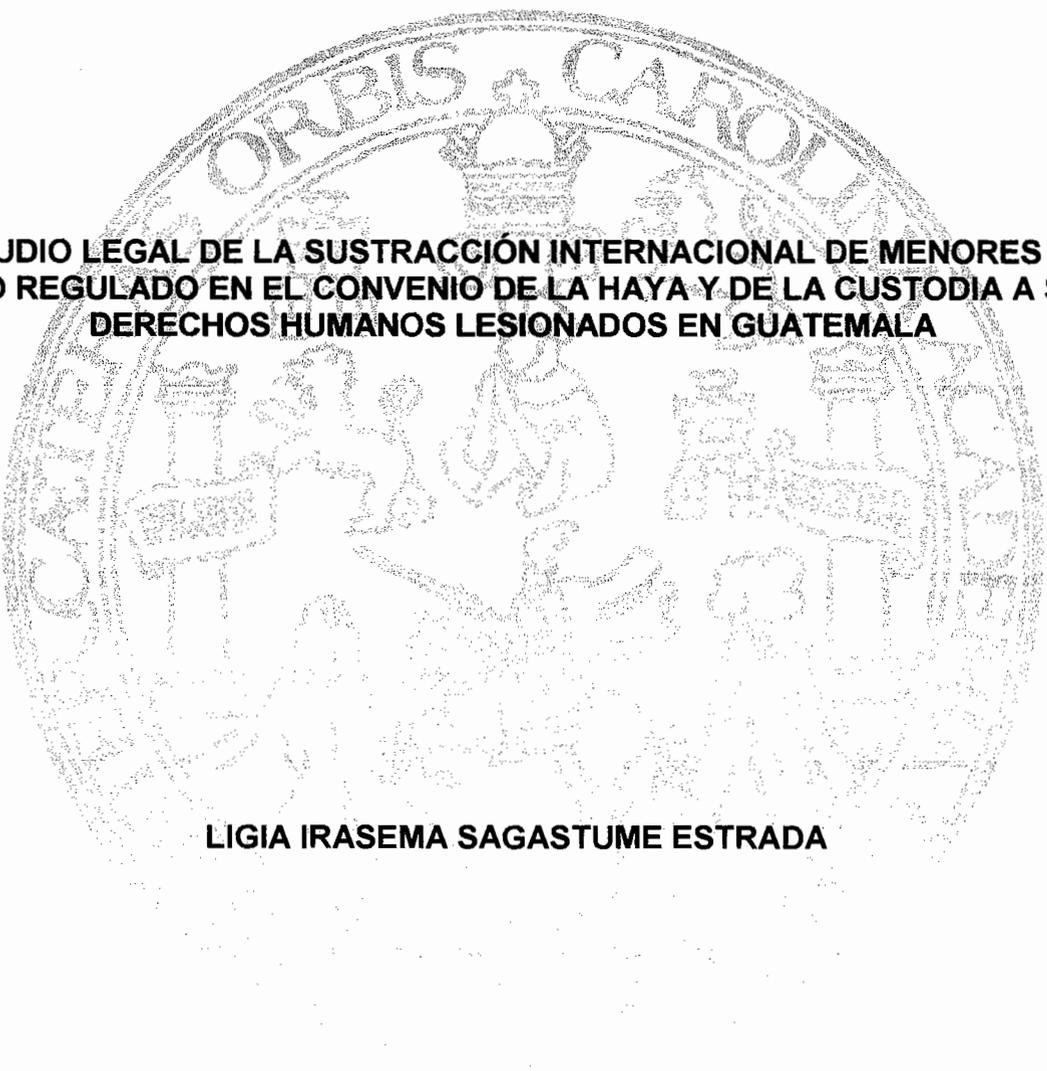


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or a religious figure, seated and holding a book. The figure is surrounded by a decorative border containing the Latin text "ORBIS CAROLINUS". The seal is rendered in a light, dotted style.

**ESTUDIO LEGAL DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE
EDAD REGULADO EN EL CONVENIO DE LA HAYA Y DE LA CUSTODIA A SUS
DERECHOS HUMANOS LESIONADOS EN GUATEMALA**

LIGIA IRASEMA SAGASTUME ESTRADA

GUATEMALA, MAYO DE 2014

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ESTUDIO LEGAL DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE
EDAD REGULADO EN EL CONVENIO DE LA HAYA Y DE LA CUSTODIA A SUS
DERECHOS HUMANOS LESIONADOS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LIGIA IRASEMA SAGASTUME ESTRADA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2014

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Ronald Amilcar Sandoval Amado
Vocal: Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Secretario: Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Carlos López Pacheco
Vocal: Licda. Dora Reneé Cruz Navas
Secretario: Lic. David Sentés Luna

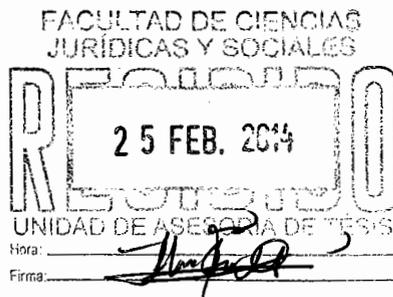
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala, 24 de febrero del año 2014

Doctor Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Doctor Mejía Orellana:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha siete de febrero del año dos mil catorce, procedí a la revisión del trabajo de tesis de la bachiller Ligia Irasema Sagastume Estrada; que se denomina: **“ESTUDIO LEGAL DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD REGULADO EN EL CONVENIO DE LA HAYA Y DE LA CUSTODIA A SUS DERECHOS HUMANOS LESIONADOS EN GUATEMALA”**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señala la sustracción internacional de menores; el sintético, indicó sus características; el inductivo, dio a conocer los elementos que informan la misma, y el deductivo, dio a conocer su regulación legal. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada durante el desarrollo es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron la problemática de actualidad. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer el Convenio de La Haya y la custodia a los derechos humanos de los menores de edad.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido relacionado con el tema investigado.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

5. En relación a las conclusiones y recomendaciones de la tesis, las mismas se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros. Se empleó la bibliografía adecuada. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis que se desarrolló por la sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.


Lic. Otto René Arenas Hernández
Revisor de Tesis
Colegiado 3,805

LIC. OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
 Guatemala, 07 de febrero de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante LIGIA IRASEMA SAGASTUME ESTRADA, intitulado: "ESTUDIO LEGAL DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD REGULADO EN EL CONVENIO DE LA HAYA Y DE LA CUSTODIA A SUS DERECHOS HUMANOS LESIONADOS EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
 BAMO/srrs.

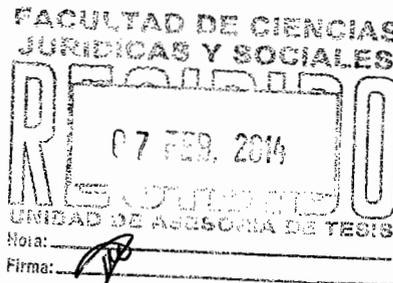


Licda. Rosario Gil Perez
Abogada y Notaria
Colegiada 3058



Guatemala 06 de febrero del año 2014

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Distinguido Doctor Mejía Orellana:

Según nombramiento recaído en mi persona de fecha trece de agosto del año dos mil trece, asesoré la tesis de la bachiller Ligia Irasema Sagastume Estrada, con carné estudiantil 9818196, quien desarrolló el trabajo de tesis que se denomina: **"LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO DE LA HAYA Y LA PROTECCIÓN Y RESPETO A LA SEGURIDAD DE LOS MENORES DE EDAD SUSTRÁIDOS Y VIOLENTADOS EN SUS DERECHOS DE FAMILIA EN GUATEMALA"**; le doy a conocer:

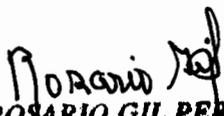
- a) El desarrollo de la tesis abarca un contenido científico que señala con bastante claridad lo fundamental de estudiar los intereses de los menores de edad, en lo relacionado a los asuntos de custodia y de sus derechos humanos en Guatemala.
- b) La sustentante desarrolló ampliamente los capítulos de su tesis, empleando distintos métodos y técnicas de investigación y para el efecto se basó en bibliografía de actualidad y en la normativa vigente en la sociedad guatemalteca, habiendo sido utilizada la siguiente metodología: método inductivo, el cual es determinante en establecer la problemática derivada de la sustracción internacional de menores de edad; método comparativo, con el cual se indicaron los derechos humanos de los menores de edad; y el analítico, señaló la importancia legal del Convenio de La Haya.
- c) Las técnicas de investigación utilizadas durante el desarrollo de la tesis fueron la documental y fichas bibliográficas, las cuales fueron bastante útiles para la recolección de documentos bibliográficos de actualidad que se relacionan con el tema que se investigó.
- d) La sustentante se encargó de redactar su trabajo de tesis bajo los lineamientos estipulados y de conformidad con las anotaciones, modificaciones y sugerencias, para concluir en un informe final con aseveraciones certeras y valederas que permitieron redactar con un vocabulario acorde la definición de una introducción, desarrollo de capítulos, recomendaciones, conclusiones y citas bibliográficas correctas. La hipótesis que se formuló fue comprobada al dar a conocer la importancia jurídica del Convenio de La Haya para brindar protección legal a los menores de edad en Guatemala.

Licda. Rosario Gil Perez
Abogada y Notaria
Colegiada 3058



La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.


Lic. ROSARIO GIL PEREZ
Abogado y Notario

Licda. Rosario Gil Perez
Asesora de Tesis
Col. 3058



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 19 de marzo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LIGIA IRASEMA SAGASTUME ESTRADA, titulado ESTUDIO LEGAL DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD REGULADO EN EL CONVENIO DE LA HAYA Y DE LA CUSTODIA A SUS DERECHOS HUMANOS LESIONADOS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo creador del universo.
- A MIS PADRES:** Raúl Alfredo Sagastume Cabrera y Ligia Irasema Estrada Aparicio, por su amor, apoyo incondicional, sacrificio y consejos.
- A MI HERMANO:** Carlos Raúl Sagastume Estrada, por su motivación y ser parte de mi vida.
- A MI DEMÁS FAMILIA:** En especial a mis abuelos Raúl Alfredo Sagastume Pérez, Rosa Isabel Cabrera y Carlos Enrique Estrada Pineda (in memoriam) y Zoila Octavila Aparicio Morales, así como a mis tíos, primos y demás familia.
- A MIS AMIGOS:** Nancy, Karen, Doris, Verónica y demás amigos, con cariño.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho internacional público.....	1
1.1. Origen.....	4
1.2. Fundamento.....	6
1.3. Definiciones.....	6
1.4. Estado social.....	7
1.5. Funciones.....	8
1.6. Integración.....	9
1.7. Relación entre el derecho internacional público y el derecho interno.....	10
1.8. Teorías.....	11
1.9. Delimitación del derecho internacional relacionada con los complejos normativos.....	14
1.10. Problemática contemporánea.....	17
1.11. Fundamento de validez del derecho internacional público.....	19

CAPÍTULO II

2. Sujetos del derecho internacional público.....	25
2.1. Escuelas.....	25
2.2. Clasificación de los sujetos.....	26



	Pág.
2.3. Estados.....	28
2.4. Organismos u organizaciones internacionales.....	28
2.5. El individuo.....	29
2.6. Otros sujetos.....	30

CAPÍTULO III

3. Custodia a los derechos humanos.....	35
3.1. Definiciones.....	36
3.2. Denominaciones.....	38
3.3. Reseña histórica.....	39
3.4. Instrumentos internacionales universales sobre derechos humanos.....	41
3.5. Obligaciones internacionales del individuo y foro jurisdiccional.....	44
3.6. Principales fundamentos de los derechos humanos.....	46
3.7. Aspectos filosóficos de los derechos humanos.....	48
3.8. Aspectos sociológicos de los derechos humanos.....	49
3.9. Fuentes.....	50
3.10. Finalidad y sujetos de los derechos humanos.....	53
3.11. Diferencia entre derechos naturales del hombre y derechos humanos...	55
3.12. Elementos.....	55
3.13. Clasificación de los derechos humanos.....	57



CAPÍTULO IV

Pág.

4.	La sustracción internacional de menores de edad regulada en el Convenio de la Haya y sus derechos humanos.....	83
4.1.	Finalidad.....	84
4.2.	Ilicitud del traslado y retención de menores de edad.....	84
4.3.	Regulación de la sustracción de menores de edad en el Código Penal.....	85
4.4.	Aplicabilidad.....	86
4.5.	Contenido.....	87
4.6.	Autoridades centrales.....	87
4.7.	Restitución del menor de edad.....	90
4.8.	Agentes activos y pasivos.....	93
4.9.	Derecho de visita.....	93
4.10.	Análisis de la sustracción internacional de menores de edad regulado en el Convenio de la Haya y de la custodia a sus derechos humanos lesionados en Guatemala.....	94
	CONCLUSIONES.....	101
	RECOMENDACIONES.....	103
	BIBLIOGRAFÍA.....	105



INTRODUCCIÓN

El tema de tesis fue elegido debido a la importancia legal de analizar la sustracción internacional de menores de edad, que se encuentra regulada en el Convenio de La Haya, así como la custodia a sus derechos violentados en la sociedad guatemalteca.

Toda persona en su condición de padre o madre que haya sido lesionada en su derecho de custodia como consecuencia de un traslado o retención ilícita de su hijo a un Estado diferente al de su residencia habitual y que desee solicitar la restitución o visitas internacionales, tiene que acercarse a las autoridades para la aplicación de la Convención de la Haya sobre la Sustracción Internacional de Menores.

Debido al fenómeno de la ruptura de parejas, surge la preocupación por las decisiones de sus progenitores, debido a las consecuencias que tienen para los menores de edad. El incremento de relaciones y de matrimonios mixtos, los movimientos migratorios, los avances en las comunicaciones, el desarrollo económico y la liberalización de la institución familiar clásica han ampliado los patrones familiares que favorecen la posibilidad de que se produzca la sustracción internacional de menores de edad.

