



Universidad  
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

# REVISTA JURÍDICA

**iiij**

Instituto de investigación y estudios superiores  
en ciencias jurídicas y sociales

**XXV**

Guatemala, 2016

## MISIÓN

El Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIS) es una unidad académica de la Universidad Rafael Landívar, cuya misión es el estudio, desarrollo y divulgación de las Ciencias Jurídicas y Sociales, mediante la investigación, capacitación, asesoría, consultoría y difusión de temas nacionales, regionales y mundiales de interés y actualidad, que impliquen la participación de todos los sectores de Guatemala, conscientes de las características pluriculturales, multiétnicas y multilingües, de América Central y, congruentes con el ideario landivariano.

## OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

**Investigación:**  
**Participar activamente** en el análisis, discusión y propuesta de soluciones a los problemas jurídicos y sociales, de Guatemala y Centroamérica, en el contexto mundial, para formar criterios y alcanzar consensos que conduzcan al desarrollo integral de la persona humana y de la sociedad.

**Capacitación:**  
Formar en las distintas áreas jurídicas y sociales, a todos los sectores académicos, políticos, económicos y sociales interesados, analizando y divulgando los resultados de las investigaciones, para transformar la sociedad.







---

Universidad  
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

# REVISTA JURÍDICA XXV



---

Instituto de investigación y estudios superiores  
en ciencias jurídicas y sociales

Revista Jurídica XXV / Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ),  
actualmente denominado Instituto de Investigación y  
Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Guatemala : Universidad Rafael Landívar [ 2000 - ].  
Núm. XXV. 1.<sup>a</sup> época (julio – diciembre 2016).  
XI ; 166 p.  
ISSN: 1409-4762

Universidad Rafael Landívar  
Instituto de Investigación y Estudios Superiores en  
Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ)  
*Revista Jurídica*, núm. XXV, segundo semestre, año 2016.

D.R. © Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ),  
actualmente denominado Instituto de Investigación y Estudios Superiores  
en Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ)  
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,  
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio "O", 2.º nivel, oficina O-214  
Apartado Postal 39-C, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 01016  
Teléfono: (502) 2426-2626 Extensión: 2551  
Fax: (502) 2426-2595  
Correo electrónico: [ijj@url.edu.gt](mailto:ijj@url.edu.gt)  
Página electrónica: [www.url.edu.gt](http://www.url.edu.gt)

Cuidado de la edición: Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa.

Impreso en Editorial Serviprensa S.A.  
3ª Ave. 14-62, zona 1  
PBX: 2245-8888  
<http://www.serviprensa.com>  
Ciudad de Guatemala, Guatemala

El contenido de la presente publicación es responsabilidad de los autores y, por lo tanto, no necesariamente coincide ni compromete la posición de la Universidad Rafael Landívar ni del Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**AUTORIDADES DE LA  
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

**Rector**

Dr. Eduardo Valdés Barría, *S. J.*

**Vicerrectora Académica**

Dra. Lucrecia Méndez González de Penedo

**Vicerrector de Investigación y Proyección**

Dr. José Juventino Gálvez Ruano

**Vicerrector de Integración Universitaria**

P. Julio Enrique Moreira Chavarría, *S. J.*

**Vicerrector Administrativo**

Lcdo. Ariel Rivera Irías

**Secretaria General**

Lcda. Fabiola Padilla Beltranena de Lorenzana

**INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS  
SUPERIORES EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN  
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

**Dirección**

Dr. Larry Andrade-Abularach

**Investigación**

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa  
Dr. Jorge Mario García Laguardia

**Administración, finanzas y recursos humanos**

Lcdo. Manuel Enrique Tecum Ajanel

**Gestión académica del  
Doctorado en Derecho URL/UPV-EHU**

Lcdo. Briguer Barnavá Cruz Orellana

**Formación e incidencia**

Rosa Mariela Ortiz Ralón  
Andrea Natalia Castro Estrada  
Dara Andrea García Batres



# Índice

Introducción	ix
El trabajo doméstico en la legislación guatemalteca y su armonización con los estándares internacionales sobre derechos humanos <i>Mgtr. Karin Paola Wagner Mota</i>	1
Análisis del trabajo de menores, con referencia al trabajo doméstico infantil y la necesidad de su erradicación en Guatemala <i>Dra. Amada Victoria Guzmán Godínez</i>	19
La incidencia del movimiento ambientalista en Guatemala a la luz de la jurisprudencia constitucional <i>Mgtr. Pablo Gerardo Hurtado García</i>	33
Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la operación de reporto en la legislación y la práctica en Guatemala <i>Mgtr. José Francisco Asensio Camey</i>	49
Breve reseña histórica de la organización de la administración pública en Guatemala <i>Lcdo. Fred Manuel Batlle Río</i>	63
Breve descripción del Derecho de la Pesca en Guatemala <i>MSc. Bryslie Siomara Cifuentes Velasco</i>	83
Consideraciones sobre el Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica en el marco de la integración económica centroamericana <i>Lcda. Andrea Torres Hidalgo</i>	97
Análisis jurídico-doctrinario de los delitos informáticos, su tratamiento, prevención y represión en el ordenamiento jurídico guatemalteco <i>MSc. Xiomara Patricia Mejía Navas</i>	135



# Introducción

Es un orgullo y un honor para el Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ) introducir el número XXV de su *Revista Jurídica*, en un año particularmente importante, en que el IIJ conmemora su decimoséptimo aniversario de fundación, con una nueva denominación y en el contexto de una nueva estructuración de la Vicerrectoría de Investigación y Proyección de la Universidad Rafael Landívar.

La larga duración de la *Revista Jurídica* es, por un lado, el resultado del arduo trabajo de quienes han formado parte del equipo del IIJ en distintos momentos, desde su fundación en junio de 1999 hasta la fecha, y a quienes se les extiende un profundo agradecimiento y un merecido reconocimiento a su desempeño y sus logros. Además, la confianza y el respeto que los distintos sectores de la sociedad manifiestan hacia el IIJ y la *Revista Jurídica* ha sido un factor indispensable para la continuidad de esta publicación. Asimismo, está claro que incluso con los elementos anteriores, la *Revista Jurídica* no sería posible sin el constante y decidido apoyo de la Universidad Rafael Landívar y en particular, de la Vicerrectoría de Investigación y Proyección.

Tampoco puede obviarse la fundamental importancia de las contribuciones de aquellos profesionales del derecho que han escogido la *Revista Jurídica* del IIJ para dar a conocer los resultados de sus investigaciones, sin requerir otra retribución más que la satisfacción académica que da el acto de compartir con la sociedad los frutos de su esfuerzo intelectual, con la esperanza de contribuir a la construcción de una sociedad mejor.

Asimismo, en los recientes años la *Revista Jurídica* y el IIJ en general le han debido mucho a las investigaciones desarrolladas en el

marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Gracias a la colaboración de los directores y autores de las numerosas investigaciones doctorales producidas dentro de este programa, el IIJ ha gozado de una gran abundancia de investigaciones con las que ha podido nutrir sus publicaciones periódicas.

En *summa*, gracias a todas las personas que de alguna manera han apoyado el trabajo del IIJ y de la *Revista Jurídica*, esta publicación llega a los veinticinco números, cumpliendo con su propósito de servir como plataforma para «propiciar el análisis y la discusión seria, objetiva, imparcial y esencialmente científica, de los temas jurídicos y sociales de interés y actualidad, para poder llegar a consensos que sirvan de fundamento a soluciones que verdaderamente beneficien a Guatemala».<sup>1</sup>

En esta ocasión, se incluyen ocho investigaciones provenientes de distintas esferas de la comunidad jurídica Landivariana y guatemalteca en general.

Se rescatan las investigaciones de la magíster Karin Paola Wagner Mota, la doctora Amada Victoria Guzmán Godínez y el magíster Pablo Gerardo Hurtado García, quienes pertenecen al Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

También se incluyen dos ensayos elaborados por el magíster José Francisco Asensio Camey y el licenciado Fred Manuel Batlle, docentes en la Universidad Rafael Landívar y consagrados investigadores que ya han colaborado en publicaciones anteriores del IIJ y de otras entidades académicas.

Se cuenta también con los valiosos aportes de la magíster Bryslie Siomara Cifuentes Velasco, la licenciada Andrea Torres Hidalgo y la magíster Xiomara Patricia Mejía Navas, tres profesionales del derecho que por primera vez contribuyen a la *Revista Jurídica* con investigaciones novedosas desde sus respectivas ramas de especialización.

---

1 Andrade-Abularach, Larry, introducción a la *Revista Jurídica*, núm. II, primer semestre 2001, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, p. ix.

Se agradece a los autores por sus vitales aportes. Se reconoce especialmente que dediquen su tiempo y energía a una tarea que lamentablemente no goza de un apoyo generalizado a nivel nacional, como lo es la investigación, y que prioricen las recompensas intelectuales y sociales por encima de las remuneraciones materiales e inmediatas.

Los temas abordados en la *Revista Jurídica XXV* son diversos y afrontan problemas actuales de relevancia social desde una perspectiva jurídica, manteniendo un carácter científico, académico, objetivo, lógico y sistemático. Este ha sido el carácter de la *Revista Jurídica* durante diecisiete años, y el compromiso del IJ es continuar con este proyecto mientras siga contando con el apoyo de la Universidad Rafael Landívar, la comunidad jurídica y la sociedad guatemalteca en general.

**Dr. Larry Andrade-Abularach**

Director

*Instituto de Investigación y Estudios Superiores en  
Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ)*

*Coordinador del Doctorado en Derecho de la  
Universidad Rafael Landívar y de la  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea  
en Guatemala*

**Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa**

Investigador

*Instituto de Investigación y Estudios Superiores en  
Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ)*

Guatemala de la Asunción, julio de 2016.



# El trabajo doméstico en la legislación guatemalteca y su armonización con los estándares internacionales sobre derechos humanos\*

*Mgtr. Karin Paola Wagner Mota\*\**

*Sumario:* I. Introducción. II. Principales antecedentes del trabajo doméstico. III. Consideraciones generales sobre el trabajo doméstico en el contexto guatemalteco. IV. Obligaciones de los Estados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y el trabajo doméstico. V. El trabajo doméstico en la legislación guatemalteca y su armonización con los estándares internacionales sobre derechos humanos. VI. Conclusiones. VII. Referencias: A. Bibliográficas; B. Documentales; C. Electrónicas; D. Jurisprudenciales.

## I. INTRODUCCIÓN

Al igual que en otros países de América Latina, en Guatemala el trabajo doméstico se caracteriza por ser una de las ocupaciones con peor calidad de empleo, incluyendo jornadas laborales extensas y sin

---

\* Investigación presentada en octubre de 2011 en la línea de investigación «Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de la seguridad social», dirigida por los doctores Mikel de la Fuente Lavín y Aitor Bengoetxea Alkorta, dentro de la primera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

\*\* Estudiante (pénsum cerrado) del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar (URL) y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (UPU/EHU); Magister en Derechos Humanos por la URL y en “Sociedad Democrática, Estado y Derecho” por la URL y la UPU/EHU; licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogada y notaria por la URL. Actualmente es asesora legal de la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas en Derechos Humanos.

límite de horario, remuneraciones bajas, no cobertura de seguridad social, y en general, condiciones de trabajo inadecuadas y discriminatorias respecto a los trabajadores.

En el contexto anterior, el presente estudio tiene como objetivo principal mostrar las incompatibilidades del marco jurídico guatemalteco que regulan el trabajo doméstico, con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, sobre la base de las obligaciones que el Estado de Guatemala ha adquirido voluntariamente, como resultado de la aceptación y ratificación de diversos tratados.

Para alcanzar este objetivo, el estudio inicia haciendo una breve referencia a los antecedentes históricos del trabajo doméstico y su situación en el contexto guatemalteco. Seguidamente, se efectúa un análisis de las obligaciones generales que los Estados adquieren internacionalmente en materia de derechos humanos, especialmente del derecho al trabajo en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, con base en los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala. Sobre esta base, se describen las disposiciones contenidas en el Código de Trabajo sobre el trabajo doméstico y se identifica su relación en el cumplimiento de las obligaciones sobre derechos humanos que Guatemala ha adquirido respecto a los derechos de las y los trabajadores domésticos.

