

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

**INCIDENCIAS JURÍDICAS DE LA INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS TUTELARES DE MENORES DE EDAD**

KEVIN BALDOMERO SÁNCHEZ LINARES

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2022

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

**INCIDENCIAS JURÍDICAS DE LA INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS TUTELARES DE MENORES DE EDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KEVIN BALDOMERO SÁNCHEZ LINARES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2022

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jacóme
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Lic.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Marco Vinicio Villatoro
Vocal:	Licda.	Aura Mariana Donis Molina
Secretario:	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Nidya Graciela Ajú Tezaguic
Vocal:	Lic.	Alex Franklin Méndez Vásquez
Secretario	Lic.	Marvin Alexander Figueroa Ramírez

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 22 de febrero de 2021.

Atentamente pase al (a) Profesional, MYNOR ROLANDO MORALES ZACARIAS
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
KEVIN BALDOMERO SÁNCHEZ LINARES, con carné 201143902,
 intitulado INCIDENCIAS JURÍDICAS DE LA INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LOS
DERECHOS TUTELARES DE MENORES DE EDAD.

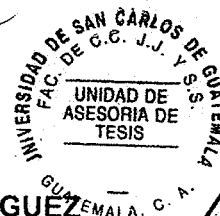
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
 bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
 de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
 concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la
 bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
 que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
 pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



ASTRID JEANNETTE LEMUS RODRÍGUEZ
 Vocal I en sustitución del Decano



Fecha de recepción 22 / 02 / 2021

f)

Mynor Rolando Morales Zacarias
ABOGADO Y NOTARIO
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)



LIC. MYNOR ROLANDO MORALES ZACARÍAS
ABOGADO Y NOTARIO
11-56 zona 1, Edificio Santo Domingo, oficina 6
Ciudad de Guatemala
Cel. 36003937



Guatemala 13 de mayo de 2021

Jefatura de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Su despacho:

De conformidad con la resolución emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha 22 de febrero del año 2021, a través en la cual se me nombra asesor de tesis del estudiante **KEVIN BALDOMERO SÁNCHEZ LINARES**, quien desarrolló el tema intitulado **INCIDENCIAS JURÍDICAS DE LA INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS TUTELARES DE MENORES DE EDAD**, rindo a usted el siguiente:

DICTAMEN.

1. **Contenido científico y técnico:** Es importante mencionar que la investigación realizada no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también al análisis objetivo de teorías y aportes existentes, tanto en el orden legal como académico, por lo que su contenido técnico y científico es satisfactorio, ya que logra a través de él, comprobar el supuesto en el que se basó su investigación.
2. **Técnicas y métodos de investigación:** A través de la revisión del trabajo de investigación, se puede establecer la utilización de los métodos de investigación deductivo, analítico y comparativo o analógico. Así mismo se utilizaron técnicas de investigación bibliográficas, jurídicas y documentales, que ayudaron a plasmar el marco teórico. En definitiva, el trabajo de tesis se ajusta a la metodología y técnicas de investigación utilizadas.
3. **Redacción:** Se evidencia conocimiento y dominio de las normas de ortografía y redacción, a través del desarrollo adecuado de cada uno de los capítulos, haciendo manifiesto el interés de comprobar los supuestos de la investigación.

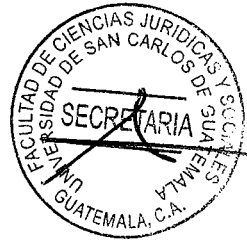


4. **Conclusión discursiva:** En la conclusión discursiva se puede establecer que el estudiante, de forma jurídica, expone los hallazgos de la investigación y efectúa la recomendación pertinente, lo cual es adecuado y oportuno para el contexto en el que se desarrolló la misma, y del mismo modo, la conclusión de dicho trabajo es congruente con el trabajo final.
5. **Contribución científica:** La investigación, a través de la deducción, el análisis y la analogía, aporta conocimientos jurídicos relacionados con la temática de los conflictos, se estima que el tema es de mucha relevancia nacional, busca promover de manera positiva la efectividad posible que puedan llegar a obtener un operador de justicia dentro de las diferentes etapas de los procesos relacionados con menores de edad, así logrando un ordenamiento jurídico que se apegue a la realidad social.
6. **Bibliografía utilizada:** En relación con la bibliografía utilizada, se observa que, para el desarrollo del informe final de la tesis, se utilizó doctrina de autores nacionales y extranjeros y se analizó la legislación interna y de otros países, relacionada a la materia, lo cual es adecuado.
7. **Parentesco:** Declaro que no tengo parentesco dentro de los grados de ley ni amistad íntima con la estudiante.

En conclusión, el trabajo de la tesis del estudiante **KEVIN BALDOMERO SÁNCHEZ LINARES**, cumple con las exigencias del suscrito asesor y sustenta de manera satisfactoria los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por tanto resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE** para que pueda continuar con el trámite correspondiente para su aprobación.

Atentamente,

Lic. Mynor Rolando Morales Zacarias
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala martes, 27 de septiembre de 2022

JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE**, respecto de la tesis de **KEVIN BALDOMERO SÁNCHEZ LINARES**, cuyo título es **INCIDENCIAS JURÍDICAS DE LA INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS TUTELARES DE MENORES DE EDAD**.

El estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que, a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente.

Atentamente

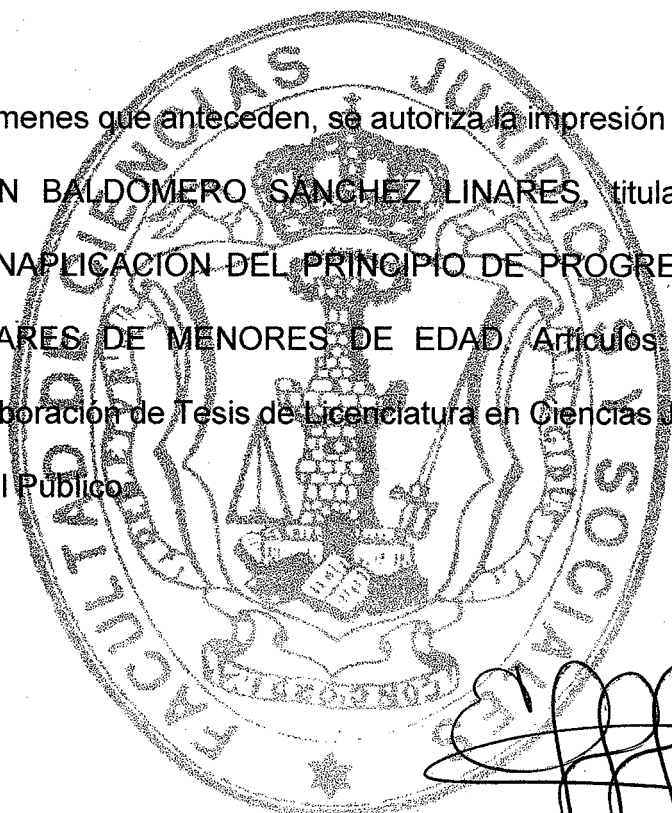
ID Y ENSEÑAD A TODOS

M.A Juan Carlos Gölcher Campollo
Consejero de Comisión de Estilo

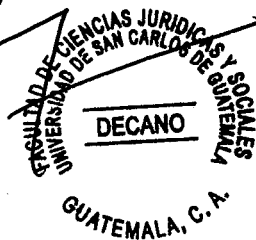
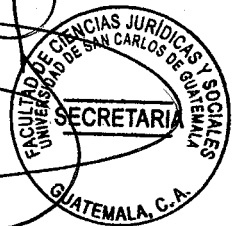
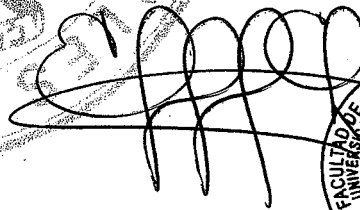
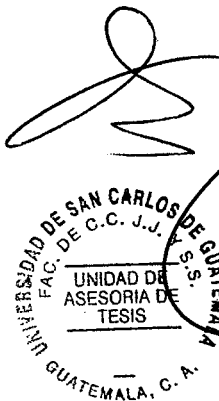


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintidós de noviembre de dos mil veintidós.

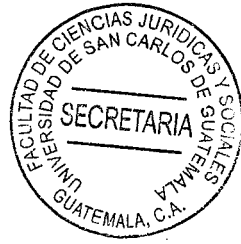
Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante KEVIN BALDOMERO SANCHEZ LINARES, titulado INCIDENCIAS JURÍDICAS DE LA INAPLICACION DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS TUTELARES DE MENORES DE EDAD. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



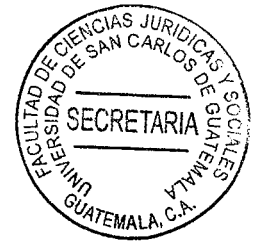
CEHR/SAQO



DEDICATORIA



- A MI SEÑOR DIOS:** Fuente de inspiración en vida.
- A SAN JUDAS TADEO:** Abogado de las causas difíciles.
- A MIS PADRES** Baldomero Sánchez Santos y Carmelina de Jesús Linares Interiano, por su apoyo y comprensión a lo largo de mi vida y carrera universitaria.
- A MI FAMILIA:** Por el apoyo que me han brindado.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, grande entre las del mundo.
- A:** La gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por cobijarme en sus aulas.



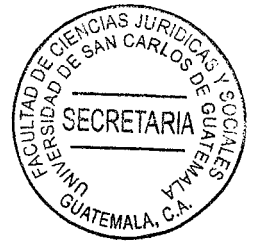
PRESENTACIÓN

La investigación realizada pertenece al derecho de la niñez y adolescencia, y al derecho internacional porque, se analizan las consecuencias jurídicas que se originan del incumplimiento de los derechos tutelares de menores de edad. Entre ellas, la vulneración del interés superior del niño y el derecho de relaciones familiares. Los menores de edad constituyen el sujeto de estudio, teniendo como objeto de investigación las medidas y circunstancias que vulneran los derechos tutelares de menores en Guatemala. La investigación realizada es de carácter mixto, al estudiar tanto al sujeto, desde el aspecto económico, sociológico, jurídico y político, con relación del principio de progresividad contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente en Guatemala.

El espacio geográfico que sirvió de referencia para realizar esta investigación es el municipio de Guatemala del departamento de Guatemala, durante el periodo comprendido del año 2010 al año 2021. Utilizando registros estadísticos, y resoluciones judiciales, principalmente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, y sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

Puede contribuir a la creación de nuevas leyes o reformar las que actualmente están vigentes, así como dar un concepto más amplio y concreto en la idea de que los menores de edad necesitan protección y cuidado especial que les garantice el desarrollo físico, mental, social, moral y espiritual con libertad y dignidad.

HIPÓTESIS



La falta de interpretación, voluntad y capacidad de adoptar las medidas necesarias por parte del Estado de Guatemala, para conseguir la plena efectividad de los derechos tutelares de menores de edad, genera una serie de conflictos e incidencias, que dan lugar a que instituciones públicas y judiciales, al carecer de un grupo o comité multidisciplinario especializado en la materia, adopten criterios y políticas arbitrarias al interés superior del niño consagrado en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, afectándolo en su desarrollo pleno.

Materializándose de esta forma la inaplicación del principio de progresividad en los derechos tutelares de menores de edad.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Mediante la implementación de los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo; derivado del estudio de la legislación nacional e internacional y resoluciones judiciales, se comprobó la hipótesis planteada, en virtud que se estableció que instituciones públicas y judiciales, al resolver adoptan criterios contrarios al interés superior del niño, por ejemplo en los juzgados de menores del departamento de Guatemala, cuando el juez en un acto arbitrario, envía a los menores a hogares temporales que no cumplen con los estándares internacionales de cuidados, violentando el derecho a la familia, y al fortalecimiento de los vínculos familiares. De igual forma, al denegar la custodia a los familiares presentes en las audiencias respectivas, argumentando que no se ha realizado el estudio socioeconómico, obviando que el parentesco y la filiación no se demuestran con un estudio socioeconómico. Entre otros criterios y políticas arbitrarias de los juzgados de menores, la de permitir a los familiares relacionarse con el menor, 30 días después de dictadas la medida.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Incidencias jurídicas	1
1.1 Generalidades	1
1.2 Definiciones	5
1.3 Clasificación según la doctrina	7
1.4 Naturaleza	10
1.5 Regulación jurídica de los incidentes en el sistema guatemalteco	10
1.5.1 Ley del Organismo Judicial	11
1.6 Principios procesales relacionados al incidente	14
1.6.1 El debido proceso	15
1.6.2 De concentración	16
1.6.3 De celeridad	18
1.6.4 De inmediación	18
1.6.5 De oralidad	19
1.7 Análisis del procedimiento incidentales con sus incidencias	20
1.7.1 Etapa explosiva	20
1.7.2 Etapa probatoria	20
1.7.3 Etapa decisoria	22



CAPÍTULO II

2. Aplicación de ley.....	27
2.1 Igualdad en la aplicación de la ley.....	27
2.1.1 Definición	29
2.1.2 Fundamento.....	32
2.1.3 Consecuencias.....	33
2.2 La aplicación de la ley en el tiempo.....	35
2.2.1 Consecuencias.....	37
2.3 Derechos humanos y la aplicación de la ley.....	38
2.3.1 Derechos Humanos.....	40
2.3.2 Consecuencias de la inaplicación de los derechos humanos.....	42
2.4 La no discriminación en la aplicación de la ley.....	47
2.5 Aplicación de las normas jurídicas.....	48
2.5.1 Conceptos centrales de la aplicación de las normas jurídicas.....	50
2.5.2 Técnicas jurídicas en la aplicación de las normas jurídicas.....	53
2.5.3 Aplicación privada y pública de las normas jurídicas.....	54
2.5.4 Problemas relacionados a aplicación de las normas jurídica.....	55
2.5.5 Interpretación de la ley.....	56
2.5.6 Clases de interpretación.....	59
2.5.7 Métodos de interpretación	60
2.5.8 Integración de la ley.....	61
2.5.9 Procedimiento de integración.....	62
2.6 La aplicación retroactiva.....	64



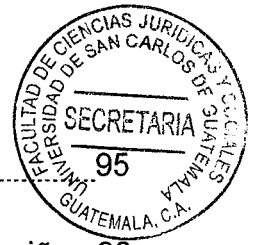
2.7 La aplicación de la ley.....

CAPÍTULO III

3. El principio de progresividad.....	67
3.1 Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad.....	67
3.2 Concepto y parámetros de aplicación.....	68
3.2.1 La progresividad en los distintos ámbitos jurídicos.....	69
3.2.2 La progresividad en la interpretación jurídica.....	70
3.2.3 La progresividad como principio estructurador del ordenamiento constitucional.....	71
3.3 El bloque de constitucionalidad.....	74
3.3.1 Definición y naturaleza.....	74
3.4 Consideraciones sobre el principio de progresividad en el tema de los derechos humanos.....	76
3.5 El principio de progresividad y no regresividad.....	78

CAPÍTULO IV

4. Los derechos tutelares de menores de edad.....	87
4.1 El interés superior del niño.....	87
4.2 Interpretación del interés superior del niño.....	89
4.2.1 Caracterización del interés superior del niño.....	90
4.2.2 Los órganos que han de aplicar el interés superior del niño.....	93



4.2.3	Criterios aplicables para determinar el interés superior del niño.....	95
4.2.4	Consecuencias de la correcta aplicación del interés superior del niño.....	96
4.3	La aplicación del principio del interés superior del niño.....	97
4.4	El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño.....	99
4.5	Técnicas para determinar el interés superior del niño.....	101

CAPÍTULO V

5.	Incidencias jurídicas de la inaplicación del principio de progresividad en los derechos tutelares de menores de edad.....	107
5.1	Análisis general.....	107
5.2	A manera de conclusión.....	119
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....		125
BIBLIOGRAFÍA.....		127

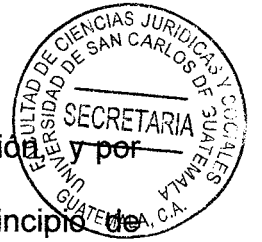


INTRODUCCIÓN

La investigación se justifica en la necesidad de hacer conciencia a los jueces de menores de edad y en general al órgano jurisdiccional, sobre la necesidad de interpretar la tutela de menores de edad en conjunto con el principio de progresividad y el interés superior del niño; para lograr de esta forma aplicar de mejor manera las leyes que regulan lo referente a menores de edad, por los órganos jurisdiccionales, y además lograr un mayor respeto hacia los derechos humanos de los que resulten involucrados en el proceso.

El objetivo general propuesto es concientizar a los diferentes actores judiciales y sujetos procesales, para que se cumpla con el principio de progresividad en los derechos tutelares de menores de edad, los cuales según la hipótesis planteada se exponen como vulnerables ante la falta de interpretación, voluntad y capacidad del Estado de Guatemala en adoptar las medidas necesarias para su plena efectividad y desarrollo, al resolver de forma separa al interés superior del niño.

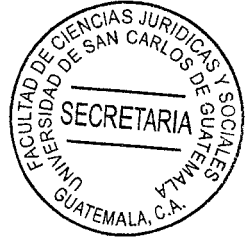
La investigación se estructuró en cinco capítulos, siendo los siguientes: en el primero, incidencias jurídicas, que desarrolla los obstáculos que se pueden encontrar en el trascurso del proceso, en el segundo se desarrolla la aplicación de ley, desde el punto de vista del principio de igualdad y la consecuencia lógica de su aplicación, en el tercero se desarrolla el principio de progresividad, que consiste en un principio interpretativo y además de un parámetro que indica que los derechos no pueden disminuir, el cuarto contempla, los derechos tutelares de menores de edad, teniendo



como punto de partida el interés superior del niño, su interpretación y aplicación y por último se encuentran las incidencias jurídicas de la inaplicación del principio de progresividad en los derechos tutelares de menores de edad.

En la metodología utilizada se encuentra el método científico, analítico, sintético, inductivo y deductivo. Como técnica de investigación se empleó la documental y bibliográfica. Del estudio y desarrollo de la presente investigación se concluye que derivado de la inaplicación del principio de progresividad en estos casos, se suscitan varios incidentes dentro del proceso y como consecuencias se obtiene la violación de este derecho y de otros que impiden un desarrollo verdadero del menor de edad. Lo cual se puede evitar si el Estado de Guatemala, cumpliera con su fin principal de garantizar el bien común de su población, y en este caso especial la de los menores de edad.

CAPÍTULO I



1. Incidencias jurídicas

Para empezar a desarrollar el trabajo de investigación es necesario y para una mejor comprensión, empezar por el inicio (valga la redundancia), y es que el tema a desarrollar empieza con la frase: **incidencias jurídicas**, por lo que se hace necesario analizar y desarrollar estos conceptos y responder a la interrogante de: ¿Qué es un incidente?, y por consiguiente, luego de resuelto la interrogante, analizar las consecuencias jurídicas de un incidente.

1.1 Generalidades

Debe tenerse presente que “el estilo lingüístico mediante el que se formula la norma jurídica no es completamente independiente de la naturaleza de la misma”¹. Entre ambos existe cierta correlación.

En el sentido aquí indicado, se debe subrayar la importancia que en las leyes tiene el preámbulo, como parte diferenciada del texto de la ley, teniendo, así como su función suasoria, pues su finalidad es que aquel a quien el legislador dicta la ley acepte la prescripción, es decir, la ley, con buena disposición de ánimo, y gracias a ella con mayor docilidad.

¹Raderuch, G.; **Introducción a la filosofía del derecho**, Pág. 13



Entonces se puede observar que durante un proceso en repetidas ocasiones cabe la posibilidad de encontrar incidencias que interpelen el procedimiento. Las incidencias pueden ser de carácter primario o no, tener una relación con el asunto o hecho primordial y ser lo suficientemente importante para interrumpir o modificar el proceso. Debido a lo anterior, las incidencias suelen definirse como: “Obstáculos que el proceso en su conjunto, o en lo individual, puede encontrar al transcurso de sus diversas etapas”.² Son capaces de impedir el desarrollo normal del proceso y que por ende es necesario resolverse en el carácter de su imposibilidad de definir la pretensión procesal.

Los incidentes son circunstancias o sucesos que de forma inesperada pueden afectar el desarrollo del proceso, debido a que inciden de forma peculiar en una de las etapas del proceso y en su resultado final. Estos eventos surgen de forma ajena a las partes involucradas en el proceso y además son ajenas al hecho en sí mismo, sin embargo, deben resolverse en términos de lo estipulado por la ley, ya que de no ser de esta manera es muy probable que cualquiera de las partes utilicen estos eventos para impedir o imposibilitar la resolución jurídica, así como frenar el proceso o modificar el resultado.

Ahora bien, para obtener definiciones del término incidente, se debe acudir al derecho romano y *Ius Civile*, porque es en este sistema en donde se encuentra los primeros indicios de las incidencias que podrían ocurrir en un proceso; cerca de Guatemala, se puede mencionar la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil mexicana.

²Satta, Salvatore.; **Manual de derecho procesal civil**. Pág. 198



El término incidente: “Se deriva del latín *incido*, *incidens* (acontecer, interrumpir, suspender) significa en su acepción más amplia lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal y, jurídicamente, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal”³.

