amplio conocimiento en el tema, así como de la legislación nacional y tratados internacionales. Dichas entrevistas contienen cinco preguntas comunes para

los informantes claves seleccionados, mediante las cuales se han logrado examinar los objetivos de esta investigación.

Partiendo que se estudiaron las obligaciones laborales adquiridas por el Estado de Guatemala en el Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, es de vital importancia mencionar que todos los compromisos contenidos en los tratados de libre comercio son compromisos asumidos por el Estado de Guatemala, por lo tanto tienen el mismo orden de importancia toda vez que su incumplimiento puede implicar la violación al tratado, al momento de analizar cuáles son las obligaciones adquiridas y cuales han sido las más vulneradas y que el Estado ha tratado de contrarrestar se determinó que son las obligaciones relacionadas a sindicatos, reinstalación en puestos de trabajo y la solvencia de los órganos jurisdiccionales para dar cumplimiento a sentencias. La forma en que el Estado ha tratado de dar solvencia a sus faltas según los informantes clave, ha sido mediante el fortalecimiento de las instituciones encargadas, el fortalecimiento de las leyes laborales mediante la implementación de reformas y proyectos de reforma y por ultimo dando seguimiento a denuncias realizadas por trabajadores. Si bien es cierto, no existe hasta el momento un laudo emitido en el marco del Tratado donde se establezca que el Estado de Guatemala ha incumplido con sus obligaciones, basta analizar las razones por las cuales se han iniciado procesos arbitrales en su contra para entender que el Estado no ha cumplido al menos a cabalidad con las obligaciones.

Como parte de esta investigación, se hizo necesario estudiar los acuerdos de resolución amistosa a los cuales puede acudir el Estado en caso de un conflicto derivado de la aplicación del tratado, es por ello que los informantes clave fueron entrevistados en relación a dicho tema, encontrándose que consideran que el establecimiento de un panel arbitral, denota únicamente la incapacidad del Estado para dar cumplimiento a sus obligaciones derivadas del RD-CAFTA, así mismo lo consideraron importante ya que el mismo tratado menciona las causas para la implementación del mismo, siendo una de ellas la prevención de todas las controversias entre las partes relativas a la aplicación o interpretación del tratado, lo cual es considerado como un tanto beneficioso para el país, ya que a través del mismo se pueden identificar carencias y llegar a acuerdos importantes para evitar sanciones.

Finalmente los informantes clave en su totalidad, consideraron que el Estado de Guatemala no posee la capacidad institucional suficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones a pesar de los distintos esfuerzos realizados, considerándolos insuficientes. Es por ello que se les cuestionó en relación al establecimiento de una comisión fiscalizadora que acompañe a las instituciones involucradas, manifestando estos que lo ven como una solución adecuada a corto plazo para fortalecer y fiscalizar el actuar de las mismas, dotándola de profesionales altamente calificados en el tema, pero con un carácter temporal, puesto que no debe ser una solución a largo plazo crear más comisiones, sino mejorar las existentes.

Una vez examinados los diferentes pensamientos que los informantes clave aportaron a la presente investigación, comparando el marco legal y apoyado en la doctrina presentada, se encontró que las obligaciones de los Estados en el Derecho Internacional, han ido evolucionando y se han vuelto mucho más complejas de lo que eran en el pasado, ya que el crecimiento comercial, la interrelación entre sujetos de derecho internacional y la delimitación del Derecho Internacional han provocado que los Estados a manera de salvaguardar sus intereses regulen a través de tratados internacionales el proceder de las maniobras comerciales, laborales, civiles entre otras de sus ciudadanos y de ellos como sujetos del derecho internacional.