## II. PRINCIPALES ANTECEDENTES DEL TRABAJO DOMÉSTICO

La denominación del trabajo doméstico proviene de la palabra latina *domo*, que significa casa, domicilio u hogar de una persona o familia. Los antecedentes de este tipo de trabajo se remontan a la antigüedad y a la esclavitud, caracterizándose por ser una actividad que se desarrollaba en forma gratuita, utilizada por diferentes tribus y pueblos bárbaros para gobernar y mantener marginados a los pueblos sometidos.<sup>1</sup>

---

1 Cruz Clavería, Línely, «Regímenes especiales de trabajadores», en Canessa Montejo, Miguel F. (director), *Manual de Derecho del Trabajo*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2008, tomo I, p. 424.



Asimismo, durante la época feudal, en donde existía una relación contractual entre el señor y los siervos de la gleba, denominación con la que se conocía a los «sirvientes», estos recibían comida y techo sin tener derecho a un pago en dinero, por el sistema de feudos en que se encontraba organizada la sociedad en ese tiempo.<sup>2</sup>

La historia pone de manifiesto cómo el trabajo doméstico desde sus orígenes ha tenido un carácter excluyente y discriminatorio, tanto en el ámbito social como en el político, a tal extremo que la Constitución de 1812 aprobada por la Corte de Cádiz declaró que el ejercicio de los derechos ciudadanos se perdía por el estado de sirviente doméstico.<sup>3</sup>

Como afirma Guillermo Cabanellas, los trabajadores domésticos, también conocidos como «servidores», «sirvientes», «criados», «criadas» y «mandaderos», entre otras formas, carecieron de protección legal durante mucho tiempo y posteriormente, cuando el legislador los incluyó en el marco jurídico, este se ha caracterizado por contener «muy pocas medidas a favor de esta clase de trabajadores».<sup>4</sup>

En este contexto, Cabanellas señala que los principales caracteres de este tipo de trabajo son los siguientes: *a)* la convivencia; *b)* la continuidad, carente de horario, ya que desde la mañana a la noche suele estar el doméstico a las órdenes del dueño de casa, con pequeños intervalos y ciertas salidas; *c)* predominio de la prestación femenina, y dentro de ella de las solteras y las jóvenes; *d)* donde existen razas, desempeño por la menos apreciada, como los afroamericanos en los Estados Unidos y los indígenas en las colonias; *e)* mayor rigor en la subordinación del trabajador, sobre todo a medida que la diferencia social sea más grande; *f)* variación e indeterminación en las tareas, sobre todo en los domésticos que se toman para todo servicio, a diferencia de los especializados (un portero) o calificados (un chofer en particular).<sup>5</sup>

---

2 *Idem.*

3 *Idem.*

4 Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 14.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Heliasta, tomo VI, p. 132.

5 *Ibidem*, p. 133.

### III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL CONTEXTO GUATEMALTECO

En el contexto guatemalteco, el Código de Trabajo (actualmente Decreto Número 1441), desde su vigencia en 1947<sup>6</sup> ha sufrido una serie de modificaciones; sin embargo, ninguna de ellas se ha referido al tema del trabajo doméstico, con el fin de fortalecer sus contenidos hacia una mejora de los derechos de las y los trabajadores dedicados a este tipo de actividades. Así, el Código de Trabajo regula el trabajo doméstico en el título cuarto, dedicado al «Trabajo sujeto a regímenes especiales», y define en el artículo 161 a los trabajadores domésticos como «... los que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseos, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono».

Estudios realizados para establecer cuál es la situación de las y los trabajadores domésticos en Guatemala, han identificado las siguientes características:<sup>7</sup>

- La mayoría de las personas que realizan trabajos domésticos son mujeres provenientes de diferentes etnias indígenas –y en menor proporción, ladinas–, generalmente campesinas, que han emigrado de las áreas rurales o centros urbanos del interior del país hacia la capital. Asimismo, un poco más del 50% se encuentra entre las edades de 14 a 18 años.

---

6 Es preciso notar que el número de Decreto original del Código de Trabajo es 330; el Decreto Número 1441 constituyó una sustitución total del mismo. El Decreto Legislativo 330, Código de Trabajo, fue emitido por el Congreso de la República durante el gobierno del Dr. Juan José Arévalo en 1947 y cobró vigencia el 1.º de mayo del mismo año. El Código de trabajo ha sido reformado en varias oportunidades, siendo las más amplias las contenidas en el Decreto Presidencial 570 de 1956, que modificó 97 artículos y derogó 7 de ellos; adicionalmente, la reforma contenida en el Decreto 1441 del Congreso de 1961, que constituyó prácticamente una sustitución total del Código de Trabajo, razón por la cual se identifica a este cuerpo normativo con ese número de decreto.

7 Asociación proyecto Conrado de la Cruz, *El trabajo de casa particular: Una labor deshumanizada*, Guatemala, Programa de apoyo para la salud materno infantil y para la salud de otros grupos de riesgo (PAMI), octubre de 2000, pp. 18, 19 y 29.

- El perfil socioeconómico de las trabajadoras domésticas es muy bajo, se encuentran en situación de pobreza y pobreza extrema, con bajo nivel de instrucción.
- Generalmente, el trabajo doméstico genera un desarraigo comunitario, familiar y sociocultural. El fenómeno de la transculturización se evidencia principalmente en las trabajadoras indígenas, ya sea por presiones de los empleadores o por propia imitación.
- Las trabajadoras enfrentan inestabilidad en sus labores, por diferentes motivos; entre otros: *a)* por decisión de las trabajadoras, renuncian en breves plazos para obtener mejores condiciones de trabajo o porque sufren malos tratos por parte de sus empleadores; *b)* las despiden en un corto plazo por no estar conformes con su desempeño y frente a esta situación generalmente no les pagan los salarios y las prestaciones que les corresponden.
- En general, las trabajadoras domésticas enfrentan problemas con salarios bajos, jornadas laborales extensas, falta de capacitación, malos tratos y falta de cobertura del seguro social, entre otras limitaciones.

La situación extrema a la que pueden llegar a ser víctimas algunas trabajadoras domésticas en Guatemala, incluyendo la discriminación, se evidencia con el caso de Candelaria Acabal Alvarado, una mujer indígena del pueblo k'iché, analfabeta, que trabajó como empleada doméstica, de los 14 a los 24 años de edad, en una casa particular, en donde –como señala la anterior alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos– fue sometida a servidumbre doméstica durante 10 años en condiciones inhumanas, tales como privación de libertad, malnutrición, violencia física y sexual, entre otras. Señala además la anterior alta comisionada que, a pesar de la gravedad de esta situación, no existe ninguna sanción en contra de los perpetradores y la víctima no ha recibido reparación alguna.<sup>8</sup>

---

8 Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su Oficina en Guatemala 2010*, Documento ONU: A/HRC/16/20/Add.1, 26 de enero de 2011, párrafo 59.

#### IV. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL TRABAJO DOMÉSTICO

Los Estados, al ratificar tratados o convenciones sobre derechos humanos, adquieren voluntariamente obligaciones internacionales en esta materia. Como resultado de ello, los Estados tienen el deber de respetar y garantizar tales derechos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en el artículo 2, así lo reconoce expresamente:

«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a *respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto*, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». <sup>9</sup> [El resaltado en cursivas es adicional al texto original].

Con base en lo anterior, los Estados tienen el deber de respetar y garantizar los derechos humanos en sus diferentes manifestaciones, es decir, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales. Por un lado, la obligación de respeto implica que el Estado debe abstenerse de cometer abusos en el ejercicio de sus funciones; por otro lado, la obligación de garantía exige el establecimiento de medidas concretas para que las personas puedan gozar plenamente de sus derechos, incluyendo aquellas de carácter administrativo, legislativo y judicial.

Por otra parte, las obligaciones establecidas en los tratados internacionales, anteriormente mencionadas, deben ser cumplidas e interpretadas siguiendo como mínimo los siguientes principios:

---

9 Guatemala aprobó esta Convención mediante el Decreto número 9-92 del Congreso de la República, el 19 de febrero de 1992 y se adhirió el 1 de mayo de 1992. Ver también artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Guatemala ratificó este instrumento internacional por medio del Decreto número 6-78 del Congreso de la República, de 30 de marzo de 1978, y fue ratificado el 27 de abril de 1978).

- Principio *pacta sunt servanda* (buena fe). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>10</sup> de las Naciones Unidas adoptada en 1969, en el artículo 26 dispone que «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe». Asimismo, con el propósito de asegurar la obligatoriedad de las disposiciones de un tratado, el artículo 27 de dicha Convención establece la prohibición de invocar normas de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.
- Principio *pro homine* o *pro persona*. La aplicación práctica del principio *pro homine* implica que en caso de haber dos posibles interpretaciones de una norma, se presume que la interpretación más garantista es la más idónea, por ser más fiel al objeto y fin del instrumento sobre derechos humanos y al sistema mismo de protección.<sup>11</sup> Sobre este tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció por primera vez en la opinión consultiva OC-2/82:

«La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] debe enfatizar, sin embargo, que *los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*».<sup>12</sup> [El resaltado en cursivas es adicional al texto original].

---

10 Guatemala aprobó la Convención de Viena, por medio del Decreto número 55-96 del Congreso de la República, de 26 de junio de 1996 y se adhirió el 21 de julio de 1997.

11 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, 3.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Nuevas Ediciones, agosto 2003, vol. I, p. 63.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca de: «el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», 24 de septiembre de 1982, párrafo 29.

En el ámbito particular de los derechos económicos, sociales y culturales,<sup>13</sup> entre los que se incluye el derecho al trabajo, este es reconocido en un sentido general en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966<sup>14</sup> (en adelante PIDESC), al disponer que:

«1. Los Estados Partes en el presente Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] *reconocen el derecho a trabajar*, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho». [El resaltado en cursivas es adicional al texto original].

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de vigilar el cumplimiento del PIDESC, al interpretar el alcance del citado artículo 6, ha señalado que «El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana».<sup>15</sup>

Asimismo, el PIDESC reconoce en el artículo 7 el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
  - *Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.*

---

13 Los derechos económicos, sociales y culturales comprenden entre otros derechos, los siguientes: derecho al trabajo; derecho a la seguridad social y a la protección social; derecho a un nivel de vida adecuado –derecho a la alimentación, a una vivienda adecuada, al agua y al vestido–; derecho a la salud; derecho a la educación; y derecho a participar en la vida cultural.

14 Guatemala aprobó el PIDESC mediante el Decreto número 69-87 del Congreso de la República, el 30 de septiembre de 1987 y se adhirió el 6 de abril de 1988.

15 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General número 18: el derecho al trabajo, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Documento ONU: E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párrafo I.

- *Condiciones de existencia digna* para ellos y para sus familias, conforme a las disposiciones del presente Pacto.
- b) *La seguridad y la higiene en el trabajo.*
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.
- d) El *descanso*, el disfrute del tiempo libre, la *limitación razonable de las horas de trabajo* y las *vacaciones periódicas pagadas*, así como la remuneración de los días festivos.

Es preciso señalar que desde la aprobación del PIDESC, diversos instrumentos internacionales y regionales sobre derechos humanos han reconocido el derecho al trabajo. En el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos este derecho se reconoce en los instrumentos siguientes: *i)* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 8, párrafo 3.a); *ii)* Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5, párrafo e), inciso i); *iii)* Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11, párrafo 1.a); *iv)* Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 32); *v)* Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (artículos 11, 25, 26, 40, 52 y 54). En el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el derecho al trabajo figura en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 6).<sup>16</sup>

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), órgano especializado de las Naciones Unidas, responsable de la elaboración y supervisión de normas internacionales del trabajo, ha adoptado diversos convenios en esta materia, considerándose como fundamentales los siguientes: *i)* Convenio Número 29 sobre trabajo forzoso (1930); *ii)* Convenio Número 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948); *iii)* Convenio Número 98 sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949);

---

16 Todos los tratados internacionales y regionales citados han sido aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala.