Los incidentes fueron desconocidos en los primeros tiempos del derecho romano, por la razón de que imperando en el procedimiento de aquel pueblo el sistema formulario, no tuvieron cabida hasta que la *litis contestatio*, no significando ya la fórmula pretoriana, se reducía a una simple exposición y contradicción de la demanda entablada, no produciendo ninguna innovación en el pleito cuyo efecto estaba reservado a la sentencia.

La doctrina de los incidentes comprende diversos problemas de importancia práctica evidente, haciendo necesario los cuestionamientos siguientes: ¿Deben los incidentes resolverse antes de la cuestión principal? ¿Suspenden el curso del juicio? ¿Las sentencias que los resuelven tienen la fuerza de la cosa juzgada material y son verdaderas sentencias? Las leyes y jurisprudencia han resuelto de diversas maneras estas cuestiones.

En el derecho romano solo se consideraban como sentencias las resoluciones sobre la cuestión principal, todas las demás que surgían durante el juicio, se reservaban para la definitiva.

³Cámara Botía, Alberto. **Enciclopedia jurídica básica**. Pág. 494

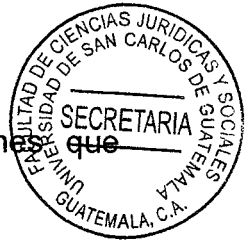


El derecho germánico modificó ese sistema que tiene la ventaja de hacer más rápido el procedimiento y originó las llamadas sentencias interlocutorias o sea las que resuelven los incidentes antes de que llegue al final del juicio.

Tienen ese nombre porque se refieren a cuestiones locutorias, es decir, a las que surgen *interlocutus*. Paraphrasing De la Maza, dice a este respecto: Que el problema de las interlocutorias, según los más autorizados romanistas, está íntimamente ligado con el de la cosa juzgada. Los textos reservan la palabra sentencia para expresar técnicamente una decisión jurisdiccional que se pronuncia definitivamente sobre la demanda.

Las interlocutorias que no reciben el nombre de sentencias, son decisiones rectoras del procedimiento que, de ordinario, solo cumplían esta misión, aunque alguna vez se emplearon para fijar la cuestión de derecho, para expresar la opinión del juez sobre las discutidas o para resolver poco a poco las que se presentase.

El derecho canónico, lo mismo que el germánico, consideró como sentencias verdaderas a las interlocutorias y admitió que los incidentes se resolvieran antes que la cuestión principal y que no pocos de ellos paralizaran el curso del juicio, sistema este que fue adoptado por las leyes españolas y por los códigos latinoamericanos. Más aún, las interlocutorias también alcanzan la fuerza de la cosa juzgada en las cuestiones incidentales que resuelven. Los autores clásicos distinguieron diferentes clases de incidentes: los puros y simples, que solo conciernen al procedimiento, los relacionados con la cuestión litigiosa principal, cuya decisión podía causar un gravamen irreparable



en la sentencia definitiva y, finalmente, aquellos que resuelven cuestiones que prejuzgan el fondo del negocio.

1.2 Definiciones

Se define al incidente como: “Toda cuestión que surge durante el transcurso de un proceso y que, de alguna manera afecta, o puede afectar, o incidir en su tramitación, resultados o intereses de las partes; siendo, bajo este planteamiento, sus características definitorias esenciales, la conexión o relación con el objeto, presupuestos o trámites de aquel, y la exigencia de una resolución independiente, previa o simultánea”⁴. Con base en dicha definición, Montón Redondo, citado en la enciclopedia de jurídica básica, afirma que: “Parece claro que un incidente no es algo específico de uno u otro tipo de proceso, sino que puede plantearse en cualquiera de ellos, sea cual fuere el orden jurisdiccional ante el que se promueva”.⁵

Por lo tanto, independientemente de que en una norma positiva se contemple o no un apartado o capítulo para la regulación de incidentes, cuando se presente una cuestión que requiera tramitación y resolución destacada respecto al resto de la materia u objeto del juicio, debe considerarse como incidente no especificado, abrir su curso y dictar la resolución a la brevedad. Existen incidentes que se resuelven juntamente con la pretensión principal y otros que necesitan un pronunciamiento anterior. Ordinariamente, la diferencia estriba en que, en los segundos, la cuestión incidental requiere ser

⁴Ibíd.

⁵Ibíd.



analizada antes del pronunciamiento en lo principal, por tratarse de algún presupuesto procesal o alguna pretensión que requiere ser definida para estar en condiciones de resolver sobre la procedencia de otras o las demás.

En este sentido puede indicarse que: “Toda cuestión que exige pronunciamiento especial es incidente. En cuanto a sus efectos, los incidentes pueden resultar de previo y especial pronunciamiento, los que impiden la prosecución del juicio principal y se substancian en la misma pieza de autos, y de solo especial pronunciamiento, los que no oponen obstáculos a la tramitación de la cuestión principal, ni suspenden el trámite inicial”⁶. Así, la palabra incidente puede aplicarse, entre otros, a todos los acontecimientos accesorios que se originan en un negocio e interrumpen, alteran o suspenden, su curso ordinario.

Parafraseando a Francesco Carnelutti, los incidentes son todas las cuestiones que surgen entre la demanda y la decisión, en el sentido de que han de resolverse antes de la decisión de la *litis*.

Parafraseando al maestro Hugo Alsina, puede indicarse que el incidente es todo acontecimiento que sobreviene accesoriamente durante el curso de la instancia, con relación, más o menos inmediata, con el objeto del pleito, además puede establecerse la distinción de incidentes donde se requiere una resolución previa, cuando de la suerte de la cuestión promovida dependa la eficacia de los actos posteriores.

⁶Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág.373



De igual forma, otro reconocido autor, señala que: “Las resoluciones interlocutorias van depurando el juicio de todas las cuestiones accesorias, desembarazándolo de obstáculos que impedirían una sentencia de fondo, es decir, la finalidad de los incidentes es la de quitar todo obstáculo a la acción principal, dejando libre y expedito el procedimiento, a efecto de que el juez pueda pronunciarse sobre la acción principal”.⁷

Como se aprecia, hay coincidencia en la doctrina y el orden jurídico vigente, acerca de la existencia de incidentes de previo y especial pronunciamiento, cuando la cuestión a tratar deba ser resuelta antes de la principal, por ser presupuesto procesal o elemento necesario para resolver sobre la pretensión principal del juicio. Se les llama de especial pronunciamiento, porque han de resolverse mediante una sentencia, a la que se denomina interlocutoria, que únicamente a ellos concierne, esto es, se trata de decisiones que recaen a determinadas cuestiones dentro del procedimiento, sin pronunciarse sobre el aspecto central del litigio, pues ello será objeto de la sentencia definitiva que en su momento se dicte.

1.3 Clasificación según la doctrina

Incidentes de simultánea sustanciación: Que son los que no ponen obstáculo a la prosecución del proceso principal y corren paralelamente a él, en cuerda separada, de acuerdo con el Artículo 137 de la Ley del Organismo Judicial. El incidente de sucesiva sustanciación: Son los que ponen obstáculo al asunto principal suspendiéndolo y se

⁷Couture, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 301



tramitan en la misma pieza. Así lo establece el Artículo 136 de la Ley del Organismo Judicial.

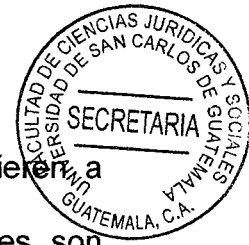
El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice: “Incidente es cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con él relacionada, que se ventila y decide por separado, suspendiendo a veces el curso de aquel, y denominándose entonces de previo y especial pronunciamiento”⁸. El incidente se define como: “litigio accesorio suscitado con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal y que se decide mediante una sentencia interlocutoria; o cuestión accesoría que se plantea dentro del proceso o con motivo de él, pero siempre dentro del curso de la instancia”⁹.

En la ley guatemalteca, en el Artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial, se define el incidente como: “Toda cuestión accesoría que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente”.

Según el derecho romano, solo se consideraban como sentencias las resoluciones sobre la cuestión principal planteada en la demanda. Todas las demás que surgían durante el juicio, se reservaban para la definitiva. Indica que el derecho germánico modificó este sistema que tiene la ventaja de hacer más rápido el procedimiento y originó las llamadas sentencias interlocutorias, o sea, las que resuelven los incidentes

⁸ Espasa Calpe. **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**. Pág. 1151.

⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**. Pág. 372.

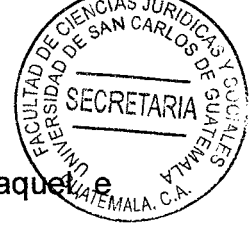


antes de que se llegue al fin del juicio. Tienen ese nombre porque se refieren a cuestiones locutorias, es decir, a las que surgen *interlocutus*. Interlocuciones son decisiones rectoras del procedimiento que de ordinario solo cumplen esta misión, aunque alguna vez se emplearon para fijar la cuestión de derecho, para expresar la opinión del juez sobre las discutidas o para resolver poco a poco las que se presenten.

Parafraseando al jurista español Manuel de la Plaza, quien hace una clasificación de los incidentes, orientada, según el ponente de la tesis, en el siguiente sentido: **a)** según su relación con el asunto principal, objeto del pleito o con la validez del procedimiento, en materiales o procesales, respectivamente. Distinción que tiene su base en el Artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español; **b)** En atención al procedimiento: ordinarios, los que se tramitan conforme a las normas genéricas de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, Título III que regula este procedimiento y especiales, los que tienen señalados en la misma ley, un procedimiento específico, entre los que cita el mencionado autor, la acumulación de autos, competencia, recusación, etc.

Según el ponente de esta tesis, esta clasificación no se aplica en nuestra ley, puesto que el Artículo antes mencionado indica que será tramitado como incidente, aquellas cuestiones que no tengan señalado por la ley un procedimiento.

Puesto que el Artículo 207 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, regula un procedimiento especial de incidente, el cual es específico al juicio oral; considera una tercera clasificación, en consideración a los efectos, incidentes que por ser obstáculo a la continuación del proceso exigen un procedimiento previo,



sustanciándose en la misma pieza de autos y produciendo la suspensión de aquellos incidentes que no obstan a que el proceso continúe, sustanciándose en pieza separada sin suspender aquel. Los primeros de previo pronunciamiento y los segundos de simultánea tramitación.

1.4 Naturaleza

En doctrina ha existido la discusión sobre si los incidentes son procesos principales o accesorios.

En ese sentido, se puede afirmar concretamente que los incidentes están instituidos como procesos accesorios que se suscitan con ocasión de un juicio principal. Normalmente, persiguen la resolución de conflictos procesales y en algunos casos materiales, mediante una resolución interlocutoria.

Los incidentes son breves procedimientos que resuelven cuestiones distintas del asunto principal del juicio, pero relacionadas con él. Su tramitación debe ser breve con el objeto de lograr la celeridad del conflicto original

1.5 Regulación jurídica de los incidentes en el sistema guatemalteco

Los incidentes en el sistema jurídico guatemalteco, regulados en el Capítulo III de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-68 del Congreso de la República de Guatemala, para el efecto se analizan los Artículos 135 al 140, de la referida ley.



1.5.1 Ley del Organismo Judicial

Artículo 135. Incidentes. “Toda cuestión accesoria que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente. Cuando las cuestiones fueren completamente ajenas al negocio principal, los incidentes deberán rechazarse de oficio. El auto que decida el incidente contendrá la condena en costas del que lo promovió sin razón, salvo evidente buena fe”. Este Artículo encuadra con la definición del incidente al establecer que toda cuestión que sobrevenga del asunto principal se tramitará como incidente, si no tiene señalado procedimiento especial como requisito de admisión, y debiendo tener relación con el asunto principal.

Artículo 136. “Suspensión del proceso. Los incidentes que pongan obstáculos al curso del asunto se sustanciaran en la misma pieza de autos quedando estos, mientras tanto, en suspenso. Impide el curso del asunto todo incidente sin cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho o de derecho, continuar sustanciándolo. En todo caso el tribunal deberá calificar la naturaleza del incidente al darle trámite”.

Artículo 137. Pieza separada. “Los que no pongan obstáculo a la prosecución del asunto, se sustanciaran en pieza separada que se formará con los escritos y documentos que señale el juez, y cuando estos no deban desglosarse, se certificarán en la pieza del incidente a costa del que lo haya promovido”. Los dos Artículos anteriores recogen la clasificación de los incidentes en aquellos de simultánea sustanciación, que son los que no ponen obstáculo a la prosecución del proceso



principal y corren paralelamente a él y se tramitan en cuerda separada, como el típico incidente de la impugnación de documentos por falsedad o nulidad que se regula en los Artículos 186 y 187 del Código Procesal Civil y Mercantil, y los de sucesiva sustanciación, también llamados de previo o especial pronunciamiento.

Estos últimos ponen obstáculo al asunto principal, suspendiéndolo y se tramitan en la misma pieza, como es el caso de los incidentes de las excepciones previas, aclarando que se menciona el Código Procesal Civil y Mercantil, debido a que es en este tipo de proceso en donde se habla directamente de incidente, tal y como fue en el derecho romano.

Sin embargo, esto no quiere decir que en los demás procesos no ocurre, ya que, si el trámite de este lo encontramos en una ley de carácter general, sobreentendiéndose que es para todos los demás procesos. Artículo 138. Trámite. “Promovido un incidente, se dará audiencia a los otros interesados, si los hubiere por el plazo de dos días. Los incidentes de nulidad carecerán de efectos suspensivos, excepto si el tribunal lo considera necesario y así lo declara en forma razonada y bajo su responsabilidad”.

Comentario, como todo proceso, el incidente debe cumplir con el principio constitucional del debido proceso, y con ello el principio de contradicción. En tal virtud es imperativo oír a la parte contraria, para lo cual se señala el plazo perentorio de dos días. El Artículo 139, regula la prueba, y al respecto indica: “si el incidente se refiere a cuestiones de hecho, el juez, al vencer el plazo de la audiencia, resolverá ordenando la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes al promover el incidente o al evacuar



la audiencia, en no más de dos audiencias que tendrán verificativo dentro de los diez días hábiles siguientes”. El precepto legal pretende concentrar la prueba en aquellos incidentes que se refieren a cuestiones de hecho, en cuyo caso la aportación de la prueba se concentra en un máximo de dos audiencias.

Respecto al procedimiento probatorio, se habla en doctrina de las fases de ofrecimiento, proposición y diligenciamiento de la prueba. Conforme a lo regulado para los incidentes en la legislación guatemalteca, las fases de ofrecimiento y petitorio de la prueba se encuentran concentrados en la interposición del incidente y en su contestación al evacuar la audiencia que por dos días se da y el diligenciamiento que se efectúa durante el periodo de prueba.

En sentencia de fecha 24 de febrero del año 2000, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, estableció lo siguiente: “La reforma mencionada varió la disposición citada en el sentido de que el periodo probatorio se abrirá con la resolución que señale audiencia para la recepción de las pruebas ofrecidas, obligando así a las partes a proponer, de una vez, su prueba y diligenciamiento de manera detallada en el inicio del incidente, para su promotor y en la evacuación de audiencia para el oponente”.

Ello también obliga a la autoridad a emitir su resolución de recepción de prueba y hacer cuanta declaración sea necesaria para recibir la legalmente ofrecida, conforme a las normas particulares que para su recepción se prevé para cada medio probatorio, es decir, la Corte de Constitucionalidad ha concluido que el procedimiento se establece en cuanto a que el ofrecimiento y proposición debe hacerse de una vez en el memorial que



promueve el incidente por quien lo plantea y en el memorial en la cual evacua la audiencia para la otra parte y la audiencia será exclusividad para el diligenciamiento de prueba.

Artículo 140. Resolución. “El juez, sin más trámite, resolverá el incidente dentro del tercer día de concluido el plazo a que se refiere el Artículo 138 o en la propia audiencia de prueba, si se hubiere señalado. La resolución será apelable salvo en aquellos casos en los que las leyes que regulan materiales especiales excluyan este recurso o se trate de incidentes resueltos por los tribunales colegiados. La apelación no tendrá efectos suspensivos y el asunto principal continuará su trámite hasta que se halle en estado de resolver, en definitiva. El tribunal que conozca en grado lo hará con base en copia de las actuaciones certificadas por la Secretaría correspondiente. Se exceptúan los incidentes que dieren fin al proceso, en cuyo caso se suspenderá el trámite”.

1.6 Principios procesales relacionados con el incidente

Se sabe que la estructura sobre la que se construye un ordenamiento jurídico procesal, son los principios procesales, cuya numeración no es cerrada, en virtud de que no en todos los tipos de procesos aplican los principios básicos.

No obstante, ello, entre los principios procesales más importantes, se pueden enumerar los siguientes: Del debido proceso, de concentración, de celeridad, de inmediación procesal, de oralidad, de económica, etc. La importancia que representan para el proceso es fundamental para el cumplimiento de la aplicación de justicia.

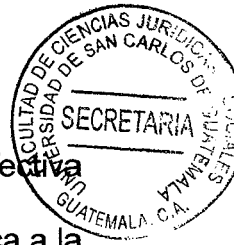
1.6.1 El debido proceso

Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala. “Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos, que no estén preestablecidos legalmente”.

Artículo 16 Ley del Organismo Judicial. “Debido proceso. Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo, y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos”. El derecho de defensa y los derechos de la persona se consideran inviolables. Esto significa que la defensa de la persona consiste en el hecho de ser oída antes de que se tome una decisión administrativa o judicial

El desconocimiento o violación de este derecho, en lo administrativo y en lo judicial, produce la nulidad absoluta. La doctrina jurídica advierte que la condena o la privación de derechos de la persona, es precedida del deber de advertir e invitar a la persona a



que se defiende. En lo administrativo y en lo judicial, la defensa se hace efectiva concediendo audiencia a la persona o interesada. La norma constitucional se aplica a la administración pública y a los tribunales. El proceso legal o debido proceso comprende el proceso judicial ante juez competente y preestablecido. Debido proceso, es el proceso que se sujeta a la ley, establece el procedimiento que debe seguirse sin que jueces y particulares puedan modificarlo, principio de imperatividad, excepto que la ley autorice la modificación.

El debido proceso comprende como mínimo: derecho de petición, garantía de defensa, término probatorio e igualdad ante los actos procesales. Preestablecido legalmente, significa que el proceso está regulado por una ley anterior a la fecha en que se toma la decisión judicial en contra de la persona. Antes de que ocurran los hechos deben existir las leyes y los reglamentos que se aplican. Los tribunales que juzgan a las personas serán comunes y públicos y no secretos.

1.6.2 De concentración

Por medio de este principio jurídico doctrinario se pretende que el mayor número de etapas procesales se desarrollen en el menor número de audiencias. Su objetivo va a la reunión de toda actividad procesal posible en la menor cantidad de actos, con el objeto de evitar su dispersión.

Dentro del derecho procesal civil guatemalteco, este principio es de aplicación especial en el juicio oral, regulado en el título II del Libro II del Decreto Ley 107, cuando se



establece en el Artículo 202, que, si la demanda se ajusta a las prescripciones legales, el juez señala día y hora para que las partes comparezcan a juicio oral y conforme a los artículos siguientes (203-204-205-206) las etapas de conciliación, contestación de la demanda, reconvención, excepciones, proposición y diligenciamiento de la prueba, se desarrollan en la primera audiencia, relegando para una segunda o tercera audiencia, únicamente el diligenciamiento de aquella prueba que material o legalmente no hubiere podido diligenciarse. Este principio pretende especialmente que las etapas de iniciación, desarrollo y decisión se desarrollen por audiencias y en el menor número.

Respecto a los incidentes, el principio de concentración se orienta fundamentalmente en lo que respecta a la etapa probatoria o de desarrollo y de decisión.

En ese sentido, cuando el Artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial establece que, si se refiere a cuestiones de hecho, el juez al vencer los dos días de audiencia a la otra parte resolverá ordenando la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes en no más de dos audiencias.

Entonces se pretende que la proposición y el diligenciamiento de prueba se desarrollen en audiencias, tal y como es el fundamento del principio de concentración. Ese principio, también se encuentra recogido en el Artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial, norma de carácter general que establece que la resolución del incidente se debe efectuar en la propia audiencia de prueba si se hubiere señalado, es decir, la fase de desarrollo o prueba y la de decisión en una sola audiencia, típico principio de concentración.



1.6.3 De celeridad

Este principio jurídico doctrinario pretende un proceso rápido y se fundamenta en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan los trámites innecesarios. Este principio se encuentra regulado en el Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece el carácter perentorio e improrrogable de los plazos y que además obliga al juez a dictar la resolución, sin necesidad de gestión alguna.

Dentro de los incidentes, sucede lo mismo, puesto que se pretende con la regulación legal, eliminar trámites innecesarios, de allí que se entienda la prontitud de la administración de justicia, cuando los incidentes carecen de efectos suspensivos, estableciendo además la obligación del juez de resolver el incidente sin necesidad de gestión alguna dentro de los tres días siguientes de evacuar la audiencia de dos días conferida a la otra parte o en la propia audiencia de prueba si se hubiere señalado, ordenando la recepción de prueba sin necesidad de gestión alguna y la apelación de la resolución interlocutoria no con efectos suspensivos.

1.6.4 De inmediación

Sin restarle importancia a los principios jurídicos doctrinarios antes señalados, el principio de Inmediación es de suma importancia en todo proceso judicial. Por medio del cual se pretende que el juez se encuentre en una relación o contacto directo con las partes, especialmente en la recepción personal de las pruebas. El Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil, contiene la norma que fundamenta este principio, al



establecer que el juez presidirá todas las diligencias de prueba, principio que de aplicarse redundaría en la mejor objetividad y valoración de los medios de convicción.