Sumamente importante es el de la soberanía en el Derecho internacional, está la podemos definir como el poder que posee todo Estado, siendo un sujeto de derechos y obligaciones, para determinar el correcto proceder de acuerdo a sus cualidades y creencias, dentro de su territorio y velando por el beneficio absoluto de sus habitantes, sin transgredir de ninguna forma a algún otro Estado. Por lo tanto las obligaciones que todo Estado adquiere son realizadas en virtud de su soberanía y personalidad jurídica, cuando este decide incorporarse o realizar un tratado internacional de forma voluntaria, en vistas de mejorar su condición, lo cual provoca que existan acciones dignas de estudiar, ya que el proceso de incorporarse o la celebración de un tratado o convenio está revestido de formalidades y condiciones que deben cumplirse ipso facto.

Los Estados a lo largo de la historia se han organizado con el fin de cooperar entre ellos y buscar soluciones a problemas comunes, ampliar el comercio y mejorar situaciones tales como el medio ambiente, el trabajo, educación, salud, entre otras. Es por ello que las relaciones se han vuelto tan complejas y de ahí la necesidad de celebrar pactos, tratados, contratos, etc, para asegurar el cumplimiento de las metas y objetivos planteados.

Como resultado de la celebración de un tratado, nacen a la vida jurídica internacional, derechos y obligaciones para los Estados mismos que deben ser cumplidos a cabalidad y de la forma y tiempo pactados para que sean válidos y no se vean sancionados. Las obligaciones de los Estados se pueden definir como aquel vínculo resultante del pacto de dos personas jurídicamente capaces, establecidas por ellas mismas para lograr la consecución de un bien común. Como ya se ha establecido en la doctrina, las obligaciones se basan en hacer, no hacer o dejar de hacer.

En el presente caso, el Estado de Guatemala ha dado incumplimiento a distintas obligaciones sustanciales del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, tales como el derecho de asociación, el derecho de organizarse y de negociar colectivamente así como las condiciones aceptables de trabajo, puesto que se ha encontrado un número significativo de casos, tales como que el Ministerio de Trabajo no ha tomado acciones concretas para investigar supuestas infracciones a la legislación laboral, asesinatos a miembros de organizaciones sindicales, el incumplimiento de pactos de trabajo por parte de empresas y los cuales no han sido perseguidos y se observa incumplimiento de sentencias Judiciales firmes que ordenan la reinstalación de trabajadores despedidos por razones sindicales. Por lo cual el Estado de Guatemala se ha visto involucrado en un constante conflicto de intereses entre las partes, siendo los Estados Unidos el principal acusador y reclamador del cumplimiento del Tratado.

Si bien es cierto, de acuerdo a la investigación realizada, el Estado de Guatemala ha tomado acciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del referido Tratado, tales como reformas a leyes laborales, la adopción de nuevos tratados

internacionales en materia laboral, la dotación de independencia a la Inspección General de Trabajo y Órganos Jurisdiccionales correspondientes, incluso el Gobierno destacó en un informe que se habían contratado cien nuevos inspectores, cinco abogados y veinte vehículos con el fin de poder otorgar mayor alcance al cumplimiento de las normas laborales.

Sin embargo se considera que las acciones tomadas por el Estado de Guatemala no son suficientes para mostrar mejoría en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ya que se pudo constatar que a pesar de que la Inspección General de Trabajo tiene independencia institucional, no cuenta con los recursos necesarios y vitales para alcanzar sus objetivos, se comprobó la falta de insumos de oficina, edificios en mal estado, vehículos descompuestos, equipos de cómputo obsoletos o dañados. Así mismo la población no está informada de la labor de tan importante institución, de la ubicación de la misma, ya que las visitas de los inspectores de trabajo a las diferentes empresas son escasas sino nulas. Lo cual da como resultado el poco y en ocasiones lento caminar de los procesos laborales. En referencia a los Sindicatos, se hace necesario observar que si bien es cierto el trámite se ha visto mejorado en aspectos de rapidez y eficacia, surgen otros problemas para dichas organizaciones ya que la información en relación a los miembros fundadores del sindicato puede ser consultada por el patrono, situación que pone en riesgo a las personas que se organizan.