*iv*) Convenio Número 100 sobre igualdad de remuneración (1951); *v*) Convenio Número 105 sobre abolición del trabajo forzoso (1957); *vi*) Convenio Número 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) (1958); *vii*) Convenio Número 138 sobre edad mínima (1973); *viii*) Convenio Número 182 sobre abolición de las peores formas de trabajo infantil (1999). Es importante señalar que el Estado de Guatemala ha ratificado más de setenta Convenios de la OIT, incluyendo los ocho fundamentales antes mencionados.<sup>17</sup>

Los instrumentos internacionales anteriormente citados reconocen una serie de derechos a los trabajadores en general, los cuales también comprenden a los trabajadores domésticos. No obstante, ninguno de ellos regula de manera específica el trabajo doméstico. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el alcance de las normas del PIDESC (artículo 6), se ha referido expresamente al *trabajo doméstico*, indicando que este debe ser debidamente regulado mediante legislación nacional, de forma que los trabajadores domésticos disfruten del mismo nivel de protección que otros trabajadores.

Recientemente, la OIT dio un paso trascendental hacia la aprobación de un texto normativo de carácter internacional en que se reconocen y regulan específicamente los derechos de las y los trabajadores domésticos; se trata del Convenio Número 189, denominado *Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, adoptado en junio de 2011. Este instrumento internacional persigue que se reconozca que las y los trabajadores domésticos tienen los mismos derechos que otras categorías de trabajadores y que los Estados que lo adopten «aseguren la promoción y la protección efectiva de los derechos humanos» de dichos trabajadores; asimismo, se refiere a los términos y condiciones de este tipo de trabajo: *i*) tareas que deben realizarse; *ii*) número de horas de trabajo; *iii*) plazo y formas de pago del salario; *iv*) límites a la proporción de la remuneración que puede ser pagada en especie; *v*) descanso semanal; *vi*) medidas

---

17 Organización Internacional del Trabajo, *Normas internacionales del trabajo, lista de ratificaciones de convenios internacionales de trabajo: Guatemala*, disponible en red: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byCtry.cfm?lang=es&CTYCHOICE=0270>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2011.



especiales para grupos específicos de trabajadores domésticos (trabajadores menores de edad, migrantes y los que residen en el hogar para el cual trabajan). Guatemala aún no ha iniciado las acciones correspondientes para promover la aprobación de este Convenio por el Congreso de la República y la posterior ratificación por el Organismo Ejecutivo.

En el contexto anteriormente descrito, es preciso notar que el Estado de Guatemala ha aceptado y ratificado la mayoría de los tratados internacionales adoptados tanto por el sistema universal de protección de los derechos humanos como por el sistema interamericano; por consiguiente, como se señaló antes, se ha comprometido a cumplir voluntariamente una serie de obligaciones en esta materia y en particular sobre los derechos humanos de las y los trabajadores. Asimismo, la Constitución Política de la República, en el artículo 46, reconoce la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, y en el artículo 106, al referirse a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, establece que «Serán nulas ipso jure y no obligarán a los trabajadores [...] las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, *en los tratados internacionales ratificados por Guatemala...*». [El resaltado en cursivas es adicional al texto original).

## V. EL TRABAJO DOMÉSTICO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y SU ARMONIZACIÓN CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Constitución Política de la República reconoce en el artículo 101 el derecho al trabajo y en el artículo 102 establece de manera detallada los «derechos sociales mínimos» que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades en esta materia. También reconoce la tutelaridad de las leyes de trabajo para los trabajadores (artículo 103), el derecho de huelga y de paro (artículo 104), así como la irrenunciabilidad de los derechos laborales y la interpretación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral en el sentido más favorable para los trabajadores (artículo 106). El reconocimiento de estos derechos y garantías mínimas constitucionales

es aplicable a los trabajadores en general, incluyendo a los domésticos aunque no lo señale expresamente.

Como fue expuesto anteriormente, el Código de Trabajo regula el trabajo doméstico en el capítulo cuarto, correspondiente al título cuarto relativo al trabajo sujeto a regímenes especiales, de los artículos del 161 al 166. No obstante, estas disposiciones evidencian un trato desigual, discriminatorio y no tutelar para los trabajadores domésticos, respecto a otras categorías de trabajadores, situación que es contraria con las disposiciones constitucionales arriba señaladas y con las obligaciones internacionales a las que Guatemala se ha comprometido en esta materia, conforme a lo expuesto en el apartado anterior del presente estudio. Tales extremos se sintetizan a continuación:

- *Salario.* El salario de los trabajadores domésticos se regula de manera diferente al de los trabajadores en general, ya que al disponer el artículo 162 que «*Salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores domésticos, comprende, además del pago en dinero, el suministro de habitación y manutención*» [el resaltado en cursivas es adicional al texto original], da lugar a que discrecionalmente el empleador convenga en una forma de pago que no beneficie al trabajador y que por consiguiente, se cometan abusos y arbitrariedades en su perjuicio.
- *Horario y jornada de trabajo.* El artículo 164 del Código de Trabajo expresamente dispone que «El trabajo doméstico no está sujeto a horario ni a las limitaciones de la jornada de trabajo», señala además que no le son aplicables los artículos 126 y 127 que se refieren al derecho a disfrutar de un día de descanso remunerado después de cada semana de trabajo y a los días de asueto con goce de salario, respectivamente.
- *Causas de terminación de la relación laboral.* El artículo 166 del Código de Trabajo estipula como causa justa para que el empleador ponga término al contrato sin responsabilidad de su parte «la falta de respeto o el mal trato notorio del trabajador doméstico para las personas que habitan la casa donde se prestan los servicios y la desidia manifiesta de éste en el cumplimiento de sus obligaciones». Tal disposición es manifiestamente no

tutelar del trabajador y discriminatoria, al facultar al empleador a dar por terminada la relación laboral, sin obligación de pagar la indemnización correspondiente, atribuyéndole la responsabilidad al trabajador con base en situaciones de carácter subjetivo y difíciles de comprobar.

- *Indemnización.* El Código de Trabajo establece en el artículo 82 que si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido injustificado del trabajador o por las causas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato, el empleador debe pagar a este una indemnización por tiempo servido equivalente a un mes de salario por cada año de servicios continuos y si los servicios no alcanzan a un año, en forma proporcional al plazo trabajado. Sin embargo, para el caso de los trabajadores domésticos el artículo 165 pone un límite al importe de la indemnización, no previsto en la norma anteriormente citada, al establecer que para este tipo de actividad laboral, la indemnización «no puede exceder del importe correspondiente a cuatro meses de salario».
- *Contrato verbal de trabajo.* El Código de Trabajo permite que el contrato de servicios domésticos sea verbal (artículo 27 literal b), situación que también coloca al trabajador en situación de mayor vulnerabilidad en la relación laboral, ya que las condiciones no se establecen en forma adecuada, precisa y verificable.

Es importante hacer referencia a que tanto el artículo 164 (relativo al horario y jornada de trabajo) como el artículo 165 inciso c (sobre indemnización del trabajador doméstico), fueron impugnados ante la Corte de Constitucionalidad, argumentando que sus contenidos son inconstitucionales, al vulnerar los principios de igualdad y no discriminación reconocidos tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, al dar un trato diferente en estos temas a las trabajadoras domésticas, respecto a los trabajadores en general.<sup>18</sup> En tal sentido, solicitaron a la Corte la inconstitucionalidad general parcial de dichas normas.

---

18 Corte de Constitucionalidad, expediente número 549-2006, sentencia de fecha 30 de octubre de 2007.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad resolvió declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad. La Corte, entre otras consideraciones, señaló que el trabajo doméstico,

«[por] su particular situación implica que no puede ser considerado igual que las demás relaciones laborales no sujetas a regímenes especiales [...] existen condiciones distintas con respecto a los demás trabajos, que requieren normativas específicas [...] a las que el legislador ha estimado darles un tratamiento distinto [...] pero no constituyen discriminación alguna».

Asimismo, el alto tribunal constitucional determinó que no podían ser objeto de análisis los instrumentos internacionales,<sup>19</sup> en los que se fundamentó la accionante, por no constituir parámetros de constitucionalidad (criterio que también había sustentado en otros fallos<sup>20</sup>).

Se considera que la decisión adoptada por la Corte de Constitucionalidad se fundamenta en los criterios que históricamente han considerado al trabajo doméstico como una categoría diferente y desfavorecida con respecto a las actividades laborales en general. Este fallo de la Corte constituía una oportunidad para expulsar del ordenamiento jurídico normas que no aseguran la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general y que de conformidad con los estándares de derechos humanos son discriminatorias.<sup>21</sup> Se estima, además, que no fue positivo que la Corte dejara fuera del análisis los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para fundamentar su decisión, en cumplimiento de las obligaciones internacionales y en la interpretación basada en los principios de buena fe y *pro persona*.

---

19 Convenio 11 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación); Declaración Universal de los Derechos Humanos; PIDESC; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

20 Ver Corte de Constitucionalidad: Gaceta número 43, expediente número 832-99, página 47, sentencia de fecha 12 de marzo de 1997; y Gaceta número 39, Expediente número 334-95, página 50, sentencia de fecha 26 de marzo de 1996.

21 Ver Convenio Número 11 de la OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación), artículo 1 (aprobado por Guatemala por medio del Decreto número 1383, de 31 de agosto de 1960 y ratificado el 20 de septiembre de 1960).

## VI. CONCLUSIONES

1. Históricamente el trabajo doméstico ha carecido, tanto de *jure* como de *de facto*, de una adecuada protección. El trabajador doméstico ha sido colocado en una situación de desventaja y de discriminación respecto a los trabajadores en general.
2. Diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tanto del sistema universal como regional, han reconocido el trabajo como un derecho, que debe gozarse en condiciones equitativas y no discriminatorias, por todos los trabajadores, incluidos los trabajadores domésticos. Así, la aprobación y ratificación de estos instrumentos genera para los Estados una serie de compromisos que deben cumplirse e interpretarse de buena fe y conforme al principio *pro persona*. En tal sentido, el Estado de Guatemala se ha comprometido voluntariamente al cumplimiento de tales obligaciones internacionales, como resultado de dicho proceso de aceptación y ratificación.
3. Las disposiciones del Código de Trabajo que regulan el trabajo doméstico son incompatibles con los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, situación que genera tanto *de jure* como *de facto*, un trato desigual, discriminatorio y no tutelar para los trabajadores domésticos con respecto a los trabajadores en general, respecto a: *i*) el pago del salario y de indemnización; *ii*) los horarios y jornadas de trabajo; *iii*) formas de terminación de la relación laboral; *iv*) condiciones de trabajo establecidas mediante un contrato verbal. A esto debe agregarse que los precedentes jurisprudenciales del máximo tribunal constitucional no han sido favorables a la protección de los derechos humanos de los trabajadores domésticos.
4. Con base en las consideraciones anteriores, el Estado de Guatemala ha incumplido sus compromisos internacionales de respetar y garantizar los derechos de las y los trabajadores domésticos, incluyendo su deber de adoptar entre otras medidas la adecuación o reforma de su marco normativo en esta materia. En tal sentido, sería deseable que el Estado de

Guatemala avanzara en las acciones correspondientes, tendentes a la aprobación y ratificación del Convenio Número 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptado recientemente por la OIT, con el fin de promover la efectiva protección de los derechos de dichos trabajadores.

## VII. REFERENCIAS

### A. Bibliográficas

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 14.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Heliasta, tomo VI.

CRUZ CLAVERÍA, Línely, «Regímenes especiales de trabajadores», en Canessa Montejo, Miguel F. (director), *Manual de Derecho del Trabajo*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2008, tomo I.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, 3.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Nuevas Ediciones, agosto 2003, vol. I.