La Ley del Organismo Judicial, en el Artículo 68, establece también que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba por lo que, con particular importancia, en los incidentes, el hecho de que la prueba se desarrolle en audiencias hace imperativa la obligación del juez de presidirlas.

1.6.5 De oralidad

Contrario a la escritura, conforme este principio, prevalece la oralidad en los actos procesales, más bien que un principio, es una característica de ciertos juicios que se desarrollan por medio de audiencias y en los que prevalecen los principios de concentración e inmediación. En el proceso civil guatemalteco, el Artículo 201 establece la posibilidad de plantear o demandar verbalmente ante el juzgado, caso en el cual es obligación del secretario faccionar el acta respectiva.

Conforme las disposiciones del Título II, Capítulo I, Artículos del 199 al 228 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el proceso oral, prevalece la oralidad de la escritura.

Circunstancia que permite que la demanda, su contestación e interposiciones su oposición de excepciones, ofrecimiento y proposición de los medios de prueba e interposición de medios de impugnación puedan presentarse en forma verbal. Situación que en igual forma acontece en el derecho procesal laboral.



1.7 Análisis del procedimiento incidental con sus incidencias

En la legislación guatemalteca, el procedimiento de los incidentes comprende tres fases, siendo las siguientes.

1.7.1 Etapa explosiva

Con la demanda inicial, la cual debe llevar todos los requisitos de un memorial, sin embargo, si quien comparece, no ha actuado en el proceso, entonces debe llenar los requisitos de toda primera solicitud, y posteriormente contestación, o sea, la evacuación de audiencia que se le da a la otra parte o bien a otros interesados, dentro de un plazo de dos días. Con relación al planteamiento del incidente y la evacuación de la audiencia, el último párrafo del Artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial, sufrió reformas a través del Decreto 59-2005 del Congreso de la República de Guatemala, publicado en el Diario de Centro América el 12 de octubre del 2005, regulando lo siguiente: “Las partes deben ofrecer las pruebas e individualizarlas al promover el incidente o al evacuar la audiencia”.¹⁰

1.7.2 Etapa probatoria

Como se mencionó, el Artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial, fue reformado y en relación al período probatorio del incidente, dicho Artículo establece: “Prueba. Si el

¹⁰Ibíd.



incidente se refiere a cuestiones de hecho y cualquiera de las partes pidiere que se abra a prueba o el Juez lo considere necesario, el mismo se abrirá a prueba por el plazo de 8 días...”. Esta reforma aparentemente lo que persigue es el principio de celeridad y rapidez en el procedimiento, pero en realidad solamente el diligenciamiento de prueba es el que se acelera, porque el período de prueba empieza a correr hasta que estén notificadas las partes de la resolución que ordenó abrir a prueba el incidente, esto quiere decir, que según este Artículo el mismo nos remitió al procedimiento del juicio ordinario, con la diferencia que no es de 30 días, sino que de ocho días.

El problema es que actualmente los órganos jurisdiccionales tienen exceso de trabajo, los notificadores tienen la obligación de diligenciar la notificación que el lugar señalado por las partes y en muchas ocasiones el abogado tiene su dirección en una zona determinada, la cual es extremo de la otra dirección a donde se debe notificar, por lo que el notificador muchas veces se lleva medio día completo solamente para notificar un juicio y en la actualidad no llevan ni dos, ni tres juicios, sino miles de juicios.

Pero por la necesidad de que el plazo inicie al mismo tiempo para ambas partes, tienen que hacer el espacio los notificadores, así también deberá de consultarlo con el oficial, para señalar la audiencia y practicar los medios de prueba, en virtud de que el oficial tiene ya señaladas audiencias hasta seis meses después.

Mientras en el procedimiento anterior, una vez se le diera audiencia a la otra parte por dos días y esta estuviera notificada legalmente, inmediatamente al correr los dos días, se recibían las pruebas en no más de dos audiencias por 10 días, no se esperaba a



dictar una resolución para abrir a prueba y luego notificar para que corriera el plazo que sucede ahora.

1.7.3 Etapa decisoria

En el anterior procedimiento se dictaba el auto que resuelve el incidente en un plazo de tres días trascurrido el plazo de la audiencia a que se refiere el Artículo 138 de la Ley del Organismo Judicial, o bien en la propia audiencia de prueba. En la actualidad, con la nueva reforma, el juez resolverá el incidente sin más trámite dentro de tres días de transcurrido el plazo de la audiencia o si hubiere abierto a prueba, también se dictará el auto dentro de tres días.

Al hacer un análisis de la normativa anterior, o sea antes de las reformas, se observa que aparentemente se logró el objeto de poner en práctica el principio de celeridad, sin embargo, no es así, puesto que en la actualidad los órganos jurisdiccionales, el incidente no se abre a prueba, hasta no revisar en el libro de audiencias, si hay espacio para el diligenciamiento de esta. Por la forma como está redactado el artículo del período de prueba del incidente, como se indicó con anterioridad, se remite al período de prueba del juicio ordinario y acorta el período de prueba, el cual obliga al no tener el espacio necesario para su diligenciamiento.

En relación con el medio de prueba de declaración de parte, el Artículo 131 del Código Procesal Civil y Mercantil regula: “El que haya de absolver posiciones será citado personalmente, a más tardar, dos días antes del señalado para la diligencia...”.



En relación con la declaración de testigos, el Artículo 146 del mismo cuerpo legal indica: “El juez señalará día y hora para la práctica de la diligencia, debiendo notificarse a las partes con tres días de anticipación, por lo menos...”. El medio de prueba de reconocimiento judicial, el Artículo 173 de la misma normativa dice: “... Pedido el reconocimiento, el juez dispondrá la forma en que debe ser cumplido; señalará con tres días de anticipación, por lo menos el día y hora en que haya de practicarse y procurará en todo caso su eficacia...” En cuanto al medio de prueba de reconocimiento de documento, el Artículo 185 del citado Código, regula: “El que haya de reconocer un documento, será citado a más tardar dos días antes del señalado para la diligencia...”.

Según el análisis anterior, el órgano jurisdiccional solamente tiene ocho días para la práctica del diligenciamiento de prueba, en donde el notificador, que es a quien le corresponde diligenciar las notificaciones, deberá correr para que los medios de prueba sean notificados con antelación, tratando de cumplir con los plazos designados en la ley y el oficial deberá consultar el libro de audiencias para señalar la misma y contar con tiempo para recibir en una sola audiencia todas las pruebas ofrecidas por las partes, estas incidencias se dan por el tiempo tan corto del período de prueba.

Además, es necesario mencionar que no solamente los órganos jurisdiccionales corren, sino también las partes deben de estar pendientes, porque desde que se notifica la resolución de apertura a prueba, empieza a correr el plazo y si las partes no plantean en tiempo sus memoriales de recepción y diligenciamiento de prueba, este no se podrá llevar a cabo por no mediar el tiempo necesario para la práctica de la diligencia, a excepción de la declaración de parte.



La declaración de parte es el único medio de prueba en que la parte que debe absolver posiciones podrá justificar su inasistencia al diligenciamiento.

Así lo establece el Artículo 138 del Código Procesal Civil y Mercantil, segundo párrafo, el cual dice: “En caso de enfermedad legalmente comprobada del que debe declarar el Tribunal se trasladará al domicilio o lugar en que aquel se encuentre, donde se efectuará la diligencia a presencia de la otra parte, si asistiere; salvo que el estado del enfermo le impida declarar, a juicio del juez. A tal efecto, el interesado deberá justificar su inasistencia con dos horas de antelación a la señalada para la práctica de la diligencia; salvo que por lo repentino de la enfermedad fuere imposible, a juicio del juez, en cuyo caso se procederá conforme a lo dispuesto en el Artículo 131. De lo contrario se le declarará confeso a solicitud de parte”.

En el Artículo 50 de la Ley del Organismo Judicial indica: “Impedimento. Los plazos no corren por legítimo impedimento calificado o notorio, que haya sobrevenido al juez o a la parte.

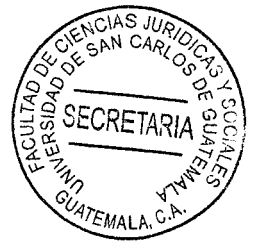
El plazo para alegarlo y probarlo cuando afecte a las partes es de tres días computados a partir del momento en que se dio el impedimento”. O sea, que, según estas dos normas, cuando la parte que deba absolver posiciones se encuentre enfermo y lo justifica en el tiempo estipulado, se acepta la excusa y la otra parte, o sea, quien propuso la prueba, a partir de la audiencia señalada, tendrá tres días computados para solicitar su diligenciamiento, aunque el período de prueba del incidente haya caducado, si en ese plazo no lo solicita, entonces ya no se acepta esta prueba.



Es el único medio de prueba que se puede diligenciar fuera de los ocho días que marca la ley para el diligenciamiento, fuera de esta prueba, todas deberán llevarse a cabo en el período que indica. En conclusión: un incidente es una acción accesoria para depurar el proceso principal, para que el proceso principal no pueda ser redargüido de alguna nulidad; pero como quedó demostrado en el breve análisis hecho con anterioridad en materia civil para un mejor entendimiento, este asunto hace que se atrase la aplicación de justicia porque en un sinfín de casos las partes utilizan esta herramienta para desviar la aplicación de justicia a un camino tortuoso y sin rumbo.

En el caso en concreto, el que busca la tutela judicial efectiva (parte demandante o con pretensión dentro del proceso) espera que le sea resuelta su inquietud o pretensión procesal, sin que se le vulnere ciertos derechos por la otra parte procesal o por el órgano jurisdiccional al momento de inaplicar la ley fundamental o aplicar en forma discriminatoria una ley, violentando el acceso a la justicia pronta y cumplida.

Sin mencionar, la vulneración del derecho de defensa, del debido proceso y el derecho de petición, violaciones de derecho que ocurren también en una mala interpretación de la ley o sin realizar tal interpretación e integración de la norma jurídica, razón por la cual en el siguiente capítulo se analizará lo referente a estos temas, mismos que se suscitan en la falta de aplicación o aplicación errónea de la ley.



CAPÍTULO II



2. Aplicación de ley

La aplicación de la delimitación en las leyes, estrictamente en el sentido de su validez, nos permite identificar el cuándo, dónde y a quién se le aplicarán sus efectos.

2.1 Igualdad en la aplicación de la ley

Para poder analizar la aplicación de la ley, primeramente, se debe de analizar el principio de igualdad, ya que la igualdad es un principio básico del ordenamiento jurídico guatemalteco, aclarando que no se ahondará en el análisis del principio, pero sí en sus manifestaciones o consecuencias, ya que una de sus manifestaciones es la igualdad en la aplicación de la ley.

Se debe de tomar en consideración que esta clase de igualdad se dirige a los órganos que ejercen jurisdicción y particularmente a los tribunales de justicia, y exige que se trate de la misma manera a aquellos casos que coinciden en todas sus propiedades relevantes, sin crear analogía especialmente en derecho penal.

Teniendo siempre presente que la igualdad en la aplicación de la ley es, además, un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico guatemalteco, de modo que su infracción genera una contravención constitucional cuyas consecuencias deberían de ser estudiadas, y debido a la falta de tiempo y espacio no se realizará plenamente



dentro del trabajo de investigación, sino que solamente se analizará lo que interesa al mismo.

Derivado de lo anterior, se puede decir que no parece difícil coincidir en que el principio de igualdad constituye uno de los pilares fundamentales de la organización política y jurídica de los estados contemporáneos.

En efecto, se trata de un principio recogido por diversos instrumentos internacionales y por la generalidad de las constituciones de nuestro entorno. En este sentido, ciertamente nadie dudaría que se trata de una exigencia jurídicamente vinculante para el legislador, para la administración pública y en especial para la administración de justicia, sin embargo, seguramente más dudosa sería la respuesta si se pregunta si este principio obliga a los demás operadores de justicia, y en caso de responder afirmativamente, probablemente se multipliquen las propuestas al explicar en qué se traduce esa obligación y cuáles son las responsabilidades al momento de inaplicar la ley en igualdad, al caso en concreto.

Y es que para precisar el significado de la igualdad en la aplicación de la ley se debe de partir desde la formulación clásica de la igualdad, “Pues de aquí nacen las bregas y contiendas, cuando los que son iguales no tienen iguales cosas, o cuando los que no lo son las tienen y gozan”,¹¹ hasta llegar al consenso doctrinario y argumentación *ius fundamental* de estos doctrinarios y de esa cuenta demostrar que la igualdad en la

¹¹Calmo Martínez, José Luis. **Aristóteles, Ética a Nicómaco**, Pág. 15



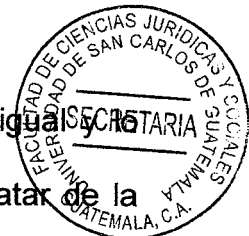
aplicación de la ley es un derecho fundamental en el ordenamiento guatemalteco, tal y como ya se mencionó, observando también la consecuencia de la exigencia del tratamiento que deben de dar los tribunales a los casos que son sometidos a su jurisdicción y competencia.

En ese orden de ideas, las razones que justifican prestar atención a la igualdad en la aplicación de la ley son, entre otras razones, el ahondar en una de las dimensiones menos exploradas del principio de igualdad, también el causar un alto impacto en la vida cotidiana de los ciudadanos, desde que se refiere a los órganos que ejercen jurisdicción para resolver los conflictos de relevancia jurídica que los afectan, y así relacionar íntimamente con los procesos de reforma procesal implementados en Guatemala.

Últimamente con los que se encuentran en proceso de formulación y con los ya fenecidos, en donde se arrije que la aplicación de la ley en igualdad de condiciones es indispensable para un debido proceso y respeto a la misma ley. Razón por la cual se hace necesario, plantear y proponer una definición de la aplicación de la ley, misma que veremos en las siguientes líneas.

2.1.1 Definición

No es de extrañarse que definir el concepto de igualdad en la aplicación de la ley es abrumador, complejo y a veces inexplicable, ya que se debe de analizar, por un lado, la formulación clásica de la igualdad, al mismo tiempo analizarla en su noción básica de



igualdad en la aplicación de la ley, conjugándolo con el significado de lo igual y lo desigual en esta clase de igualdad y por último analizar el significado de tratar de la misma manera y de diversa manera dentro de esta misma categoría de igualdad ciertos asuntos; pero no es el deseo de perjudicar al lector o dejarlo en un impase, sino más bien aclarar lo referente a este tema.

Razón por la cual un adecuado punto de partida para la comprensión de la definición del concepto de igualdad, la idea siguiente: “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales: y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”¹².

En ese sentido, a partir de tales ideas se ha acuñado la formulación clásica de igualdad, entendida como tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual.

Ahora bien, se debe de analizar también que las ideas, mencionadas en esta investigación, muestran que la igualdad, en el sentido en que se está analizando en la investigación, presenta dos características importantes que necesitan ser explicadas.

Primeramente, se trata de una igualdad normativa y no una igualdad en sentido y es que esa idea no describe un estado de cosas, no alude a la realidad, a cómo se presentan los hechos en el mundo. Lejos de ello, se trata de una exigencia, de una prescripción, una afirmación que se mueve en el plano del deber ser. Esta aclaración

¹²García Gual y Aurelio Pérez Jiménez. **La política, traducción**. Pág.280



parece casi innecesaria, si se considera, que no existe “Ningún rasgo con respecto al cual todos los seres humanos seamos iguales, es decir, que todos (o un número bastante elevado) lo tengamos en el mismo grado”.¹³

Y en seguida o, en segundo lugar, se debe de pensar en la noción de igualdad como un concepto relacional. Parafraseando a Alexy Robert, el concepto relacional significa que siempre se vinculan dos personas, objetos o situaciones, a esto también se le denomina en el campo del derecho, como los pares en comparación, secundado por otros autores.

Lo anterior se puede entender en analogía con las matemáticas, y es que el signo **igual** siempre implica una relación entre dos elementos, uno de los cuales se ubica a la derecha de ese signo y el otro se ubica a la izquierda de este.

En este sentido, y volviendo al plano jurídico, la igualdad se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se considera iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se considera desiguales entre sí.

A la inversa, la igualdad se vulnera cuando se trata de diversa manera a dos elementos iguales y cuando se trata de la misma manera a dos elementos desiguales. En conclusión, se puede decir que cuando en un determinado caso no existen elementos en comparación, entonces en el mismo no se encuentra involucrada la igualdad.

¹³Rawls, John. **Teoría de la justicia**. Pág. 458



2.1.2 Fundamento

La formulación clásica del concepto de igualdad cuenta con amplia aceptación tanto en el uso jurisdiccional contemporáneo, como en la doctrina nacional y comparada.

Precisamente, debido a ese consenso, todas las clases de igualdad, en cuanto constituyen especificaciones de la igualdad, pueden ser definidas a partir de su formulación clásica. Por la misma razón, esto es, por el consenso con que cuenta, se justifica que así sea. Dicho de otro modo, la noción clásica de igualdad se proyecta hacia las diversas clases de igualdad al momento de intentar una definición para estas últimas. Esto es evidentemente procedente respecto de la igualdad en la aplicación de la ley.

En ese orden de ideas, se entiende que la doctrina comparada ha formulado una importante distinción entre igualdad en el contenido de la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Esta clasificación ha sido recogida por autores nacionales, en algunos casos bajo las fórmulas de igualdad ante la ley e igualdad ante la justicia, respectivamente, y en otros bajo las expresiones igualdad en la ley e igualdad ante la ley, también respectivamente.

Desde el punto de vista conceptual, el fundamento de la igualdad estriba en el contenido de la ley y que constituye un mandato al legislador y consiste en que las prescripciones del derecho deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales, tal y como lo había formulado Aristóteles, muchos años atrás.



En consecuencia, la expresión de derechos fundamentales debe ser determinada precisamente desde dicha perspectiva, es decir, desde el fundamento de la igualdad en el sentido que: “Si algo es «fundamental» desde el punto de vista jurídico, tal cosa dependerá —y no puede ser de otra manera— de criterios jurídicos”¹⁴, y son criterios jurídicos aquellos que permiten sostener que un determinado elemento pertenece al derecho positivo.

2.1.3 Consecuencias

Se admite entonces que existen consensos entre todos los doctrinarios en admitir que la igualdad es un derecho fundamental, ya que son varios los autores que expresa o tácitamente afirman la existencia del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, con el significado sostenido en este trabajo, igual para los iguales y desigual para los desiguales.

En ese sentido, se prohíbe que la ley establezca diferencias arbitrarias y que las autoridades establezcan diferencias arbitrarias, esta es la consecuencia de la aceptación de la igualdad como un derecho fundamental. En cuanto al sustantivo autoridad, el problema consiste en dilucidar si esta expresión incluye a los tribunales.

Para estos efectos resulta conveniente, en forma previa, precisar el significado con que lo emplea la constitución política de cada Estado. Pues bien, y en cuanto al sentido en

¹⁴Palombella, Guianluigui. **Derechos fundamentales, materiales para una teoría.** Pág. 526

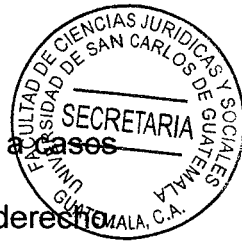


que la constitución política utiliza el sustantivo autoridad, en primer lugar, se debe de buscar aquel significado en la propia ley fundamental. Una revisión de las disposiciones constitucionales en las que se emplea el vocablo autoridad permite advertir que con ella se alude, sin que esta enumeración sea exhaustiva, a quienes ejercen el poder público y político, a quienes ejercen funciones administrativas y a los tribunales, aunque también en muchos casos se utiliza de manera imprecisa.

Ahora bien, aquí no interesa tanto destacar la ambigüedad con que la constitución política de cada Estado utiliza el sustantivo autoridad, sino constatar que entre los significados que le atribuye se encuentran los órganos que ejercen jurisdicción.

Por lo mismo, la prohibición tiene como destinatarios, a lo menos, a todos aquellos que la propia constitución política considera como autoridad. Lo recién expresado permite concluir dos cosas: Primero, que están prohibidas las diferencias arbitrarias, es decir, las que carecen de justificación. Desde la modalidad deóntica de mandato, esto significa que está ordenado un trato igual si se carece de justificación para un trato diferenciado, como ejemplo, lo regulado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Segundo, que están ordenadas o al menos permitidas, las diferencias no arbitrarias, es decir, las que tienen justificación, como por ejemplo todos los hombres no son iguales en condiciones físicas, un enano no tiene las mismas cualidades o condiciones físicas que un gigante. En ese orden de ideas, se entiende que la aplicación de la ley no es igual para todos, siempre deben de existir diferencias entre uno y otro, tal el caso que



se analiza en este trabajo de investigación, no puede aplicarse normas penales a casos de menores de edad, existen marcadas diferencias entre estos sujetos de derecho. Razón por la cual, ahora se procederá a analizar lo referente a la aplicación de la ley.

2.2 La aplicación de la ley en el tiempo

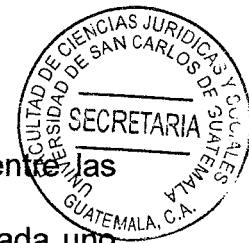
Esclarecido el significado de lo igual y de lo desigual, interesa ahora analizar lo referente a en qué consiste tratar de la misma manera y tratar de diversa manera casos que son iguales, siempre en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley. Las complejidades de la segunda de estas expresiones recomienda explicarlas separadamente.