Debido a los múltiples y reiterados incumplimientos por parte del Estado de Guatemala a sus obligaciones laborales derivadas del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, se han instaurado paneles arbitrales en su contra con el fin de presionar para que se dé cumplimiento definitivo a las obligaciones. Esto es muy importante ya que uno de los problemas a los que se enfrentaba el Estado era la indefinición de algunas obligaciones y a través de los mismos se han establecido planes específicos a seguir, pero de no cumplirse se establecen multas de millones de dólares, lo cual sería un verdadero revés para el Estado. A través de los mismos el Estado ha tratado de demostrar sus avances, pero como ya se estableció estos no son suficientes ni cumplen a cabalidad lo pactado, situación realmente riesgosa puesto que el Estado de Guatemala es el único

contratante que ha sido denunciado por la transgresión del capítulo dieciséis del Tratado.

Por lo tanto se considera que el Estado de Guatemala actualmente no posee la capacidad institucional para dar cumplimiento efectivo a las obligaciones laborales derivadas del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA en virtud de que las políticas adoptadas para el cumplimiento de las mismas no han sido adecuadas a tiempo, realidad nacional y mucho menos apegadas al Tratado. Y la solución más adecuada será, alcanzar acuerdos que permitan solucionar de forma progresiva las obligaciones contraídas y evitar así la imposición de nuevas sanciones.

Finalmente se considera que la circunstancia por la cual el Estado de Guatemala no logra alcanzar una institucionalidad adecuada para dar cumplimiento con las obligaciones laborales derivadas del tratado de libre comercio RD-CAFTA, se debe principalmente a dos situaciones: Primero, partiendo de la realidad nacional, el Estado ha sido corrompido por representantes que lejos de querer mostrar mejoría en los distintos temas que aquejan al país, han viciado el aparato estatal al punto de retrasarlo y hundirlo principalmente vaciando las arcas del mismo y nombrando personas que no cuentan con la capacidad profesional necesaria, situación que evidentemente limita las posibilidades sobre las cuales actuar para dar solución a los problemas y mostrar un progreso. Segundo, se considera que no se ha logrado alcanzar una institucionalidad adecuada por falta de compromiso de los organismos involucrados, siendo estos principalmente el Ministerio de Trabajo y Previsión Social y el Ministerio de Economía, ya que no han dado seguimiento intenso, ni han desarrollado y mucho menos cuentan con planes de trabajo concretos e inmediatos con los cuales se busque dar solución definitiva a los incumplimientos y que permitan dar cumplimiento a las obligaciones. Se considera así mismo que el Estado debe crear una comisión reguladora temporal que dé cooperere en la formulación, seguimiento y fortalezca los planes de trabajo que son de urgencia sean creados, con el fin de que se logre en un determinado plazo dar cesar en los incumplimientos que ha generado el Estado y en segundo lugar presionar en el

avance de mantener una línea ascendente de cumplimiento de las obligaciones contraídas, ya que las sanciones a las que se expone el Estado son fuertes.

Conclusiones.

1. Para lograr alcanzar una Institucionalidad adecuada, la cual provea de seguridad y estabilidad, es necesario establecer adecuadamente en los tratados las obligaciones de una forma directa y clara, a las que deben dar cumplimiento los contratantes, ya que estas, en el caso del RD-CAFTA no se han definido con total claridad, lo cual constituye un riesgo innecesario para el país.
2. Lograr establecer un marco institucional lo suficientemente adecuado y que realmente cumpla con los objetivos del tratado, requiere de la cooperación de las instituciones involucradas, principalmente del Ministerio de Economía y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en virtud de que si bien es cierto se han establecido convenios de cooperación entre ambos, no se han encontrado avances significativos que logren dar solución inmediata a la problemática.
3. El Estado no ha emitido ningún informe para dar a conocer la situación actual del proceso de arbitraje que está enfrentando desde el año 2012, es de vital importancia que el Estado informe a la población de forma directa y lo más detallado, pero entendible de la forma en que se está afrontando dicha situación.
4. Se considera que Guatemala no cuenta con la capacidad Institucional laboral ideal que permita brindar estabilidad a los trabajadores afectados por la implementación del Tratado, ya que de acuerdo a la investigación realizada, es el mismo Estado el mayor infractor de derechos en materia laboral, ya que basta acudir a las oficinas de la Inspección General de Trabajo para constatar el estado deplorable en el que se encuentran, la falta de personal altamente calificado e insumos insuficientes. Si bien es cierto, uno de los mayores avances del Estado para dar cumplimiento a sus obligaciones, fue haber descentralizado la Inspección de Trabajo, se trató de capacitar a los inspectores, entre otras acciones detalladas anteriormente, se considera que estas no han logrado dar solución eficiente a la problemática planteada, en virtud de que no se han realizado de forma integral y correcta.