### B. Documentales

ASOCIACIÓN PROYECTO CONRADO DE LA CRUZ, *El trabajo de casa particular: Una labor deshumanizada*, Guatemala, Programa de apoyo para la salud materno infantil y para la salud de otros grupos de riesgo (PAMI), octubre de 2000.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General número 18: el derecho al trabajo, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Documento ONU: E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su Oficina en Guatemala 2010*, Documento ONU: A/HRC/16/20/Add.1, 26 de enero de 2011.

**C. Electrónicas**

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Normas internacionales del trabajo, lista de ratificaciones de convenios internacionales de trabajo: Guatemala*, disponible en red: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byCtry.cfm?lang=es&CTYCHOICE=0270>

**D. Jurisprudenciales**

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, expediente número 549-2006, sentencia de fecha 30 de octubre de 2007.





# Análisis del trabajo de menores, con referencia al trabajo doméstico infantil y la necesidad de su erradicación en Guatemala\*

Dra. Amada Victoria Guzmán Godínez\*\*

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes. III. Convenios Internacionales suscritos y adoptados por Guatemala sobre el tema del control del trabajo infantil. IV. Regulación en Guatemala sobre el trabajo de menores y trabajo doméstico. V. Reflexiones sobre los avances y retrocesos en la aplicación del Convenio 182 de la OIT. VI. Conclusiones. VII. Referencias: A. Libros; B. Revistas; C. Direcciones electrónicas; D. Legislación; E. Otras.

---

\* Investigación presentada en octubre de 2011 en la línea de investigación «Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de la seguridad social», dirigida por los doctores Mikel de la Fuente Lavín y Aitor Bengoetxea Alkorta, dentro de la primera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogada y notaria por la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). Magíster en «Sociedad Democrática, Estado y Derecho», con reconocimiento académico *cum laude*, doble titulación, por la Universidad Rafael Landívar (URL) y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (UPV/EHU). Magíster en Políticas Públicas (URL). Magíster en Derecho Penal, con distinción *cum laude* (USAC). Magíster en Derecho Internacional (USAC). Doctora en Derecho Constitucional con distinción académica *magna cum laude* por la Universidad Mariano Gálvez (UMG). Pénsum cerrado del Doctorado en Derecho de la Universidad Francisco Marroquín (UFM). Pénsum cerrado del Doctorado en Derecho con doble titulación por la URL y la UPV/EHU. Docente, asesora y revisora de tesis en varias universidades del país y en la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial. Diseñó y desarrolló la estructura del Postgrado en Apelación Especial y Casación Penal (PAECP) de la Universidad de San Pablo de Guatemala (USPG), desde su base hasta la implementación y ejecución final del mismo. Actualmente ejerce el cargo de secretaría ejecutiva del Consejo de la Carrera Judicial, Organismo Judicial.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como finalidad el análisis del trabajo de menores, con especial referencia al trabajo doméstico infantil y la necesidad de su erradicación por vulnerar los derechos de niñas y niños, que en lo oculto son incluso objeto de maltrato, violencia y hasta abuso sexual. Lo anterior en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño y los principios que la inspiran, especialmente el interés superior del niño. Así también, su trascendencia para la protección de los derechos humanos de los menores, sobre el tema, en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre los que se deben destacar los Convenios 138 y 182.

El Convenio 138 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión de empleo, 1973, así como la Recomendación número 146 de la OIT, referente a la edad mínima de la admisión al empleo, 1973, son las normas fundamentales de la OIT sobre esta materia. Robustecen a las anteriores normativas el Convenio 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 y la Recomendación número 190 de la OIT, también sobre el mismo tema. Se hace necesario este análisis para arribar a conclusiones pertinentes, que permitan cambios de paradigmas sobre el tema, empezando por cambios culturales, normativos y estructurales.

El Estado de Guatemala tiene la responsabilidad y obligación legal de erradicar las prácticas que permiten el trabajo doméstico infantil, lo anterior por ser parte de la Convención sobre los Derechos del Niño y los Convenios 138 y 182 de la OIT, siendo compromisos adquiridos, debido a su responsabilidad internacional, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el principio de *pacta sunt servanda*.

## II. ANTECEDENTES

La historia de los movimientos sociales es expresiva de la inquietud constante por proteger a los menores trabajadores. Como bien señala el autor Néstor De Buen L.:

«... No puede olvidarse que una de las explotaciones más odiosas, desde la Revolución Industrial, tuvo por víctimas a los niños cuyo

trabajo mal pagado era preferido, por ello mismo, de manera especial. Ashton narra que ello era frecuente en la industria textil, en Inglaterra (La Revolución Industrial, Fondo de Cultura Económica, 2da. Edición, México, 1954, p. 36). Resulta lógico, entonces, que en los programas de los grupos que, desde el siglo XIX lucharon en favor de los trabajadores, estuviera siempre presente el deseo de impedir el trabajo de los menores de determinada edad. Así la Declaración de Principios de la Segunda Internacional (París, 1889) propuso la prohibición del trabajo de los niños menores de catorce años y la reducción de la jornada a seis horas, para los menores de dieciocho años (ver t.I, cap. XI, No. 2, Las Internacionales Obreras en el siglo XIX)...».<sup>1</sup>

De lo expuesto se colige por qué los constituyentes en diferentes países, debido a los atropellos y abusos en contra de los menores de edad en el tema de trabajo, vistos en el desarrollo de la historia, han tenido clara la necesidad de establecer una limitación a la edad de los menores para el trabajo.

### III. CONVENIOS INTERNACIONALES SUSCRITOS Y ADOPTADOS POR GUATEMALA SOBRE EL TEMA DEL CONTROL DEL TRABAJO INFANTIL<sup>2</sup>

En el Convenio 138 de la OIT, se toman en cuenta las disposiciones del Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919; Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920; Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921; Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932; Convenio (revisado) sobre edad mínima (trabajo marítimo), 1936; Convenio (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937; Convenio (revisado), sobre edad mínima (trabajo no industrial), 1937; Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959; y Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965.<sup>3</sup>

---

1 De Buen L., Néstor, *Derecho del Trabajo*, tomo 2: «Derecho individual y Derecho colectivo», décima edición, México, Porrúa, 1994, p. 401.

2 <http://www.cndh.org.mx/publica/libreria/derechos/derninos.pdf>. Consulta: 1 de octubre de 2011.

3 Tamés Peña, Beatriz (compiladora), *Los derechos del niño. Un compendio de derechos internacionales*, segunda edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005, pp. 19 y 20.

En la quincuagésima octava reunión, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, congregada en Ginebra, el veintiséis de junio de mil novecientos setenta y tres, adoptó un instrumento general sobre el tema referido a sectores económicos limitados con miras a lograr la total abolición del trabajo de los niños.<sup>4</sup> A este Convenio se le conoce como «Convenio sobre la edad mínima, 1973», que en su artículo 1 preceptúa que los países signatarios se comprometen «a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión del empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores».

«El Convenio 138 de la OIT, fija como edad mínima para comenzar a trabajar los 15 años de edad, o aquella que coincida con la finalización de la educación obligatoria en cada país firmante. Aunque admitiendo que los países puedan mantener provisoriamente la edad mínima de 14 años por razones económicas o de medios. Si bien el Convenio fue ratificado por la Argentina mediante la ley 24.650, aquel contempla la posibilidad de que los países cuya economía y medios de educación estén suficientemente desarrollados especifiquen inicialmente una edad mínima de 14 años. La ley 26.390 (BO del 25/6/2008) elevó la edad a 16 años».<sup>5</sup>

También es trascendental mencionar la Recomendación número 146 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973. Adoptada para lograr el éxito de la política nacional a que alude el artículo 1 del Convenio sobre la edad mínima, 1973, haciendo referencia a que las políticas y los planes nacionales de desarrollo deberían atribuir elevada prioridad a la previsión de las necesidades de los menores y a la satisfacción de dichas necesidades, así como a la extensión progresiva y coordinada de las diversas medidas necesarias para asegurar a los menores las mejores condiciones para su desarrollo físico y mental, entre ellas, que:

---

4 Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Análisis y recomendaciones para la mejor regulación y cumplimiento de la normativa nacional e internacional sobre el trabajo de los niños, niñas y adolescentes en Argentina*, Perú, OIT, 2006, p. 18.

5 Grisolia, Julio Armando, *Manual de derecho laboral*, quinta edición, ampliada y actualizada, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 2009, p. 370.

«... se debería imponer y hacer cumplir la obligación de asistir a la escuela con horario completo o de participar en programas aprobados de orientación o formación profesional, por lo menos hasta la misma edad fijada para la admisión al empleo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio sobre edad mínima, 1973».<sup>6</sup>

El Convenio número 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, es un complemento al Convenio y la Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973, los cuales siguen siendo instrumentos fundamentales sobre el trabajo infantil. La OIT consideró la necesidad de adoptar un nuevo instrumento para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, principal prioridad de la acción nacional e internacional, incluidas la cooperación y la asistencia. Para ello se tomó como rectora a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la Resolución sobre la eliminación del trabajo infantil, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 83.<sup>a</sup> reunión, realizada en 1996. La Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86.<sup>a</sup> reunión, efectuada en 1998, y haciendo énfasis en que algunas de las peores formas de trabajo infantil son objeto de otros instrumentos internacionales, en particular el Convenio sobre trabajo forzoso, 1930, y la Convención suplementaria de las Naciones Unidas sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956.

El Convenio 182 de la OIT hace referencia al compromiso de los Estados signatarios de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia. Especifica que el concepto niño relaciona a una persona menor de dieciocho años e indica lo siguiente:

«A los efectos del presente Convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca: 1) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo y el

---

6 Recomendación número 146 de la OIT, párrafo 4.

trabajo forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; 2) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; 3) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y 4) El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños».<sup>7</sup>

Se puede citar también la Recomendación número 190 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. Se observa que las disposiciones de esta Recomendación complementan las del Convenio 182, también sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, por lo cual deben ser aplicadas conjuntamente. La referencia básica es a programas de acción que los Estados signatarios deben adoptar, relacionados en el artículo 6 del Convenio, así:

«... con carácter de urgencia, en consulta con las instituciones gubernamentales competentes y las organizaciones de empleadores y trabajadores, tomando en consideración las opiniones de los niños directamente afectados por las peores formas de trabajo infantil, de sus familiares y, cuando proceda, de otros grupos interesados en la consecución de los fines del Convenio o de esta Recomendación. Los objetivos de dichos programas deberían ser, entre otros: a) Identificar y denunciar las peores formas de trabajo infantil. b) Impedir la ocupación de niños, en las peores formas de trabajo infantil o librarlos de ellas, protegerlos contra las represalias y garantizar su rehabilitación e inserción social con medidas que permitan atender a sus necesidades educativas, físicas y psicológicas. c) Prestar especial atención a los niños más pequeños, las niñas, al problema del trabajo oculto, en el que las niñas están particularmente expuestas a riesgos, y a otros grupos de niños que sean particularmente vulnerables o tengan necesidades específicas; d) Identificar las comunidades en que haya niños particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo y trabajar con ellas; y e) Informar, sensibilizar y movilizar a la opinión pública y a los grupos interesados, incluidos los niños y sus familiares».<sup>8</sup>

---

7 Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Unión Interparlamentaria (IPU), *Erradicar las peores formas de trabajo infantil: Guía para implementar el Convenio 182 de la OIT*, Suiza, OIT/IPU, 2002, p. 20.

8 Recomendación núm. 190 de la OIT, párrafo 2.

#### IV. REGULACIÓN EN GUATEMALA SOBRE EL TRABAJO DE MENORES Y TRABAJO DOMÉSTICO

Los convenios internacionales ya relacionados de la OIT, son trascendentales en el tema. En Guatemala, se regula en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, determinándose respectivamente lo siguiente: «Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana» y «Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno».