En la actualidad no se brinda asistencia jurídica con equipos legales de expertos en la materia y apoyo psicológico a los menores de edad violentados por la sustracción internacional, ni se capacita ni asesora a los jueces, asesores de menores, consejeros de familia, personal interdisciplinario y de ayuda a la revinculación social, para que exista una reconstrucción de lazos familiares de los menores restituidos.

Los objetivos de la tesis dieron a conocer que el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacionales de Menores, tiene como finalidad asegurar la restitución inmediata de la niñez y adolescencia trasladada o retenida de forma ilícita en cualquiera de los países contratantes, para que los derechos de custodia y de visita vigentes en esos países sean respetados en los demás Estados contratantes.



El Convenio de La Haya establece procedimientos para asegurar que en caso de desplazamiento o retención legal, el menor sea retomado con rapidez para permitir a las autoridades de la residencia habitual del menor, decidir las cuestiones relativas a la custodia, derechos de visita o de contacto y, en algunos Estados, el cambio de residencia.

La hipótesis formulada, se comprobó al indicar que la sustracción internacional de menores de edad representa una figura jurídica multidisciplinaria debido a que existe comunicación entre el derecho constitucional como marco de referencia necesario y genérico para la protección de los derechos reconocidos a la niñez; con el derecho de familia, como rama jurídica originaria e indiscutible de protección de los derechos de la niñez y adolescencia; con el derecho penal, como rama sancionadora de determinadas conductas y con el derecho procesal al exigirse del poder legislativo tanto del Estado de origen como del Estado de destino, el diseño de un proceso ágil, expedito, transparente y eficaz que se encamine a la localización y restitución de los menores de edad al Estado que representa jurídicamente su última residencia habitual.

Para desarrollar la tesis se utilizaron los siguientes métodos de investigación: método histórico, para indicar que la doctrina y el sistema judicial insisten en aplicar la jurisprudencia y las instituciones de conformidad con su época de vigencia; método sociológico, en donde se estableció que la sustracción de menores de edad involucra temas complementarios de derechos humanos y familiares determinantes de la realidad social; método deductivo, con el cual se estudió la sustracción de menores y el método inductivo, dio a conocer el Convenio de la Haya. La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primer capítulo, señala el derecho internacional público; el segundo capítulo, indica los sujetos del derecho internacional público; el tercer capítulo, establece la custodia a los derechos humanos de los menores de edad y el cuarto capítulo, analiza la sustracción internacional de menores de edad regulado en el Convenio de La Haya y de la custodia a sus derechos humanos lesionados en Guatemala.



CAPÍTULO I

1. Derecho internacional público

El orden mundial estatal necesita de reglas vinculantes, con fundamento en las cuales se estructuran las relaciones entre los Estados. A ese fundamento esencial integrado por diversos preceptos legales, pertenecen desde hace varios siglos las reglas no escritas y las consignadas en los diversos tratados relacionados con el territorio estatal, la adquisición de territorios, los asuntos diplomáticos y la utilización de los mares.

Se han desarrollado reglas de conducta de los Estados en diversos ámbitos de importancia, fundamentalmente con el objetivo de unir al poder estatal. Además, cuenta con significado especial el reconocimiento de los derechos humanos frente al poder del Estado y los progresivos desarrollos de los estándares en esa materia, a través de tratados mundiales o regionales.

En el caso específico de los derechos humanos, se encuentra en primer plano la protección que debe tener el individuo, a pesar de que el derecho internacional contempla una serie de garantías para los grupos sociales de derechos humanos colectivos encargados de la protección a las minorías y en el concepto del derecho internacional se encuentran reflejados notoriamente esos desarrollos.

“El derecho internacional regula las relaciones entre los Estados, como los sujetos originarios del mismo y los principales actores en la comunidad internacional. Su



regulación es en función de las relaciones entre los Estados, las cuales debido a su naturaleza soberana se sustraen del derecho nacional".¹

También, existen relaciones de derecho internacional en los casos en los que dos Estados celebran un tratado para la promoción y protección de inversiones o bien para la extradición de delincuentes.

El concepto de derecho internacional tiene que extenderse a las restricciones del poder del Estado, en especial a la protección que tiene que otorgársele a los derechos humanos.

Comenzó a desarrollarse a partir del siglo XVI, época durante la cual aparecieron los primeros estados nacionales y hasta principios del Siglo XX, se desarrolló bajo el principio de la soberanía.

La regularización de las relaciones internacionales se caracteriza por su empirismo y cercana relación con la política.

Posteriormente, las manifestaciones llevadas a cabo en donde surgieron acontecimientos históricos para el derecho internacional y donde el mismo se enriqueció con nuevos aportes, que van desde el imperialismo universal hasta los compromisos ideados por la diplomacia, no han sido suficientes para garantizar una paz estable.

¹ Moreno Quintana, Lucio. **Derecho internacional público**. Pág. 155.



El derrocamiento del sistema diplomático tradicional derivado de la Primera Guerra Mundial, provocó la formación de nuevas bases sobre las cuales los gobiernos se encargaron de asentar sus relaciones internacionales. El fracaso de la Sociedad de Naciones y la política de seguridad colectiva condujo a la Segunda Guerra Mundial a la coalición de los pueblos libres.

“El derecho internacional público natural, tiende a ser universal e inmutable y se caracteriza por sus preceptos negativos y por los deberes que impone, debido a que procura asegurar el triunfo de la justicia, de la equidad y de la moral en las relaciones internacionales. En esta labor de dignificación, se encuentran los juriconsultos”.²

La disciplina jurídica en estudio, es relativa a un conjunto de normas jurídicas que cuentan con una estructura especialmente adecuada a los destinatarios del sistema y a las necesidades del mismo.

La estructura del derecho internacional público es de coordinación, y ello hace que se le diferencie de las estructuras de subordinación de los sistemas internos, en los cuales los sujetos se encuentran sometidos a poderes que los condicionan.

Esa estructura de coordinación responde a que sus principales sujetos son los Estados soberanos, motivo por el cual no admiten sometimiento alguno a un poder material ajeno que les condicione, aunque se subordinan sin perder su atributo a reglas jurídicas sin excepción.

² *Ibid.* Pág. 160.



La conceptualización de derecho internacional amerita de forma adicional una justificación especial. Por un lado, el ordenamiento internacional sirve no únicamente al equilibrio de los intereses entre los Estados o de los gobiernos que actúan en ellos, sino también a los seres humanos individualmente.

Por otra parte, el desarrollo actual ha ido desbordando de forma paulatina a las naciones y minorías de la mediatización mediante el Estado. Se puede pensar en el derecho de autodeterminación de los pueblos, la protección de las minorías, la intervención de la Organización de las Naciones Unidas en caso de un colapso total del poder estatal, o en la protección de la voluntad democrática que va en contra del régimen que se encuentre gobernado.

En cuanto al ámbito de validez especial, se tiene que distinguir de forma principal entre el derecho internacional universal y el derecho internacional particular, que se aplica únicamente a un segmento de la comunidad de los Estados, o inclusive a dos Estados simultáneamente.

1.1. Origen

Aún en las situaciones mayormente críticas, en el momento en que la violencia era la norma de las relaciones entre los centros de poder independientes, siempre existieron reglas preestablecidas o pactadas de alguna forma por las partes, aceptadas y respetadas como un complemento de las relaciones de fuerza.



Se puede afirmar que hasta muy avanzada la época histórica, las reglas aplicadas a esas relaciones no contaban con caracteres jurídicos y se fundaban en concepciones o en planteamientos filosóficos y morales.

Se atiende de forma específica a los documentos y datos de la historia y se encuentra la existencia de reglas que regulan las relaciones entre centros de poder independientes.

En relación al origen del derecho internacional público, se puede afirmar la existencia de dos posiciones que son:

- a) Este derecho existe desde que los pueblos primitivos mantuvieron relaciones de orden comercial, establecieron alianzas, sometieron sus problemas a la decisión de un tercero y respetaron la inviolabilidad de sus enviados.

- b) En base a quienes niegan la existencia del derecho internacional en la antigüedad y ubican su origen a partir del momento en que se dan los supuestos fundamentales, para la existencia de un sistema como el que funciona en la actualidad y que es relativo a una pluralidad de Estados nacionales que se reconocen como jurídicamente iguales y se atribuyen con exclusividad el atributo de soberanía, estando bajo la disponibilidad de reconocerse como jurídicamente iguales, sin menoscabar por ello su carácter de soberanos.



1.2. Fundamento

A partir del momento del conocimiento integral del derecho internacional público, la mayor parte de autores se han interesado en su análisis, así como también en la explicación del fundamento que puede encargarse de dar motivación a su existencia.

Se han encargado de la creación de diversas doctrinas relacionadas con el fundamento del derecho internacional público, entre las cuales la función social como base del derecho en estudio se considera como la de mayor aceptación.

1.3. Definiciones

“El derecho internacional público es el conjunto de normas o principios que regulan las relaciones jurídicas estatales entre sí, comprendiendo de forma especial las normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los mismos, creando obligaciones, responsabilidades y derechos para todos los estados”.³

“Derecho internacional público es el conjunto de normas jurídicas que regulan no sólo las relaciones estatales, sino que también regulan las relaciones entre otros sujetos como son los organismos internacionales, los grupos beligerantes y los territorios fideicometidos”.⁴

³ Sorensen, Max. **Derecho internacional público**. Pág. 13.

⁴ **Ibid.** Pág. 15.



El derecho internacional público es el ordenamiento jurídico que regula el comportamiento de los Estados y de otros sujetos internacionales, en sus competencias propias y relaciones mutuas, sobre la base de ciertos valores comunes, para realizar la paz y cooperación internacionales, mediante normas nacidas de fuentes internacionales específicas.

“Derecho internacional público es el conjunto de normas jurídicas y principios que jerarquizan y coordinan coherentemente las situaciones estatales y se encuentran destinadas a la regulación de las relaciones externas entre los sujetos soberanos, los Estados y otros sujetos a los cuales también se les confiere la calidad de sujetos de derecho internacional”.⁵

El derecho internacional público consiste en 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.

1.4. Estado social

La disciplina jurídica en estudio, tiene su fundamento en la imperante necesidad de los estados de vivir armónicamente en cuanto al mantenimiento de la paz, en el cual se tienen que asegurar los derechos esenciales de toda la comunidad internacional. Por ello, se señala que el fundamento del derecho internacional público se encuentra

⁵ Larios Ochaita, Carlos. **Derecho internacional público**. Pág. 56.



representado mediante una función social, justamente por la necesidad de evitar los actos de violencia para alcanzar una convivencia respetuosa entre las partes.

Al analizar el concepto de la armonía, se hace suponer la imperante necesidad de el elemento cooperación. En la actualidad existen organizaciones que están encargadas de la promoción de los principios e ideales esenciales del derecho internacional público como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que se ha encargado de asumir esa misión poniendo sus esperanzas en el espíritu de cooperación de los países integrantes. A pesar de que no existen diferencias en el campo ideológico, existe la posibilidad de alcanzar acuerdos en otros renglones como lo son el económico, social y moral.

1.5. Funciones

Originalmente, las funciones del derecho internacional público únicamente alcanzaban la regulación de las relaciones estatales, pero en la actualidad, se pueden resaltar las siguientes funciones:

- Establecimiento de los derechos y deberes de los sujetos integrantes de la comunidad internacional.

- Aseguramiento de la paz del universo.

- Promoción de la defensa de los derechos humanos.



- Regulación de las relaciones estatales con el resto de sujetos del derecho internacional.
- Proporcionar a los sujetos del derecho internacional público soluciones que sean pacíficas para no recurrir a la guerra, sometiéndolos para el efecto al arbitraje, el cual consiste en un método de carácter jurídico en el cual dos Estados en conflicto nombran un árbitro, para solucionar sus litigios u otros métodos de carácter pacífico.

“En la actualidad, la función que tiene el derecho internacional público se encamina más allá de la regulación de las relaciones entre los Estados, y su función ha llegado al campo interinstitucional con el surgimiento de las organizaciones internacionales y de los organismos especializados que han sido creados con la finalidad del establecimiento de la cooperación política, económica y administrativa”.⁶

1.6. Integración

El derecho internacional público se encuentra integrado por acuerdos entre los Estados, como los son los tratados internacionales con diversas denominaciones de conformidad con el caso y se les denomina: tratados, pactos, convenios, cartas, memorándums, declaraciones conjuntas e intercambios de notas. También, se integra por la costumbre internacional, la cual se relaciona a su vez con la práctica de los Estados, la cual reconocen como obligatoria y por los principios generales de derecho.

⁶ Ibid. Pág. 80.



También, el ámbito multilateral del derecho internacional público se nutre de los acuerdos a los que lleguen los Estados dentro del marco de los organismos internacionales a los cuales pertenezcan y dentro de los mismos los acuerdos que se comprometen a aplicar.

En ambos casos, bilateral y multilateral, el nivel adquirido al comprometerse un Estado consiste en poner en vigor la norma que haya sido acordada en su mismo territorio y se tiene que aplicar por encima de las normas nacionales, de acuerdo a las particularidades de cada orden jurídico interno.

1.7. Relación entre el derecho internacional público y el derecho interno

Es referente al análisis del campo de aplicación y a la problemática de las relaciones que existen entre el derecho internacional público y el derecho interno, tomando en consideración que ambos son constitutivos de órdenes de carácter coercitivo.

Dentro de un mismo Estado, pueden coexistir normas jurídicas de derecho interno y de derecho internacional, siendo sus diferencias las siguientes:

- El derecho interno regula la conducta o relaciones entre los individuos y entre el individuo y el Estado, mientras que el derecho internacional público regula las relaciones entre los Estados, organismos internacionales y demás sujetos.



- Como un derecho de subordinación es presentado el derecho interno, mientras que el derecho internacional público es presentado como un derecho de coordinación.

- El derecho interno es un derecho completo y el derecho internacional público no lo es, debido a que se encuentra bajo la sujeción a la arbitrariedad y a la acción discrecional de estado en aquellas zonas que todavía no se encuentran reguladas.

- En el derecho interno las normas son promulgadas mediante la autoridad competente y se imponen jurídicamente a los particulares y en el derecho internacional público la única forma de creación de las mismas consiste en el acuerdo entre Estados y las sanciones se encuentran encaminadas a los Estados y a las organizaciones internacionales.