5. El Gobierno del Presidente Jimmy Morales no cuenta aún con un plan de Gobierno para lograr avanzar en el tema, y en sí, ningún gobierno ha presentado un plan adecuado, eficiente y solido que permita encontrar soluciones a corto y largo plazo, lo cual se considera nefasto pues no se está prestando atención a las sanciones a las que está expuesta Guatemala.

Recomendaciones.

1. Que el Estado de Guatemala realice una revisión profunda al tratado y a las acciones encaminadas a dar solución a los distintos problemas que se han suscitado por la aplicación del mismo, en vistas de mejorar su capacidad institucional, ajustándose a la realidad del país.
2. Que el Estado de Guatemala, cree una comisión que se encuentre apartada de los Ministerios de Economía y de Trabajo y Previsión Social, que sea la encargada de verificar el correcto funcionamiento y la correcta aplicación de los mecanismos que pretende utilizar para lograr solventar las ineficiencias en el sector laboral del país, para no incurrir en más violaciones al tratado.
3. Se recomienda al Estado encaminar acciones de información, talleres, conferencias, entre otras en relación al Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, principalmente en relación a las sanciones a las que estamos expuestos, así como las acciones que tomara para evitarlas, ya que existe muy poca información acerca de ello.
4. A la población en general, que se informe sobre la actualidad nacional, ya que como se mencionó anteriormente, el actual gobierno no cuenta con un plan de gobierno encaminado a dar solución definitiva al problema y realmente ningún gobierno ha presentado un plan concreto, por lo cual se hace necesario que la ciudadanía se informe, pues si sancionan al Estado se estarían perdiendo millones de Quetzales que deben ser utilizados para el mejoramiento de las condiciones económicas, sociales y laborales del país.

Referencias.

Bibliográficas:

1. Álvarez Londoño, Luis Fernando. *Derecho Internacional Público* Cuarta Edición. Colombia. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas. 2007.
2. Andrade, Pablo. *La Política Exterior de Estados Unidos Una Visión desde la periferia*. Ecuador. Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales. USAB sede Ecuador. 2005.
3. Becerra Ramírez Manuel, *Derecho Internacional Público*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
4. Candland, Christopher. *Las normas fundamentales del trabajo durante la Administración de George W. Bush*. Volumen 128-2009. Estados Unidos. Revista Internacional del Trabajo. Organización Internacional del Trabajo. 2009.
5. Camargo Pedro Pablo, *Tratado de Derecho Internacional*, Tomo I, Colombia, Editorial Temis, 1983.
6. Contreras Ortiz Rubén Alberto, *Obligaciones y negocios jurídicos civiles Parte especial: contratos. Guatemala*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar, 2008.
7. Contreras Vaca Francisco José, *Derecho Internacional Privado parte general quinta edición*, México, Oxford University press, 2013.
8. Díaz Luis Miguel, *Soluciones negociadas a conflictos legales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
9. Fernández del Valle Agustín Basave, *Filosofía de derecho internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2001.