El Código de Trabajo de Guatemala, en referencia al trabajo de menores de edad, señala en el artículo 147 lo siguiente: «El trabajo de las mujeres y menores de edad debe ser adecuado especialmente a su edad, condiciones o estado físico y desarrollo intelectual y moral». Norma que se debe señalar de androcéntrica al igualar el trabajo de las mujeres con el trabajo de los menores de edad. Y, en el artículo 148 del citado ordenamiento jurídico, se enumeran las prohibiciones, entre las cuales están el trabajo en lugares insalubres y peligrosos, el trabajo nocturno y la jornada extraordinaria de los menores de edad; el trabajo diurno de los menores de edad en cantinas u otros establecimientos análogos en que se expendan bebidas alcohólicas destinadas al consumo inmediato y el trabajo de los menores de catorce años, extremo que es congruente con el artículo 102 inciso l) de la Constitución Política de la República de Guatemala, que determina que los menores de edad no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas en la ley. Este último párrafo se refiere a lo regulado en el artículo 150 del Código de Trabajo, que indica que la Inspección General de Trabajo puede extender, en casos de excepción calificada, autorizaciones escritas para permitir el trabajo ordinario diurno de los menores de catorce años, o en su caso, para reducir, total o parcialmente, las rebajas de la jornada ordinaria diurna que impone el artículo 149 del mismo ordenamiento legal.

El artículo 149 del Código de Trabajo regula taxativamente lo relativo a la disminución de la jornada ordinaria diurna para los menores de edad.

No obstante la regulación legal anterior, convenios internacionales, normativa a nivel constitucional y ordinaria, en la realidad se encuentran niños y niñas menores a los catorce años trabajando, principalmente en trabajo doméstico, tanto en el área urbana como en la rural. En este tema la Inspección General de Trabajo es inoperante e ineficaz. A tal extremo se ha llegado, que para proteger a los menores de edad, especialmente a los menores de catorce años, la Ley contra la Violencia sexual, explotación y trata de personas, adicionó el artículo 156 bis al Código Penal, que señala como tipo penal el siguiente:

«**Empleo de personas menores de edad en actividades laborales lesivas a su integridad y dignidad.** Quien emplee a personas menores de edad en actividades laborales lesivas y peligrosas que menoscaben su salud, seguridad, integridad y dignidad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años y multa de veinte mil a cien mil quetzales».

## V. REFLEXIONES SOBRE LOS AVANCES Y RETROCESOS EN LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 182 DE LA OIT

El Convenio 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, a la fecha tiene diez años de haber sido adoptado por la 87.<sup>a</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, por lo cual entró en vigor el 19 de noviembre de 2000. Se trata de uno de los convenios internacionales con la mayor cantidad de ratificaciones en el menor tiempo.

En nuestro país se ha observado el aumento del trabajo infantil en diferentes actividades, principalmente el doméstico, en las niñas, quienes han sido víctimas de diversos tipos de explotación, que van desde malos tratos verbales y emocionales hasta el abuso sexual y la violencia física. Además, las extensas jornadas de trabajo continuo, sin descanso y con pésima alimentación; y en algunos casos sin pago.

Lo anterior se evidencia en la región de acuerdo con lo establecido en el informe de la OIT titulado *¿Ayudantes o esclavos? Comprender el trabajo infantil doméstico y cómo intervenir*, que alerta sobre la situación de las niñas y niños trabajadores domésticos en América Latina y el Caribe, indicando: «... muchos de ellos con apenas diez años [...],



trabajan “ocultos” en las viviendas de sus empleadores sin que sus tareas puedan, en la mayoría de los casos, ser controladas. Tras las puertas cerradas puede y suele haber violencia y malos tratos sin que en el exterior nadie se entere».<sup>9</sup>

En el citado informe se considera como trabajo doméstico infantil a las tareas domésticas desempeñadas por niñas y niños que no han cumplido la edad mínima legal de admisión de empleo, en un hogar que no es el suyo y en condiciones que atentan contra su dignidad y desarrollo. Siendo la explotación económica cuando el niño o niña tiene que trabajar durante horarios prolongados, sin disponer de tiempo libre y recibe un salario bajo o ninguna remuneración. Ya el Convenio 182 abordaba esta temática del trabajo doméstico infantil, de la siguiente forma: «a) realizan tareas domésticas en condiciones de trabajo forzoso, servidumbre por deudas, esclavitud o prácticas similares a estas; b) son víctimas del tráfico para ser obligados al trabajo doméstico; y c) realizan tareas y enfrentan condiciones laborales que probablemente dañen su salud, seguridad y moralidad». Es relevante señalar que el trabajo infantil doméstico tiene raíces culturales en nuestra región, por ello culturalmente legitiman esta situación, incluso hasta invisibilizarlo. Los avances al respecto después de la ratificación por el Estado de Guatemala del Convenio 182 de la OIT, han sido pocos.

De lo detallado se hace evidente que el Estado de Guatemala debe implementar políticas públicas concretas para sensibilizar a la población sobre la necesidad de erradicar esta práctica del trabajo infantil doméstico, para progresiva y gradualmente cambiar su aceptación desde el punto de vista cultural. Pero también el elemento normativo es evidente que se debe reformar, debido a que el artículo 164 del Código de Trabajo de Guatemala, preceptúa:

*«El trabajo doméstico no está sujeto a horario, ni a las limitaciones de la jornada de trabajo y tampoco le son aplicables los artículos 126 y 127. Sin embargo, los trabajadores domésticos gozan de los siguientes derechos:*  
a) Deben disfrutar de un descanso absoluto mínimo y obligatorio de diez horas diarias, de las cuales por lo menos ocho han de ser

---

9 Organización Internacional del Trabajo –OIT–, «Nuevo Informe de la OIT alerta sobre situación de las niñas y niños trabajadores domésticos en América Latina y el Caribe», Perú, OIT, 2004, [http //www.ilo.org](http://www.ilo.org). Consulta: 5 de octubre de 2011.

nocturnas y continuas, y dos deben destinarse a las comidas. b) Durante los días domingos y feriados que este Código indica deben forzosamente disfrutar de un descanso adicional de seis horas remuneradas...». [La cursiva es propia].

Y, el artículo 166 del Código de Trabajo, indica:

«Son justas causas para que el patrono ponga término al contrato, sin responsabilidad de su parte, la falta de respeto o el maltrato notorio del trabajador doméstico para las personas que habitan la casa donde se restan los servicios y la desidia manifiesta de éste en el cumplimiento de sus obligaciones».

Esta disposición puede hacer invisible el hecho de que el maltrato también puede ser, en muchos casos, en realidad de parte del empleador hacia el trabajador doméstico, sobre todo cuando se trata de menores de edad.

Me parece prudente, en este punto, realizar la siguiente cita:

«Cuando avanzamos en las aguas turbulentas de este nuevo siglo hay que hacer un alto en el camino y pedir a nuestros gobiernos que redoblen esfuerzos en el combate a la erradicación del trabajo infantil doméstico en sus políticas nacionales y a la sociedad urbana y rural; en general, hacer el llamado para que adopten una nueva manera de pensar y protejan: “a las niñas y niños en sus comunidades mediante iniciativas de desarrollo social y de educación que permitan ayudarlos y rescatarlos de quienes, a puertas cerradas, los utilizan sin tener en cuenta sus derechos como seres humanos y sus necesidades como niñas y niños”». <sup>10</sup>

El Estado de Guatemala debe, conforme el estándar internacional del principio del interés superior del niño, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño y los Convenios de la OIT relacionados, efectuar a través del Organismo Legislativo una revisión de la normativa atinente al trabajo de los menores y el trabajo doméstico. El Organismo Ejecutivo debe implementar políticas públicas con la perspectiva de erradicar el trabajo doméstico infantil, sensibilizar a nivel nacional sobre el tema, para evitar su legitimación cultural.

---

10 M. A. Palomo, José Roberto, «La erradicación del trabajo infantil; un reto pendiente», en *Revista Jurídica*, Guatemala, núm. XIV, primer semestre 2011, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, pp. 61-62.

Siendo el Ministerio de Trabajo y Previsión Social el encargado de ejecutar tales políticas. Y, el Organismo Judicial a través de jueces y magistrados, en los casos concretos puestos a su conocimiento, deben aplicar el principio aludido y la tutela judicial efectiva a favor de los menores de edad.

## VI. CONCLUSIONES

1. El trabajo infantil doméstico debe ser abordado y analizado conjuntamente con los Convenios de la OIT números 138 y 182 y la Convención sobre los Derechos del Niño, para que adecuen por parte del Estado de Guatemala, políticas públicas integrales, que progresiva y gradualmente erradiquen ese fenómeno tanto en el área rural como en la urbana de nuestro país.
2. Deben implementarse políticas de sensibilización sobre el tema a nivel nacional, para cambiar paradigmas culturales en nuestro país, que legitiman el trabajo infantil doméstico e incluso invisibilizan el mismo, porque es aceptado como normal, vulnerando la dignidad de los menores de edad.
3. Debe darse más relevancia al principio del interés superior del niño, en la educación de niños y niñas, sobre sus derechos en cualquier tema, incluyendo el específico del trabajo infantil doméstico.
4. Se deben implementar mecanismos de seguimiento nacional eficaces conforme el Convenio 182 de la OIT, con el fin de monitorear los avances y progresos hacia la eliminación de las peores formas de trabajo infantil a nivel nacional.
5. Se deben analizar reformas al Código de Trabajo en el tema de trabajo doméstico en general, por evidenciarse normas contrarias a los derechos humanos en materia laboral.
6. El Estado de Guatemala tiene la responsabilidad y obligación legal de erradicar las prácticas que permiten el trabajo doméstico infantil, lo anterior por ser parte de la Convención sobre los Derechos del Niño y los Convenios 138 y 182 de la OIT, siendo compromisos adquiridos; por ende, tiene responsabilidad internacional, de acuerdo a la Convención de Viena de Derechos de los Tratados y el principio de *pacta sunt servanda*.

## VII. REFERENCIAS

### A. Libros

ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BECERRA TORO, Rodrigo, *El contrato individual de trabajo*, Bogotá, Colombia, Temis, 1983.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Bogotá, Colombia, Tecnos, 1994.

DE BUEN L., Néstor, *Derecho del trabajo*, décima edición, tomo 2: «Derecho individual y derecho colectivo», México, Porrúa, 1994.

GRISOLIA, Julio Armando, *Manual de derecho laboral*, quinta edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 2009.

TAMÉS PEÑA, Beatriz (compiladora), *Los derechos del niño. Un compendio de derechos internacionales*, segunda edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005.

### B. Revistas

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA, *Instrumentos internacionales y ejercicios prácticos*, Taller para Red de Formadores de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial.

VARIOS AUTORES, *Revista de Derechos Humanos*, año III, número 4, 2005, Guatemala, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de San Carlos de Guatemala; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar.

VARIOS AUTORES, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, núm. 1, enero-junio 1985, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VARIOS AUTORES, *Revista Jurídica*, núm. XIV, primer semestre 2011, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar.

### C. Direcciones electrónicas

Google académico.

[http //www.ilo.org](http://www.ilo.org)

<http://White.oit.org.pe/ippec/alcencuentros/interior.php?notCodigo=1803>.

[www.cndh.org.mx/publica/librería/derechos/derninos.pdf](http://www.cndh.org.mx/publica/librería/derechos/derninos.pdf).

### D. Legislación

Convenio número 138 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo.

Convenio número 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Código de Trabajo.

Ley del Organismo Judicial.

Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Recopilación de leyes sobre Niñez y Adolescencia.

### E. Otras

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Análisis y recomendaciones para la mejor regulación y cumplimiento de la normativa nacional e internacional sobre el trabajo de los niños, niñas y adolescentes en Argentina, Perú*, OIT, 2006.

\_\_\_\_\_ y UNIÓN INTERPARLAMETARIA (IPU), *Erradicar las peores formas de trabajo infantil: Guía para implementar el Convenio 182 de la OIT*, Suiza, OIT/IPU, 2002.