- La coerción se encuentra organizada de forma satisfactoria para el derecho interno mientras que para el derecho internacional público carece de legislador y las sanciones se imponen únicamente por el Pacto de la Sociedad de Naciones y por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

1.8. Teorías

Al tratar de determinar las relaciones del derecho internacional público con el derecho interno, surgen dos teorías:



a) Dualismo: surge de la idea que el derecho internacional y el derecho interno de los Estados constituyen dos sistemas jurídicos de carácter independiente y separados sin formar parte el uno del otro, las cuales nunca llegan a integrarse y por ende no tiene que haber un conflicto entre ellos, debido a que ambos ordenamientos jurídicos cuentan con características distintas.

- Cuentan con fuentes diferentes y por lo tanto contenidos que difieren ya que el derecho interno es procedente de la voluntad unilateral estatal.
- Diversidad de los sujetos.
- Los destinatarios varían y en el derecho interno las normas se encuentran dirigidas a los individuos en sus relaciones recíprocas, ya sea entre ellas mismas o bien entre el individuo y el Estado y en el derecho internacional público se encuentran dirigidas a los Estados, a las organizaciones internacionales y al resto de sujetos del derecho.
- Las leyes nacionales conservan su fuerza obligatoria en el orden interno, cuando se encuentren en oposición al derecho internacional público.

“Para los seguidores de esta corriente, dentro del Estado únicamente puede regir el derecho interno, debido a que el derecho internacional rige solamente para las



relaciones estatales, debiendo transformarse en derecho nacional para que pueda tener eficacia".⁷

- b) **Monismo:** el derecho internacional público y el derecho interno no pueden ser sistemas distintos e independientes entre sí, o sea, se proclama la unidad de todas las ramas jurídicas a un mismo sistema integrado al ordenamiento jurídico estatal, debido a que en su ordenamiento jurídico son de idéntica naturaleza ya que sus funciones y destinatarios son los mismos y por ende las normas del derecho internacional público son aplicables de forma automática dentro de un Estado y se le tiene que obligar a los particulares y al resto de órganos a cumplir con esas normas, siempre y cuando exista una correlación entre las leyes del derecho internacional público y las leyes internas del Estado, o sea, no puede existir un tratado y una ley entre los Estados u otros sujetos del derecho internacional público que contradiga la ley suprema o las leyes específicas de cualquiera de las partes ya que se autoderogaría y sería nula o una de las dos tendría que modificarse.

La teoría del primado del derecho interno o monista constitucional se encarga de reducir el derecho internacional en una parte del derecho interno, reconociendo para el efecto la preeminencia de la ley nacional sobre la internacional.

Del monismo radical, se sostiene que no es posible un derecho interno opuesto al derecho internacional, por adolecer ipso facto de nulidad, lo cual refleja el

⁷ Moncayo Vinuesa, Adolfo. **Derecho internacional público**. Pág. 57.



pensamiento imperialista, debido a que estatalmente se ejerce un papel preponderante en la elaboración del derecho internacional.

Del monismo moderado, se sostiene que el derecho interno con respeto al internacional no es nulo y obliga a las autoridades estatales respectivas. Esas leyes internas son constitutivas de infracción y pueden ser impugnadas mediante los procedimientos auténticos del derecho internacional.

1.9. Delimitación del derecho internacional relacionada con los complejos normativos

El derecho internacional tiene que delimitarse en relación a la complejidad normativa que se encarga de los asuntos de carácter internacional.

Debido al traslado de los derechos soberanos de los Estados miembros de la comunidad y de los efectos especiales de los tratados comunitarios, así como de los actos jurídicos de los órganos comunitarios sobre el derecho interno de los mismos, el sistema del derecho comunitario no se puede analizar con las consideraciones propias del derecho internacional. Los tratados constitutivos de las comunidades han creado un orden jurídico autónomo.

A diferencia de lo establecido en los tratados internacionales, se ha creado un orden jurídico propio, el cual después de haber entrado en vigencia debió ser adoptado por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y aplicado por sus tribunales.



El derecho de conflicto de leyes de cada Estado, se encarga de la determinación del derecho que se aplica a un asunto que se relaciona con varios ordenamientos jurídicos. Para el juez nacional son aplicables siempre las reglas del derecho de su país, que de acuerdo con el asunto le ordenan la aplicación de su mismo derecho o le remiten al ordenamiento legal de otro Estado.

“De acuerdo al campo de especialización se trata de normas del derecho internacional privado, del derecho penal internacional o del derecho público internacional. En el derecho internacional público internacional, se trata de cuál derecho nacional se aplica a las relaciones de derecho público en asuntos en los cuales se encuentran implicados dos o más Estados”.⁸

El derecho internacional contempla normas para la aplicación de la normativa extranjeras. De esa forma, la adquisición o pérdida de la nacionalidad se rige por el derecho del Estado patria. Algunos Estados se encargan de conceder la nacionalidad únicamente cuando se comprueba que existe una relación suficientemente estrecha entre el individuo y el Estado que conceda la nacionalidad.

1.10. Derecho internacional como ordenamiento jurídico

Desde el ámbito del derecho interno, persiste la idea de que el derecho se encuentra vinculado a la posibilidad de la imposición de mandatos y prohibiciones mediante la vía de la fuerza.

⁸ **Ibid.** Pág. 99.



El derecho se encuentra caracterizado por el elemento de la fuerza y de la sanción en caso de incumplimiento de un deber. Dentro del derecho nacional los instrumentos del derecho, la ejecución administrativa, la ejecución judicial y las sanciones del derecho aseguran el cumplimiento de la ley dentro de la comunidad integrada en forma de Estado.

El cumplimiento del derecho internacional no se puede asegurar con la misma efectividad. No existe una jurisdicción general y vinculante que conozca de las controversias en materia de derecho internacional, ni una instancia central que legisle mundialmente, ni se dispone de una fuerza permanente que imponga de forma efectiva y homogénea los principios del derecho internacional.

“Con esos déficit en la aplicación del derecho internacional, quienes le niegan al mismo el carácter de un verdadero ordenamiento legal, argumentan que la comunidad de Estados encontró la cooperación institucionalizada en el ámbito global o regional y que el ámbito de acción de los Estados en épocas de paz o de guerra, se encuentra limitado de forma similar por pocas reglas”.⁹

La indeterminabilidad de algunas reglas del derecho internacional y la ostensible debilidad en la aplicación colectiva del derecho, no ponen en duda la validez del derecho internacional.

⁹ Reuter, Paul. **Manual de derecho internacional público**. Pág. 66.



La cultura política de la mayor parte de los Estados justifica la separación de las obligaciones de derecho internacional, con fundamento en la razón de Estado, a pesar de que no se trate de los intereses supremos del Estado.

El mayor déficit del ordenamiento internacional lo constituyen las debilidades para la aplicación colectiva o individual en el caso de graves violaciones de los derechos humanos.

1.10. Problemática contemporánea

Las realidades políticas también tienen cambios, al lado de las condiciones tecnológicas y otros factores, con lo cual crecen las presiones para alterar la ley y ello ocurre para reflejar las nuevas circunstancias que suceden. Debido a lo anotado, existen en la actualidad tres problemas de carácter específico auténticos del derecho internacional contemporáneo que son:

- a) **Derecho a la guerra:** abarca el comienzo y la conducción de la guerra, ello es, las circunstancias sobre las cuales se considera legal que un Estado pueda acudir a la utilización de la fuerza armada contra otro Estado, y el tipo de comportamientos que son legalmente permisibles por parte de los gobiernos, una vez que se comienza la contienda, cualquiera que sea la forma como la misma inicie.



“La fuerza armada puede ser legalmente empleada solamente bajo tres condiciones que son en defensa propia; cuando se ha puesto al servicio de la Organización de las Naciones Unidas; como parte de una operación de seguridad colectiva o fuerza de paz; y por último, cuando se coloca al servicio de una organización regional encargada de manera especial el mantenimiento de la paz”.¹⁰

- b) Tratamiento a los extranjeros: se ha estipulado que en determinados aspectos los extranjeros tienen el derecho a tratamientos especiales distintos de los aplicables a los nacionales.

Los gobiernos pueden invocar el derecho legal de que sus ciudadanos cuenten con un estándar internacional mínimo por parte del Estado, donde se encuentren por una u otra circunstancia sin importar cuál sea el estándar de justicia en el país.

- c) Derechos humanos: se ha buscado hacer obligatorio para todos los gobiernos nacionales la observación de estándares internacionales mínimos de justicia, no únicamente para extranjeros, sino que también para los nacionales se ha venido presentando un movimiento para extender la protección de los derechos humanos que se encuentra contemplada en el derecho internacional a todos los individuos cualquiera que sea su situación.

¹⁰ Abura Méndez, María Teresa. **Tratado de derecho internacional público**. Pág. 11.



1.11. Fundamento de validez del derecho internacional público

El fundamento de validez del derecho internacional tiene profundidad, para el efecto vinculante de las obligaciones del derecho internacional. Para tal efecto, se puede acudir a un sistema de referencia fuera del derecho internacional.

La derivación racional del derecho internacional, se encuentra caracterizada por diversas premisas antropológicas enraizadas en la doctrina del derecho natural.

“El derecho internacional moderno tiene que sostener su validez universal en un mundo de Estados heterogéneo. En dicha medida, el reconocimiento de los valores fundamentales del derecho internacional se quedó siempre en las inmediaciones de determinados principios básicos”.¹¹

Sin embargo, los recientes desarrollos legales se remontan a valores que sirven de presupuesto al derecho internacional. Ello es válido para los estándares imperativos en materia de derechos humanos, así como para los requisitos nacientes que debe llenar la estructura interna de un Estado.

La norma fundamental que deriva su efecto vinculante de la costumbre requiere únicamente de un fundamento último desde la perspectiva interna del derecho internacional, que se presupone como existente. Ello no requiere de una aclaración sólida, para el poder del derecho internacional en la práctica estatal.

¹¹ Díaz Cisneros, César. **Derecho internacional público**. Pág. 76.



Para el efecto se requiere una retroalimentación fáctica esencialmente de la aceptación de la comunidad de Estados. Desde la perspectiva moderna, esta aceptación ya no se aplica únicamente a una determinada norma fundamental, sino también a valores elementales de la comunidad de Estados, que son de utilidad a un ordenamiento de intereses estatales estables.

De conformidad con ello, la doctrina prevaleciente en el derecho internacional se orienta hacia una perspectiva positivista, con retorno a una validez del derecho internacional fundada en la aprobación de los Estados.

Detrás de ello, el derecho internacional constituye ante todo un orden legal interestatal en doble sentido. Por un lado, se encamina a los Estados como destinatarios de la norma; y por otra parte, los Estados son al mismo tiempo los actores esenciales para la producción del derecho internacional.

En ello, reside la principal diferencia con los ordenamientos nacionales los cuales son legislados completamente en forma centralizada, mediante los órganos estatales. La doctrina del derecho internacional ha desarrollado distintas formas del principio del consenso.

La doctrina de la autovinculación aplicada de forma consecuente, genera dificultades en los casos en que un Estado individualmente cambia su voluntad y tampoco se puede aclarar por qué un nuevo Estado que surge se encuentra vinculado de forma directa al derecho internacional.



Se requiere, una doctrina que haga abstracción de la aprobación de los Estados individualmente, fundada de manera individual y continua, que deje por un lado el acuerdo de voluntades de las partes.

Se trata de la voluntad de obligarse en el caso de los tratados, o bien del consenso fundamental de la comunidad de Estados sobre determinados principios del ordenamiento. En relación a las doctrinas del derecho internacional, que insisten de forma especial en la libertad de decisión individual de los Estados, se tiene que anotar la importancia de la necesidad de aprobación de la vinculación de un derecho consuetudinario internacional.

“Una manera de examinar en forma significativa y práctica el principio del consenso lo constituyen las situaciones en las que no se justifica de forma clara o en autorizaciones de derecho internacional, para un determinado comportamiento de los Estados, o bien para una norma del derecho internacional prohibitiva”.¹²

De conformidad con el principio del consenso, la imposibilidad de comprobar la aprobación de una regla que limite un comportamiento, opera en beneficio de la libertad estatal.

El derecho internacional gobierna las diversas relaciones entre los Estados independientes. Las reglas de derecho vinculantes para los Estados, emanan de su propia voluntad libre, como es expresado en las convenciones y en los usos

¹² Gavira Mateus, Enrique Eliseo. **Historia del derecho internacional público**. Pág. 66.



generalmente aceptados como expresión de los principios del derecho y establecidos con el objetivo de regulación de las relaciones entre aquellas comunidades independientes que coexisten.

La teoría que prevalece actualmente se puede tomar en consideración únicamente con algunas concesiones, que se relacionan con los elementos estructurales objetivos.

A esos elementos objetivos anotados pertenecen determinados valores e intereses esenciales de la comunidad internacional, que se sustraen de la disposición contractual o unilateral de los Estados individuales. Esos valores esenciales se encuentran detrás de las normas del derecho internacional imperativo.

El principio del consenso se niega como fundamento último exclusivo, en la medida en que de conformidad con el mismo, el derecho internacional es fundamental en el estándar de legitimar la voluntad de los Estados y en que la comunidad no toma en cuenta la voluntad de un poder estatal no democrático.

La atenuación esencial del principio del consenso, se debe a que el moderno desarrollo del derecho internacional le ha quitado valor al requisito de la comprobación del consenso de cada Estado de manera individual, como el presupuesto para la vinculabilidad del derecho y se conforma con un consenso implícito o aceptado en el que la aprobación puede llegar a convertirse en una ficción sencilla.



Ello es valedero para el desarrollo legal interior de la Organización de las Naciones Unidas y en las organizaciones internacionales, cuyos órganos laboran con base en el principio de la mayoría y a través de su práctica desarrollan el derecho a partir del tratado constitutivo, con el único límite de no modificarlo.





CAPÍTULO II

2. Sujetos del derecho internacional público

Es fundamental determinar quién, o quién o quienes son los sujetos del derecho internacional público. En la actualidad, esta cuestión está íntimamente ligada a la descripción o definición del mismo.