La vigencia de la ley se relaciona fundamentalmente con la regulación de la vida social y con la temporalidad, es decir, cuál es la época que debe regir, o sea dentro de qué tiempo la ley le es útil a la sociedad.

Concretamente, dentro qué tiempo debe acatarse el mandato de la ley. No se debe de olvidar que, desde la perspectiva del derecho, tratar de la misma manera significa, otorgar el mismo tratamiento jurídico a dos o más casos.

Esto significa, que frente a: "Iguales condiciones, reconocidas como relevantes, han de establecerse iguales consecuencias jurídicas"¹⁵.

¹⁵Breskon, Nolbert. **Filosofía del derecho**, Pág. 115



Ahora, desde la teoría de la justicia, se denomina **principios de justicia**, entre las opciones: “a cada uno según su mérito, a cada uno según su necesidad, a cada uno según su rango, o a cada uno la misma cosa”¹⁶, se debe optar por esta última, de modo que tratar de la misma manera consiste en dar a cada uno la misma cosa jurídica.

En ese orden de ideas, para los efectos de la lógica aplicación de la ley en el tiempo, es decir, para resolver el conflicto de las leyes en el tiempo según lo expresa un reconocido autor, se debe tener presente los siguientes criterios: “a) La irretroactividad de la ley mediante su aplicación inmediata a todos los hechos y consecuencias que se produzcan durante su vigencia, esto es no tiene efectos retroactivos ni puede supervivir después de haber sido derogada; b) La aplicación retroactiva de la ley a los hechos y consecuencias que tuvieron lugar durante la vigencia de la ley antigua; c) La aplicación ultractiva de la ley antigua que supervive a la nueva ley”.¹⁷

El autor citado expone en su trabajo diciendo que existen dos teorías que sustentan la retroactividad de la ley y que son bastante conocidos y tratados, siendo los siguientes:

La teoría de los derechos adquiridos, conforme a esta teoría, la ley nueva no tiene facultades para dejar sin efectos aquellos derechos que la persona los adquirió antes de la nueva ley, es decir, la nueva ley resuelve conflictos posteriores a su vigencia. A nuestro criterio, esta teoría garantiza la seguridad jurídica de la sociedad, entendiéndose que el orden público debe proteger a la sociedad, fundamentalmente, respecto a sus derechos.

¹⁶Bobbio, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Pág. 45

¹⁷Torres Vásquez, Aníbal. **Código Civil**. Pág. 187



La teoría de los hechos consumados o cumplidos debe entenderse como hecho consumado o cumplido, cuando acto o hecho producido o vigente al momento que regía la ley antigua quedó terminado.

Es decir, que el acto se resolvió conforme a los presupuestos de ley antigua porque el conflicto quedó resuelto (hecho consumado o cumplido). El hecho está consumado o cumplido.

En ese sentido, tratar de diversa manera en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley consiste en que el juzgador debe utilizar diferentes disposiciones para casos desiguales. Como se puede advertir, no es relevante si como consecuencia de la aplicación de diversas disposiciones se adopta una misma decisión o decisiones diversas. Parafraseando a Kelsen, esto se debe a que el contenido del fallo, la norma individual incluida en la sentencia, podrá ser la misma o diversa para los casos en comparación, dependiendo de lo que al efecto establezca el ordenamiento jurídico.

2.2.1 Consecuencias

Las consecuencias en estas situaciones son la de la aplicación de justicia verdadera, esto debido a que si se trata igual a los iguales no existirá problema con el tratamiento de los desiguales, ya que es lo justo y apegado a derecho. En efecto, a veces los casos desiguales deben ser tratados de diversa manera (ejemplo, el mayor de edad y el menor de edad respecto del derecho a sufragio) y en otras ocasiones deben ser tratados de la misma manera (ejemplo, el que trafica drogas y el que roba respecto del



plazo de privación de libertad), si las normas aplicables a estos casos coinciden en dicho plazo.

Conviene destacar que no se adopta una misma decisión porque los elementos sean iguales, sino porque se les ha regulado de la misma manera. En consecuencia, en tal caso no está involucrada la igualdad en la aplicación de la ley y, por lo mismo, aquella no se contraviene.

En este mismo sentido, un autor ya citado explica que el principio de igualdad no se transgrede si: “En estados de causa considerados como desiguales se aplica la misma consecuencia jurídica; así al allanamiento de morada y al robo se les pueden aplicar en cada caso hasta varios años de privación de libertad”¹⁸.

2.3 Los derechos humanos y la aplicación de la ley

En este punto se debe de recordar que los derechos humanos son garantías legales universales que protegen a los individuos y los grupos contra aquellos actos de los gobiernos que interfieren con los derechos fundamentales y la dignidad humana. La legislación de derechos humanos obliga a los gobiernos a hacer algunas cosas y les impide hacer otras. Los derechos humanos se describen en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los diversos tratados, también denominados pactos y convenios, declaraciones, directrices y conjuntos de principios elaborados por las

¹⁸Rawls. *Op. Cit.* Pág. 459



Naciones Unidas y organizaciones regionales. Incluyen una amplia gama de garantías, que se refieren a prácticamente todos los aspectos de la vida humana y las relaciones entre las personas.

Entre los derechos garantizados a todos los seres humanos figuran, entre otros, derechos como de libertad de asociación, expresión, reunión y circulación, derecho a la vida, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibición de la detención o reclusión arbitrarias, derecho a un juicio imparcial, prohibición de la discriminación. Las normas y reglas de derechos humanos derivan de dos tipos principales de fuente internacional, que son el derecho internacional consuetudinario y el derecho convencional.

La aplicación de la ley en materia de derechos humanos es indispensable y de carácter obligatorio para todos los Estados parte de la comunidad internacional, en donde Guatemala es parte y debe de respetar y aplicar las normas internacionales, especialmente las que rigen la materia de los derechos humanos.

Naturalmente, la simple enumeración de un conjunto de normas no basta para garantizar su aplicación. Por consiguiente, la aplicación de las normas de derechos humanos es estrechamente observada en distintos niveles. En el nivel nacional, los derechos humanos son vigilados, entre otros actores, por los siguientes: los organismos y servicios del gobierno interesados, incluida la policía, Instituciones nacionales de derechos humano, los tribunales, el organismo legislativo, los medios de información, las organizaciones profesionales, los sindicatos, las organizaciones religiosas.



Las organizaciones regionales han elaborado mecanismos para vigilar los derechos humanos dentro de los países pertinentes.

Esos mecanismos incluyen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el nivel internacional (mundial), los derechos humanos son vigilados por varias ONG internacionales y por las Naciones Unidas.

Dentro de las naciones unidas, se realizan cuatro tipos principales de vigilancia. El primero es la vigilancia convencional (o basada en los tratados). La segunda es extra convencional, o vigilancia basada en la Carta. La tercera es la vigilancia mediante las operaciones de mantenimiento de la paz y de derechos humanos sobre el terreno.

La cuarta, y más reciente, es la vigilancia por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cumplimiento de su mandato mundial de promover y proteger los derechos humanos.

2.3.1 Derechos humanos

Tal y como se dijo en los párrafos anteriores, la protección de los derechos humanos es fundamental para un orden público auténtico y duradero. La Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce que es esencial que los derechos humanos sean

protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.



El mensaje anterior es tan claro en nuestros días como lo era en la década de los cincuenta y en especial en 1948, cuando se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se debe de tener claro que, si no se mantiene el estado de derecho, se producen violaciones de los derechos humanos. Y cuando se producen violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, crece la falta de respeto por la ley y las autoridades públicas y aumenta la probabilidad de que se produzca un conflicto abierto.

La violación de los derechos humanos no puede contribuir al mantenimiento del orden público y la seguridad; solo puede menoscabarlos y destruirlos. Por eso es importante reconocer que existen limitaciones, aceptadas a escala internacional, al ejercicio de muchos derechos humanos cuyo fin es garantizar las exigencias del mantenimiento del orden público en una sociedad democrática.

Esas limitaciones, cuando existen, se especifican en los textos de los distintos tratados de derechos humanos (principio de legalidad). En general, esas limitaciones y restricciones están determinadas por la ley y son necesarias para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los demás, para satisfacer las exigencias de la moralidad, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática. Así pues, es deber de todo ciudadano respetar los derechos de los demás y observar las exigencias legítimas y necesarias del mantenimiento del orden público en una sociedad



democrática y en igual forma la autoridad tiene el deber de aplicar la ley sin violar los derechos humanos.

2.3.2 Consecuencias de la inaplicación de los derechos humanos

Se debe de aclarar primeramente que, en derecho, se denomina inaplicación del derecho a los casos donde las leyes, debido al atraso, la congestión, la impunidad y la falta de acceso a la justicia del ciudadano común, no se cumplen. Se caracteriza por la desprotección de los derechos humanos. En otras palabras, es cuando dentro del marco legal las leyes sí existen, pero en la realidad no se evidencian.

En la contraparte, se denomina aplicación del derecho a los casos donde, dentro de una realidad social, se puede evidenciar que las normas creadas son cumplidas por la mayoría de la población. A diferencia de la inaplicación, se caracteriza por la agilidad de los procesos, la verificación de que las sentencias, que los fallos sean cumplidos y el fácil acceso a la justicia por parte del ciudadano común. En otras palabras, es que la realidad jurídica concuerde con la realidad social.

En ese orden de ideas el principio de progresividad (tema a tratar más adelante), predice que el respeto a los derechos humanos debe prevalecer en todo momento y en especial al momento de la aplicación de la ley; y cuando ocurre una inaplicación de la ley, se violenta el debido proceso, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, entre otros, haciéndose acreedor el Estado a una sanción internacional por violentar derechos humanos, siendo este la consecuencia más vergonzosa para un Estado.

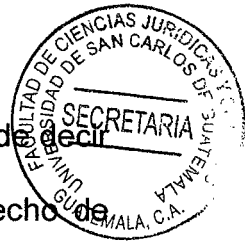


Al respecto la aplicación de la ley, del derecho de defensa, del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, parafraseando al autor español Lorca Navarrete, el proceso es funcionalmente autónomo en su sustantividad, misma que le impide ser adjetivo, acríptico y mecanicista, porque la efectividad constitucional, es sustantividad garantista autónoma.

Este mismo autor afirma que: “La interpretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio *pro actione* y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela, de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad –principio de proporcionalidad– entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva resulta vulnerado”.¹⁹

Se concluye entonces analizando lo que dijo el autor ya mencionado, que el deber del Estado de otorgar jurisdicción no se centraliza solo en el interés general, sino especialmente en el interés de quien busca la satisfacción de su derecho delante del órgano judicial (derecho de defensa). Posteriormente, la evolución histórica del instituto de la tutela judicial llevó a que fuera reconocido en la constitución, mismas que conocemos como garantías formales, que a su vez derivan del denominado: debido

¹⁹Lorca Navarrete, Antonio María. **El derecho procesal como sistema de garantías**. Pág. 536

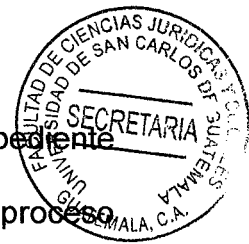


proceso, y como derecho de defensa. Dentro del derecho constitucional, se puede decir que el derecho a la tutela judicial, que enmarca el debido proceso y el derecho de defensa, constituye uno de los más frecuentes derechos fundamentales que impetran ante la justicia constitucional.

La historia de los derechos fundamentales ha tenido en la construcción de garantías procesales aplicables al proceso y al procedimiento uno de los hitos esenciales del desarrollo de las condiciones materiales básicas de justicia.

Los derechos constitucionales, implícitos o explícitos, son desarrollados, especificados y ampliados en la esfera de su concretización por parte del legislador y de la jurisprudencia. Aún sin entrar en el estudio específico de estos derechos se pueden advertir reglas, criterios o principios comunes que alcanzan a este proceso de densificación de los derechos. Como aporte personal, estas reglas generales pueden identificarse cinco, a saber: a) un mandato amplio al legislador; b) apertura al derecho administrativo sancionatorio; c) las garantías procesales deben adaptarse a la naturaleza de los procedimientos, específicos; d) inexistencia de un procedimiento tipo y de un mandato constitucional asociado a ello; e) un deber de interpretación amplia y supletoria de procedimientos ordinarios.

En ese orden de ideas y derivado de lo anterior, en el caso del sistema jurídico de Guatemala, la elaboración del concepto del debido proceso, ha sido fruto de la doctrina y en particular de la construcción de la Corte de Constitucionalidad, la cual ha definido en numerosas ocasiones su alcance y contenido.



Al respecto indica la Corte de Constitucionalidad en la gaceta número 34 del expediente 254-94, que contiene sentencia de fecha 8 de diciembre de 1994: "... El debido proceso consiste en la observancia, por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y en el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre que conlleva el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de justicia y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes específicas".

Se debe de recordar que, de los principios generales de derecho, el cimero es el del debido proceso. La adjetivación del proceso como debido, permite que su devenir se eleve a derecho fundamental. Dicha calificación hace del proceso (género) una actividad ordenada en y hacia la justicia (en tanto que debido). En nuestro ordenamiento jurídico, positivo y vigente, lo encontramos en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la norma que consagra el derecho al debido proceso, así, la defensa de la persona y sus derechos son inviolables.

Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones se ha manifestado sobre este tema y al respecto en

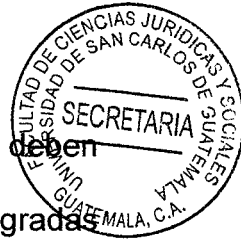


una recopilación de sentencias expresa lo siguiente: “El proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características, generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”.

En este sentido, dichos actos sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

En buena cuenta, el debido proceso supone el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales. Esta aproximación resulta pacífica en la doctrina, y más allá de los diversos énfasis teóricos, resulta claro que estamos frente a un derecho que es, a su vez, un prerequisite indispensable para la protección de cualquier otro derecho. Constituye un verdadero límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática, lo cual, en última instancia, apunta a dotar al debido proceso de un verdadero carácter democratizador.

Se puede agregar en este espacio que, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la relación que existe entre la tutela judicial efectiva (debido proceso) con la protección judicial (amparo), cuyo acceso está consagrado en el Artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, no ha resultado sencilla en el marco de la jurisprudencia y tiene múltiples lecturas. Baste, por ahora, señalar que los Estados tienen la obligación de suministrar recursos judiciales adecuados y efectivos a las



personas que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos humanos, que ~~deben~~ ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal consagradas en el Artículo 8 de dicho tratado.

En ese sentido, y a manera de conclusión, se puede decir que la consecuencia más próxima de la inaplicación de la ley para el Estado, es una sanción internacional, al momento de ser revisado el caso en materia internacional y para el ciudadano, la consecuencia de la inaplicación de la ley, pues es negarle el acceso a una tutela judicial efectiva sin mencionar las sendas violaciones a otros derechos humanos del individuo.

2.4 La no discriminación en la aplicación de la ley

Con respecto de la discriminación en Guatemala, se puede mencionar y fundamentar este análisis en lo que regula el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde establece que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, misma aseveración que se realiza en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en su preámbulo y en el Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En ese orden de ideas, se entiende que los derechos humanos emanan de la dignidad inherente a la persona humana, esto según el Pacto y la Declaración ya mencionados.

Ahora bien, se debe de tener presente que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, es decir, no



inaplicar la ley por discriminación o bien, aplicar la ley por discriminación, sino que se debe de aplicar la ley a todos por igual.

Otro aspecto con respecto de la discriminación en la aplicación de la ley estriba en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán siempre la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas sin discriminación alguna, ya que, según el Pacto citado y la Declaración mencionada, todos son iguales ante la ley.

Se debe recordar que debe existir igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales, razón por la cual no se considerarán ilícitamente discriminatorias las medidas especiales que se apliquen para poder proteger los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los menores, los enfermos, las personas de edad u otras personas que necesiten un trato especial de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por Guatemala.

2.5 Aplicación de las normas jurídicas

Con respecto de la aplicación de las normas jurídicas se puede decir que, al momento de que el órgano jurisdiccional aplique una norma jurídica lo debe de realizar con base en la interpretación y argumentación de las normas, teorías que han generado en el ambiente judicial (jurisdiccional), académico y profesional una serie de herramientas para la comprensión y justificación del derecho.



Para entender y utilizar la argumentación de la norma en la aplicación de la ley, se debe de utilizar las reglas del discurso jurídico propuestas por Robert Alexy en su libro de Teoría de la Argumentación Jurídica, ya que expone una serie de argumentos para sostener que la aplicación de la ley y de la jurisprudencia debe sujetarse a los principios constitucionales y procesales.

En ese sentido, existe, hasta ahora, el criterio generalizado de que la norma jurídica forma parte del objeto de estudio de la ciencia del derecho. Sin embargo, las diferentes escuelas y teorías del derecho no han logrado alcanzar un consenso en cuanto a su concepto.

El autor ya mencionado considera que existe una inmensa variedad de conceptos de derecho positivistas, en virtud de que los elementos de la eficacia social y de la legalidad conforme al ordenamiento, pueden no solo ser combinados recíprocamente de manera muy diferente, sino también ser interpretados diferentemente.

En ese sentido, la norma jurídica presenta serias dificultades para su entendimiento, interpretación y aplicación, pues, en primer lugar, el destinatario de la aplicación de la norma no comprende el contenido y alcance de las disposiciones jurídicas, dada la opacidad de las mismas, generada por diferentes factores de carácter jurídico, político, social, económico y tecnológico. La complejidad de cada una de estas disciplinas ha generado que los contenidos de las normas, día con día, se conviertan en textos especializados incomprensibles, incluso, en algunos casos, hasta para el propio operador de justicia.



Derivado de lo anterior existe la interpretación, misma que se ha convertido en herramienta esencial para facilitar el entendimiento de las normas jurídicas, propiciándose de esta forma su correcta aplicación, sin embargo, el problema subsiste en el ámbito de la argumentación, pues la mayoría de las veces el contenido de las sentencias sigue siendo poco claro y sumamente técnico, dado la existencia de lagunas legales, la falta de claridad de las disposiciones y la falta de preparación de los integrantes que conforman los órganos jurisdiccionales, mismas que han dificultado, en exceso, la aplicación de las normas jurídicas.

Por lo anteriormente manifestado es que ha sido necesario crear alternativas que favorezcan la administración de justicia, tales como el desarrollo de teorías sobre la interpretación y argumentación jurídica.

2.5.1 Conceptos centrales de la aplicación de las normas jurídicas

En primer lugar, se dice que las normas jurídicas, siempre especifican un sujeto destinatario de la orden, el acto que debe realizarse y la ocasión en que tal acto tiene que realizarse. Además, las normas presentan un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos a realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada. El elemento que distingue a las normas jurídicas de los demás mandatos es que los mandatos que son jurídicos tienen su origen en la voluntad del soberano.

Para aclarar el concepto de norma (trátase de normas jurídicas, normas morales o de cualquier otro tipo de norma social), se debe de distinguir una norma de un mero

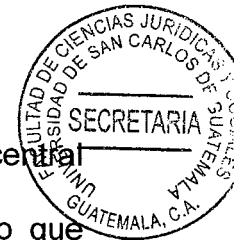


hábito y hallar la diferencia sobre la base de que en las normas se dan siguientes elementos: 1) Un compromiso regular que también aparece en los hábitos que viene a constituir su aspecto externo, y 2) La aceptación de dicho comportamiento que constituye el aspecto interno de las normas.

Un autor citado, señala que los problemas que derivan de las diferentes posiciones teóricas acerca del concepto de norma, sugieren la conveniencia de buscar: "... Un modelo de norma que, por una parte, sea lo suficientemente fuerte como para construir la base de las ulteriores consideraciones, y por otra, lo suficientemente débil como para ser conciliable con el mayor número de decisiones en el indicado campo de problemas. Estas exigencias las satisface un modelo semántico, conciliable con las más diferentes tesis de la teoría de la validez".²⁰

Este autor, al igual que Kelsen, distingue entre normas y enunciados normativos. Una norma es el significado de un enunciado normativo. Es relativamente fácil distinguir que estos enunciados expresan normas, ya que ellas contienen expresiones tal como prohibido **y no pueden**, o bien, se expresan como tipos penales **al que y quien cometa**. Por lo tanto, el concepto de norma es primario al de enunciado normativo. De esa cuenta se puede continuar con el análisis del concepto de la aplicación de la norma jurídica, sin embargo, no es la finalidad de la investigación analizar a profundidad estos temas, razón por la cual se da por concluido este punto, dejando la posibilidad de profundizarlo en un futuro cercano.

²⁰Alexy, Robert. **Op.Cit.** Pág. 33



Para no redundar en este tema, solamente se puede decir que como concepto central se tiene la misma existencia de la norma, mismo que es un tema de estudio que regularmente se asocia con la vigencia, validez o la eficacia de los enunciados normativos. Sin embargo, la cuestión de saber qué circunstancias deben darse para que sea posible afirmar que existe una norma de tal o cual contenido, dista mucho de ser clara.

Sobre esto se señala que “una norma jurídica solo es considerada como objetivamente válida, cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que –como se suele decir- no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida”.²¹

Las normas jurídicas tienen la característica de que además prevén sanciones aplicables por seres humanos. Esta sanción, es un acto coercitivo, consistente en la privación de algún bien, ejercida por un individuo autorizado al efecto y como consecuencia de una conducta. Sostiene, además, que aquellas disposiciones que no contengan una sanción son enunciados que forman parte de otras normas.