# La incidencia del movimiento ambientalista en Guatemala a la luz de la jurisprudencia constitucional\*

Mgtr. Pablo Gerardo Hurtado García\*\*

*Sumario:* I. Introducción. II. Movimiento social ecologista. III. Movimiento social ecologista en Centroamérica. IV. Movimiento social ecologista en Guatemala. V. Análisis de sentencias de la Corte de Constitucionalidad promovidas por movimientos sociales ambientalistas: A. Expedientes acumulados 2523-2008 y 2525-2008; B. Expediente 1491-2007; C. Expediente 941-2005; D. Expediente 322-2008. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

---

\* Investigación presentada en noviembre de 2011 en la línea de investigación «Teoría de las ideas políticas y sistema democrático», dirigida por el Dr. Francisco Letamendía, dentro de la primera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

\*\* Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Obtuvo los grados académicos de Magíster en Derechos Humanos (2005) y de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario (2000) por la Universidad Rafael Landívar. Actual secretario ejecutivo de la Asociación de Investigación de Estudios Sociales ASIES; se ha desempeñado como vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la URL; asesor jurídico de la Corte de Constitucionalidad; asesor en materias constitucional, transparencia, acceso a la información pública y derechos humanos en la Vicepresidencia de la República y el Ministerio de Finanzas Públicas; experto titular del Estado de Guatemala para el Mecanismo de Seguimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción; secretario ejecutivo del Observatorio Ciudadano del Gasto Público y Coordinador Nacional del Proyecto de Apoyo a la Educación, Capacitación e Investigación en Derechos Humanos en Centroamérica (Proyecto PNUD – Gobierno de Finlandia).

## I. INTRODUCCIÓN

Los diversos efectos sociales de la destrucción ecológica y la degradación del medio ambiente, que son generados por la lógica del mercado y por los procesos de crecimiento económico, han impulsado una toma de conciencia por parte de nuevos actores sociales, así como la creación de grupos ambientalistas que buscan guiar las políticas de Estado, así como del sector privado, con la finalidad de mitigar los daños causados al medio ambiente.

Por lo que, a lo largo del tiempo, se ha desarrollado un pensamiento sobre la perspectiva ambiental del desarrollo, en la búsqueda de satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de desarrollo que tengan las nuevas generaciones: desarrollo sostenible.<sup>1</sup>

En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) se consagraron los principios para un desarrollo sostenible, con lo cual se sentaron las bases de un nuevo marco de gobernabilidad ambiental fundado en el derecho a un desarrollo que respondiese equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

En este ámbito de acción surge el movimiento social ecologista, con el objeto de fomentar el desarrollo de los países pero que el mismo no sea ajeno al respeto y conservación de los recursos naturales y al derecho de un medio ambiente sano.

## II. MOVIMIENTO SOCIAL ECOLOGISTA

Los movimientos sociales son parte importante de la sociedad actual, debido a que es a través de ellos que se promueven manifestaciones públicas; las protestas ciudadanas, las manifestaciones, quejas, llamamientos o huelgas representan, frecuentemente, una de las formas de manifestarse de estos movimientos.

Los movimientos sociales son «un intento colectivo de promover un interés común, o de asegurar un objetivo compartido, mediante

---

1 Informe Nacional de Desarrollo Humano y Sistema de las Naciones Unidas en Guatemala, *Manual sobre los objetivos de desarrollo del milenio con enfoque de derechos humanos*, Guatemala, Informe Nacional de Desarrollo Humano y Sistema de las Naciones Unidas en Guatemala, 2008, p. 169.



la acción colectiva en el exterior de la esfera de las instituciones establecidas».<sup>2</sup>

Mientras que para Laraña son aquellas formas de acción colectiva que se encuentran destinadas a producir determinada clase de cambios en la sociedad.<sup>3</sup>

«El movimiento social se refiere a una forma de acción colectiva: 1) que apela a la solidaridad para promover o impedir cambios sociales; 2) cuya existencia es en sí misma una forma de percibir la realidad, ya que vuelve controvertido un aspecto de ésta que antes era aceptado como normativo; 3) que implica una ruptura de los límites del sistema de normas y relaciones sociales en el que se desarrolla su acción; 4) que tiene capacidad para producir nuevas normas y legitimaciones en la sociedad».<sup>4</sup>

Es dentro del contexto de los movimientos sociales que se sitúa el movimiento social ecologista, debido a que es parte de esa participación social que se ha venido dando.

Mercedes Pardo define los movimientos sociales ecologistas como «todos aquellos grupos, más o menos formalizados, cuyo objetivo es la ecología, el medio ambiente, la naturaleza, la calidad medioambiental, con actividad principalmente reivindicativa y de respuesta a acciones, aunque también planteando alternativas».<sup>5</sup>

### III. MOVIMIENTO SOCIAL ECOLOGISTA EN CENTROAMÉRICA<sup>6</sup>

En la década de los 60 se da el surgimiento, en la mayoría de países centroamericanos, de actores de la sociedad civil que se encontraban preocupados por los recursos forestales y las áreas silvestres, por lo que se conforman las primeras organizaciones ambientalistas

---

2 Giddens, A. *Sociología*, Madrid, Alianza, 1991, p. 659.

3 Laraña, E., *La construcción de los movimientos sociales*, Madrid, Alianza, 1999, p. 96.

4 *Ibidem*, p. 127.

5 Pardo Buendía, Mercedes, «Influencia social de los movimientos ecologistas», en Cruz y Gualda (compiladores), *Huelva: medio ambiente y sociedad*, Huelva, Estudios Sociales e Intervención Social, 2000, p. 31.

6 Hurtado, Margarita e Irene Lungo (compiladores), *Aproximaciones, caracterización y tendencias del movimiento ambiental en Centroamérica*, Guatemala, FLACSO, 2007, p. 16.

en Costa Rica, Honduras y Guatemala y se lleva a cabo una serie de inventarios sobre especies biológicas.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) fue un impulso para las organizaciones ambientalistas en la región, ya que dicha conferencia llamó la atención mundial sobre la gravedad de la situación ambiental e impulsó a grupos de la sociedad civil para que se involucraran en preparar la participación de sus países y a dar seguimiento a lo establecido por sus gobiernos en la Declaración de Estocolmo.

En la reunión de Estocolmo los gobiernos de Centroamérica y la comunidad internacional decidieron compartir la responsabilidad para lograr la reconstrucción y transformación de los países afectados constituyendo una asociación de largo plazo.<sup>7</sup>

Hacia comienzos de la década de los 80, la mayoría de países en la región se encontraban inmersos en conflictos armados y guerras civiles. En Nicaragua daba inicio la era sandinista, mientras que en El Salvador y Guatemala la represión y el conflicto se reforzaban, por lo que en ambos países cualquier tipo de expresión civil de descontento era reprimida. En el caso de Honduras, aunque no se desencadenó un conflicto armado, sí se experimentaron altos niveles de represión social frente al temor por parte de las autoridades del surgimiento de luchas revolucionarias como las que caracterizaban a sus países vecinos. Pese a estas dificultades, el sector ambientalista no fue uno de los sectores más golpeados.

Para finales de la década de los 80, los movimientos ambientalistas comenzaban a dar un giro en algunos países centroamericanos, ya que luego de años de confrontación y represión en contra de todo tipo de organización social, se produjeron procesos de cambio en la dinámica política, creando condiciones para que el sector ambientalista se fortaleciera.

Otros factores políticos presentes en la región en esa época fueron la firma de los Acuerdos de Paz en El Salvador y Guatemala, así como la caída del régimen sandinista; hechos que tra-

---

7 *Declaración de Estocolmo*, Reunión del grupo consultivo para la reconstrucción y transformación de América Central, Estocolmo, 28 de mayo de 1999.

ieron cambios significativos en las relaciones políticas y sociales en la región.

En la década de los 90 se da un incremento de la organización en torno a lo ambiental, es entonces cuando se crearon la mayoría de ONG ambientalistas que existen en Centroamérica en la actualidad y a partir de allí se han incrementado significativamente las luchas en la materia en todos los países de la región. De igual forma, se produjo el enverdecimiento de muchas organizaciones de otros sectores de la sociedad civil organizada: campesinas, de mujeres, indígenas, de desarrollo o de derechos humanos comenzaron a incorporar problemáticas ambientalistas a sus ejes programáticos.

Las organizaciones de derechos humanos jugaron un importante papel ya que en países como Guatemala, Honduras y Nicaragua se estrechó el vínculo entre ambientalistas y activistas de derechos humanos, e incluso estos últimos se han tornado en actores directos en diversas luchas ambientales recientes en la región.

Entre los esfuerzos llevados a cabo a nivel centroamericano para poder garantizar la sostenibilidad ambiental, destacan dos: la creación de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, y la Alianza para el Desarrollo Sostenible.

Durante la Cumbre de Presidentes centroamericanos celebrada en 1989 en San Isidro de Coronado, Costa Rica, se suscribió el Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD). Dicha Comisión tiene como función principal valorizar y proteger el patrimonio natural, por medio del uso óptimo y racional de los recursos, y el control de la contaminación.<sup>8</sup>

En el ámbito centroamericano, en 1994 se da la creación de la Alianza para el Desarrollo Sostenible (ALIDES), la cual es una iniciativa de políticas, programas y acciones a corto, mediano y largo plazo que delinea un cambio de esquema de desarrollo, de las actitudes individuales y colectivas, de las políticas y acciones locales, nacionales y regionales hacia la sostenibilidad política,

---

8 Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. Disponible en Línea: [<http://www.sica.int/busqueda/Informaci%C3%B3n%20Entidades.aspx?IDItem=198&IDCat=29&IdEnt=2&Idm=1&IdmStyle=1>].

económica, social, cultural y ambiental de las sociedades. Es una estrategia regional de coordinación y concertación de intereses, iniciativas de desarrollo, responsabilidades y armonización de derechos.<sup>9</sup>

#### IV. MOVIMIENTO SOCIAL ECOLOGISTA EN GUATEMALA<sup>10</sup>

Guatemala cuenta con una importante diversidad natural y cultural, así como con una amplia variedad de ecosistemas, especies y material genético. Sin embargo, la situación ambiental del país es crítica debido al ininterrumpido y acelerado proceso de deterioro.

El país tiene 14 997 especies descritas y registradas, siendo el 79% plantas, datos que aún subestiman la diversidad biológica del país. Solamente de flora, existen 10 317 especies registradas. Hay registradas 101 988 especies de fauna, de las cuales se han descrito solamente 4680 (298 endémicas, 6.4%) distribuidas en 735 aves (una endémica), 244 mamíferos (tres endémicas), 143 anfibios (45 endémicas), 243 reptiles (25 endémicas), 1033 peces (17 endémicas), 123 gasterópodos y 169 bivalvos.<sup>11</sup>

La problemática ambiental de Guatemala se da en diversos aspectos, como lo es la escasez y deterioro de los recursos naturales, la insalubridad del entorno, el socavamiento de la biodiversidad y la destrucción de importantes espacios ambientales con valor cultural e histórico (para los pueblos indígenas especialmente). Lo más difícil de esta problemática es el hecho de que parte de la destrucción ambiental puede ser irreversible o muy difícil de rescatar.

La problemática está asociada a los históricos conflictos relativos a la desigual distribución de la riqueza y muy particularmente a los problemas de tenencia de la tierra. El tema agrario y el cambio en los usos del suelo resulta central para el abordaje de la conflictividad socioambiental en el país. En las actuales condiciones y por la tenden-

---

9 Alianza para el Desarrollo Sostenible de Centro América. 1994.

10 Hurtado, Margarita e Irene Lungo (compiladores.), *op. cit.*, nota 7, p. 35.

11 MARN-URL/IARNA-PNUMA-, *Informe ambiental del Estado de Guatemala – GEO Guatemala 2009*, Guatemala, MARN, 2009, p. 49.

cia que mantiene, representa una de las principales amenazas para la riqueza natural del país, reduciendo los ecosistemas.<sup>12</sup>

Según el *Perfil Ambiental 2004*,<sup>13</sup> se estima que el país ha perdido el 50% de los bosques que existían en 1950. También se ha dado un crecimiento desordenado de las zonas urbanas y asentamientos humanos, los incendios forestales, el pastoreo no controlado en bosques, la tala selectiva para madera y el consumo de leña. De igual forma existen otros factores que tienen una incidencia directa en el ambiente, como la expansión de la frontera ganadera, la ampliación de grandes plantaciones privadas para la agroindustria (el caso de la palma africana en Alta Verapaz), la proliferación de una serie de actos ilícitos que atentan contra los recursos naturales (como el narcotráfico, tráfico ilegal de maderas preciosas, animales exóticos, entre otros) y la política a favor de las concesiones a grandes empresas transnacionales para actividades extractivas (petróleo y minería a cielo abierto).