2.1. Escuelas

“La escuela clásica es la más antigua y sostiene que solamente los Estados son sujetos del derecho internacional público. A esta escuela, se le reprocha el ignorar la existencia actual de los organismos internacionales. El derecho internacional público moderno atribuye a los organismos internacionales derechos y obligaciones. Por consiguiente, la escuela clásica si bien tuvo mérito en su tiempo, se encuentra totalmente alejada de la realidad en la actualidad”.¹³

La escuela positivista sostiene que el único sujeto del derecho internacional público es el individuo, porque: a) el Estado es una ficción del derecho; b) el Estado actúa por medio de agrupaciones sociales que a su vez están formadas por individuos; c) el

¹³ Montiel Arguello, Mario Alejandro. **Manual de derecho internacional público**. Pág. 50.



receptor final del derecho en todas sus manifestaciones es el individuo. A esta escuela se le critica el que esté desenfocada con la práctica jurídica.

La escuela contemporánea o ecléctica, combina las dos tendencias anteriores y se ajusta a la realidad y a la práctica jurídica internacional contemporánea y sostiene que el Estado es el sujeto más importante del derecho internacional público, pero también lo son los organismos internacionales intergubernamentales en casos determinados.

2.2. Clasificación de los sujetos

A la luz de la práctica internacional contemporánea, se pueden clasificar los sujetos del derecho internacional público de la siguiente forma:

- a) **Sujetos de derecho:** son aquellos a quienes el derecho internacional concede un derecho de acción ante un tribunal internacional y sujetos de deberes u obligaciones son aquellos que directamente responden por las infracciones.

- b) **Sujetos ordinarios:** son aquellos que desde su origen fueron reconocidos como tales y cuyo origen se remonta en la antigüedad.



- c) **Sujetos activos:** son los que no tienen únicamente derechos y obligaciones sino que cooperan en la creación de la fuente de derechos y obligaciones, es decir en la creación del derecho internacional; y sujetos pasivos, son aquellos que no crean la fuente de derechos y obligaciones de manera explícita.

- d) **Sujetos permanentes:** aquellos cuya vida es constante, siendo los sujetos transitorios aquellos cuya situación jurídica internacional es temporal, tienen vida mientras dura una situación o bien se les otorga una existencia temporal.

- e) **Sujetos con capacidad plena:** los que están plenamente organizados y son reconocidos por la comunidad internacional y se incluyen aquí todos los Estados con autogobierno que tienen el pleno ejercicio de su soberanía.

“Los sujetos con capacidad limitada son aquellos cuya soberanía se encuentra limitada en su ejercicio y han confiado su representación internacional o su defensa a terceros Estados”.¹⁴

- f) **Sujetos generales:** son los reconocidos por todos los Estados y los sujetos particulares son aquellos que no son reconocidos por todos los Estados.

¹⁴ Zenteno Barillas, Julio César. **Derecho internacional público**. Pág. 78.



- g) **Sujetos aparentes:** son aquellos cuya situación jurídica no es clara desde el punto de vista de la soberanía, debido a sus fines.

2.3. Estados

De la clasificación anterior, se puede señalar que el sujeto perfecto será aquél que sea al mismo tiempo sujeto de derechos y obligaciones, originario o admitido, activo, permanente, con capacidad plena, general y real. A esta definición corresponde solamente el Estado en su pleno sentido.

2.4. Los organismos u organizaciones internacionales

De la clasificación anterior, también se concluye que además de los Estados existen otras entidades llamadas organismos u organizaciones internacionales que son sujetos del derecho internacional público.

“Los organismos u organizaciones internacionales intergubernamentales tienen derechos y obligaciones internacionales, por consiguiente personalidad internacional. Tienen capacidad para contratar, adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles, así como entablar procesos legales y capacidad para unirse a otro organismo u organización para formar con éstos una entidad jurídica distinta y a sus ejecutivos se



les otorgan inmunidades y privilegios de la misma naturaleza que los otorgados a los representados por los Estados”.¹⁵

Algunos Organismos u Organizaciones como la Organización de las Naciones Unidas emiten resoluciones y recomendaciones, cuya observancia deviene casi obligatoria a juzgar por la práctica y experiencia internacional.

Algunos órganos de dichas instituciones, como el Consejo de Seguridad, tienen facultad para imponer sanciones de alcance internacional.

2.5. El individuo

Algunos autores sostienen que los individuos son sujetos de derecho internacional y que forman parte del mismo, pero no de manera inmediata o bien únicamente de forma excepcional. Tal condición, no es posible sin la intervención del Estado al cual pertenece el individuo.

“Hoy en día los individuos tienen derechos en el ámbito internacional público y a ese efecto se entiende el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos Civiles, Políticos, Económicos,

¹⁵ **Ibid.** Pág. 101.

Sociales y Culturales. En algunos casos pueden acudir a foros internacionales para hacer valer sus derechos”.¹⁶

2.6. Otros sujetos

Existen otros organismos u organizaciones que también son sujetos del derecho internacional público, aunque con una extensión mucho más restringida, en aspectos muy particulares y de mucha menor importancia. Algunos de estos sujetos son:

- a) La orden de malta: su verdadero nombre es soberanía del orden militar de malta. Tuvo su origen para atender a los peregrinos cristianos en el siglo XI; al caer Jerusalén se trasladó a San Juan de Acre, más tarde a Chipre, luego a Rodas y por último, en 1523, cuando Carlos V concedió la Isla de Malta en feudo a los caballeros hospitalarios de San Juan, se estableció en Malta, de la cual toma su nombre actual; allí permanecieron hasta el año 1798 cuando Napoleón navegando hacia Egipto, se apoderó de la isla.

En la actualidad tiene su sede en Roma, en donde el papa León XIII concedió a la orden la iglesia de San Basilio. No ejerce soberanía alguna sobre ningún territorio, sin embargo ostenta privilegios consagrados por el derecho internacional público. Tiene derecho reconocido de legación activa y pasiva, además de tener representantes diplomáticos ante muchos Estados.

¹⁶ Ortiz Ahlf, Loretta. **Fundamentos del derecho internacional público**. Pág. 66.



b) **Sociedades multinacionales y transnacionales:** en el siglo actual se advierte una creciente tendencia a reconocer que los individuos gozan en alguna medida de personalidad internacional. Los internacionalistas admiten la posibilidad de que los individuos sean declarados responsables de delitos contra el derecho internacional, como los crímenes de guerra, pero suelen negar que los individuos como las sociedades gocen de derechos internacionales.

Además, es posible que teman el reconocimiento de esos derechos y pongan en peligro el poder de los Estados sobre sus mismos nacionales.

La doctrina acostumbra sostener con gran sutileza, aunque sin motivos políticos especiales que los individuos y sociedades no son sujetos del gobierno y suelen manifestarse partidarios del reconocimiento de cierta responsabilidad jurídica internacional a los individuos y sociedades, pero siempre se lo atribuyen a las organizaciones internacionales.

“Los individuos y sociedades pueden gozar de determinados derechos en virtud de acuerdos especiales. Existen varias reglas de derecho internacional en beneficio de los individuos y sociedades, pero ello no significa que necesariamente esas reglas creen derecho para esos individuos y sociedades. Una forma de probar la existencia de derechos de los individuos o sociedades bajo el derecho internacional consiste en demostrar que el tratado que los



establece otorga a los individuos o sociedades el acceso ante tribunales internacionales para el reconocimiento de sus derechos”.¹⁷

- c) Grupos beligerantes: los mismos surgen cuando dentro de un Estado existe un conflicto armado de carácter general, en el cual las partes en conflicto son perfectamente identificables e ilegales dentro del marco jurídico del Estado que busca derrocar a la otra que detenta el ejercicio del poder legalmente. Ante el formal reconocimiento por terceros Estados, este grupo ilegal se convierte en sujeto del derecho internacional público.

Los sujetos de derecho internacional público quedan sometidos a la obligación de respetar el derecho internacional humanitario, a respetar a los extranjeros y sus bienes y a dar cuenta de sus actuaciones ante los tribunales internacionales. Además, adquieren la posibilidad de enviar representantes a explicar su causa ante países y gobernantes extranjeros y el derecho a que se les tome en consideración para futuras negociaciones formales dentro del Estado en el cual luchan.

- d) Grupos insurgentes: surgen de igual forma que los anteriores, a excepción que el grupo insurgente no detenta el control efectivo de ninguna parte sustancial del territorio. Si algún Estado, debido a sus mismos intereses, de forma directa o indirecta decide establecer relaciones de conformidad con el derecho

¹⁷ *Ibid.* Pág. 155.



internacional con estos grupos, los mismos se convierten de manera automática en sujetos temporales del derecho internacional público. Estos grupos contraen obligaciones respecto a los extranjeros y sus bienes.





CAPÍTULO III

3. Custodia a los derechos humanos

Las descripciones aportadas por los diferentes autores son abundantes, siendo los derechos subjetivos inherentes a la persona humana, en el entendido que ella posee personalidad.

“Nacen junto con la persona humana y la acompañan en toda la trayectoria de la existencia del hombre. Por eso, son llamados derechos del hombre en género singular y no derechos de los hombres o derechos de ciertos grupos humanos”.¹⁸

Hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual que equivalen a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.

Según sea el enfoque iusnaturalista, moral, u otro, que cada autor haga de los derechos humanos, así será el contenido de la descripción que de los mismos aporte.

¹⁸ Valencia Villa, Hermelindo. **Derechos humanos**. Pág. 78.



3.1. Definiciones

En cuanto a la definición de esta clase de derechos, no siempre ha sido de todo fácil en virtud que ostentan una carga de elementos sustanciales que los hacen indispensables en su definición, tal es el caso de los aspectos que inciden en el mismo, como el filosófico del cual es imposible desligar el aspecto ontológico, axiológico y lógico de la norma.

“En un primer acercamiento se manifiesta que los derechos humanos consisten en todas aquellas facultades, derechos o prerrogativas que ostenta el hombre, por lo mismo de serlo”.¹⁹

Con esa definición, aún no satisfactoria, como punto de partida a la conceptualización de los derechos humanos, se hace necesario hacer un pequeño recorrido de las distintas definiciones que se han realizado:

- a) Tautológicas: esta clase de definición produce una repetición de lo que de una simple operación conceptual se puede abstraer, puesto que indica que los derechos humanos son todos aquellos derechos que posee el hombre por el simple hecho de ser hombre. Con esta definición, no se logra puntualizar lo que en realidad son los derechos objeto de estudio.

¹⁹ *Ibid.* Pág. 90.



- b) Formales: en cuanto a la definición formal de los derechos humanos, se puede indicar que son aquellas que se fundamentan en una operación plegada a la formalidad de los derechos del hombre, como el conjunto de normas jurídicas que tienden a proteger los derechos o facultades del ser humano.

- c) Teleológicas: esta definición lo que sustenta es el fin esencial de los derechos humanos, los cuales se deben basar en la libertad, como la posibilidad natural del hombre de actuar sin faltar el respeto y dignidad, lo que se persigue es la fidelidad del hombre, lográndolo a través de esos valores, como supremos e inseparables de todo ser humano.

- d) Descriptivas: en cuanto a una definición descriptiva relacionada con los elementos sustanciales de los derechos humanos fundada en la corriente teleológica, consistente en las facultades y prerrogativas que tiene el hombre para poderse realizar como tal, fundamentándose en la libertad, la igualdad, seguridad y justicia, como valores superiores del hombre y reconocidos por el derecho.

“A raíz de lo anterior y con base en lo expuesto, se considera que una definición de derechos humanos, bien se podría indicar que consiste en un conjunto de garantías y derechos inalienables que tiene el hombre, basados en la dignidad



humana, que le son indispensables para su subsistencia como tal y para su desarrollo dentro de la sociedad".²⁰

Se hace necesario enfatizar que es un derecho esencial que todo hombre posee, por el hecho de serlo, y que debe de hacer notar y cultivar en su dignidad, consistiendo ésta en el fundamento de todos los derechos del hombre, derivándose de la misma, la vida, la libertad, igualdad, seguridad y justicia; siendo estos los valores o virtudes cardinales que inclinan a constituir a la dignidad como el valor supremo de cualquier Constitución. Se puede indicar, en un sentido amplio, que la dignidad es la base fundante de los derechos humanos y el límite de cualquier actividad de Estado.

La dignidad humana se encuentra establecida en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Artículo 1 de esa Declaración. Así también, se encuentra regulada en el Artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque en este caso como derecho propiamente dicho.

3.2. Denominaciones

Las diferentes acepciones surgen de conformidad con las épocas con que se han conocido los derechos humanos. Se les ha denominado derechos naturales para

²⁰ *Ibid.* Pág. 77.



indicar que los mismos correspondían al hombre por el mismo hecho de ser hombre, derechos innatos, para indicar una posición inmanente, consustancial al hombre mismo; el hombre nace con esos derechos y no le pueden ser sustraídos por el Estado sin incurrir en violación de dicho orden natural; derechos fundamentales, para indicar que no son secundarios ni derivados y por consiguiente forman parte necesariamente de un orden jurídico positivo; derechos individuales, como una reminiscencia de la postura que asumió la Revolución Francesa en relación con el respeto de las libertades individuales; derechos públicos subjetivos, para indicar la vinculación de esos derechos con el Estado; y descarta por sí misma que los derechos del hombre sean anteriores al Estado; derechos subjetivos, como una facultad que nace de la norma jurídica y en este sentido vendrían a ser derivaciones de la voluntad del Estado; libertades públicas o libertades fundamentales y documentos de la Organización de las Naciones Unidas Todas estas denominaciones tienen algo de cierto, debido a que ellas recogen que los derechos han significado en un cierto lugar y época determinada una exigencia del momento histórico que se ha vivido.

3.3. Reseña histórica

Durante la etapa embrionaria, los derechos humanos no estaban precisamente escritos en textos con fuerza de ley y resaltan más por su proyección negativa que por su proyección positiva.



Durante la segunda etapa, los derechos humanos comienzan a plasmarse en textos escritos con fuerza de ley. Se inicia, según el consenso de los juristas especialistas en esta materia, con la adopción de la Carta Magna en Inglaterra.