10. Fernández Rozas José Carlos, "Luces y Sobras del Arbitraje Institucional en los Litigios Transnacionales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Volumen XXIII, España, 2008.
11. Gaviria Lievano Enrique, *Derecho Internacional Público*, Colombia, Editorial Temis, 1998.
12. Gómez Alonso, Robledo Verduzco, *Derecho Internacional temas selectos*, 5ª edición. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
13. Gómez Arnau, Remedios, *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*. México. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1990.
14. Herrera Beethoven, *Estándares laborales, Libre Comercio e integración*. Colombia. Observatorio de análisis de los sistemas internacionales. 2005.
15. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Traducción de: Eduardo García Maynez, México, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1969.
16. Marcano Salazar Luis Manuel, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Venezuela, Editorial CEC, SA. 2005.
17. Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, Colombia, Cuarta edición, Editorial Temis, 1998.
18. Morgado Valenzuela, Emilio. *Lo laboral en los Tratados de Libre Comercio entre pases americanos*. Venezuela. Cuaderno Venezolano de sociología. Julio-Septiembre 2006.

19. Méndez Silva Ricardo (Comp.) *Contratación y Arbitraje Internacionales* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.
20. Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones política*, 48. Edición, Colombia, Editorial Temis, 1991.
21. Prado Gerardo. *Teoría del Estado* 9na edición, Guatemala, Ediciones Renacer. 2009.
22. Perezcano Díaz, Hugo. *La Solución de Controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. 1997.
23. Reynoso Castillo, Carlos. *Los aspectos laborales de la experiencia mexicana en el TLC*. México. Universidad Autónoma Metropolitana. 2009.
24. Rivera Neutze Antonio, *Arbitraje y Conciliación "alternativas extrajudiciales de solución de conflictos"*, Guatemala Impresos Robelo, 2011.
25. Rodríguez Carrión, Alejandro J. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6edición, España, Editorial Tecnos, 2006.
26. Siroën, Jean-Marc. *Disposiciones laborales en los tratados de libre comercio balance y perspectivas*. Francia. Revista Internacional de Trabajo. Organización Internacional del Trabajo. 2013.

Normativas:

1. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, exhibición personal y constitucionalidad. Decreto Número 1-86.
3. Comisión de Derecho Internacional, Organización de Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
4. Congreso de la República de Guatemala, Código de trabajo y sus reformas. Decreto Número 1441.
5. Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto Número 114-97.
6. Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-89.
7. Congreso de la República de Guatemala, Aprobación del acuerdo CAFTA-DR. Decreto Número 31-2005.
8. Congreso de la República de Guatemala, Ley de Sindicalización y regulación de la huelga de los trabajadores del Estado. Decreto Numero 71-86.
9. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 11 sobre el Derecho de Asociación (agricultura), 1921.
10. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 19 sobre la igualdad de trato, 1997.
11. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 29 sobre el Trabajo forzoso, 1930.
12. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 59 sobre la Edad mínima (industria), 1937.

13. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 81 sobre la Inspección de trabajo, 1947.
14. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 87 sobre la Libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.
15. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 98 sobre el Derecho de Sindicación y de negociación colectiva, 1949.
16. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 105 sobre la Abolición del trabajo forzoso, 1958.
17. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958.
18. Organización Internacional del Trabajo, Convenio numero 144 sobre la Consulta Tripartita (Normas Internacionales del Trabajo), 1976.
19. Presidente de la Republica, Reglamento para la aplicación del Convenio OIT 182: "Peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación" Acuerdo Gubernativo 250-2006.
20. Presidente de la Republica, Reglamento para el trámite de negociación, homologación y denuncia de los pactos colectivos de condiciones de trabajo de empresa o centro de producción determinado. Acuerdo Gubernativo 143-96.
21. Presidente de la Republica, Reglamento para el trámite de negociación, homologación y denuncia de los pactos colectivos de condiciones de trabajo de empresa o centro de producción determinado. Acuerdo Gubernativo 221-94.
22. Presidente de la Republica, Normas reglamentarias para la aplicación de convenios Internacionales de Trabajo 87 y 98.
23. Presidente de la Republica, Reglamento de autorización del trabajo de personas extranjeras. Acuerdo Gubernativo 528-2003.