Aunado a esto, se da la temática de los pueblos indígenas, lo cual constituye un sector social que ha sido limitado y marginado históricamente de las oportunidades económicas, sociales, culturales y políticas existentes en la sociedad. Por lo que los índices actuales de desarrollo humano más bajos en el país corresponden a los pueblos indígenas, quienes además de vivir predominantemente en las áreas rurales,<sup>14</sup> han estado en búsqueda permanente de tierras para trabajar. Se debe considerar que los pueblos indígenas tienen modalidades particulares de concebir y relacionarse con la naturaleza y el ambiente, así como formas particulares de búsqueda del consenso social, todo lo cual debiera ser considerado en el diseño de políticas públicas.

---

12 Carr, David y Alison Barbieri, *Población, tenencia de la tierra, uso del suelo, y deforestación en el Parque Nacional Sierra de Lacandón*, 2006, disponible en línea: [[http://www.geog.ucsb.edu/~carr/DCarr\\_Publications/Carr\\_Barbieri\\_JLAG.pdf](http://www.geog.ucsb.edu/~carr/DCarr_Publications/Carr_Barbieri_JLAG.pdf)].

13 Universidad Rafael Landívar, Instituto de Incidencia Ambiental e Instituto de Agricultura, Recursos Naturales y Ambiente (URL/IIA/IARNA), *Perfil ambiental de Guatemala. Informe sobre el estado del ambiente y bases para su evaluación sistemática*, Guatemala, URL/IIA/IARNA, 2004.

14 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Guatemala: la fuerza incluyente del desarrollo humano. Informe de desarrollo humano 2000*, Guatemala, PNUD, 2000.

En lo que respecta al movimiento ambientalista en Guatemala, los primeros surgimientos pueden ubicarse en la década de los 50, se da el nacimiento de los primeros intentos de organización social vinculada al tema. En 1955, se establece mediante Acuerdo Presidencial, la Ley de Parques Nacionales, Bosques y Sitios, a la vez que se declaran los primeros parques nacionales del país.<sup>15</sup> Un año más tarde se funda la primera organización ambientalista enfocada en el tema forestal: Asociación Amigos del Bosque. A finales de esa década, se conforma la Asociación Guatemalteca de Historia Natural y la Asociación de Amigos del País.

A comienzos de la década de los 60, se realizan los primeros esfuerzos de divulgación y denuncia relativa al uso de químicos en el país. A finales de esta década, se elaboró el primer estudio de carácter académico referente a la situación ambiental en Centroamérica, el cual fue un inventario sobre los recursos naturales en la región, impulsado por el Sistema de Integración Económica de Centro América (SIECA) (1968), denominado *Ecología Humana en Centro América*, financiado por la Academia de Ciencias de Estados Unidos.

Con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, por primera vez se hizo pública y se institucionaliza la gestión ambiental, generando una serie de tratados, convenciones, convenios y protocolos para la protección del ambiente; dio un impulso trascendental a la organización social ambiental en el mundo y en el país.

En Guatemala se dio en 1974 un caso de suma relevancia para la lucha ambiental en el país, se entabló un juicio contra la empresa transnacional de hidrocarburos Shell por el delito de contaminación por el derrame de gran cantidad de combustible en la Bahía de Amatique, Izabal. Fue la primera vez en la historia del país, que el gobierno de Guatemala impulsó y ganó un juicio contra una empresa transnacional por contaminación ambiental.<sup>16</sup>

---

15 Siendo los primeros parques el Parque Naciones Unidas, Río Dulce, Tikal, Atitlán, Grutas de Lanquín, Riscos de Momostenango, Cerro El Baúl, Los Aposentos y la Laguna del Pino.

16 URL/IIA, *Estado actual de los recursos marinos y costeros de Guatemala*, Guatemala, URL, 2003.

En el gobierno del Lcdo. Vinicio Cerezo (1986-1990) se da un período clave a favor del desarrollo del ambientalismo en el país, se dio un impulso a la creación de institucionalidad ambiental en el país y al fortalecimiento de la organización social en torno a la temática ambiental.

De igual forma existieron logros legislativos, como la creación de la CONAMA, la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, el establecimiento de la Reserva de la Biósfera del Trifinio, la institucionalización del CONAP, la creación de las RBM y de la Biósfera Sierra de las Minas. También se dio un aumento significativo de las organizaciones sociales enfocadas en la temática ambiental.

En los últimos años los actores del ambientalismo están vinculados a las ONG que trabajan temáticas ambientales, característica que difiere de las décadas anteriores, en que los principales actores eran profesionales urbanos que trabajaban *ad honorem* por la conservación natural en el país.

## V. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDAS POR MOVIMIENTOS SOCIALES AMBIENTALISTAS

En Guatemala la situación ambiental es de suma importancia, y el impulso en la protección y conservación del medio ambiente se ha llevado a cabo –muchas veces– a través de los movimientos sociales ecologistas. A pesar de que los casos sometidos a la Corte de Constitucionalidad en materia ambiental son relativamente pocos, existe la tendencia jurisprudencial a protegerlo, en adecuada intelección a la normativa nacional e internacional que lo regula.

### A. Expedientes acumulados 2523-2008 y 2525-2008<sup>17</sup>

En sentencia de fecha 26 de marzo de 2009 se resolvió amparo promovido por Redetex, Sociedad Anónima, en contra de la sentencia de 20 de julio de 2008.

---

17 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expedientes acumulados 2523-2008 y 2525-2008, sentencia de fecha 26 de marzo de 2009, disponible en línea: [[http://www.cc.gob.gt/siged2009/mdlWeb/frmConsultaWebVerDocumento.aspx?St\\_DocumentoId=810980.html&St\\_RegistrarConsulta=yes&SF=fraseabucar](http://www.cc.gob.gt/siged2009/mdlWeb/frmConsultaWebVerDocumento.aspx?St_DocumentoId=810980.html&St_RegistrarConsulta=yes&SF=fraseabucar)].

En dicha sentencia se logró que se resolviera a favor del derecho de la población guatemalteca de vivir en un ambiente sano y de garantizar la salud y la vida, los derechos fundamentales protegidos a través de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, así como tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala.

Ello debido a que a través de la acción constitucional de amparo promovida por Redex, Sociedad Anónima, en contra de la Capitania de Puerto Barrios, departamento de Izabal, quien no autorizó el permiso para ingresar la nave Bay Island Trader, a través del canal de la bahía al astillero Maya Quetzal, la cual venía en calidad de chatarra, para ser desarmada en Puerto Barrios y no contaba con los instrumentos ambientales aprobados por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN) para permitirle su ingreso.

En sentencia se exige que en tanto no se cuente con estudios de las dependencias correspondientes respecto a un mínimo de seguridad y que garanticen la salud y la vida a trabajadores y pobladores aledaños al astillero y no se cuente con la autorización del Ministerio, no se debe autorizar el ingreso a aguas territoriales guatemaltecas y desmantelamiento del buque, por lo que la sentencia en definitiva emitida por la Corte de Constitucionalidad deniega el amparo promovido, resguardando de esta manera la soberanía del país y fortalece los actos de la administración pública, otorga seguridad jurídica y garantiza el Estado de Derecho, así como el respeto al medio ambiente.

## **B. Expediente 1491-2007<sup>18</sup>**

En sentencia de fecha 01 de abril de 2008 se resolvió la inconstitucionalidad general parcial promovida contra la Ley de Minería, Decreto 48-97 del Congreso de la República, inconstitucionalidad contra las frases: i) «Transcurrido dicho plazo sin resolverse, se tendrá por aceptado dicho estudio», contenida en los artículos 19 (en cuanto a la presentación de un estudio de mitigación) y 20 (en

---

18 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 1491-2007, Sentencia de fecha 01 de abril de 2008, Disponible en línea: [<http://www.elaw.org/system/files/Guatemala+SEntencia.pdf>].



relación a la presentación del estudio de impacto ambiental). Ello debido a que se consideraba que violaba los artículos 64 y 97 de la Constitución Política de la República debido a que manifiesta que el patrimonio natural de la nación debe ser conservado y goza de protección constitucional.

Sobre este caso, la Corte de Constitucionalidad expresa en dicha sentencia que la obligación del Estado no se limita a prevenir el daño al medio ambiente, sino que es ineludible el ejercicio positivo de tomar acciones para preservarlo y así evitar que otros lo destruyan.

En relación con los estudios de impacto ambiental, expresa en la citada sentencia:

«... el objetivo del estudio de impacto ambiental es la identificación, e interpretación de los elementos naturales, biológicos, socioeconómicos y culturales que un determinado proyecto o actividad produciría en caso de ser ejecutado; el mismo debe describir las condiciones existentes y prevenir los efectos y consecuencias para asegurar la compatibilidad entre las actividades –de minería en el presente caso– y el medio ambiente».

En esta sentencia la Corte de Constitucionalidad enfatiza la necesidad de la preservación del medio ambiente, tomando como un mecanismo para este fin el estudio de impacto ambiental, determinando con lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial planteada por la trascendencia de los estudios para llevar a cabo las actividades mineras y las consecuencias que tiene en este caso el silencio administrativo que contiene dicha norma, por lo que no se puede admitir la aceptación tácita de los estudios.

### **C. Expediente 941-2005**

En sentencia de fecha 05 de septiembre de 2006 se resuelve la inconstitucionalidad general parcial planteada contra varios artículos de la Ley que Declara como Área Protegida al Monumento Natural Semuc Champey, Decreto 25-2005 del Congreso de la República.

Se argumenta en la interposición que las disposiciones impugnadas lesionaban seriamente la autonomía municipal, reconocida por la Constitución, así como la disposición de sus recursos, ya que se otorga

la administración general del Monumento Natural Semuc Champey a la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Áreas Protegidas, condición que no se puede disminuir por una ley ordinaria, toda vez que la administración y mantenimiento del citado monumento ha estado a cargo de la Municipalidad de Lanquín desde 1954, cuando se dio a conocer a nivel nacional dicho monumento.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad expresó que, en cuanto al carácter municipal sobre el desarrollo sostenible del área protegida por el decreto impugnado, se debe señalar que el interés social por la preservación y conservación de los recursos naturales del país debe prevalecer sobre el interés particular, común o colectivo, por lo que el desarrollo sostenible rebasa la esfera de la administración municipal autónoma y se basa en el nuevo derecho administrativo ambiental, por lo que la Municipalidad debe coordinar sus políticas ambientales con las políticas en el tema del Estado.

Por estas razones, la Corte de Constitucionalidad rechazó la acción de inconstitucionalidad. Con los argumentos de este órgano se ve la relevancia de esta sentencia, ya que se pone de manifiesto la intención de preservar el medio ambiente, en beneficio de la colectividad y de los derechos de la misma al disfrute de un ambiente sano que le garantice el disfrute del resto de sus derechos fundamentales.

#### **D. Expediente 322-2008<sup>19</sup>**

En sentencia de fecha 08 de abril de 2008 se resolvió la apelación de amparo promovida contra la Municipalidad de Escuintla, en la cual se reclama:

«a) Clausura definitiva del basurero clandestino; b) cerrar la calle que comunica al zajón donde se encuentra el basurero clandestino; c) mantener una seguridad ambiental constante para evitar la proliferación de basureros clandestinos a lo largo del zajón; d) declarar el proyecto de urgencia ambiental a efecto del encauce de las aguas residuales en toda la longitud del zajón».