En conclusión, se puede decir, con base en las anteriores posiciones teóricas, que los elementos comunes en las posturas de los autores citados son que la norma prescribe una determinada conducta (orden, acción u omisión); que la norma está dirigida a los

²¹Ugarte Godoy, José Joaquín. **El sistema jurídico de Kelsen, síntesis y crítica**. Pág. 8



sujetos en términos generales para su aplicación, o bien, a la autoridad encargada de su cumplimiento y aplicación; y, por último, establece una sanción para el caso de que esta sea ignorada (la norma y su respectiva aplicación). Se considera estos elementos, sumados a las características de generalidad, abstracción y obligatoriedad, que conforman la estructura básica de la norma.

2.5.2 Técnicas jurídicas en la aplicación de las normas jurídicas

Se debe tener presente que aplicar el derecho es una tarea que comprende muchos aspectos técnicos que, poco a poco, durante el aprendizaje y el estudio del derecho se tornará entendible. De momento es importante entender, aunque sea en forma superficial, qué es la técnica jurídica. Para eso se puede observar que etimológicamente el vocablo técnico significa arte, esto es, el manejo o aplicación adecuada de medios para el logro de determinados objetivos. Con esta noción general de técnica podemos abordar el concepto de técnica jurídica.

En ese orden de ideas se entiende, como técnica jurídica, el manejo o aplicación adecuada de las normas y medios, mediante los cuales se alcanzan los objetivos trazados del derecho. En este punto es válido aclarar, que en cuanto a las técnicas jurídicas podemos afirmar que existen dos tipos: Las técnicas de formulación del derecho y las técnicas de aplicación de este. Con respecto de las técnicas de formulación del derecho, denominado también como: técnica legislativa, se refiere a la formulación, elaboración o formación de leyes, tema que no es objeto de estudio dentro de la investigación.



Con respecto de las técnicas de aplicación del derecho, se puede decir que deviene de la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, el aplicar el derecho significa, encontrar los deberes o facultades que produce la realización de supuestos jurídicos determinados e identificar a qué sujetos corresponden tales facultades o deberes. En ese orden de ideas, en este punto resulta claro que para resolver a que sujeto le corresponde la aplicación del derecho y el destinatario en concreto, es preciso saber la disposición normativa, para posteriormente individualizar los sujetos o personas titulares de los derechos.

2.5.3 Aplicación privada y pública de las normas jurídicas.

En apariencia resulta fácil aplicar las normas jurídicas, sin embargo, no es así. Si bien es cierto, tal y como se observó en los anteriores temas desarrollados, que las normas jurídicas describen conductas que pueden ser realizadas por los sujetos, también es claro que resulta imposible que en las normas queden contempladas todas las conductas humanas. De este hecho se concluye que puede haber tantas aplicaciones posibles de las normas como cuántos sujetos realicen las conductas o cuántos las apliquen.

De lo anterior se infiere que, en principio, se puede hablar tanto de aplicación privada de las normas jurídicas (derecho de menores, por ejemplo, o bien cuando se dilucida situaciones de intimidad o pudor de la víctima), como de la aplicación pública de las mismas normas jurídicas (derecho penal clásico). Con respecto esta aplicación de la norma, se puede decir que es un tema extenso, por los sujetos que intervienen en ella



(aplicación privada), por las características de cada aplicación, tanto en forma privada como en forma pública.

2.5.4 Problemas relacionados con aplicación de las normas jurídicas

Al igual que el tema anterior, los problemas relacionados con la aplicación de las normas jurídicas, sin embargo, no se tiene el espacio ni el tiempo para analizar a profundidad cada uno de ellos, solo se puede decir que muchos problemas ha de resolver quien aplica la norma y/o el derecho; tales conflictos pueden derivar de las situaciones que se verán a continuación, sin profundizar en cada uno de ellos.

La norma jurídica, siendo una creación humana, resulta ser imperfecta. Por tal motivo, toda norma jurídica no encierra uno, sino en ocasiones múltiples sentidos, resultantes de que los propios vocablos empleados en ellas poseen en sí mismos diversas acepciones, por lo que las normas requieren ser interpretadas, surgiendo de esta tarea los llamados problemas de interpretación.

Resulta también que, si bien el legislador trata de prever las conductas en que podrían incurrir los sujetos al crear las normas jurídicas, muchas conductas no llegan a predecirse y contemplarse en las disposiciones normativas en su totalidad, lo que origina que diversas conductas que se someten al conocimiento de los órganos jurisdiccionales no se encuentran previstas en el ordenamiento positivo vigente. De este modo surgen las lagunas del derecho, las cuales han de ser colmadas por el juzgador, lo que conduce a los problemas de integración.



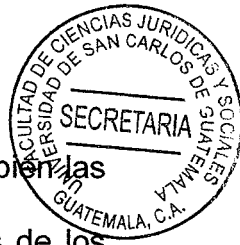
Al analizar lo referente al proceso legislativo, se puede observar otro problema y es que es posible que las normas jurídicas, así como adquieren vigencia, la pierdan, ya sea por abrogación o por derogación; en tal circunstancia el juez ha de analizar, cuando someten un caso a su consideración, si los preceptos que lo prevén están vigentes o han sido derogados, de lo cual resultan los problemas de vigencia.

Se sabe que el derecho es algo dinámico, de aquí que surjan constantemente nuevas disposiciones legislativas; algunos pierden su vigencia, otros aparecen según las nuevas y cambiantes necesidades sociales. Por este motivo es posible que en el momento de aplicar una norma se presente el hecho de que la conducta que va a ser analizada haya sido ejecutada cuando se encontraba una norma jurídica anterior en vigencia, encontrándose por esta circunstancia ante un problema de retroactividad.

Finalmente, puede presentarse el caso de que por distintas circunstancias sean aplicables legislaciones diversas a un caso concreto por el lugar en que los sujetos realizaron las conductas o porque a los sujetos, debido a su lugar de origen, les correspondan legislaciones distintas de las correspondientes a donde las conductas fueron llevadas a cabo; en estos casos se está frente a los problemas de conflicto de leyes en el espacio.

2.5.5 Interpretación de la ley

Las sociedades cotidianamente realizan una serie de actos con sentido y efectos jurídicos, los cuales, en la mayoría de los casos, no son comprendidos en sus alcances



y significaciones legales. Existe, en el lenguaje, una opacidad de lo jurídico, si bien las disposiciones legislativas o leyes tratan de comprender las posibles conductas de los individuos, es evidente que algunas conductas no quedan contempladas en ellas, por lo cual se presentan las lagunas del derecho.

Lo anterior no es el único problema, ya que se puede presentar, además, la situación de que, existiendo disposición legal o ley aplicable a un caso concreto, resulte que esta es confusa o ambigua.

Cuando se tiene un problema de esta naturaleza, se está ante lo que se denomina un problema de interpretación de la ley.

La interpretación ha sido objeto de estudio de teólogos, filósofos, lingüistas, historiadores y juristas, entre otros especialistas. Se ha sostenido que el lenguaje del derecho tiene un discurso de tipo prescriptivo, sin embargo, no todos los actos lingüísticos de promulgación de normas revisten tal naturaleza. Una prescripción tiene como propósito que el sujeto a quien está dirigida lleve a cabo determinada acción u omisión y subsiste independientemente de que se cumpla o no lo establecido por ella. Se caracterizan, además, porque el sujeto emisor goza de una superioridad respecto del destinatario.

Un destacado estudioso y autor de derecho, al analizar el tema de la interpretación, considera que: "... la expresión 'norma jurídica' no denota un conjunto de oraciones escritas en un papel, puesto que una misma norma jurídica puede estar formulada por



oraciones diferentes; ni tampoco denota un conjunto de conductas humanas que las normas jurídicas son usadas para evaluar las conductas.”²²

Sin embargo, señala Nino, “... hay reglas de correspondencia implícitas que vinculan la proposición ‘la norma X existe en tal lugar’ con la enunciación de ciertas oraciones y con la realización de ciertas conductas, sin que la expresión ‘norma jurídica’ denote ni oraciones ni conductas”.²³

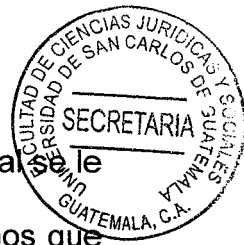
La realidad es que el lenguaje jurídico, sea prescriptivo o no, tiene el carácter de norma jurídica y es precisamente su construcción y conformación la que genera dudas y contradicciones sobre cómo aplicar determinado supuesto normativo.

Los textos normativos están redactados generalmente en un lenguaje natural, el cual no está sujeto a reglas sintácticas y semánticas claras y cuyo significado es a tal grado indeterminado, que genera dos problemas de interpretación: averiguar la intención del legislador, o bien, discrecionalmente fijar el sentido y el alcance de las normas, con base en posiciones teóricas, políticas o ideológicas, en vista a un fin preestablecido.

En ese orden de ideas se entiende que la interpretación se presenta cuando habiendo disposición legislativa, esta resulta insuficiente para resolver un caso concreto en virtud de poseer más de un significado, de donde se deduce que la interpretación es: descubrir el sentido o significado de la ley. Adscribir el significado correcto a las leyes.

²²Nino, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Pág. 93

²³**Ibid.**



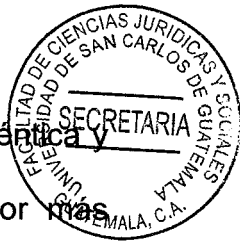
En conclusión, se tiene dos problemas, que en la doctrina nacional e internacional se le denomina como: Problemas de integración y problemas de interpretación, mismos que han de ser estudiados más profundamente en otra oportunidad, en conjunto con lo referente a una laguna del derecho y en qué consisten la interpretación y la integración.

2.5.6 Clases de interpretación

Sin entrar a detallar cada una de estas clases, se puede afirmar que, según el jurista mexicano Ortiz Urquidi, las clases de interpretación que pueden existir, son las que veremos a continuación.

Parafraseando al maestro mencionado, se puede observar primeramente la interpretación auténtica, que no es más que la realizada por el propio legislador. Luego se observa la interpretación jurisprudencial, que es la interpretación que realiza el órgano jurisdiccional para descubrir el sentido de una ley. Esta facultad, de acuerdo con el derecho interno guatemalteco, solo les corresponde a los jueces o magistrados adscritos a ambas cortes, actuando en pleno o en salas, y a los tribunales colegiados, entre otros, que pertenecen a estas categorías.

Otra interpretación es la que se conoce como interpretación privada, lo cual es la realizada por los particulares que leen o estudian la ley; el caso más típico es el de los abogados, quienes para hacer valer sus pretensiones realizan interpretación de los preceptos legales. Y por último se tiene la interpretación doctrinal, lo cual es la realizada por los tratadistas del derecho respecto a determinada disposición.

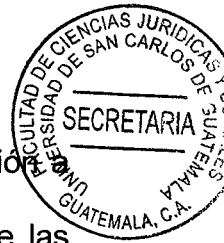


Para concluir este apartado, se puede decir que, salvo las interpretaciones auténtica y jurisprudencial, que son obligatorias, las demás carecen de fuerza legal por más respeto y autoridad científica que tenga el intérprete. Sin embargo, la interpretación privada y la doctrinal se emplean para apoyar y dar vigor a la opinión, apoyándola en autores de renombre.

2.5.7 Métodos de interpretación

Tal y como se ha sostenido en los anteriores temas, que son de trascendencia, pero por tiempo y espacio no se profundizan, ocurre lo mismo con el presente tema, siendo tan amplio como para dedicar un capítulo al mismo, sin embargo, no es el tema central de la investigación, por lo cual este autor solo se delimitará a decir que los métodos que sirven al juzgador para la interpretación de las normas jurídicas, son esencialmente cuatro, mismos que se enumeran a continuación, sin profundidad.

El primer método con el que se encuentra el investigador corresponde al denominado como la interpretación gramatical. Lo cual exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras. Presupone la voluntad del autor de la norma susceptible de ser extraída del tenor literal de su enunciado. Su utilización se hace desde la perspectiva sistemática, se acude a otras normas del sistema o a la voluntad de una autoridad normativa, siempre teniendo en cuenta las máximas de la experiencia del lenguaje. El segundo método es el denominado como interpretación contextual o sistemática. Las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento.



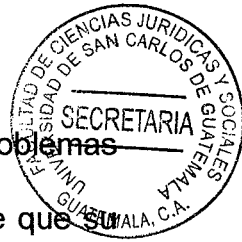
Este criterio puede operar bien desde la adecuación lógica de la norma en cuestión con las restantes normas, bien desde el aspecto teleológico de la norma respecto de las demás. Desde el primer punto de vista, la norma se interpretaría con el tenor literal de otras normas, por lo que hace al segundo, la norma se interpretaría de conformidad con los fines deducibles de otras disposiciones.

El tercer método hace referencia a la interpretación histórica. Las normas deben de interpretarse al tenor de los antecedentes históricos y legislativos. Se trata de aplicar el requisito de la coherencia en relación con la regulación o el significado histórico del precepto.

Y, por último, se tiene como cuarto método la interpretación sociológica. En este método se exige que la interpretación se haga atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento. Existen autores que mencionan la interpretación intencional y la interpretación teleológica. En estos métodos de manera expresa subsiste la exigencia de que la interpretación atienda al espíritu y la finalidad de las normas. El problema principal en estos métodos es cómo determinar esos fines.

2.5.8 Integración de la ley

Se mencionó en uno de los párrafos precedentes, que la integración de la ley es el mecanismo empleado para colmar las lagunas del derecho, y por ello se entiende que la integración de la ley es: Los procedimientos para colmar las lagunas y determinar el derecho aplicable.



En ese sentido, siendo que la integración es la encargada de resolver los problemas que se presentan cuando no existe ley aplicable al caso concreto, es evidente que esta tarea resulta no solo importante, sino complicada.

Lo anterior hace suponer que la ley tiene vacíos, sin embargo, el derecho no puede tenerlos. Se dice por ello que el derecho tiene plenitud hermética, y surge entonces la interrogante; ¿Qué es la plenitud hermética del orden jurídico?, lo anterior quiere decir que no puede haber situación o controversia legal que no pueda ser resuelta jurídicamente. Lo anterior supone que, aun en el caso de que no exista disposición legal aplicable al caso concreto, el mismo ha de ser resuelto por el juzgador. Generalmente, la propia ley, en previsión de la existencia de lagunas, da pautas a los órganos jurisdiccionales para que resuelvan tales situaciones y realicen la integración correspondiente.

2.5.9 Procedimientos de integración

Al respecto de este tema se puede observar y afirmar que los procedimientos de integración se pueden basar en la equidad, en los principios generales del derecho, en la analogía, y en la mayoría de razón.

Se sabe que el concepto de la equidad fue desarrollado por Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, parafraseando considera la equidad como una virtud del juzgador. La equidad es una rectificación de la justicia rigurosamente; la recurrencia a la equidad tiene el objetivo de resolver los problemas que presenta la generalidad de la ley.



Se dice que las leyes son generales; siendo de esta manera, resultaría que la aplicación de la norma genérica a una situación determinada podría ser demasiado severa, aunque justa; en tales circunstancias el juzgador debe atemperar la fuerza de la ley por medio de la equidad.

Parafraseando a Aristóteles, lo equitativo y lo justo son una misma cosa; la diferencia es que lo equitativo es mejor que lo justo, porque lo equitativo es la sabia rectificación de la justicia rigurosamente legal. La equidad permite corregir la generalidad de la ley o atemperar la justicia legal abstracta, sustituyéndola por la justicia del caso concreto. Sobre los principios generales de derecho, se puede decir que el juzgador, cuando no exista disposición legal para resolver controversias sometidas a su consideración, puede acudir a los principios generales de derecho. Al respecto de la respuesta a la interrogante sobre cuáles son los principios generales del derecho, se puede afirmar que son tres las posturas teóricas o doctrinarias, mismas que, sin detallarlos, solo se mencionan a continuación:

- a) Hay quienes los identifican con los principios tradicionales del derecho romano.**
- b) Otros afirman que son los principios universalmente admitidos por la ciencia.**
- c) Y, por último, para otros, son los principios del derecho natural.**

Para los efectos de este trabajo de investigación se considera que los principios generales del derecho son principios del derecho natural, es decir, emanados del recto proceder racional humano, cuya validez es intrínseca por provenir su descubrimiento y conceptualización de la rectitud de razón fundamentada en la naturaleza humana.



Sobre la analogía, se puede decir, en términos generales que, la analogía es una forma de razonamiento que consiste en la comparación de situaciones específicas en las cuales se encuentran semejanzas y discrepancias, es decir, situaciones que en parte coinciden y en parte difieren. Misma que en materia penal no se puede realizar por mandato legal. En las demás materias del derecho en el ámbito de la ley, cuando no hay disposición legal para un caso concreto, el juzgador puede aplicar leyes previstas para un caso similar, es decir, aplicar analógicamente un precepto previsto para un caso similar.

Los argumentos en los cuales se basa la analogía son fundamentalmente los argumentos *a pari*, *a majori ad minus*, *a minori ad majus*, mismos que consisten en el principio que los sustenta, es el siguiente: *ubi eadem es ratio, eadem lex esse debet*, que significa “donde existe la misma razón, se debe aplicar la misma ley”,²⁴ esta es la analogía estrictamente dicha. Y, por último, sobre la mayoría de razón, se puede decir que, este procedimiento, según un jurista especializado en la materia como lo es Ortiz Urquidi, parafraseándolo, previsto, militan mayores razones que para la aplicación de tal norma al caso previsto

2.6 La aplicación retroactiva

La seguridad jurídica es uno de los principales objetivos del estado constitucional de derecho, las cuales se tienen reflejadas en la Constitución Política de la República de

²⁴Planiol, M y G. Ripert. **Derecho civil**. Pág. 27



Guatemala, y en tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado guatemalteco, de la cual se desprende que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal, siempre y cuando favorezca al reo.

De la anterior aseveración, se han derivado una serie de criterios jurisprudenciales, los cuales se pueden clasificar de la siguiente forma: a) Los que definen el principio de retroactividad de la ley; b) Los que definen la retroactividad de las reformas constitucionales; c) Los que definen la retroactividad en materia penal; d) El que define la retroactividad de la jurisprudencia. Y al igual que como se ha venido repitiendo, por cuestiones de tiempo y espacio no se entrará a analizar cada rubro recién mencionado, en ese sentido solamente se queda el autor con lo manifestado en el primer párrafo de este tema.

2.7 La inaplicación de la ley

Con respecto de la inaplicación de la ley, más que analizar lo referente a ello, este párrafo final será dedicado a indicar lo referente a la acción constitucional de amparo, y es que el amparo es un medio de protección del orden constitucional contra todo acto de autoridad que agravie a cualquier gobernado; la teleología que persigue es la de proteger y preservar el régimen constitucional de legalidad (aplicación de ley sin discriminación alguna).

Jurídicamente, la acción constitucional de amparo no es un derecho de acción procesal ordinaria, es puramente constitucional, nace directamente de la Constitución; va



encaminada a controlar el acto de autoridad que se estima violatorio de garantías y no la ley común; no tutela los intereses que en el acto jurisdiccional ordinario se han dejado a los tribunales comunes, sino que va dirigida a hacer respetar la ley suprema cuando la autoridad ha rebasado sus límites o bien ha inaplicado la ley constitucional.

A manera de conclusión, se puede decir que la aplicación de la ley o de la norma jurídica es lo esencial para la protección y respeto de los derechos humanos, una verdadera interpretación de la ley genera una tutela judicial efectiva, así como del respeto a las garantías constitucionales y procesales; en ese sentido la inaplicación de una norma jurídica finaliza en un sinfín de incidencias jurídicas que entrampan el proceso iniciado ante el órgano jurisdiccional, analizadas en el capítulo primero de este trabajo de investigación, teniendo de esta cuenta, la base para analizar el principio de progresividad de los derechos, tema que se analizará en el siguiente capítulo.



CAPÍTULO III

3. El principio de progresividad

Para poder desarrollar perfectamente lo referente al principio de progresividad, se debe de realizar una diferenciación entre reglas y principios, para luego realizar una diferencia entre principios y valores constitucionales, y posteriormente definir el concepto de principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales.

3.1 Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad

Sobre la diferencia entre reglas y principios, varios autores afirman que las normas jurídicas pueden ser reglas o principios. Con respecto a la cuestión de cómo distinguir los principios de las reglas, puede indicarse que “los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios.

La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas hacen de forma cerrada²⁵. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en

²⁵Atienza, Manuel. **El sentido del derecho**. Pág. 107



los principios no pueden formularse una lista cerrada de las mismas, no se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una penumbra mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).

Sobre las diferencias entre los principios y los valores constitucionales, se puede observar que en la actualidad destaca el nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la carta de la Organización de las Naciones Unidas. La carta explica que los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política, valores que se encuentra plasmados en la mayoría de los preámbulos de las Constituciones y consagrados también en los tratados, convenios y pactos internacionales en materia de derechos humanos.

3.2 Concepto y parámetros de aplicación

De lo anterior, se observa que el principio de progresividad surge en el derecho internacional, y tiene entre sus primeros antecedentes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Interamericana de Sobre Derechos Humanos.



A pesar de esto, existía un antecedente doctrinario, pues algunos teóricos referían principios, por ejemplo, el de progresión racional, como las bases del desarrollo del derecho laboral.