En 1789 en Francia se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo contenido está incluido en la Constitución Francesa de 1793. Luego aparecen los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, quedando éstos incorporados con calidad de garantías constitucionales. Hasta este momento los derechos humanos son considerados algo puramente interno y la tercera etapa que se inicia en 1917, la cual se encuentra caracterizada por:

- El salto de los derechos humanos del nivel nacional al nivel internacional.

- La adopción de instrumentos internacionales: Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, pactos internacionales sobre derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, Declaración y convenios regionales sobre derechos humanos.

- Comisiones específicas regionales.



- Órganos jurisdiccionales para conocer sobre violaciones de derechos humanos como la Corte Interamericana.

- Convenios específicos y la aparición de nuevos derechos que se califican como derechos humanos de la tercera generación.

3.4. Instrumentos internacionales universales sobre derechos humanos

Los instrumentos internacionales de carácter universal sobre derechos humanos son los siguientes:

- a) Carta de Naciones Unidas: en la conferencia de San Francisco se discutió si la Carta de las Naciones Unidas debía contener un listado de derechos humanos y se concluyó que no; sin embargo se dejó claro que a partir del momento de la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, los derechos humanos pasaban a ser preocupación universal.

- b) La Declaración Universal de Derechos Humanos: fue adoptada y aprobada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. Consta de un prólogo y 30 artículos.



Es importante citar el contenido de los artículos 1 y 2 que plantean el contenido general de la declaración. El Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos regula: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia y deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

El Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o e cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía”.

La Declaración analizada fue adoptada universalmente por consenso y largo tiempo estuvo en discusión su obligatoriedad jurídica. Por parte de los Estados se le ha reconocido una obligación moral. Tiene el mérito de constituir el primer catálogo universalmente aceptado de los derechos mínimos que deben respetarse en cada ser humano.



- c) Pactos Internacionales sobre derechos humanos: crean instrumentos jurídicos obligatorios. Para los Estados fueron adoptados en diciembre de 1966.

- d) Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos: recoge todos los derechos civiles y políticos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos con algunas excepciones como el asilo, nacionalidad y propiedad. Además, crea el Comité de Derechos Humanos con competencia para conocer y examinar los informes y denuncias de los Estados. Es requisito indispensable que los Estados involucrados en las denuncias hayan ratificado y expresamente aceptado la competencia del Comité. Adicionalmente, se adoptó un protocolo que abre el camino a la denuncia individual y colectiva a través de un procedimiento simple.

- e) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge la mayoría de los derechos contenidos en la Declaración Universal y añade otros nuevos. Establece el compromiso de los Estados a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento y a informar al Consejo Económico Social de la Organización de las Naciones Unidas periódicamente sobre el cumplimiento de ese compromiso.

- f) Otros instrumentos universales: además de los instrumentos ya mencionados, que pueden catalogarse de principales, sin que ello signifique que los otros lo



sean, también se han adoptado instrumentos internacionales sobre derechos humanos específicos dirigidos a proteger los derechos de la mujer, del niño y de los pueblos indígenas.

- g) Instrumentos regionales sobre derechos humanos: en los ámbitos regionales los instrumentos jurídicos sobre derechos humanos más importantes han sido adoptados en Europa y América.

- h) El alto comisionado: en su periodo de sesiones correspondiente al año 1992, durante el mes de diciembre, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas creó el alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Sin ninguna duda, ello otorga una nueva dimensión al respeto internacional de los derechos humanos.

3.5. Obligaciones internacionales del individuo y foro jurisdiccional

“El derecho internacional privado regula las relaciones de los individuos que pertenecen a diferente nacionalidad cuando en sus relaciones jurídicas presentan situaciones que pueden estar sometidas a más de una legislación o jurisdicción. El derecho internacional público regula las relaciones de los sujetos del derecho internacional público, a saber, como los Estados, los organismos internacionales gubernamentales,



algunos sujetos particulares y el individuo en el uso y goce de los catalogados como derechos humanos”.²¹

En la actualidad hay actos cometidos por los individuos, los cuales causan un daño irreparable internacionalmente o lesionan la conciencia internacional en el actual mundo civilizado; actos que por carecer de instrumentos adecuados quedan impunes.

Es el caso de los gobernantes que al amparo de la guerra cometen lo que se cataloga como crímenes de guerra, el narcotráfico, la trata de blancas, crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad, genocidio, violaciones graves a los derechos humanos, asesinatos, secuestro de personas protegidas por el derecho internacional, violación de mujeres como medio de hacer la guerra, torturas, terrorismo internacional, secuestro de naves, aeronaves y agentes diplomáticos.

Ya en el pasado, al terminar la Segunda Guerra Mundial se dio el caso de que se instituyeron tribunales especiales conocidos como tribunales militares internacionales para juzgar a los criminales de guerra.

El derecho internacional público evoluciona hacia el hecho de que el individuo no tiene únicamente derechos de trascendencia internacional por los cuales debe responder ante la comunidad internacional en el momento adecuado.

²¹ Sagastume Gemell, Marco Antonio. **Curso básico de derechos humanos**. Pág. 89.



3.6. Principales fundamentos de los derechos humanos

El estudio para determinar las razones o causas de los derechos humanos no ha sido uniforme, sino todo lo contrario, a raíz de la evolución histórico constante que se ha sostenido. Los primeros fundamentos son el jusnaturalismo, el historicismo y el positivismo.

- a) Jusnaturalismo teológico: esta postura se basa en la divinidad, indicando que el hombre posee derechos innatamente naturales debido a la voluntad de Dios. Se dice que el hombre es el fruto de la voluntad divina, como consecuencia debe ser respetado.

El hombre por voluntad de Dios es diferente a todas las demás especies que existen en la naturaleza, esta diferencia se destaca por la dignidad humana.

- b) Jusnaturalismo racional: manifiesta que los derechos humanos son fruto directo de la naturaleza y que el hombre se diferencia del resto de animales, debido a la voluntad y la razón que posee.

La tesis del jusnaturalismo ha manifestado su influencia en diversas declaraciones de derechos humanos, tales como la Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia de los



Estados Unidos de América de 1787, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

- c) **Historicismo cultural:** esta teoría se fundamenta en la convivencia social del hombre mediante su evolución y superación.

“Conforme el transcurso del tiempo logra que se produzca apreciar la dignidad humana y consiguiente de sus derechos a través del conocimiento de valores y garantías que va acumulando conforme la transformación histórica”.²²

- c) **Positivismo:** la corriente positivista asume el rol de que solamente el Estado es el único que puede crear derechos y establecer las limitaciones.

Se basa en una concepción de voluntad general de la sociedad, la cual a través de sus representantes hacen plasmar los derechos fundamentales del hombre. Se expone que con normas positivas se garantiza, no solo el conocimiento de los derechos fundamentales, sino que el respeto de los mismos.

²² **ibid.** Pág. 91.



3.7. Aspectos filosóficos de los derechos humanos

Al buscar los aspectos filosóficos de los derechos humanos, se recaba la esencia, naturaleza y propiedades de lo que compone esta clase de derechos, tomando como base lo relativo al ser, las causas, valores y los fines de los mismos. El aspecto filosófico de los derechos humanos es un tema complejo.

Los elementos básicos donde recaen los aspectos filosóficos de los derechos humanos son los siguientes:

- a) **Ontológico:** la ciencia del ente que tiene como propósito considerar las características esenciales del ser, en este caso de los derechos humanos, indica que su función esencial es que estos derechos permanezcan por siempre, tomando en consideración a la naturaleza particular del ser humano, distinta a los demás objetos o seres del universo.

- b) **Etiológico:** lo que se busca con la etiología es determinar la causa básica de la existencia de los derechos humanos, y para ello, determina que la fundamental causa de la existencia de esta clase de derechos es la dignidad humana, con el objeto que el hombre pueda desarrollarse y obtener los fines deseados en cualquier tipo de sociedad.



Con la dignidad humana se desprenden todos los demás derechos y se hace valer el derecho a ser un ser humano. La dignidad humana supone el valor básico esencial de los derechos humanos.

- c) **Axiológico:** se fundamenta en el valor que pretenden alcanzar los derechos humanos, entendiéndose que la justicia es lo esencial para un verdadero respeto a los derechos humanos. Al garantizarse un respeto a la dignidad de la persona a través de un sistema justo de derechos, se logra alcanzar no solamente las garantías innatas del ser humano, sino que su protección por los límites que ostenta el poder público.

- d) **Teleológico:** el fin de los derechos humanos es que sean respetados. Sin un respeto a los derechos humanos fundamentales se evidenciaría una carencia esencial de los mismos y al contemplarse una cantidad de derechos humanos, se hace necesario a la vez, su respeto y protección.

3.8. Aspectos sociológicos de los derechos humanos

“Junto a una reflexión filosófica, se hace necesario analizar las consideraciones sociológicas, para tomar en cuenta la realidad de los derechos humanos. No basta



indicar los aspectos filosóficos de los derechos humanos, sino que se hace necesario hacer un análisis de los aspectos que aprecian su realidad”.²³

El aspecto sociológico es muy importante, debido a que se puede determinar la situación real de los derechos humanos de algún país. En Guatemala, existe una enorme cantidad de muertes o asesinatos y diariamente se puede constatar la falta de respeto a esta clase de derechos.

Esto se logra, a través de una perspectiva social que tienda a la recaudación de datos y al análisis respectivo. Con esta clase de aspectos, no solamente se logra detectar la situación real de los derechos humanos, sino que, se puede medir la eficacia del derecho en una sociedad.

3.9. Fuentes

Al hablar de las fuentes de los derechos humanos, se tienen que buscar las causas, el origen y principios que lograron e hicieron consolidar a éstos como tales. Sin tomar como punto de partida las fuentes formales, históricas, materiales y normativas, se tiene que hacer valer la dignidad del hombre, motivo por el cual el ser humano no los titulariza únicamente como nacional de un Estado, a través de una diversidad de fuentes.

- a) Fuentes Internacionales: las principales fuentes internacionales de los derechos humanos se encuentran en las Declaraciones, Convenciones y Protocolos de

²³ *Ibid.* Pág. 102.



ámbito internacional. Las declaraciones expresan un catálogo que contiene una serie de derechos del hombre, con el objeto de hacer valer la superioridad de valores jurídicos en cualquier legislación interna o internacional. En cuanto a las Convenciones Internacionales, éstas ya contienen una fuerza de obligatoriedad cuando el Estado las ratifica y se obliga a respetar los derechos humanos contenidos en los Convenios.

En cuanto a los protocolos son los instrumentos que amplían, puntualizan o anexan contenido a un tratado. Existe una gran variedad de instrumentos internacionales relacionados al tema, siendo los más básicos e importantes: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos y su dos protocolos.

- b) Fuentes nacionales: la constitución es la fuente esencial de todo Estado contemporáneo, donde se establecen los valores y principios básicos de la comunidad política y se garantiza la dignidad del ser humano, contemplando las libertades y garantías de los individuos. Las constituciones se convierten en el pilar y eje fundamental de todas las demás normas y son la fuente del derecho.



- c) **Acuerdos de paz:** estos se refieren al proceso de paz en Guatemala. El conflicto armado se inicio en la década de los 60 y culminó en 1996, concentrándose exclusivamente en el cese de las hostilidades, en el desarme y en la reincorporación de los combatientes a la sociedad civil con el objeto de lograr la paz nacional con cambios económicos, sociales, culturales y políticos.

El proceso se inicio en la Isla Contadora en el año de 1983 y se continuó con el proceso en el año de 1986 con el grupo de apoyo de Esquipulas I y siguió en el año de 1987 con Esquipulas II.

En el año de 1991 se logra la reunión entre el gobierno y la dirigencia de la URNG y posteriormente se emite el acuerdo marco de 1994; en ese mismo año emerge el Acuerdo Global de Derechos Humanos, donde el gobierno se compromete a respetar, garantizar y promover esta clase de derechos; finalmente, el 29 de diciembre de 1996 se firmó la paz firme y duradera

El Acuerdo Global de Derechos Humanos es un acuerdo donde el Estado se comprometió no únicamente por velar por esta clase de derechos, sino que su compromiso es permanente para el desarrollo de los mismos.

- d) **Leyes internas:** esta clase de leyes pertenece para su elaboración al legislador derivado de las atribuciones que les confiere la Asamblea Constituyente. Estas



leyes desarrollan los postulados y normativas constitucionales con una clara limitante legislando dentro de los límites que la propia constitución emplea.

- e) **Derecho consuetudinario:** es el conjunto de normas y principios basados estrictamente en la costumbre que practica una comunidad a la cual se le otorga el valor jurídico obligatorio y se caracteriza por ser oral y posee sus propias instituciones, autorizaciones y procedimientos.

Guatemala con base en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), se comprometió a respetar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, los cuales de conformidad al Artículo 8 de ese Convenio, tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias. El único problema a discutir es lo relativo a los asuntos e instituciones propias en materia penal, tal como lo establece el Artículo 9 del Convenio, puesto que este determina que se podrán aplicar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional.

3.10. Finalidad y sujetos de los derechos humanos

“La finalidad de los derechos humanos es otorgarle a todo hombre y mujer el respeto a su dignidad, con el objeto de garantizar su libertad, desarrollo y desenvolvimiento



social. Los derechos humanos, a parte de ser el medio por el cual el Estado se ven impedidos de actuar con abuso de poder, son el medio idóneo para lograr el bien común en una sociedad".²⁴

Todo hombre desde que nace tiene plenos derechos incuestionables como la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la paz, las que no le pueden ser restringidas, ni mucho menos vedados, puesto que son los presupuestos básicos para la existencia humana y desarrollo en una sociedad.

- a) Sujeto activo de los derechos humanos: el sujeto activo es la persona individual a la que se le deben de respetar los derechos humanos. Es considerada como un todo absoluto y la persona individual como titular de los derechos humanos tiene la facultad de exigir el respeto de estos derechos al sujeto pasivo, quien a la vez tiene la obligación de prohibir cualquier acto que atente con los derechos fundamentales del sujeto activo.