24. Organización de las Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley modelo de la CNUDMI sobre la conciliación comercial internacional. 2002.

Referencias electrónicas:

1. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Convenio 87 Derecho a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación (Guatemala) publicado en 2015, disponible en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100 COMMENT_ID:3190227](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3190227). Consultado el 05 de noviembre de 2015.
2. Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT Convenio 98 Derecho de sindicación y de negociación colectiva (Guatemala), publicado en 2015, disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100 COMMENT_ID:3190239](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3190239), Consultado el 05 noviembre de 2015.
3. Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT Convenio 98 Derecho de sindicación y de negociación colectiva (Guatemala), publicado en 2015, disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100 COMMENT_ID:3190239](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3190239) Consultado el 05 de noviembre de 2015.
4. Corte Internacional de Justicia, Caso de la plataforma continental del mar del Norte, <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>. Consultado el 18 de febrero de 2016.
5. InDret, Hillgruber Christian, Soberanía - La defensa de un concepto jurídico, Alemania, 2002, http://www.indret.com/pdf/593_es.pdf, consultado 20 de noviembre de 2015.
6. Ministerio de Trabajo y Previsión social de Guatemala, Mintrab, Obligaciones del Ministerio, Guatemala, 2015, <http://www.mintrabajo.gob.gt/index.php/acercadelministerio-2/134-obligaciones.html> consultado el 28 de octubre de 2015.

7. Organización Mundial del Comercio, Información Técnicas sobre Medidas Antidumping, 2015, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_info_s.htm consultado el 28 de marzo de dos mil 2016.
8. Universidad Obrera de México. Juárez, L. *Los trabajadores de México a diez años del TLCAN*. México. 2005. www.uom.edu.mx/trabajadores/45laura.htm consultado el 16 de Junio de 2015.

Otras Referencias:

1. Organización Internacional del Trabajo, *Las reglas del juego: una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, tercera edición, Suiza, Servicio de Producción, Impresión y Distribución de Documentos y Publicaciones (PRODOC) de la OIT, 2014.
2. Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso Chorzow Factory, PCIJ, serie A. núm. 17. 1928.

Anexos.

Universidad Rafael Landívar

Campus de Quetzaltenango

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Tesis: El cumplimiento negocial de los compromisos laborales derivados del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA por parte del Estado de Guatemala.

Nombre: Mariano Enrique Juárez Quiñonez.



Entrevista

Instrucciones: A continuación se le formularán una serie de interrogantes, mismas que se le solicita amablemente pueda responder. Sus respuestas serán de suma importancia para el desarrollo de la tesis “El cumplimiento negocial de los compromisos laborales derivados del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA por parte del Estado de Guatemala” y las mismas serán utilizadas de forma confidencial y con fines estrictamente académicos. Desde ya, se agradece su colaboración al respecto.

- 1. ¿En qué compromisos laborales derivados del RD-CAFTA el Estado de Guatemala ha puesto mayor énfasis para solventar?**
- 2. ¿De qué manera el Estado de Guatemala ha tratado de dar cumplimiento a los compromisos laborales derivados del Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA?**
- 3. ¿A su criterio, cuáles han sido los compromisos laborales en los que Guatemala no ha mostrado ningún avance?**

4. **¿Considera usted que el establecimiento de un panel arbitral fortalece la capacidad del Estado para dar solución definitiva a los compromisos adquiridos, mediante los nuevos compromisos que adopta, o por el contrario denota la incapacidad del mismo?**

5. **¿Considera que el establecimiento de una comisión fiscalizadora que acompañe a las instituciones involucradas en los compromisos laborales puede llegar a ser una solución a corto plazo, para que el Estado fortalezca su capacidad institucional y como consecuencia no incurra en más violaciones al tratado?**