Ahora bien, el principio de progresividad es un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al solo poder aumentar, progresan gradualmente. Es importante notar que la naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique.

El primer aspecto consiste en el área del derecho a la cual se esté aplicando el principio (derecho internacional y constitucional, por ejemplo), y el segundo aspecto a la actividad jurídica que se esté realizando (interpretación o mutación jurídica), tanto aplicación e interpretación jurídicas, ya analizadas en los capítulos anteriores de la investigación.

3.2.1 La progresividad en los distintos ámbitos jurídicos

El ámbito en que se incorpore el principio determina en parte cómo se debe entender el mismo. Por ejemplo, si se encuentra incorporado a un tratado internacional, debe utilizarse como un principio de derecho internacional público, y al aplicarse debe verse la jerarquía que tienen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico, puesto que en algunos países los tratados se encuentran por debajo de la constitución, pero en otros tienen una jerarquía similar (tal el caso de Guatemala, con el bloque de constitucionalidad) o incluso superior.

Si, en cambio, se encuentra incorporado a la norma suprema, debe interpretarse como un principio constitucional, haciendo valerse en conjunción al principio de supremacía constitucional en los instrumentos de control constitucional. Por su carácter accesorio, la finalidad de este principio es aquella de los derechos humanos que ayuda a aplicar, es decir, busca la materialización de la dignidad humana, al establecer límites a las actuaciones de los Estados, o en su caso, a los poderes constituidos de los mismos.

3.2.2 La progresividad en la interpretación jurídica

Tal y como se determinó en el capítulo segundo, cuando se analizó lo referente a la interpretación de la ley en su aplicación, se pudo observar y afirmar que interpretar consiste en esclarecer o declarar el sentido de un texto, en ese sentido la interpretación jurídica se centra en la norma. Uno de los autores que analiza este campo entiende la interpretación como: “La actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones del derecho”²⁶. Otro autor lo complementa diciendo que: “Debe proponerse desentrañar el contenido de cada norma, esto es, determinar en qué consiste el mandamiento, cuál es el deber que impone, su alcance o extensión y sus limitaciones, y cuál es la medida de la sanción que debe imponerse al contraventor”²⁷.

En su Artículo 29, inciso b), la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, cuando desarrolla lo referente a las normas de interpretación, y dispone lo siguiente: “...

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido

²⁶ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. **La interpretación judicial constitucional**. Pág. 21

²⁷ De la Cueva, Mario. **Teoría de la constitución**. Pág. 67



de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con una convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

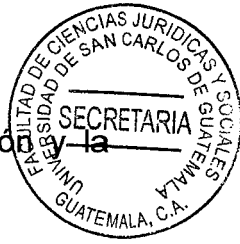
Tomando en cuenta lo anterior, se entiende que el principio de progresividad implica que las interpretaciones a las leyes deben hacerse tomando en consecuencia las realizadas anteriormente, buscando no disminuir las determinaciones hechas sobre el parámetro y la sustancia de los derechos interpretados. Debe reiterarse que la naturaleza misma de la actividad interpretativa cambia de acuerdo a la rama jurídica en que se encuentre, es decir, la interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales siguen una dinámica específica.

Al interpretar una norma jurídica, dicha actividad retroalimenta la norma existente y se integra a la misma. El principio de progresividad sirve como complemento de la interpretación jurídica porque establece un estándar de interpretación y al mismo tiempo es un límite competencial del intérprete.

3.2.3. La progresividad como principio estructurador del ordenamiento constitucional

En un notable estudio denominado: *The endurance of national constitutions*, se enuncia tres factores que ayudan a una constitución a durar, siendo los siguientes: “Inclusión, especificidad y flexibilidad”²⁸. Este último factor es similar a la mutación, pero la

²⁸Elkins, Zachary. *The endurance of national constitutions*. Pág. 65



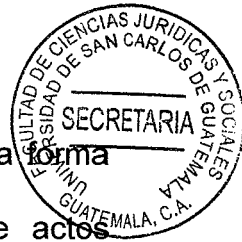
diferencia radica en que la flexibilidad incluye a la interpretación, la mutación y la resistencia constitucional.

Cuando existe una tensión entre constitución y realidad, la mutación surge como una forma de liberar presiones, cambiando el sentido de la constitución, pero dejándola aplicable, de lo contrario habría una ruptura en el orden constitucional y un riesgo de colapso en el mismo.

Correctamente aplicada, la mutación constitucional se puede entender como un mecanismo para liberar las presiones que una Constitución debe resistir: el paso del tiempo, cambios internos y externos e interacciones entre los órganos constituidos. Elkins y otros autores lo entienden de esta forma al justificar la flexibilidad en una ley suprema.

Del origen de las mutaciones constitucionales, se dice lo siguiente: “Por otro lado, las modificaciones no formales de la constitución proceden de fuentes distintas. Unas veces emanan de órganos estatales, y adquieren el carácter de verdaderos actos jurídicos, ya sean de naturaleza normativa (leyes, reglamentos), ya sean de naturaleza jurisdiccional (básicamente las sentencias de los tribunales constitucionales). Otras veces derivan de simples prácticas políticas que, o no sobrepasan su condición de hechos, quedando convertidas en normas de naturaleza político social (convenciones), o aspiran a convertirse en auténticos hechos jurídicos (costumbres)”.²⁹

²⁹ De la Vega, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Pág. 189



Interpretando a De la Vega, la mutación constitucional puede clasificarse de la siguiente forma siguiente: a) Mutación por medio de normas. b) Mutación por medio de actos jurisdiccionales (sentencias y jurisprudencia). c) Mutación por medio de costumbre. d) Mutación por medio de convenciones constitucionales.

Algo que debe tomarse en cuenta es que cualquier tipo de mutación puede usarse para violar la constitución. De la Vega no toma en cuenta el potencial para violación cuando habla de las fuentes de la mutación. Respecto de los límites de la mutación, el conflicto entre realidad y norma puede ser resuelto de la siguiente forma: “a) o por enmienda constitucional, b) o por la prevalencia de la norma sobre el hecho por decisión judicial firme”.³⁰

Es importante notar que la mutación no es una actividad interpretativa, pues no busca determinar el significado de la constitución, sino que busca cambiarla para aliviar la presión de un estrés exógeno, aunque hay mutaciones que pueden cancelar el contenido de la norma suprema.

La integración constitucional implica cambiar el sentido de la Constitución sin enmendar el texto, pero esto no implica que sea sinónimo de la mutación. La mutación es todo cambio benéfico o dañino a la constitución sin que medie una enmienda, mientras que la integración busca adaptar la norma suprema a los estímulos externos, por lo cual puede decirse que la mutación es la especie, y la integración el género.

³⁰Da Silva, José Alfonso. **Mutaciones constitucionales**. Pág. 32



Tanto la mutación como la integración pueden ser realizadas por cualquier órgano de gobierno (sin importar a qué poder pertenezcan) a través de normas (leyes o reglamentos, costumbres, pactos políticos y jurisprudencia). La integración como sector de la mutación constitucional puede hacerse al usar la constitución o al usar fuentes externas para colmar la laguna, pero siempre bajo el marco que establece el razonamiento jurídico.

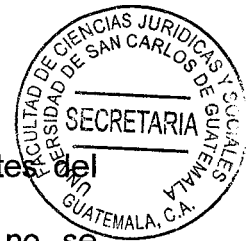
3.3 El bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad permite concederle jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la constitución nacional de cada Estado, su objetivo es la interpretación sistemática con el contenido de la constitución nacional.

3.3.1 Definición y naturaleza

Se puede definir al bloque de constitucionalidad como los: “Instrumentos jurídicos que tienen el valor y el rango constitucional, o lo que equivale a estar contenidos en la propia jerarquía de la Constitución”.³¹ El instrumento antes mencionado es una extensión de la norma suprema en el sentido material, puesto que se le interpreta y se le aplica como una disposición constitucional, aunque su contenido es diferente al de la carta magna. La naturaleza jurídico-política de la Constitución se distingue de la puramente jurídica de las leyes que dimanan de la misma, puesto que la primera impone y

³¹ Ayala Corado, Carlos M. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Pág. 66



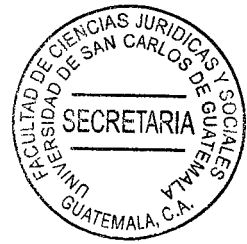
las segundas regulan. De esta manera se entiende que las normas integrantes del bloque de constitucionalidad no son formalmente constitucionales, porque no se encuentran dentro del corpus de la constitución.

Cuando se incorpora una ley dentro del bloque de constitucionalidad, esta sufre diversos cambios que es conveniente analizar. Por formar parte de la carta magna deben determinarse para el bloque de constitucionalidad los mismos principios que se aplican a la constitución en general. Respecto de su proceso de reforma, se debe de seguir el proceso de reforma complicada que se tiene para la norma suprema.

Una ley incorporada al bloque de la constitucionalidad es defendible por medio de los mecanismos de control constitucional que la ley consagra y su interpretación compete solamente al poder judicial, que es el intérprete de la constitución.

Los derechos que consagra dicha ley a los particulares son garantías individuales o sociales (dependiendo de su naturaleza) y se pueden defender por medio de la acción constitucional de amparo.

Aplican los mismos principios interpretativos de la constitución, y de existir pugna con las normas de la contradicción, se tiene que interpretar como excepción a la regla general. El que se incorporen unas u otras depende de la realidad social y de la historia y cultura jurídica de un país. En ese orden de ideas, se entiende que no todos son aplicables a la idea general del bloque de constitucionalidad, por lo que se adaptarán algunos y otros se removerán de la lista.



3.4 Consideraciones sobre el principio de progresividad en el tema de los derechos humanos

Quedó dilucidado y partiendo de que toda vez que esta terminología (sobre el principio de progresividad) proveniente de los propios tratados internacionales, no es necesario hacer grandes elucubraciones, ni interpretaciones, que puedan modificar la intención original de la comunidad internacional al incluir estos conceptos en los acuerdos internacionales, y por ello es recomendable ir a las fuentes para dilucidar su significado.

Es recomendable acceder al significado que tiene el principio en los tratados, porque finalmente estos son acuerdos internacionales que generan obligaciones a los estados parte o firmantes, y permitir una interpretación libre sin fundamentar en el mismo convenio, puede provocar la errónea creencia de que un tratado obliga a determinadas situaciones, cuando tal vez no sea así. En algunas ocasiones se ha llegado a afirmar que un derecho humano se extiende, que, si se tiene derecho a la libertad de desarrollo, por ejemplo, esta implica que se tiene también derecho indiscriminado sobre el cuerpo y la mente y por tanto, debe crearse el derecho a creer que se tiene otro sexo (diferente al biológico) o incluso a intentar cambiarlo o que se puede atentar contra la propia vida y por tanto, crear un derecho al suicidio.

Esta interpretación de la extensibilidad es errónea, y se comprueba con la simple lectura de los tratados internacionales que contienen el principio de progresividad y la interpretación del llamado método de extensión de derechos que explica más adelante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



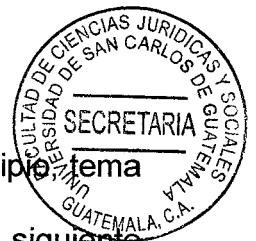
Cuando se habla con respecto del principio de progresividad se debe de recordar que, de inicio, cabe recordar que los derechos humanos son muy pocos, es decir, los inherentes al ser humano, los que se tienen por el hecho de ser persona y que nacen de la dignidad intrínseca.

Entendida esta como un atributo o cualidad del ser humano que implica que es valioso porque es fin en sí mismo y no un medio para conseguir algo. Por eso, los derechos inherentes se cuentan con los dedos de una mano, a saber: vida, igualdad, libertad y propiedad. Los anhelos, los deseos y los hechos biológicos no son derechos.

Sobre si los derechos humanos son extensivos, claramente se puede afirmar que no lo son, pues no se extiende la vida, la igualdad, la libertad, ni la propiedad. Se tiene vida y ya está, se es igual a cualquier otro humano en dignidad, no se es más o menos igual que otro, y el derecho de propiedad no depende de la cantidad de propiedades que se tienen o se puedan llegar a tener, es en sí el derecho a ser propietario de algo.

Pero si la extensibilidad se refiere a que el estado puede ir otorgando o reconociendo otros derechos que apoyen a la aplicación del derecho humano de que se trate, pues entonces no hay discusión alguna y se está de acuerdo.

En este sentido, el principio de progresividad atañe no al derecho en sí, porque este no es progresivo, sino a su aplicación progresiva, razón por la cual dentro del presente trabajo se analizó lo referente a la aplicación de la ley y de esa cuenta evitar incidentes que puedan retrasar el proceso.



En la Convención Sobre los Derechos del Niño, se puede apreciar este principio de tema que sí es relevante para la presente investigación y que se analizará en el siguiente capítulo (lo referente a los derechos de menores de edad), esta Convención contiene dos artículos que dejan clara la intención de la comunidad internacional sobre el significado y alcance del llamado principio de progresividad, pues al igual que en los otros tratados internacionales, se refiere al logro progresivo de la realización del derecho, es decir, a la aplicación de medidas específicas que permitan aplicar el derecho.

En este caso se ejerce progresivamente el derecho a la educación, ¿cómo?, siempre en igualdad de condiciones para todos, pero esta aplicación dependerá de las posibilidades y recursos de cada país, como, por ejemplo, establecer el acceso a la educación gratuita para todos, o en su caso, si no se dispone de los recursos, implementar y facilitar la asistencia financiera.

3.5 El principio de progresividad y no regresividad

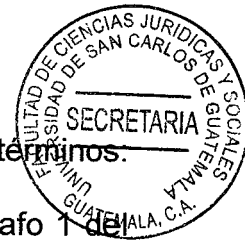
En el presente punto se indicará *grosso modo*, cuál es el significado que ha atribuido el derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia constitucional y la doctrina a dicho principio; qué otros significados jurídicos tiene el principio de progresividad y cuál es el papel del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales en un estado constitucional, social, democrático y ambiental de derecho, por supuesto sin ahondar en cada uno de ellos, por razones de tiempo y espacio.



En ese sentido, se puede decir que el significado que se tiene a partir del derecho internacional de los derechos humanos, sobre el principio de progresividad, el mismo como ya se dijo, tiene sustento en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que este contempla la obligación de los estados parte de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Y lo anterior se puede observar en el Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC– de 16 de diciembre de 1966, y que establece lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

De conformidad con la observación general número tres del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del Artículo 2 del Pacto)” adoptada en el Quinto Período de Sesiones de 1990, documento E/1991/23, las obligaciones contraídas por los Estados Parte del Pacto Internacional se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado. En las últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en materia de los derechos.



Dicho Comité precisó el alcance del Artículo 2.1 del Pacto en los siguientes términos.

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del Artículo 2 es la de adoptar medidas para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”.

La expresión progresiva efectividad se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo.

En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes.

Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el pacto, no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del pacto, que es establecer claras obligaciones para los estados parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata.



Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

A su vez, el Artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”.

El anterior Artículo resume en gran medida el significado de los derechos sociales en cuanto a la garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación. “Adicionalmente, el Pacto requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de progreso, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales”.³²

Las Observaciones Generales ya mencionadas, y específicamente el número catorce, quince y diecisiete, establecen una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de niveles esenciales de los derechos a la salud y al agua.

³²Courtis, C. **La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, apuntes introductorios.** Pág.8



El Artículo 26 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominado comúnmente como: Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, señala que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Se afirma que en cuanto a la remisión de la Carta de la OEA: “Son al menos identificables en forma clara los siguientes derechos: Derecho a la educación; los derechos laborales, a la seguridad social; el derecho a la vivienda; derecho a la alimentación; derecho a la salud y los derechos culturales”.³³ Pero se considera que: “La prohibición de regresividad también constituye, una obligación general de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicable a todos los derechos establecidos por la Convención”.³⁴ Respecto de la regresividad existen dos nociones posibles de regresividad.

La primera aplicada a los resultados de una política pública (regresividad de resultados), entendiéndose que es regresiva cuando sus resultados empeoran en

³³ **Ibíd.**

³⁴ **Ibíd.**



relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido parámetro de la segunda aplicada a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa), determinándose que la norma es regresiva cuando al compararla con la norma que ha modificado o sustituido, la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior, de tal manera que el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado

Por otro lado, la progresividad es una de las características de los Derechos Humanos, al explicar que como estos: “Son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Ha sido así como se ha ensanchado sucesivamente el ámbito de los derechos humanos y su protección, tanto a nivel doméstico como en la esfera internacional”.³⁵

La progresividad no debe entenderse como una nota de la exigibilidad de los derechos humanos, en el sentido de que esta nos sería inmediatamente realizable.

Por el contrario, una vez identificado un derecho determinado como, Inherente a la dignidad de la persona humana, este merece protección inmediata como tal. La progresividad, como aquí se entiende, lo que denota es que la **aparición**, es decir, el

³⁵Nikken, P. **La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales**. Pág. 94

reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible. Asimismo, que el número y el vigor de los medios de protección también ha crecido de manera progresiva e igualmente irreversible, porque en materia de derechos humanos, toda regresividad es ilegítima.

También debe indicarse que en material procesal penal el principio de progresividad hace referencia, como objeto del control de legalidad, a la relación, dentro del contexto del proceso penal, de una serie de pasos en el conocimiento que llevan desde la incertidumbre inicial de la denuncia o conocimiento de la *notitiacriminis*, hasta la certeza que como factor necesario se demanda en el fallo condenatorio.

A manera de conclusión, se puede decir que cabe reiterar que se debe ir a las fuentes para interpretar cualquier término jurídico, y si en este caso se trata de un principio contenido en los tratados internacionales, se está obligado a recurrir a ellos. De la sola lectura de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se desprende que no hay necesidad de hacer interpretaciones al respecto y queda claro que este principio se refiere a la aplicación de medidas específicas progresivas (como destinar cada vez más gasto público o recursos humanos, implementar programas gubernamentales, e incluso, de ser necesario, hacer armonizaciones legislativas), en la medida en que se desarrolla un país, para lograr la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Entonces, se puede afirmar que este principio de progresividad incide directamente, no en el derecho mismo, sino en los tratados y en los medios o condiciones que debe



establecer un Estado parte para poder respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de los también llamados por costumbre derechos humanos (pero debe aclararse, de segunda generación). Queda esta reflexión para cualquiera que deba aplicar el llamado Principio de Progresividad. Partiendo de esta reflexión se analizará, en el siguiente capítulo, lo que ocurre en la aplicación de los derechos tutelares de los menores de edad en el derecho guatemalteco.



CAPÍTULO IV

4. Los derechos tutelares de menores de edad

Los menores de edad tienen derecho a ser protegidos por el Estado, y que se les garantice el desarrollo integral, implementando todos los recursos necesarios para lograrlo y priorizando el interés superior del niño, como directriz en la toma de decisiones.

4.1 El interés superior del niño

El interés superior del niño, como antecedente se tuvo en cuenta ya en el derecho de familia en la sentencia *Blissets*, a finales del siglo XVIII (1774), por lo que no se puede decir que resulte un principio novedoso. A pesar de ello, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ha supuesto un importante avance en lo que a su conceptualización y ámbito de aplicación se refiere. Así ha proclamado su doble naturaleza como derecho subjetivo y como principio y generalizado su aplicación a ámbitos materiales distintos de aquel que le vio nacer y en cuyo seno se ha desarrollado.

Desde una perspectiva internacional, la evolución del principio ha sido doble: por una parte, del mismo modo que en los derechos internos, se incorporó en tratados internacionales relativos al derecho de familia, en el que nació y se desarrolló hasta la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,



por otra, algunos textos de naturaleza recomendatoria se referían al interés del niño de forma más amplia.

Entre los primeros se encuentran los textos convencionales materialmente sectoriales con los que se pretendía aportar respuestas transnacionales claras a cuestiones internas como la adopción internacional, o la concienciación acerca de la necesidad de regular cuestiones acerca de las cuales hasta entonces no existía acuerdo, como la edad mínima para contraer matrimonio o la discriminación contra la mujer.

En relación con el segundo de los aspectos recién indicados, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios establece (en su Artículo segundo) la obligación estatal de fijar una edad mínima para contraer matrimonio (en Guatemala, con las reformas recientes ahora la edad mínima es de dieciocho años de edad), salvo dispensa de la autoridad competente, de nuevo en interés de los contrayentes, que no es lo mismo que el interés del menor, puesto que no se trata de regular los matrimonios entre menores, sino de permitir que un menor de edad lo contraiga.

Como las partes en el texto recién indicado no lograron alcanzar un acuerdo acerca de la edad mínima para contraer matrimonio y con el propósito de evitar disparidades en este punto por parte de las autoridades estatales, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, en la que ese límite se establecía en los quince años.



En la actualidad carecemos de una edad mínima para contraer matrimonio por motivos: el primero, porque no se pudo evitar en la recomendación referida la reiteración de la salvedad contenida en la Convención que permite la celebración por debajo de esa edad si se aprecia que es en interés de los contrayentes; el segundo, debido a que la fijación de los quince años como edad mínima se incorpora en un instrumento de naturaleza recomendatoria y no jurídicamente obligatoria para los Estados.