- b) Sujeto pasivo de los derechos humanos: el sujeto pasivo son los poderes públicos del Estado, los cuales deben de velar por el respeto de los derechos humanos que posee todo hombre y mujer. El Estado es el obligado de satisfacer ciertas necesidades básicas de sus gobernados y cuando el Estado incumple con el respeto a los derechos humanos se convierte en un transgresor de tales derechos.

²⁴ Valencia. **Ob.Cit.** Pág. 50.



3.11. Diferencia entre derechos naturales del hombre y derechos humanos

En ocasiones se tiende a utilizar estas expresiones como sinónimos, pero son distintas debido al desarrollo propio que han tenido los derechos humanos.

“Los derechos naturales del hombre proceden del siglo XVIII, especialmente del liberalismo individualista, donde se decía que los derechos del hombre son los derechos inherentes al mismo, puesto que el hombre procede de la naturaleza. Estos derechos protegen a los seres que son superiores a todos los demás que habitan en la naturaleza”.²⁵

En relación a lo que ahora se conoce como derechos humanos, se puede manifestar que han surgido a través de una variedad de documentos internacionales que hacen alusión a la terminología de derechos humanos, tal es el caso de la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.

3.12. Elementos

De conformidad con lo resuelto en la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, los derechos humanos gozan de determinadas características.

²⁵ *Ibid.* Pág. 105.



Por consiguiente, todos los Estados deben tratar los derechos humanos de manera global, justa y equitativa en pie de igualdad y con la misma urgencia y fueren cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, tienen el deber de promover todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales.

Los elementos que le distinguen son los siguientes:

- a) **Universales:** los derechos humanos se aplican a todos y cada una de los seres humanos, sin distinción de color, sexo, religión, condición económico-social o idioma.

- b) **Indivisibles:** no se puede dar preferencia exclusiva a algún derecho. Existe plena igualdad entre los distintos derechos, debido a que los derechos humanos forman un todo, integrado por un conjunto de valores y principios del ser humano. Con esto no se quiere decir que se pueda negar su clasificación, puesto que con la clasificación lo único que se logra es un orden para su estudio, pero no un orden de importancia.

- c) **Interdependientes:** los derechos humanos se complementan entre sí, se relacionan y se apoyan. Estos derechos, no se pueden concebir el uno sin el otro.



- d) **Imprescriptibles:** no se pierden por el transcurso del tiempo, por la misma naturaleza o esencia de los derechos humanos, estos no pueden limitarse por alguna causa o circunstancia temporal.

- e) **Inalienables:** no pueden trasladarse de ninguna forma, o sea enajenarse, cederse o regalarse a otra persona, puesto que son inherentes a la dignidad humana.

- f) **Irrenunciables:** ninguna persona puede renunciar a la titularidad de un derecho humano.

- g) **Inviolables:** nadie puede violar un derecho humano.

3.13. Clasificación de los derechos humanos

“Los derechos humanos han ido evolucionando y desarrollándose, por lo tanto se han dado ciertos elementos objetivos para impulsar una clasificación horizontal y no una división jerárquica, lo que ha permitido apreciar tres grandes generaciones que han marcado el momento histórico de su apareamiento”.²⁶

²⁶ **Ibid.** Pág. 110.



En conclusión, se basa en la división o surgimiento por etapas o épocas de los derechos humanos, a raíz de ello se dice que son derechos de primera, segunda, tercera o cuarta generación.

- a) **Derechos civiles y políticos:** forman la primera generación y se caracterizan porque imponen la obligación al Estado de velar para que las personas puedan gozar de estos derechos denominados libertades individuales.

Tales derechos tuvieron su aparición en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia en 1776 y en la Declaración del Hombre y del ciudadano en 1789 en Francia, logrando establecer la protección de las garantías individuales de cada una de las personas.

Con estas libertades individuales el Estado debe de crear, organizar y desarrollar todos aquellos mecanismos necesarios para protegerlos. Estos se consideran verdaderos derechos subjetivos, puesto que se derivan de la exigencia que poseen los particulares frente al poder estatal para su cumplimiento.

Se encuentran contemplados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. A los derechos civiles se les conoce como derechos de autonomía y a los derechos políticos, como derechos de participación.



Dentro de estos derechos se encuentran:

- El derechos a la vida: este derecho, tanto individual como colectivamente lo ostenta todo ser humano con el objeto de mantener y desarrollar plenamente su existencia biológica y social conforme a su dignidad. Sobre la vida descansan cada uno de los derechos y valores que el ser humano es portador. El Estado debe proveer todos los medios o mecanismos apropiados para garantizar al individuo las condiciones elementales de vida, desde que surja la misma hasta su fallecimiento, aportándose dichas condiciones básicas para desarrollarse física y emocionalmente durante toda su existencia.

La vida en sí, es un estado dinámico donde se desarrollan los elementos sustanciales del hombre y se subsanan en el nacimiento, evolución, reproducción y muerte, por lo que el Estado debe proteger cada uno de ellos para el desarrollo de la humanidad y como consecuencia de la sociedad. Este derecho, internacionalmente se encuentra estipulado en La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la nutrición, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los grupos y las instituciones encargados de promover y proteger los derechos humanos y las



libertades fundamentalmente universalmente reconocidos, la ejecución del plan de acción internacional sobre envejecimiento y actividades conexas, la Declaración Universal sobre la Erradicación del hambre y la malnutrición y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.

El derecho a la libertad en su sentido más lato se manifiesta en la facultad que tiene todo individuo de obrar de una manera u otra, sin ningún tipo de restricción o coacción, siempre y cuando su decir u actuar no contravenga las leyes y las buenas costumbres.

La libertad simboliza el derecho que tiene el hombre para ejercer su facultad natural de poder y querer conducirse, según su voluntad y sin limitación, salvo la legal. La libertad garantiza la confianza del hombre para autodeterminarse y regirse según sea su voluntad. El derecho a la libertad garantiza la exclusión de la esclavitud de la detención ilegal. Dentro de este derecho, se desprenden otros como la libertad de expresión, de asociación, de comercio, de conciencia, de cultos de enseñanza, de prensa, de reunión, de testar, la familia, la laboral, la sexual, y la individual.

Este derecho se encuentra consagrado en los siguientes instrumentos internacionales: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de



Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre Derechos del Niño, Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (Convenio 169), Declaración sobre el derecho y el poder de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Convención sobre la esclavitud, y los principios, reglas y declaraciones de derechos humanos en la administración de justicia.

- El derecho a la igualdad: fundamentalmente consiste en reconocer a cada ser humano la igualdad de derechos que ostenta. Este derecho viabiliza a cada uno de los individuos en colocarlos en una ecuanimidad o paralelismo de posibilidades para su desarrollo y desempeño en la sociedad. El derecho a la igualdad se ha profundizado en el sentido que, la legislación debe de ser igual para todos pero en igualdad de circunstancias.

La legislación debe realizar dicha igualdad dentro de cada categoría o grupo determinado. Este derecho se encuentra estipulado en los instrumentos internacionales siguientes: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional



de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre Derechos del Niño, Convención sobre la igualdad de remuneración, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, Conferencia mundial contra el Racismo, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Declaración de los derechos del retrasado mental, Declaración de los derechos de los impedidos y normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

- Derecho a la tutela judicial efectiva: consiste en el derecho que tienen las personas de exigir una administración de justicia por parte del Estado en condiciones igualitarias, accesibles y justas dentro del estado social y democrático. Además, establece una serie de garantías procesales, tales como: el derecho a un juez ordinario y preestablecido en la ley, derecho a la defensa material y técnica, derecho a un proceso público, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la comunidad de la prueba, el derecho a recursos legales, derecho a obtener resoluciones fundamentadas y el derecho a la ejecución de la sentencia. Dentro de las garantías específicas en materia penal, están los derechos a ser informado de la acusación, el derecho de no declarar contra sí mismo, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a una persona de la resocialización y el ne bis in idem, etc. Este derecho se encuentra



consagrado en los siguientes instrumentos internacionales: La Declaración Americana de los Derechos y Derechos del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre Derechos del Niño, Convención contra la tortura y otros tratos a penas crueles, inhumanos o degradantes, Convenio sobre pueblos indígenas y triviales (Convenio 169), Declaración sobre derechos y deberes de los individuos, los grupos y las instituciones encargadas de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente conocidos y los principios, reglas y declaraciones de derechos humanos en la administración de justicia.

- Derecho a la seguridad: se refiere a los mecanismos de protección que se le debe de proporcionar al ciudadano por parte del Estado. Tiene íntima relación con el derecho de libertad, puesto que reclama la existencia de un ordenamiento jurídico, que se aprueba por la colectividad a través de sus representantes que le garanticen y permitan una seguridad jurídica y así cada individuo puede actuar como le parezca apropiado bajo ciertos límites sociales. El derecho de seguridad no es exclusivo a la limitante del Estado para actuar arbitrariamente, sino que también permite una seguridad social, refiriéndose a la asistencia en situaciones de necesidad, tales como enfermedades, catástrofes naturales, desempleo, invalidez y protección a la tercera edad. Este derecho se encuentra contemplado en los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Americana de los Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto



Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración sobre el progreso y el desarrollo social de los Convenios y Declaraciones o reglas sobre los derechos Humanos en la administración de justicia.

- Derecho a la integridad personal: es un derecho complementario del derecho a la vida y la salud, puesto que en este derecho se hace valer el respeto a la integridad de cada una de las personas. La integridad personal, no abarca solamente el aspecto físico, sino también lo moral. En estos dos elementos se fundamenta la individualidad personal, puesto que garantizan la inmunidad de las personas contra todo tipo de intervenciones que carezcan del consentimiento del titular.

Dentro de los convenios internacionales que lo hacen valer, están: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención sobre Derechos del Niño, Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, Convenio sobre el trabajo forzoso, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.



- **Derecho al honor:** es en la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde aparece por vez primera este derecho y se refiere a la protección contra actos que puedan afectar la dignidad o menoscabar la fama o estima de una persona de conformidad a los valores o ideas sociales en cada momento. Como se expuso, esta garantía se encuentra contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales.

- **Derecho a la familia:** consiste en la facultad que tienen todos los individuos de formar una familia para su desarrollo y desenvolvimiento social y lograr establecer un buen futuro no solamente personal, sino colectivamente tomando como fundamento que la familia es la base de la sociedad. Todas las personas tienen el derecho de velar por la protección integral de la familia por parte del Estado, el derecho a una compensación económica familiar, y el derecho a la defensa del bien de familia así como a una vivienda y condiciones de vida digna. Dentro de este derecho se sustenta otro como lo es el de la libertad para contraer matrimonio. Estos derechos se sustentan en los instrumentos internacionales siguientes: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención



Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios.

- **Derecho a la religión:** se refiere a la libertad que tiene toda persona de elegir su creencia religiosa. Esto significa, el derecho de los individuos de pensar y de creer en cosas distintas y consiste en el respeto que se merece cada quien para su pensar y su creencia. Su fundamento internacional se encuentra en: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

- **Derecho a la intimidad:** es otro de los derechos a la personalidad y se refiere al derecho que tiene toda persona de no ser incursionada en su privacidad; esto quiere decir el derecho que tiene cualquier individuo a querer estar solo, como una decisión más íntima y personal y por ello el Estado debe de proteger esta decisión, con el objeto de no ser interrumpido en su determinación. Este derecho, se puede manifestar por el disfrute que tiene la persona en áreas donde desea excluir a los demás. Las garantías que hacen valer este derecho son: la



inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa. Este derecho se constata en los siguientes instrumentos internacionales: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los Derechos del niño, Declaración de los impedidos y las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.

- **Derecho a la propiedad:** es un derecho fundamental por virtud del cual las personas tienen reconocida y asegurada la titularidad, así como el uso y disfrute de los bienes de carácter patrimonial. Este es un derecho humano garantizador de los bienes que forman el patrimonio de las personas en cuanto a los medios imprescindibles para su subsistencia y en su desarrollo. Cada uno de los individuos tiene el derecho de adquirir y contar con bienes con el objeto de progresar personalmente y socialmente. El Estado, tiene la obligación de reconocer y proteger el patrimonio de cada una de las personas. En este derecho se establece la posibilidad de la preeminencia del interés público sobre la propiedad privada. Su sustento internacional se encuentra establecido en: La Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.



- **Derecho a la nacionalidad:** es un derecho que vincula e identifica a las personas con los estados naciones y esto tiene como consecuencia los derechos políticos de los individuos y el acceso a programas sociales y educativos que los Estados están obligados a proporcionar a sus habitantes. Los instrumentos internacionales que la reconocen son: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención para reducir los casos de apartida, Convención sobre el estatuto de los Apátrida, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven y la Convención sobre la nacionalidad de la mujer.

- **Derecho al asilo:** se refiere al derecho que tiene todo ser humano de recibir por parte de algún Estado extranjero la protección o asistencia necesaria, por haber salido del Estado propio por problemas de índole político, religioso o cultural, etc. Se encuentra estipulado en los instrumentos internacionales siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, Convención sobre el Derecho de Asilo, Convención sobre el Asilo político, Convención sobre el Asilo territorial y la Convención sobre el Asilo diplomático.



- **Derecho a elegir y ser electo:** es el derecho a la participación política por parte de los ciudadanos. Cada uno de los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos con el objeto de elegir libremente a sus representantes o de ser elegido por sus conciudadanos. Con este derecho, también se protege la facultad de acceder a las funciones y cargos públicos que tiene cualquier ciudadano de un país. Los instrumentos internacionales que lo regulan son: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración de los Derechos de los Impedidos y las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

- **Derecho de petición:** es un derecho que pertenece a las personas y permite que las mismas dirijan sus solicitudes a los poderes públicos, requiriéndole todo tipo de diligencias, reproches, quejas o suplicas, sin que se incluya el derecho a obtener una respuesta favorable. Este derecho se encuentra estipulado internacionalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Declaración del Milenio de Derechos Humanos, Convenio sobre los pueblos indígenas y tribuales y la Declaración de derechos de los impedidos.