En la segunda línea indicada se ubica la Declaración de Ginebra, adoptada el 26 de septiembre de 1924 por la Sociedad de Naciones cuyo preámbulo afirma que: “La humanidad debe darle al niño lo mejor que tiene”, y 35 años más tarde (en 1959) la Asamblea General de Naciones Unidas proclamaba en el Principio Séptimo de la Declaración sobre los Derechos del Niño, que su interés superior: “Debe ser un principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”. Con esta Declaración, aprobada tres décadas antes que la Convención, se inicia la ampliación del ámbito material que generalizará la Convención y lo hace estableciendo el deber primordial de garantía a los padres, sin excluir a otros agentes de estas responsabilidades.

4.2 Interpretación del interés superior del niño

Para poder conocer e interpretar el derecho y el principio del interés superior del niño se tiene, previamente, que identificar sus perfiles, con este propósito en un primer lugar se debe detenerse en su caracterización, pasando después a abordar la identificación de

aquellos que habrán de conocerlo en profundidad o a interpretarlo, al corresponderles su aplicación, para centrarse posteriormente en los criterios determinantes que han de observarse con el propósito de visualizar las medidas que mejor se acomodan a este derecho y principio interpretativo fundamental; todo ello con la finalidad de concluir apuntando los posibles riesgos que derivan de su aplicación o inaplicación.

4.2.1 Caracterización del interés superior del niño

El interés superior del niño es un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador y fundamental de los derechos de los que son titulares, que posee un propósito protector de: “Los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía”.³⁶ Este principio se incorpora puntualmente a lo largo de la Convención y con carácter general en su Artículo tercero cuyo apartado primero establece lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En estas breves líneas se encuentra un apunte de la múltiple funcionalidad con la que se le caracteriza el principio que ocupa la presente investigación, inspiradora tanto de políticas como de legislación (nacionales o internacionales) susceptibles de afectar de algún modo a los menores de edad, así como para quienes han de aplicarlas.

³⁶Rodríguez LLamas, S. **La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor.** Pág. 569



Esto resulta evidente en lo que se refiere a la relación entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos internos pues los Estados están jurídicamente obligados por los tratados en los que han consentido, cuyo cumplimiento ha de proveer el derecho interno con independencia del ámbito material del que se trate, ya sea derecho civil (tutela, filiación, régimen de visitas u otros), derecho penal o laboral, entre otros. La naturaleza inspiradora del interés superior del niño es meridianamente clara, al ser el elemento sobre el que se construyen sus derechos, si no fuera porque los menores de edad gozan de un interés social fundamental carecerían de una regulación específica protectora de sus derechos (desde esta perspectiva, es el motivo de la existencia de esta Convención que lo proclama).

Un ejemplo de esta naturaleza son los protocolos de la Convención. Es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo que nos conduce a que el órgano encargado de la aplicación de una norma ha de considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que pueda aportar una norma aplicable a un caso que afecta directa o indirectamente a un niño, se ha de considerar aquella que satisfaga en mayor medida el interés de este último, a esto se le llama progresividad de los derechos tutelares de los menores de edad.

Por su parte, una autora en esta materia de derecho y profesora también, caracteriza al interés superior del niño, como: “Un principio esencial; interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención y de manera subrayada, respecto

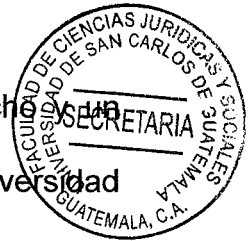


a los demás principios generales de esta; exclusivo del niño; armonizador; no absoluto, indeterminado; y dinámico”.³⁷

De esta relación interesa al presente trabajo, los dos rasgos apuntados en último lugar. El principio de interés superior del niño es un concepto jurídicamente indeterminado, de muy difícil definición concreta única y útil, aplicable a todos los casos en presencia, debido a la heterogeneidad de sus titulares, pues igual se puede predicar de un titular individual (un niño) o colectivo más o menos amplio (un grupo de niños o todos ellos). Por lo demás, ningún niño ni grupo de ellos es igual a otro, bien al contrario, tienen necesidades distintas en función de las circunstancias que a cada uno le rodean, por ejemplo, un niño huérfano, discapacitado, refugiado, un niño soldado o víctima de un conflicto armado, un indígena, una víctima de abusos sexuales o escolares, hijos de padres separados pacíficamente o no.

La situación recién indicada se complica aún más porque las diferencias de edad y madurez de los niños requieren respuestas variadas y también porque se puede encontrar con quienes sobreviven en más de una de las situaciones anteriores, o con factores de afectación al desarrollo del niño mutables en circunstancias que pueden parecer objetivamente similares, la evolución particular del menor (nivel de desarrollo emocional, autonomía...) o de su mismo entorno social. Por todo ello, no existe una única fórmula para resolver del modo que más pueda beneficiar en mayor medida el interés de los menores, por lo que precisa interpretaciones en concreto.

³⁷ Carmona Luque, M.R. **La Convención Sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos.** Pág. 104

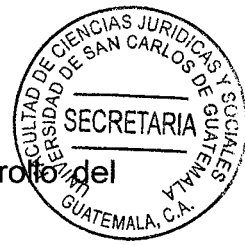


De lo anterior se desprende que el interés superior del menor es un derecho según principio con contenido y perfiles complicados de visualizar en abstracto. La diversidad de las medidas que su aplicación puede implicar y provocar que no sea tan relevante su concepto en sí mismo como la finalidad que persigue y los criterios que han de guiar al órgano encargado de su aplicación. Una consecuencia de esta indeterminación es el dinamismo característico del principio, que permite su adaptabilidad a las distintas situaciones en presencia, principio de progresividad, misma que deben los operadores de justicia aplicarlo en todo momento.

4.2.2 Los órganos que han de aplicar el interés superior del niño

El órgano aplicador del interés superior del niño depende del plano en el que se encuentre la decisión, es decir, será el representante del Estado en una negociación internacional para la celebración del tratado internacional en el que se ha de incorporar la redacción más favorable al interés de los niños; el legislador si el principio actúa como inspirador de la legislación que pueda afectar a los menores, o el órgano judicial o administrativo que haya de decidir en un caso concreto la aplicación de una norma que pueda afectar a menores, en cuyo caso, deberán interpretar la disposición en cuestión a la luz del principio del bien superior del niño.

Sin embargo, los aplicadores habituales de este principio son los padres de los niños, que habrán de adoptar todas las decisiones que pudieran afectarles orientados precisamente en atención a su interés superior, puesto que, tal y como establece el Artículo 18 de la Convención: "Incumbirá a los padres o, en su caso, a los



representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Evidentemente, al decidir sobre estas cuestiones (educativas, de desarrollo físico, psicológico, emocional) deberán hacerlo orientados por el que consideran el interés superior de su hijo. Sin embargo, hay que observar que aquí también se pueden diversificar las decisiones, dado que la heterogeneidad implica que una misma solución puede no beneficiar del mismo modo a todos los hijos, debiendo, como se veía antes, de adaptar ese interés a las características y necesidades concretas del niño al que se pretende en cada momento aplicar el principio.

La variedad de potenciales aplicadores del interés superior del menor ilustra la multifuncionalidad de este principio, tanto horizontal como vertical, en el sentido de que se ubica en escenarios distintos debidos al plano en el que haya de considerarse. Así, serán los órganos encargados de la producción normativa o del diseño de políticas públicas aplicables al grupo en cuestión que podrá ser más amplio si es un contexto internacional, nacional o autonómico-local o se trata de un órgano encargado de la aplicación de las normas y políticas en cuestión.

También se ha de subrayar la diferencia que aportan los destinatarios de esta tarea, pues no es lo mismo plantear con carácter objetivo, medidas que puedan afectar a un colectivo que pretende ser universal desde una perspectiva espacial (tratados internacionales) o regional, aunque puede resultar general por el objeto (dirigido a la infancia en general) o sectorial, si se centra en determinados grupos (los niños en



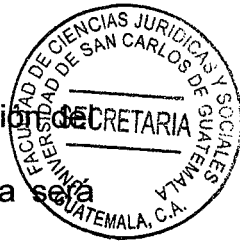
riesgo de exclusión, por ejemplo), que con un alcance estatal o autonómico, o a un caso particular en el que habrá que considerar de modo específico las circunstancias concretas que le rodean para poder determinar cuál es la aplicación que puede resultar más beneficiosa.

4.2.3 Criterios aplicables para determinar el interés superior del niño

Del mismo modo que se carece de una definición acerca del interés superior del niño, tampoco se cuenta con criterios aplicables con carácter general para determinarlo, pues ni los textos internacionales ni los nacionales los establecen de forma taxativa.

En este sentido, la observación general del comité, manifiesta que el derecho del niño y el interés superior sea una consideración primordial, aporta una relación abierta de elementos a considerar cuando haya de identificarse el bien superior del niño, en concreto los siete siguientes: la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y a la educación. Esta evaluación, por supuesto, desde la garantía estatal del pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

Por su parte, en Guatemala, se tiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia distingue (en su articulado) que siempre se debe de considerar el interés superior del niño, consideración que debería ir concatenando al principio de progresividad, analizado en el capítulo anterior.



Hay que tener en cuenta los criterios y elementos que se indican siempre en función del escenario que se presenta. Así, la ponderación de los intereses en presencia será distinta en función de la posición que ocupe el menor, que en un caso concreto podría ser la víctima o el autor de un delito. Junto con ello habrá que considerar la edad del niño, pues un adolescente expresará una opinión formada, mientras que si se encuentra en los primeros años de su vida poseerá inevitablemente menor relevancia que el anterior, ello sin olvidar que la edad es un indicativo de su madurez, que es lo realmente importante cuando de escuchar (que no solamente oír) al menor se trata.

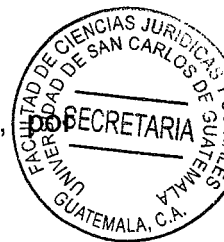
Lo que hay que determinar en este punto es la capacidad de transmitir ideas propias responsablemente formadas y no inducidas mediante algunos mecanismos, entre los que no se puede descartar el miedo del niño a las consecuencias de su manifestación de voluntad en aquellos a quienes pueda afectar.

4.2.4 Consecuencias de la correcta aplicación del interés superior del niño

La primera consecuencia que se extrae de la correcta aplicación del principio es la priorización del interés del niño sobre cualquier otro interés legítimo en presencia, tanto si ello supone considerar en menor medida este último como si se trata de no poder ponderarlo para resolver la situación en presencia.

Este efecto se ha comprobado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El interés superior del niño no solo se pondera en la jurisprudencia internacional, también en los

tratados internacionales, pues es una excepción a la regla general aplicable, ejemplo, en el caso de la sustracción internacional de menores.



En este sentido, la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños, ejemplifica esta situación, pues declara que su propósito es: “Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”, salvo que exista “un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. También otra consecuencia de la correcta aplicación del principio del interés superior del niño es el que luego de analizar casos concretos ha motivado cambios legislativos, ya sea que se hayan subrayado o no de esta necesidad por el Comité, la jurisprudencia de un tribunal internacional o la presión de la sociedad civil puede provocar estas consecuencias.

4.3 La aplicación del principio del interés superior del niño

El principio del interés superior del niño, enunciado por el Artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, y recogido por el Artículo 5 de la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, preconiza que todas las medidas concernientes a los niños a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su interés superior. En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior,



independientemente de los intereses de los padres; sin embargo, cabe preguntarse, ¿existen límites para la aplicación de dicho principio?

Para absolver la inquietud, se debe de resaltar, en primer término, que en la práctica judicial el principio del interés superior del niño es invocado y aplicado mayoritariamente por los operadores de justicia al momento de decidir o resolver una controversia en la cual se encuentra involucrado un niño, una niña o un adolescente.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.

Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el interés superior del niño, se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela judicial efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Vale decir que el principio del interés superior del niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el juzgador utilizando su apreciación razonada

determinará lo mejor para el niño. Por tanto, las decisiones en que únicamente se menciona el principio del interés superior del niño como frase, sin sustento, agravan el problema, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales, acarrea la nulidad del fallo.



En ese sentido, las incidencias que susciten con respecto de la aplicación de la ley, tomando como base el interés superior del niño debe de estar limitado con la motivación en la resolución, siempre en conjunto es el principio de progresividad y no de regresividad (temas analizados en los capítulos anteriores). Corresponde, entonces, a los operadores de justicia garantizar el respeto y observancia del Principio del Debido Proceso, de tal forma que los derechos que lo conforman: derecho de defensa, producir prueba y que esta sea debidamente valorada, obtener una sentencia motivada y fundada en derecho, doble instancia, igualdad procesal, etc., sean plenamente ejercidos por las partes.

4.4 El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño

Tal y como se ha podido observar, la aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. El análisis histórico-jurídico revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos



humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños. El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención.

La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el Art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos



autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas, aplicadas, comprendidas sistemática y armónicamente con el principio de progresividad; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del **interés superior del niño**.

4.5 Técnicas para determinar el interés superior del niño

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

Dentro de los individuos expertos a tomarse en cuenta, están lo que ejercen: La psicología, el trabajo social y la pedagogía, las tres disciplinas deben de conformar grupos multidisciplinarios.



Desde cualquier punto de vista, el atender a un niño, niña o adolescente deberá hacerse a través de un equipo multidisciplinario en su conjunto, el cual deberá estar integrado, como mínimo, por cada uno de los sujetos profesionales anteriormente indicados. Sería mucho mejor, para brindar seguridad y certeza en el tema de niños y niñas, que cada una de las personas profesionales tengan al menos una especialización en niñez, como, por ejemplo: psicología infantil, trabajo social con visión infantil, y la pedagogía correspondiente.

Para el análisis de los casos, se hace viable una integración del equipo multidisciplinario para determinar los puntos concretos de cada niño, niña o adolescente.

El equipo multidisciplinario deberá analizar el problema desde una visión infanto céntrica en cada caso concreto, para así poder establecer el interés superior del niño, con base en los criterios indispensables para determinar dicho interés. En casos complejos y para una mejor resolución, sería muy importante abordar la cuestión con el auxilio de varios individuos técnicos en psicología, en trabajo social y en pedagogía, y así poder evitar cualquier tipo de errores que le puedan afectar al niño o niña para toda su vida.

Se hace importante indicar que, en la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la República de Guatemala, existe un importante lema: Principio fundamental: obligación que tiene el juez de la niñez a no equivocarse. Para hacer efectivo dicho principio, se considera necesario dejarse asesorar de diverso personal

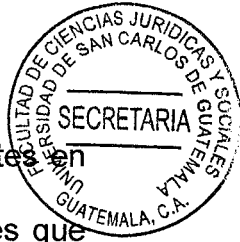


perito y técnico en la materia, a efectos de evitar una mínima equivocación. necesario recordar que, en toda resolución, con el apoyo técnico necesario, se deberá resolver con visión infantocéntrica, alejada de toda visión estato o paterno céntrica.

En ese mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al determinar que se debe partir de la realización de un análisis casuístico, lo cual implica que las necesidades e intereses actuales de la niña deben de ser determinados mediante el análisis calificado de personas especializadas que consideren diversos factores individualizados.

A manera de conclusión se puede decir que no se puede olvidar que los principales responsables del interés superior del menor son los padres y, cuando la situación trasciende del núcleo familiar, los órganos encargados en cada caso concreto de ellos, sean las autoridades tutelares que se encargan de ellos en defecto de contexto familiar, los jueces que deciden en conflictos que pueden afectar de algún modo a los menores, o el Poder Legislativo si es que se trata de adoptar normas que tengan real o potencialmente dentro de su alcance a los menores de edad.

A lo largo de las páginas anteriores hemos advertido la flexibilidad característica del interés superior del niño, así como la relevancia de los criterios que sirvan para determinarlo en cada caso concreto, ubicando al menor en el centro de la decisión e intentando eliminar del juicio del órgano encargado de la aplicación normativa condicionamientos subjetivos que pudieran afectarle (morales, éticos o religiosos), lo que puede resultar el aspecto más difícil de su aplicación.

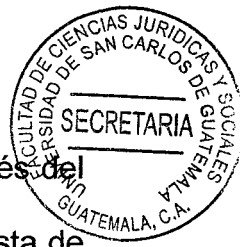


La correcta aplicación del bien superior del niño, de la niña y de los adolescentes en aras a la estabilidad emocional del niño puede conducir a consolidar situaciones que tengan su origen en un fraude de ley o contrarias a ella, como en el caso de los secuestros internacionales. Sancionar con penas privativas de libertad al progenitor que ha trasladado sin consentimiento del otro o incluso ante su negativa y en ausencia de autorización judicial en caso de que esta se requiera, en la medida en que sería contraria al bien superior del niño, consolida la guardia y custodia de quien ha vulnerado las normas, pero solo atendiendo a este interés prioritario a los demás. A pesar de ello, se ha de considerar que en estos supuestos probablemente ambos persiguen el interés del hijo en común, aunque cada uno desde su propia perspectiva.

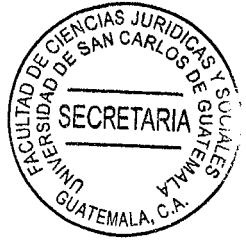
Por tanto, no siempre la aplicación del principio conduce a soluciones objetivamente justas y de ahí la importancia de observar el principio de progresividad de los derechos tutelares de los menores de edad, bien al contrario, podría llevar a que esta protección vulnera los derechos reconocidos a otros o a resultados que parecen alejados del derecho, porque son soluciones que, de no existir un menor, resolvería de un modo diametralmente contrario o alejado del que cuenta con un niño a proteger.

Pero se encuentra precisamente en un contexto de protección del menor. Esa es precisamente la esencia de este principio.

En consecuencia, lo anterior indica que es mejor equivocarse sobrevalorando el interés del menor que incurrir en errores cuyos efectos no tienen solución. A pesar de la inseguridad que la evaluación de los intereses en presencia y de alcanzar, en



ocasiones, decisiones contrarias a nuestro sentido de justicia, considerar el interés del menor como prioritario a otros, además de ser una obligación legal, es una apuesta de futuro. Lo que no quita para que la consideración y el estudio de la jurisprudencia que ha aplicado este criterio deje en ocasiones una sensación agridulce. Llegando de esta manera al final del análisis respectivo de los temas que atañen a la investigación, quedando solamente concatenar lo analizado con el tema central, situación que se tratará de cumplir en el siguiente capítulo.





CAPÍTULO V

5. Incidencias jurídicas de la inaplicación del principio de progresividad en los derechos tutelares de menores de edad

Luego de haber analizado lo referente a las incidencias jurídicas, sobre la aplicación de la ley, sobre el principio de progresividad y sobre el interés superior del niño como un elemento esencial de los derechos tutelares de los menores de edad; es procedente realizar un análisis general de los capítulos concatenados.

5.1 Análisis general

Es necesario realizar un breve análisis general sobre el término de un incidente, desarrollado en capítulo primero.

Se debe de recordar primeramente que, para el derecho, un incidente es una cuestión que difiere del asunto principal de un juicio, pero que guarda relación con él. Puede decirse que el incidente es un litigio accesorio al procedimiento judicial principal, que el juez o el tribunal deben resolver a través de una sentencia interlocutoria o de un auto.

Pero para la vida común un incidente es aquello que acontece en el curso de un asunto y que cambia su devenir. El término tiene su origen en el vocablo latino *incídens*. Por ejemplo: El doctor Juan Pérez se dirigía a la fiesta cuando un repentino incidente alteró sus planes, o bien: Tras el incidente, los empleados regresaron a la oficina y



prosiguieron con sus actividades habituales, un último ejemplo podría ser que: El Banco cerró sus puertas a causa de un incidente en la zona de cajas.

En ese orden de ideas, se entiende que, para la vida común, un incidente es algo que ocurre y que altera el orden de las actividades, pero para el derecho, un incidente es un pequeño proceso accesorio dentro del proceso principal.

También se debe de recordar que la regulación de los incidentes en el siglo XX y en el siglo XXI sigue desarrollándose dentro de dos líneas (derecho romano y español), generadas por las distintas perspectivas estructurales del procedimiento; aunque el acercamiento de los dos sistemas, en determinados ordenamientos, han producido algunas soluciones intermedias.

La noción de los incidentes, frecuente en la doctrina antigua italiana, casi desaparece de la doctrina moderna por la influencia de algunos autores y sus discípulos. Chiovenda no negaba la existencia de cuestiones controvertidas que surgían en el desarrollo del proceso, lo que sí negaba es la utilidad científica y práctica de agrupar todas esas cuestiones bajo el denominador común de los incidentes.

En los ordenamientos procesales inspirados en los viejos principios del proceso común, el tratamiento procesal de las cuestiones incidentales se sigue desarrollando con los mismos módulos, determinadas cuestiones incidentales cuentan con un procedimiento específico para su resolución y el resto se sustancia por un procedimiento común (ambos regidos por el predominio del principio de escritura).



Dentro de los códigos procesales, continuadores de la tradición jurídica española, destacan los iberoamericanos: códigos procesales argentinos de la nación, de Mendoza y de Córdoba, código chileno de procedimiento civil de 1902 y reformas posteriores, código mejicano de procedimientos civil.

De esa cuenta se podría seguir mencionando otros aspectos sobre un incidente jurídico, aparte de lo ya desarrollado en el capítulo uno del presente trabajo de investigación, sin embargo, no es la intención y ni es el objetivo principal del presente estudio de ahondar aún más en ese tema, razón por la cual, solamente se procede a aclarar que cuando en el tema central se mencionan las incidencias jurídicas de la inaplicación, se está haciendo referencia a las consecuencias jurídicas de la inaplicación de la ley que regula los derechos tutelares de los menores de edad.