- **Derecho a la asociación:** este derecho salvaguarda la libertad de las personas para formar o pertenecer a organizaciones políticas, culturales, deportivas, religiosas, cívicas o laborales, con el objeto de desarrollar la convivencia social y



democrática. Al derecho de asociación se le denomina derecho a la autoorganización, puesto que los asociados tienen el derecho a establecer en sus estatutos los fines a los que obedece su Constitución Política y determinar los órganos y normas a través de los cuales manifiestan su voluntad.

Su fundamento internacional se encuentra en: la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, Declaración de los derechos de los impedidos y el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

- Derecho de reunión: la diferencia del derecho de reunión con el de asociación, fundamentalmente consiste en que el de reunión es una aglomeración o unión de personas de forma transitoria y pacífica para un fin, a diferencia de la asociación, puesto que es la unión de personas con sentido permanente para perseguir un objeto, con reconocimiento de su personalidad jurídica. Tanto en el derecho de reunión como el de asociación, se protege la libertad de comunión libre entre dos o más personas. Su fundamento internacional, se encuentra en la Declaración universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, instituciones nacionales de promoción



y protección de los derechos humanos, Declaración de los derechos de los impedidos y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

- Derecho a la libertad del pensamiento: es el derecho que tiene todo ciudadano de deliberar y disfrutar de su pensamiento y creencia. El Estado tiene la obligación de respetar cada una de las reflexiones o razonamientos personales y de tomar medidas contra cualquier acto que tienda a limitar este tipo de derechos. Este derecho se encuentra sumamente relacionado con el de libre expresión, puesto que éste es el que permite la libertad de difundir sus ideas o pensamientos.

Su fundamento internacional se encuentra en la Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño, Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

- Derecho a la libertad de expresión: se refiere a la protección de cada una de las personas para poder expresar y difundir públicamente por cualquier medio, las opiniones o apreciaciones que considere al respecto sobre cualquier acto o circunstancia que perciba por cualquiera de sus sentidos. Lo importante de este



derecho se garantiza en la libertad de expresión de ideas, la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y a comunicar y recibir libremente información veraz por la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas.

- b) Derechos económicos, sociales y culturales: forman la segunda generación y estos derechos velan por el bienestar económico, la educación, la cultura y el acceso al trabajo, siendo los mismos el derecho que tiene como fin principal el desarrollo de los seres humanos dentro de una sociedad.

“Estos aparecieron como consecuencia de los derechos establecidos en la primera generación puesto que se hacen necesarios y se consideran indispensables para ser efectivos los derechos civiles y políticos. En el siglo XIX, se empiezan a cuestionar los derechos fundamentales aunque estén consagrados en la Constitución. Además, surgieron críticas contundentes, que expresaban que los hombres formalmente son iguales ante la ley pero realmente desiguales en la sociedad”.²⁷

²⁷ Ibid. Pág. 105.



Se plantea entonces que para que los derechos sean efectivos y puedan ser disfrutados por todos, se requieren condiciones sociales mínimas que garanticen a todos el acceso el ejercicio de esos derechos en el mundo real para tener igualdad, seguridad, vida, patrimonio o igualdad y se hace indispensable contar con trabajo, educación, salud y vivienda.

Con estos derechos se hace necesaria la intervención estatal, de acuerdo a sus posibilidades, para garantizar el acceso a estas garantías. A esta clase de derechos, se les denomina colectivos, puesto que benefician a un grupo de personas y no a una misma. Esto plantea el paso del Estado liberal de derecho clásico al Estado social.

Los derechos de la segunda generación comprenden:

- **Derecho al trabajo:** es el derecho que tienen las personas de elegir la actividad que le proporcionará los medios para su subsistencia, así también permite hacer efectivo el derecho a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Con este derecho se garantiza un salario razonable y justo, el derecho de vacaciones, el derecho a jornadas de trabajo legales, el derecho a compensación por el trabajo en horas extraordinarias, el derecho a descanso semanal, el derecho a indemnización por cesación del trabajo, el disfrute del tiempo libre y de



condiciones de infraestructura limpias, agradables e higiénicas que el trabajo permita.

Su fundamento internacional se encuentra en: La Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y en la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos.

Los grupos y las instituciones encargadas de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos son la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, Convenio sobre la materia de empleo y ocupación, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Convenio sobre la edad mínima, Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento y actividades conexas, Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, Convenio sobre el trabajo forzoso, Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, Convenio 100 sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor y el Convenio 182 sobre la erradicación de las peores formas de trabajo infantil.



- **Derecho a la seguridad social:** este derecho es uno de los llamados sociales, puesto que garantiza a las personas el derecho a la solidaridad social con el objeto que la sociedad en pleno le brinde su apoyo y recursos para poder satisfacer cualquier eventualidad que le perjudique como la falta de empleo, la falta de salud, falta de capacidad natural para laborar, o vejez, etc. Este derecho lo garantiza la solidaridad de la sociedad para cubrir sus necesidades básicas de subsistencia derivado de situaciones de privación pecuaria. Su fundamento internacional se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y la Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social.
- **Derecho de huelga:** se refiere a las medidas de presión por parte de los trabajadores frente a los patronos o empresarios. Con este derecho, los trabajadores colocan el contrato de trabajo en una fase de suspensión que limita la libertad del empleador, que se ve vedado para contratar otros trabajadores para cerrar arbitrariamente la empresa. Regularmente este derecho se hace



valer con el propósito de mejorar las condiciones de los empleados, tales como el salario, las condiciones laborales y la salubridad, etc.

Su fundamento internacional se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador, Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

- Derecho a la libertad sindical: es el derecho de asociarse por parte de los trabajadores con el objeto de proteger sus intereses frente al patrono. Este es un derecho individual cuya titularidad le pertenece a todos los afiliados. Los empleados que forman el sindicato tienen la libertad de elegir sus representantes, determinar la organización y administración de sus actividades, redactar sus estatutos y delinear las acciones que consideren necesarias. Este derecho limita al patrono a todo tipo de represalias contra los trabajadores que ejercen libremente la libertad sindical.

Su fundamento internacional se encuentra en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y su protocolo de San Salvador, Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección



del derecho de sindicación y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

- **Derecho a la educación:** para lograr la superación y desarrollo de las personas se hace necesario hacer valer el derecho a la educación, puesto que es la base del desarrollo de una sociedad. Se considera que la educación es un derecho base para exigir el cumplimiento y disfrute de otros derechos humanos. El derecho a la educación abarca lo relacionado a la educación primaria, secundaria y universitaria como mecanismo de impulso al desarrollo. Se necesita de una gratuidad en la educación primaria y básica y una facilidad de acceso a la enseñanza superior.

- Su fundamento internacional se encuentra en: la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y la Declaración de los Derechos de los impedidos.

- **Derecho a una adecuada calidad de vida:** cada una de las personas tiene el derecho a una vivienda, a la salud, al bienestar social, a la asistencia médica, al vestuario, alimentación etc., con el objeto de mantener un nivel de vida digna a



todo ser humano. Su fundamento internacional se encuentra en: la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención sobre la obtención de los alimentos en el extranjero, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Declaración y Programa de acción de Viena, la Declaración del Milenio, Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento y actividades conexas, Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la nutrición, Declaración sobre el derecho al desarrollo, Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/ SIDA y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

- Derecho a la vida cultural: se refiere al derecho de poder participar libremente en la vida cultural de la comunidad, a disfrutar de las artes y a la participación de los progresos científicos y beneficios de los mismos. Con este derecho, se protege la propiedad sobre las producciones científicas, literarias o artísticas. Su fundamento internacional se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y su protocolo de San Salvador, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, Declaración



sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad.

- c) Derechos de solidaridad o de la tercera generación: estos derechos son complementarios, puesto que permiten al ser humano una existencia de mundo pacífico. Son derechos que se presentan como respuesta a la contaminación de las libertades tales como la calidad de vida y el medio ambiente, que se ven dañadas a consecuencia, desarrollo y sofisticación tecnológica que ha redimensionado las relaciones entre los hombres.

Esta clasificación contempla la supranacionalidad de los derechos y se caracteriza por no ser solamente reclamable por parte del Estado, sino que se puede llevar a cabo por un conjunto de sujetos tales como el Estado mismo, el individuo, las entidades públicas y la comunidad internacional.

En la actualidad se encuentra en formación el tercer pacto internacional, denominado derechos de solidaridad. Los documentos de índole internacional que hacen valer esta clase de derechos son la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de África de Derechos Humanos de 1986 y la Declaración y programas de Acción de Viena de 1993.



Estos derechos comprenden:

- Derecho al desarrollo del ser humano: se refiere al desarrollo integral de todos los ciudadanos. Este desarrollo contempla el beneficio económico, social y cultural para todos los seres humanos del mundo. Con este derecho se pretende tener acceso a los contemplados en las distintas declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos. El desarrollo implica una accesibilidad a los medios de educación, vivienda, salud y alimentación, así como a los medios de transporte, a la comunicación, al deporte y el derecho al ocio.

Su fundamento internacional se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Declaración sobre el desarrollo, Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social y Declaración del programa de Acción de Viena.

- Derecho a la libre determinación de los pueblos: se sustenta bajo la premisa de que todos los Estados tienen la plena libertad de determinarse, por lo que permite que cada una de las naciones disponga de libertad y que su condición política determine su desarrollo económico, social y cultural. A través de este derecho, ha surgido el derecho de los pueblos de ejercer soberanía sobre sus



recursos naturales, donde se destaca el derecho de las naciones a disponer sobre las riquezas y recursos naturales. Asimismo, la libre determinación permite que todo ser humano pueda reivindicar su pertenencia o alguna comunidad étnica, religiosa o lingüística. Su fundamento internacional se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (169), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios y Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas y religiosas y lingüísticas.

- Derecho al medio ambiente: este es un derecho que se fundamenta en la preocupación actual por los constantes deterioros que sufre el medio ambiente a nivel mundial, principalmente por el desarrollo industrial y la tecnología moderna.

Con el medio ambiente contaminado de sustancias no naturales puede que se cause al ser humano un grave peligro a su salud, se produzca un grave daño a la atmósfera y surja la limitante del disfrute a un medio ambiente sano y agradable.

Lo que se persigue con este derecho es limitar a lo máximo el daño que se está produciendo al medio ambiente refiriéndose no solamente a la contaminación de



ríos, lagos, el medio marino y el ámbito atmosférico. Dentro de los principios que se hacen valer se encuentra la protección, el derecho de autoprotección, el deber de cooperación, el deber de información y consulta y el deber de precaución o de cautelar por parte de los estados del globo terráqueo.



CAPÍTULO IV

4. La sustracción internacional de menores de edad regulada en el Convenio de La Haya y sus derechos humanos

“La sustracción internacional de menores de edad se configura cuando un menor de edad es trasladado o bien retenido de forma ilícita, por uno de sus padres en un país distinto al de su residencia habitual”.²⁸

En ese sentido, se les tiene que brindar protección a los menores de edad en el plano de carácter internacional, en cuanto a los efectos dañinos perjudiciales que puede ocasionarle un traslado o una retención ilícita y en relación al establecimiento de los procedimientos que permitan asegurar su restitución, así como también garantizar la protección del derecho de visita.

Los intereses de los menores de edad son de importancia, para todos los asuntos relacionados con su custodia. Es fundamental, brindar la adecuada protección al menor en el plano internacional en relación a los efectos perjudiciales que le puede ocasionar un traslado o una retención que sea ilícita, así como establecer los procedimientos adecuados que permitan asegurar la restitución inmediata del menor de edad en un Estado en el cual tenga su residencia habitual y asegurar la protección del derecho de visita.

²⁸ Acosta Romero, Miguel. **Los delitos y las penas**. Pág. 90.



4.1. Finalidad

El Artículo 1 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.
- b) Velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

Además, los Estados contratantes son los que se encuentran encargados de la realización de todas las medidas necesarias para que se pueda asegurar el cumplimiento de los objetivos del Convenio en sus respectivos territorios, para lo cual tienen que acudir a los procedimientos legales.

4.2. Ilícitud del traslado y retención de menores de edad

El Artículo 2 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.



- b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Se utiliza el término Convenio como sinónimo de Convención.

El derecho de custodia mencionado en que puede resultar en particular de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.

4.3. Regulación de la sustracción de menores de edad en el Código Penal

La sustracción de menores de edad, se encuentra regulada en la legislación penal guatemalteca en los siguientes artículos:

El Artículo 209 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Sustracción propia. Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo tuviere contra la voluntad de estos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte.

La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento”.



El Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 210: "Sustracción impropia. Quien, hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años".

El Artículo 211 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Sustracción agravada. En caso de desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción, serán sancionados con prisión de seis a doce años.

Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada la pena se reducirá en la forma que corresponde, mediante recurso de revisión".

4.4. Aplicabilidad

El Artículo 4 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: "El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita.

El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años".



4.5. Contenido

El Artículo 5 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: "A los efectos del presente Convenio:

- a) El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.
- b) El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual".

4.6. Autoridades centrales

Son las entidades que están designadas por cada Estado contratante con la finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, siendo su función la de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus correspondientes Estados, con el objetivo de asegurar la restitución inmediata de los menores para conseguir el resto de los objetivos de la Convención.

Además de adoptar de forma particular ya sea de manera directa o a través de un intermediario todas las medidas apropiadas que permitan los siguientes aspectos: localizar al niño, niña o adolescente; prevenir que el niño, niña o adolescente sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes que se encuentran interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales, facilitando



soluciones amigables; intercambiando información relacionada con la situación social del menor; facilitando información general sobre la legislación del país relativa a la aplicación del Convenio, facilitando la apertura de un proceso judicial o administrativo con la finalidad de lograr la restitución o el derecho de visita; concediendo o facilitando la obtención de asistencia judicial incluyendo la participación de un abogado; garantizando desde el ámbito administrativo la restitución sin peligro si fuese apropiado y manteniendo mutuamente información sobre la aplicación y eliminación de los obstáculos que pueden oponerse a su aplicación.

El Artículo 6 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “Cada uno de los Estados contratantes designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados Federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema de derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una autoridad central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la autoridad central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la autoridad central de dicho Estado”.

El Artículo 7 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos



Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita.
- b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resultan perjudiciales las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales.
- c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.
- d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente.
- e) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente.
- f) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio.
- g) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.
- h) Conceder o facilitar según el caso la obtención de asistencia judicial y jurídica incluida la participación de un abogado.
- i) Garantizar desde el punto de vista administrativo la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.