En ese orden de ideas y aclarado lo anterior, se procede a analizar de manera general lo referente a la inaplicación de la ley.

De lo analizado y desarrollado en el capítulo segundo de la presente investigación, sobre la aplicación de la ley, básicamente, son dos los sentidos que este término puede tener, el referido a su eficacia normativa y el que atañe a su poder de conformación integrativa con el resto del ordenamiento. Por el primero contiene un mandato de acción de obligado cumplimiento por los sujetos a quien se dirige; por el segundo se genera el principio de interpretación e integración de todo el ordenamiento conforme a la constitución. Es obvio así que la aplicación del principio de progresividad en su vertiente integrativa e interpretadora vincula inmediatamente a todos los poderes públicos y

su efecto de acción es permanente y general cuando se trata de los derechos tutelados de los menores de edad.

En este sentido, los jueces y tribunales ordinarios quedan vinculados por este principio y están obligados a su aplicación, acaeciendo incidentes jurídicos por la inaplicación de este y, por eso también, por la interpretación que del principio efectúa el tribunal constitucional en su función de intérprete supremo de todo el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Es entendible y aceptable que como un incidente jurídico, puede utilizarse la solicitud de inconstitucionalidad de la ley y reglamentos, como accesorio dentro del proceso principal, por la aplicación de la norma violatoria de la constitución y por ende de los principios y garantías constitucionales y procesales, dentro de ellos el principio de progresividad; o bien procede la acción constitucional de amparo como consecuencia de la inaplicación de la norma y del principio de progresividad; lo anterior por la inaplicación pura y simple de la norma y por ende del principio de progresividad (aparte de las acciones ilegales en clara violación al principio de legalidad).

La inaplicación es aceptable siempre y cuando existan normas ilegales e inconstitucionales que se pretendan hacer cumplir.

Es decir que los órganos jurisdiccionales y los operadores de justicia, pueden o deben inaplicar las normas ilegales y reglamentarias que sean inválidas. Se trata de un viejo problema que no ha perdido actualidad. Ya en 1843, se preguntaban si los ciudadanos,



las autoridades administrativas y las autoridades judiciales debían acatar las normas jurídicas que considerasen contrarias a derecho.

El deber de juzgados y tribunales de inaplicar normas reglamentarias o legales inválidas no suscita en la actualidad demasiadas dificultades. Desde 1869, el derecho positivo español ya obligaba a todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción, a inaplicar los reglamentos que estimen ilegales. Situación que persiste hasta el día de hoy en el derecho interno guatemalteco.

Ahora bien, ese no es el caso en derechos tutelares de menores de edad, ya que, en la mayoría de los casos, los jueces no aplican el principio de progresividad de los derechos y resuelven apegados a lo que tradicionalmente se viene realizando, sin tomar en cuenta el interés superior del niño. Se debe de tener presente inaplicar una norma jurídica consiste, sencillamente, en prescindir de la misma para resolver un caso en el que tenía vocación de ser aplicada. Se resuelve sin observar la norma; se actúa en un caso concreto sin ajustarse a lo dispuesto en ella.

Ahora bien, se debe de recalcar en este punto que el sujeto que inaplica la norma no queda obligado, en principio, a actuar del mismo modo en el futuro, y esta actuación tampoco vincula a otros sujetos. Como mucho, la inaplicación tiene el valor vinculante que cada ordenamiento jurídico asigna al precedente. Por eso se dice que: la inaplicación tiene un mero efecto *inter partes*. Conviene distinguir la inaplicación de la anulación. Anular una norma consiste en declarar imperativamente con efectos jurídicos *erga omnes* la invalidez de esta. Esta declaración tiene carácter general, abstracto y



definitivo, general, porque sus efectos se dirigen a todos los miembros de la comunidad jurídica; todos deben tener por inválida a la norma anulada y ajustar sus conductas a lo que resulte de esta invalidez.

Abstracto, porque con arreglo a dicha declaración ha de resolverse cualquier caso en el que se plantee la invalidez de la norma anulada. Definitivo, porque los efectos jurídicos de la anulación no son provisionales o transitorios, sino permanentes, de vigencia indefinida, la anulación de una norma supone su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre, medida irreversible por su propia naturaleza.

Por definición, las normas jurídicas deben aplicarse en la medida en que gozan de validez, e inaplicarse en la medida en que son inválidas. Lógicamente, por invalidez habrá que entender no obligatoriedad: que una norma es inválida quiere decir que no hay un deber de actuar de acuerdo con ella. Debe subrayarse que invalidez no es sinónimo de ilegalidad o, dicho más exactamente, de antijuridicidad. Correlativamente, validez tampoco es lo mismo que legalidad o adecuación a derecho.

La negativa de la administración de justicia o mejor dicho del órgano jurisdiccional, a enjuiciar la validez de las normas jurídicas y en su caso de principios constitucionales y convencionales, y, en su caso, a inaplicarlos resulta especialmente censurable cuando esta resuelve pretensiones o recursos que los ciudadanos están obligados a interponer para poder obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos que le asisten como parte del proceso. En ese orden de ideas se ha dicho que el funcionario



judicial, en virtud del principio de independencia jerárquica judicial, se ve obligado en todo caso a aplicar las leyes o normas jurídicas, con independencia de su posible ilegalidad e, incluso, inconstitucionalidad.

Esta afirmación parece incorrecta por dos razones, de un lado, porque el solo hecho de que un funcionario dependa jerárquicamente del autor de una norma no le impide inaplicar esta; de otro lado, porque hay órganos independientes, no subordinados jerárquicamente a otros.

A manera de conclusión se puede decir que los argumentos que recién se expusieron y que justifican la competencia del órgano jurisdiccional para inaplicar disposiciones reglamentarias valen, *mutatis mutandi*, cuando de inaplicar normas legales se trata. No obstante, el problema presenta aspectos específicos en este último supuesto. Razón por la cual en el capítulo se analizó lo concerniente a la aplicación de la ley.

Posteriormente en este punto se realiza un análisis general de lo observado en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación, es decir lo referente al principio de progresividad de los derechos. En ese orden de ideas, se puede decir que el principio de progresividad se debe de aplicar en las interpretaciones de la ley al caso concreto. Se debe de acotar que el principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos.



Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no solo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el constituyente, el Estado guatemalteco tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.

Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado guatemalteco, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado guatemalteco.

El principio de progresividad atiende la noción, de que los derechos humanos se encuentran en una evolución constante, positiva y expansiva a favor de la persona, por lo que, una vez que el Estado reconoce la vigencia de un derecho, estableciendo los alcances y límites de su ejercicio, no se puede de forma posterior pretender acotar o reducir su vigencia.

El Artículo 29 incisos a) y b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada



en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Si bien, la existencia de los derechos humanos no depende del reconocimiento del Estado, pues son inherentes a la persona humana, sí requieren del actuar prestacional de este para garantizar de forma adecuada su ejercicio y tutela efectiva. Es por ello que el Estado debe buscar de forma permanente la ampliación del ejercicio de los derechos humanos, atendiendo los límites previstos por la constitución e instrumentos internacionales.

Cuando el Estado, ya sea a través de una disposición normativa o mediante una resolución jurisdiccional o administrativa, reconoce el contenido y alcance de un derecho humano, asume la obligación de ir incrementando su eficacia tomando en consideración las circunstancias y el contexto jurídico, cultural, social y político imperante en el sistema jurídico.

Hay ciertos derechos humanos que, por sus condiciones, una vez que han sido reconocidos, requieren de una progresividad paulatina en lo que hace a su ejecución y desarrollo, ya que, si no se atiende a sus características, lejos de garantizar su eficacia, puede generarse una merma o afectación en cuanto a su fuerza y vigencia.



Anteriormente la doctrina había señalado que solo los derechos sociales están sujetos al principio de progresividad, ya que, por lo prestacional de sus rasgos, eficacia es indirecta, y solo en la medida que son impulsados administrativa, legislativa y jurisdiccionalmente, pueden estar a un nivel óptimo de concreción. Por ejemplo, el derecho a la salud para que pueda ser cumplido de forma efectiva, no solo requiere de un reconocimiento expreso y formal en la constitución e instrumentos internacionales, sino de una actuación coordinada de distintas autoridades y ámbitos competenciales.

Además de las disposiciones normativas que lo prevén, las políticas públicas son determinantes para la eficacia plena de este y cualquier derecho social, pero su vigencia no puede supeditarse exclusivamente a los programas que el ejecutivo implemente, ya que en caso de que no se garantice adecuada y eficazmente, a través de la vía jurisdiccional se hará exigible su pleno ejercicio.

Esta postura imprecisa terminó por abandonarse, ya que las categorías vertidas a los derechos humanos no son válidas en la medida que explican un contexto histórico (derechos de primera, segunda y tercera generación), pues apuestan por una divisibilidad en su composición y naturaleza. Los principios fundamentales rigen para todo derecho humano, por ende, la progresividad no solo opera para los derechos sociales.

Es evidente como el contexto cultural y social, así como la visión antropológica, puede ser determinante para que ciertos derechos se vean desfavorecidos en su desarrollo. En tal sentido, el Estado no puede de forma inmediata garantizar a plenitud su tutela y



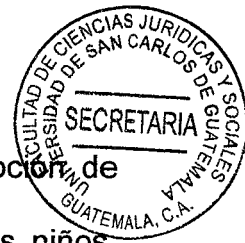
cumplimiento, pero progresivamente sí puede implementar las acciones que necesarias para tender a ello.

En ese sentido, todo derecho humano es sujeto a ser optimizado, aun cuando su eficacia sea inmediata, puesto que el perfeccionamiento en su concreción es permanente, siempre en aras de preservar y favorecer la esfera jurídica de las personas.

En ese orden de ideas, cuando el órgano jurisdiccional inaplica el principio de progresividad en un caso en concreto, en donde se dilucide derechos de menores y mal aplique el interés superior del niño está violentando los derechos humanos de los padres del menor y del mismo menor de edad.

Llegado a este punto, conviene analizar en forma general lo referente a los derechos tutelares de menores de edad y en especial el interés superior del niño, tema importante de analizar en conjunto con el principio de progresividad de este derecho, que ha sido mal aplicado en los juzgados de menores.

En ese sentido, se puede decir que, del análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.



La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños. El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas.

Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.



La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de interés superior del niño.

5.2 A manera de conclusión

A manera de conclusión general, se puede decir que, desde una perspectiva internacional, la evolución de los principios del interés superior del niño y de progresividad ha sido doble. Por una parte, del mismo modo que en los derechos internos, se han incorporado en tratados internacionales para tener mayor fuerza ejecutiva; por la otra parte han modificado las legislaciones internas de los Estados.

El principio de progresividad, tal y como se pudo observar en el presente trabajo, solo se aplicaba a los derechos sociales, hoy ha evolucionado y se debe de aplicar a todos los derechos humanos (primera, segunda y tercera generación). El interés superior del niño, solo se aplicaba porque así lo establece la norma, sin realizar fundamentación de lo resuelto, hoy en día debe de aplicarse, basándose en el dictamen del grupo multidisciplinario, para que de esa cuenta no se vulnere aún más los derechos del infante.

En ese orden de ideas, luego de haber analizado varios casos, en donde se dilucidaba derechos tutelares de menores de edad, se logró establecer que el órgano jurisdiccional que conoce en primera instancia estos casos inaplica el principio de progresividad, conllevando a otros incidentes que no deberían de interponerse si se hubiera aplicado la ley y el principio en forma correcta.

Para afirmar lo anterior, y reforzar la hipótesis de la presente investigación, se procedió a analizar los siguientes casos.

Se analizó las sentencias de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la República de Guatemala, expedientes números: 01141-2009-00360, 01015-2011-00023, 01015-2011-00092, 01015-2011-00023, 01015-2011-00092 y 01141-2009-00360, en donde se pudo observar que, en todas las sentencias enumeradas con anterioridad, la Sala tuvo que enderezar la plana al juzgado de instancia, debido a la inaplicación del principio del interés superior del niño en concatenación con el principio de progresividad.

En los expedientes se observó que, al momento de aplicar, el juez, el interés superior del niño, manifestó que para proteger al menor debía de enviarlo a un refugio temporal o a un centro correccional para menores de edad, teniendo en la sala de audiencias a familiares cercanos (en segundo, tercero y cuarto grado que señala la ley) al menor de edad; provocando con esta decisión un mal peor para el menor de edad, ya que existen refugios y correccionales, pero los mismos, en Guatemala, no tienen la infraestructura necesaria para cumplir el papel de protectores de infantes o menores de edad.



En muchos de los casos, se observó que, se aplicó el interés superior del niño, pero en forma errada si observar el principio de progresividad de los derechos humanos que indica que, si en otras judicaturas se está resolviendo de una mejor manera, así se debe de resolver en este, siempre buscando el bien del menor de edad, y no necesariamente debe de estar regulado un procedimiento para resolver en ese sentido, motivo por el cual, al momento de resolver debe de razonar basándose en el principio de progresividad, del interés superior del niño e incluso del principio *pro homine*.

Motivo por el cual, al momento de mal aplicar el interés superior del niño (entendido al final de cuenta como inaplicación de la ley), se provocó otros incidentes, provocando consecuencias graves para el menor de edad y su grupo familiar.

En amparo y en apelación de amparo, también se pudo analizar estos incidentes y se determinó que en las Salas de apelaciones no habían determinado en una forma correcta la aplicación de los derechos tutelares de los menores de edad en congruencia con los principios de progresividad y del interés superior del niño, siendo las sentencias siguientes:

De la Corte Suprema de Justicia, de la República de Guatemala, los expedientes números: 188-2011, de fecha 11 de julio de 2011, expediente 1339-2010, de fecha 13 de mayo de 2011, sentencia en amparo número 188-2011, de fecha 11 de julio de 2011. Y las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, de la República de Guatemala, números: 2694-2011, de fecha 16 de enero de 2012 y 2804-2011, de 27 de enero de 2012. Expediente número 322-2011, de fecha 16 de junio de 2012.



En el mismo sentido, dentro de estas sentencias se pudo observar que la inaplicación del principio de progresividad en los derechos tutelares de menores de edad, fue la que provocó que se dieran otros incidentes, que no hubieran ocurrido si se hubiera aplicado correctamente el interés superior del niño y el principio de progresividad, evitando así victimizar al menor de edad, que en estos casos es víctima aunque fuere en casos de conflicto con la ley penal, debido a que el menor de edad es inimputable y la prisión no se le puede aplicar, por lo cual se debe de velar por sus intereses, aunque estuviera en conflicto con la ley.

Ahora bien, si los casos de menores de edad (en donde hubiere ocurrido violaciones a derechos humanos), trascendieran a nivel internacional, Guatemala seguramente se haría acreedora de sendas sanciones.

Lo anterior para una mejor comprensión del tema se analizó sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo, así como algunas sentencias extranjeras y se pudo observar que en las mismas existieron sanciones a los Estados vulnerantes de derechos humanos y fueron en materia de inaplicación de la ley y en específico el interés superior del niño y el principio de progresividad.

Al igual que en las sentencias extranjeras, siendo las sentencias siguientes: **Caso Niñas**. Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 28 de agosto de 2002. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Saleck Bardi contra España, de fecha 24 mayo de 2011. Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil. Sentencia número 565/2009 de fecha 31 de

julio de 2009. Sentencias de la Sala constitucional Costa Rica, expedientes: 12458 de fecha 13 de septiembre de 2011 y 12-004198-0007-CO, de fecha 13 de junio de 2012. Sentencia de la Sala de Cámara primera de Apelación en lo Civil de la República de Argentina, expediente 33,648 de fecha 18 de agosto de 2000.



En ese orden de ideas, se pudo determinar, que, en el caso de Guatemala, si existen incidencias que provienen de la inaplicación del principio de progresividad en el derecho tutelar de los menores de edad.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA



Quedó demostrado que la inaplicación del principio de progresividad genera una serie de conflictos en casos de menores de edad, problema de Guatemala ya nivel latinoamericano, evidenciado en múltiples sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y el Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, establecen que el interés superior del niño es el que prevalece en estos aspectos, pero no ocurre en la práctica, el órgano jurisdiccional resuelve sin tener a un grupo o comité multidisciplinario especializado en la materia, que determine verdaderamente el interés superior del niño.

De las sentencias analizadas, se comprobó que, al resolver, el juez determinó que el menor de edad fuera enviado a un refugio temporal, a pesar de la solicitud de custodia temporal de la madre y de la abuela, quienes no habían realizado el acto que motivó la denuncia, es más la Procuraduría General de la Nación, manifestó que el menor de edad estaba muy bien cuidado, sin embargo, fue enviado al refugio temporal.

En otro caso, el juez resolvió que el menor debía ir al centro de detención para menores, a pesar de que se le solicitó que el menor fuera entregado a sus progenitores, ya que el menor había estado desaparecido y fue encontrado robando comida para su subsistencia, y ante la súplica de los padres, el juez no accedió, ignorando de esta forma el verdadero interés del menor e inaplicando el principio de progresividad, que indica que los derechos deben de aplicarse en pro de la persona misma.



BIBLIOGRAFÍA



- AÑÓN, Roig y María José. **Necesidades y derechos.** Madrid, España: Centro Estudios Constitucionales. 1994
- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica.** España: 1989
- ALSINA, HUGO. **Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil.** Argentina: Ediciones jurídicas europa américa. 1963
- ARISTÓTELES. **Ética a nicómaco.** España: Alianza editorial castellana. 2014
- ASENCIO SÁENZ, Denis Aurelio. **Análisis jurídico doctrinario y crítico de la vía incidental en el procedimiento civil y su aplicación al principio de oralidad.** Guatemala: Fenix. 2008
- ATIENZA, M. **El sentido del derecho.** Barcelona, España: Ariel.2003
- AYALA CORAO, C. M. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias.** México: Fundap.2003
- BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos.** Madrid, España: Sistema. 1991
- BRIESKORN, Norbert. **Filosofía del derecho.**Barcelona, España: Herder. 1992
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Heliasta.2003



CALVO MARTÍNEZ, José Luis. **Ética a Nicómaco, introducción, traducción y notas**. Madrid, España, Alianza Editorial.

CÁMARA BOTÍA, Alberto. **Enciclopedia jurídica básica**. Madrid, España: Civitas. 1995

CARMONA LUQUE, M. R. **La Convención sobre los Derechos del Niño instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos**. Madrid, España: Dykinson. 2011

CARMONA TINOCO, J. U. **La interpretación judicial constitucional**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1996

CARNELUTTI, F. **Instituciones del nuevo proceso civil**. Buenos Aires, Argentina: Europa-América, S.A. 1973

CHIOVENDA, G. **Principios de derecho procesal civil**. España: Editorial Reus. 2000

CÓRDOVA, Arnaldo. **La constitución no es ley**. Buenos Aires, Argentina: La Jornada. 2007

COURTIS, C. **La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, apuntes introductorios**. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto. 2006

COUTURE, Eduardo Juan . **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires, Argentina: Depalma. 2002

DA SILVA, José Alfonso. **Mutaciones constitucionales**. México: UNAM, publicaciones jurídicas. 1999

DE LA CUEVA, Mario. **Teoría de la constitución**. México: Porrúa. 2008

DE LA PLAZA, Manuel. **Derecho procesal civil español**, Madrid, España: Editorial revista de derecho privado. 1943



DE LA VEGA, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid, España: Tecnos. 2007

ELKINS, Zachary. **The endurance of national constitutions**. New York, Estados Unidos. Cambridge University Press, 2009

GARCÍA, Gual y Aurelio Pérez Jiménez. **La política, traducción**. Madrid, España: Alianza Góngora Mera, M. E. (2014).

KELSEN, HANS. **Teoría general del estado**. Mexico: Fondo para la cultura economica. 1959

LORCA NAVARRETE, Antonio Marra. **El derecho procesal como sistema de garantías**. México: Nueva Serie.2003

MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL. **Los recursos en el proceso ante el tribunal del jurado**. España: Dykinson. 2004

MUGUERZA, Javier y otros. **El fundamento de los derechos humanos**. Madrid, España: Debate. 1989

NIKKEN, P. **La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales**. Buenos Aires, Argentina: De derecho social. 2012

NINO, C. S. **Introducción al análisis del derecho**. Madrid, España: Ariel.2003

ORTIZ URQUIDI, R. **Derecho civil**. México: Porrúa.1982

PALOMBELLA, Guianluigi. **Derechos fundamentales. Materiales para una teoría**. Italia: Doxa.1999

PLANIOI, M. y G. Ripert. **Derecho civil**. México: Harla.1997



PLATÓN, **La república**. Barcelona, España: Edimat, 2019

RADERUCH, G. **Introducción a la filosofía del derecho**. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.1974

RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.2002

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, C. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos . S. C.: OEA/Ser.LV/II. 2011

RODRÍGUEZ LLAMAS, S. **La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor**. La Paz, Bolivia: Boliviana de Derecho.2015

SATTA, Salvatore. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires, Argentina: v. primero. 1990

TORRES VÁSQUEZ, Anibal. **Código Civil**. Madrid, España: Grijley.2008

VARGAS GÓMEZ-Urrutia, M. **La protección internacional de los derechos del niño**. Jalisco, México: Cultura-Gobierno. 1999

Legislación:

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990.



Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de las Naciones Unidas, 1996. **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**. Decreto número 27-2002. Congreso de la República de Guatemala, 2003. **Ley del Organismo Judicial**. Decreto número 2-89. Congreso de la República de Guatemala, 1989.