- j) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar en la medida de lo posible los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación”.

4.7. Restitución del menor de edad

El Artículo 8 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “Toda persona institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor o la de cualquier otro Estado contratante para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá:

- a) Información relativa a la identidad del solicitante del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido del menor.
- b) La fecha de nacimiento del menor cuando sea posible obtenerla.
- c) Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor.
- d) Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor.
- e) Una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes.
- f) Una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia



habitual o por una persona calificada con respeto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado.

Cualquier otro documento pertinente”.

El Artículo 9 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “Si la autoridad central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el Artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la autoridad central de ese Estado contratante e informará a la autoridad central requiere en su caso al solicitarse”.

La autoridad central del Estado en donde se encuentre el menor tiene que adoptar o hacer que se adopten todas las medidas que sean necesarias y tendientes a alcanzar la restitución voluntaria del menor.

Además, las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes llevarán a cabo sus actuaciones en los procedimientos para la restitución de los menores de edad.

El Artículo 12 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “Cuando un menor se haya trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde



se halle el menor, y hubiere transcurrido un período competente se ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud del menor”.

El Artículo 13 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.
- b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.



La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente Artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”.

4.8. Agentes activos y pasivos

El agente activo es el progenitor “a”, o sea, el padre o la madre que ha sustraído a su hijo. El agente pasivo es el progenitor “b”, o sea el padre o la madre, por cuanto únicamente los progenitores tienen el derecho de la patria potestad.

4.9. Derecho de visita

El Artículo 21 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores regula: “Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el



cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar en la medida de lo posible todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las autoridades centrales directamente o por vía de intermediarios podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo”.

4.10. Análisis de la sustracción internacional de menores de edad regulado en el Convenio de La Haya y de la custodia a sus derechos humanos lesionados en Guatemala

La sustracción es la acción que conlleva la vulneración de los derechos de guarda y custodia, convivencia y contacto que se encuentran asignados o están por asignarse por autoridad competente o sencillamente acordado por los padres. Es una acción que implica la necesidad de llevar a cabo un proceso restitutorio respecto del menor de edad, eficaz, expedito, transparente, con reducción de formalidades, en donde se tienen que respetar las debidas garantías.

“La conducta de sustracción de un menor desencadena un proceso de localización y restitución del menor al Estado donde residía habitualmente antes de la vulneración de sus derechos”.²⁹

²⁹ Beccaria, César. **Tratado de los delitos y las penas**. Pág. 76.



Cuando se configura la sustracción de un menor de edad por sus padres existe un daño ante la lesión de un interés humano tutelado y valorado normativamente como antijurídico e imputable, objetiva y subjetivamente, cuyo origen y motivo se encuentra en la conducta humana, la cual se encuentra ligada por una relación de causalidad. Por ende, tiene que ser atribuible a un sujeto, el cual necesariamente puede reparar conforme al correspondiente criterio de imputación, el daño causado a ese interés afectado.

Las implicaciones jurídicas derivadas de la sustracción, respecto de la figura paterna o materna, tienen que medirse de manera diferenciada ya sea civil o penalmente. Civilmente, mediante el retiro o suspensión de los derechos derivados de la patria potestad, guarda o convivencia, asignada por autoridad competente y de forma diferida a la tramitación del proceso restitutorio; y penalmente, con pena privativa de libertad de forma diferenciada e igualmente diferida al proceso restitutorio si el caso lo amerita.

La sustracción consiste en una acción de vulneración de los derechos tuitivos que se encuadran en el ámbito familiar y que, como consecuencia directa, implican un proceso restitutorio, de localización y restitución que desencadena necesariamente la pérdida de derechos civiles que tuviera asignados el padre sustractor.

Doctrinariamente la retención y ocultación se encuentran referidas a la acción de sustraer, la cual consiste en la acción en la cual reside la esencia del delio.



La expresión genérica sustracción se ajusta perfectamente tanto a la retención como a la ocultación debido a que el menor queda sustraído a la potestad de las personas que hayan sido expresadas, aunque no medie traslación que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente establecida.

“Los ofendidos son los padres y el poder de decisión legítimo que ellos tienen en relación al menor de edad, es la falta de consentimiento de alguno de ellos la cual es necesaria para la configuración del ilícito”.³⁰

La normativa vigente, lo que busca es resguardar la libertad individual del menor que haya sido sustraído, o sea, que su bien jurídico violentado es tanto la libertad individual como el derecho de los familiares.

El bien jurídico tutelado por el ordenamiento no se limita a la libertad, sino que también se extiende al conjunto de los derechos de los que se ve privada la persona sustraída durante el tiempo que dura la permanencia de la conducta ilícita.

El autor del delito de sustracción de menores de edad tiene interferencia en la asignación de los roles y derechos familiares del grupo familiar al que pertenecía el sustraído y en el que desarrollaba su vida y consecuentemente esa acción de sustraer reasigna posiciones familiares por encima del control estatal debido a que el autor se arroga, de esa manera potestades que únicamente le son correspondientes al Estado,

³⁰ *Ibid.* Pág. 96.



quien es el único sujeto que está legitimado legalmente para el reconocimiento, asignación y reasignación de los derechos de familia.

Para que se configure la sustracción, la legislación requiere que el autor o autores de la misma aparten al menor de la esfera de custodia en que se encuentra, la cual es otorgada legalmente a los padres, tutores o demás encargados. Además, no se considera como impedimento por la existencia de los efectos de configuración del tipo el consentimiento del menor.

La tenencia del niño es propia de quién lo tiene de hecho y no necesita que sea de derecho, debido a que la acción de sustraer se encuentra consumada al momento que ese poder de custodia es interrumpido sin justificación legal alguna.

El delito de sustraer se concibe como el sencillo traslado del menor a un lugar que difiere de aquél donde se encuentra bajo el amparo de las personas a quienes el precepto legal es referente y en donde la acción queda consumada cuando, de hecho, se ha alcanzado la sustracción, aunque el rapto haya de manera efectiva consolidado su dominio sobre el menor, el cual puede de forma eventual continuar con los actos de resistencia, o quedarse en poder de terceros que sean desconocidos por el autor.

No se requiere de ningún acto en especial como la utilización de violencia, amenaza o algún tipo de ardid. Además, el consentimiento del menor es completamente ineficaz, o bien no hace desaparecer la delictuosidad del hecho, debido a que se desprende que



los menores no cuentan con el juicio suficiente para manejar de forma libre sus acciones.

En todo proceso restitutorio el interés superior del menor tiene uno de sus parámetros en un factor temporal, siendo dos los motivos: el primero, por los prejuicios que se pueden ocasionar si el proceso se extiende en el tiempo, y, segundo, debido a los beneficios que pueden derivar para el padre sustractor al ver la forma cómo se consolida una situación que nació irregular después de la vulneración de los derechos de familia.

“El padre sustractor intenta legitimar la sustracción solicitando la determinación de los derechos de familia en el Estado donde se encuentra retenido el menor de edad. El sustractor busca legitimar su conducta mediante litigios locales en el Estado de retención del menor, el cual no es coincidente con el de su última residencia habitual”.³¹

Para lograr ese objetivo convencional, es necesario contar con un proceso rápido, con plazos breves, que se ayude a no superar el término y donde las actuaciones de las distintas autoridades administrativas y judiciales, sean sancionadas con carácter de urgencia.

La sustracción de menores se entiende como consumada con cualquier acto que sea tendiente a la remoción del menor de la custodia de sus padres contra la voluntad expresa o presunta.

³¹ *Ibid.* Pág. 105.



En el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se establece la edad de dieciséis años para que la misma sea aplicable, debido a que a partir de esa edad se entiende que un joven ya cuenta con voluntad propia, la cual difícilmente puede ser ignorada por sus padres, parientes o autoridades administrativas o judiciales.

El Convenio de la Haya es un instrumento que tiene un elevado número de Estados parte y por ello un elevado impacto en la práctica de los procesos restitutorios. En la actualidad, funciona en todos los continentes y en muy diversos sistemas legales. Además, cuantos más Estados ratifiquen o se adhieran al Convenio, mayor será el efecto disuasorio. De esa forma, los Estados contratantes deben animar a otros Estados a ratificar o adherirse al Convenio.

Dentro de la temática que representa la sustracción, es esencial el establecimiento de las vías y de los mecanismos de cooperación interestatal que ayuden a dar el impulso necesario que agilice la localización y restitución de los menores de edad.

Un elemento esencial de la cooperación internacional es un sistema que estipula el reconocimiento y la ejecución entre Estados de decisiones en materia de contacto y de custodia que hayan sido emitidas con base en los criterios de competencia convenidos o aprobados. Los procedimientos de reconocimiento y ejecución tienen que ser simples, económicos y rápidos.



La solución eficaz a la sustracción de menores, se traduce en un esfuerzo internacional en el que se implican gran número de países para lograr un progresivo marco de cooperación entre ellos con el que, se impiden este tipo de conductas, que es la labor privativa de cada Estado a través de su ordenamiento interno.

También, se tiene que reconocer que la actuación e intervención protectora de los poderes públicos, tiene que estar encuadrada en los términos delineados en la Convención de los Derechos del Niño, principalmente en el principio de convivencia armoniosa, de reintegración e integración familiar.

El Convenio de La Haya no restringe la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido, ni la invocación de otras normas jurídicas del requerido, para la obtención de la restitución de un menor que sea trasladado o retenido de forma ilegal o para la organización de su visita.

La tesis constituye un aporte significativo para la sociedad guatemalteca y es de útil consulta para la bibliografía guatemalteca al dar a conocer la sustracción internacional de menores de edad, que se encuentra regulada en el Convenio de La Haya.



CONCLUSIONES

1. No se denuncia toda sustracción internacional de menores por alguno de sus progenitores, ni se investiga el estado de cada país, ni tampoco se llevan a cabo actividades de promoción de sus actividades y objetivos para la protección a los menores de edad y la prevención de los mismos por parte de alguno de sus padres, tutores o familiares.

2. No existe un examen interdisciplinario encargado del ofrecimiento de una visión conjunta e íntegra de los elementos, implicaciones, características y alcance de la figura de la sustracción internacional de menores de edad, ni un estudio multidisciplinario que pase por un examen de las diversas controversias de la actual realidad normativa para que se cuente con un panorama del análisis de esta figura.

3. Existe desconocimiento de los operadores jurídicos en relación al conocimiento de la regulación autónoma de origen interno y convencional de origen internacional que a la fecha la República guatemalteca tiene para que se afronten y se den respuestas íntegras de la responsabilidad jurídica de la sustracción internacional de menores de edad regulada en el Convenio de la Haya.



4. La inexistencia de un análisis profundo de la sustracción internacional de menores de edad y de la custodia a sus derechos humanos lesionados en la sociedad guatemalteca, permite la contradicción de conceptos en las instituciones, siendo ello lo que ha provocado una distorsión de la aplicación de sus derechos perjudicando a la niñez que se encuentra en medio del conflicto.



RECOMENDACIONES

1. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), debe dar a conocer que no se denuncian las sustracciones internacionales de menores por alguno de sus progenitores, ni se investiga el estado de cada país, ni tampoco se llevan a cabo actividades encargadas de promover sus objetivos para proteger a los menores de edad y prevenir los mismos por parte de sus padres, familiares o tutores.
2. Que la Comisión Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, señale la inexistencia de un examen interdisciplinario que ofrezca una visión real de los elementos de la figura de sustracción internacional de menores y así pueda encargarse de proponer soluciones que permitan el ofrecimiento de un panorama global del análisis de la figura.
3. El Pacto de la Sociedad de Naciones, debe indicar que el gobierno guatemalteco tiene que señalar el desconocimiento de los operadores jurídicos y en especial de la sociedad guatemalteca para conocer que es necesario afrontar y dar respuestas globales relacionadas con la responsabilidad jurídica de la sustracción internacional de menores que regula el Convenio de la Haya.



4. El gobierno de Guatemala, debe dar a conocer la inexistencia de un análisis profundo del delito de sustracción internacional de menores de edad que se regula en el Convenio de La Haya y de la custodia a sus derechos humanos lesionados en Guatemala, siendo ello lo que permite la contradicción de conceptos, provocando distorsiones al aplicar los derechos humanos protectores de la niñez.



BIBLIOGRAFÍA

- ABURA MÉNDEZ, María Teresa. **Tratado de derecho internacional público**. México, D.F.: Ed. Taurus, 2009.
- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Los delitos y de las penas**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2005.
- BECCARIA, César. **Tratado de los delitos y las penas**. Madrid, España: Ed. Ministerios de Justicia, 1993.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1989.
- DÍAZ CISNEROS, César. **Derecho internacional público**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Tipográfica S. R. L., 1955.
- GAVIRIA MATEUS, Enrique Eliseu. **Historia del derecho internacional público**. México, D.F.: Ed. Harla, S.A., 1996.
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional público**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- MONCAYO VINUESA, Adolfo. **El derecho internacional público**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Zavalia, 2000.
- MONTIEL ARGUELLO, Mario Alejandro. **Manual de derecho internacional público**. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1989.
- MORENO QUINTANA, Lucio. **Derecho internacional público**. México, D.F.: Ed. Reus, 1986.
- ORTIZ AHLF, Loretta. **Fundamentos del derecho internacional público**. México, D.F.: Ed. Harla, 1999.



REUTER, Paul. Manual de derecho internacional público. Bosch, Barcelona : Ed. Harla, S.A., 1996.

SAGASTUME GEMELL, Marco Antonio. Curso básico de derechos humanos. Guatemala: Ed. Universitaria, 1991.

SORENSEN, Max. Manual de derecho internacional público. México, D.F.: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998.

VALENCIA VILLA, Hermelindo. Derechos humanos. Guatemala: Ed. Cronográfica, 2000.

ZENTENO BARILLAS, Julio César. Derecho internacional público. Guatemala, D.F.: Ed. Universitaria, 1991.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional. La Haya, 25 de octubre de 1945.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Uruguay, 5 de julio de 1989.