---

19 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 1491-2007, sentencia de fecha 08 de abril de 2008, disponible en línea: [[http://www.cc.gob.gt/siged2009/mdlWeb/frmConsultaWebVerDocumento.aspx?St\\_DocumentoId=812582.html&St\\_RegistrarConsulta=yes&sF=fraseabuscar](http://www.cc.gob.gt/siged2009/mdlWeb/frmConsultaWebVerDocumento.aspx?St_DocumentoId=812582.html&St_RegistrarConsulta=yes&sF=fraseabuscar)].

En la sentencia apelada el juez declara sin lugar el amparo, con lo que está violando derechos tales como la salud, seguridad y asistencia social, medio ambiente y el equilibrio ecológico.

Pero en la sentencia que resuelve la apelación de amparo, el tribunal constitucional señala lo estipulado en el artículo 11 numerales 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que establece: «1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con sus servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

Dicho tribunal resuelve revocar la sentencia apelada y otorgar dicho amparo, fijando al alcalde municipal de Escuintla el plazo de diez días contados a partir de la fecha de la notificación para que tome las medidas necesarias para que se dé un adecuado manejo de desechos sólidos y tome las medidas legales para el cierre y eliminación del basurero clandestino.

La importancia de esta sentencia es la aseveración por parte de la Corte de Constitucionalidad de que esta acción constituye una amenaza directa del derecho a vivir en un medio ambiente sano y se deben tomar medidas de prevención, así como la protección de la salud de los habitantes.

## VI. CONCLUSIONES

1. A través de los movimientos sociales se da el surgimiento de los movimientos sociales ecologistas que buscan la preservación del medio ambiente a través de la primicia del desarrollo sostenible, satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de desarrollo que tengan las nuevas generaciones.
2. La existencia de organizaciones ecologistas se encuentra ligada al desarrollo de los sistemas democráticos y al progreso de las libertades civiles en los distintos países. El movimiento social ecologista se encuentra representado por una amplia y variada gama de organizaciones no gubernamentales, desde

el nivel global hasta la escala local, de las cuales muchas de ellas han adoptado el cuidado de la naturaleza como parte de sus fines.

3. En Guatemala, en los últimos años se ha dado un gran auge de organizaciones preocupadas por el cuidado y preservación del medio ambiente a través de las cuales se han originado distintas actividades en la búsqueda de legislar la materia y llevar a cabo políticas públicas pertinentes.
4. El movimiento social ambientalista ha llevado a cabo sus apelaciones frente a los órganos jurisdiccionales desde el punto de vista de argumentos «románticos» y no refiriéndose a cuestiones técnicas propiamente, lo que no permite que dichos movimientos puedan lograr muchos más avances.

## VII. REFERENCIAS

CARR, David y Alison BARBIERI, *Población, tenencia de la tierra, uso del suelo, y deforestación en el Parque Nacional Sierra de Lacandón*, 2006, disponible en línea: [[http://www.geog.ucsb.edu/~carr/DCarr\\_Publications/Carr\\_Barbieri\\_JLAG.pdf](http://www.geog.ucsb.edu/~carr/DCarr_Publications/Carr_Barbieri_JLAG.pdf)].

*Declaración de Estocolmo*, Reunión del grupo consultivo para la reconstrucción y transformación de América Central, Estocolmo, 28 de mayo de 1999.

GIDDENS, A., *Sociología*, Madrid, Alianza, 1991.

HURTADO, Margarita e Irene LUNGO (compiladores), *Aproximaciones, caracterización y tendencias del movimiento ambiental en Centroamérica*, Guatemala, FLACSO, 2007.

INFORME NACIONAL DE DESARROLLO HUMANO Y SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS EN GUATEMALA, *Manual sobre los objetivos de desarrollo del milenio con enfoque de derechos humanos*, Guatemala, Informe Nacional de Desarrollo Humano y Sistema de las Naciones Unidas en Guatemala, 2008.

LARAÑA, E., *La construcción de los movimientos sociales*, Madrid, Alianza, 1999.

MARN-URL/IARNA-PNUMA, *Informe ambiental del Estado de Guatemala – GEO Guatemala 2009*, Guatemala, MARN, 2009.

PARDO BUENDÍA, Mercedes, «Influencia social de los movimientos ecologistas», en Cruz y Gualda (compiladores), *Huelva: medio ambiente y sociedad*, Huelva, Estudios Sociales e Intervención Social, 2000.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Guatemala: la fuerza incluyente del desarrollo humano. Informe de desarrollo humano 2000*, Guatemala, PNUD, 2000.

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR, Instituto de Incidencia Ambiental e Instituto de Agricultura, Recursos Naturales y Ambiente (URL/IIA/IARNA), *Perfil ambiental de Guatemala. Informe sobre el estado del ambiente y bases para su evaluación sistemática*, Guatemala, URL/IIA/IARNA, 2004.

URL/IIA, *Estado actual de los recursos marinos y costeros de Guatemala*, Guatemala, URL, 2003.



# Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la operación de reporto en la legislación y la práctica en Guatemala\*

*Mgtr. José Francisco Asensio Camey\*\**

*Sumario:* I. Introducción. II. Concepto, definición y requisitos del reporto. III. La naturaleza del reporto y el pacto de retroventa. IV. El reporto de acciones de sociedades. V. El reporto bursátil. VI. El reporto y la jurisprudencia en materia tributaria. VII. Conclusiones. VIII. Referencias adicionales.

## I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza jurídica de las instituciones (en particular la de los contratos) es muy importante para determinar sus alcances y límites; e incluso, para su adecuada interpretación y aplicación. La naturaleza jurídica debe definirse de una manera contextual, lógica y atendiendo al espíritu de las instituciones más que a la rigidez positivista.

---

\* La idea de escribir estas consideraciones surgió, en parte, porque dentro del curso de Derecho Financiero y Bancario se planteó que el reporto lleva implícito un pacto de retroventa (algo que los alumnos han hecho en alguna oportunidad), por lo que se estimó oportuno reflexionar sobre el tema.

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar. Magíster en Derecho Económico-mercantil y Financiero por la misma universidad. Postgrado en Contratos Civiles y Daños por la Universidad Pontificia de Salamanca, España. Docente en la Universidad Rafael Landívar y otras universidades del país. Entre otros, ha ocupado los cargos de coordinador académico en la Universidad Rafael Landívar y asesor jurídico en la Superintendencia de Bancos de Guatemala. Actualmente se desempeña como asesor jurídico en Banco Citibank de Guatemala.

El contrato de reporto es, sobre todo, una operación mercantil o comercial y en última instancia, una operación bancaria<sup>1</sup> y bursátil (sin que esto signifique que deja su condición de contrato mercantil ya que esta es el género y aquella es la especie).

El reporto tiene una naturaleza jurídica propia; sin embargo, existen ciertas confusiones que se han generado por interpretaciones inexactas o por concepciones apartadas de la técnica jurídica. Adicionalmente, es importante indicar que en la práctica el reporto ha presentado cierta dinámica que pareciera darle una orientación particular; sin embargo, la práctica en determinada área y los convencionalismos (considerados aisladamente), no pueden ser utilizados para definir la naturaleza y extensión de un contrato; sobre todo si esta práctica se limita a ciertos aspectos del mismo. La práctica también es importante, pero debe analizarse en conjunto con el resto de fuentes para determinar la verdadera dimensión de la institución contractual.

Como puntos focales de estas consideraciones, deben resaltarse aquellos relacionados con el pacto de retroventa, el tipo de títulos que son «reportables», la particularidad de que el contrato de reporto es esencialmente utilizado por instituciones financieras dentro del contexto de las operaciones bursátiles y la importancia relativa que tiene la jurisprudencia en relación con este contrato. Cada uno de estos puntos, analizado adecuadamente y en su debido contexto, permiten eliminar ciertas ideas equivocadas acerca del reporto y darle la dimensión jurídica correcta incluso cuando las prácticas pudieran, equivocadamente, disminuirlo.

---

1 El reporto bancario es una operación normal para la banca. Es compatible con la actividad financiera y no necesita autorización especial alguna ya que el propio artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros contempla expresamente que los bancos pueden realizar contratos de reporto como reportador y como reportado. Un reporto bancario podrá ser tanto un reporto mercantil o un reporto bursátil dependiendo de si el mismo se realiza en el seno de una bolsa de valores o no; y a pesar de estas cuestiones circunstanciales o el objetivo que tengan las partes, el reporto bancario, sea comercial o bursátil, seguirá siendo un contrato de reporto.



## II. CONCEPTO, DEFINICIÓN Y REQUISITOS DEL REPORTO

La definición que contiene el Código de Comercio de Guatemala en su artículo 744, resulta bastante completa y compatible con las distintas definiciones que se encuentran en la doctrina e incluye ciertas particularidades que destacan y demarcan la naturaleza de la operación.

El artículo referido establece que mediante el contrato de reporto el reportador adquiere la propiedad de títulos de crédito a cambio de una suma de dinero; y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido, contra reembolso del mismo precio, que podrá ser aumentado o disminuido.

La anterior definición legal señala que el contrato de reporto es traslativo de dominio y que, en condiciones normales, se desarrolla por medio de dos operaciones: una inicial en la que el reportador adquiere títulos de crédito (a cambio de un precio), y la final, cuando el reportador entrega los títulos a cambio de un precio aumentado o disminuido. Es importante recalcar que los títulos de crédito que se entregan en la segunda operación, pueden ser los mismos o bien pueden ser otros de la misma especie (más adelante se profundizará sobre si otros títulos pueden ser o no objeto del contrato de reporto y si esto afecta o no su esencia).

La legislación también indica que es un contrato real en atención a que el mismo se perfecciona por la entrega cambiaria de los títulos y que existe un elemento formal en cuanto a que debe constar por escrito (con referencia a los sujetos, títulos y otras condiciones del contrato).

Obviamente estas últimas dos características que marca la legislación, son excepcionales dentro de la legislación mercantil guatemalteca dado que la regla general es que los contratos son consensuales y no requieren de formalidades específicas para su validez.

### III. LA NATURALEZA DEL REPORTO Y EL PACTO DE RETROVENTA

Las disposiciones relacionadas, que contienen los elementos, características y operatividad del contrato, reflejan su naturaleza propia y confirman que ésta obedece a un contrato *sui generis*, que lo aparta de otros tipos contractuales con los que podría tener alguna semejanza.

En ese orden de ideas, la naturaleza del reporto no es la de un contrato de compraventa de títulos a pesar de que es traslativa de dominio. Si fuera una simple compraventa, no se podría explicar la segunda etapa del contrato (en la que existe una operación inversa en cuanto a la entrega de títulos al tenedor original a cambio de la nueva suma de dinero). Adicionalmente, la compraventa es esencialmente consensual; mientras que el reporto se perfecciona con la entrega cambiaria de los títulos.

El reporto tampoco es un mutuo o crédito con garantía de los títulos ya que, jurídicamente, se transmite la propiedad de estos; y en tal virtud, quien los adquiere en la primera operación del contrato, podrá disponer libremente de ellos. Esto, simplemente no sería factible si los títulos se constituyeran como una simple garantía. Adicionalmente, las obligaciones que surgen entre las partes como consecuencia del contrato de reporto, son en realidad de carácter personal y no de carácter real.

De la misma forma, el reporto no puede explicarse como un contrato de compraventa sujeto a condición resolutoria expresa o pacto comisorio expreso ya que por una parte, no se trata de una compraventa y por la otra, la segunda operación que se lleva a cabo dentro del reporto no «resuelve» el contrato (la resolución tiene como consecuencia dejar sin efecto la relación contractual y volver las cosas al estado en que se encontraban antes del contrato, devolviéndose las partes lo que se hubieren dado), sino que verifica el cierre del ciclo normal del mismo. En otras palabras, lo que se verifica al realizarse esta segunda operación es simplemente el cumplimiento del contrato.

Adicionalmente, desde el punto de vista jurídico, el reporto permite ciertas variaciones como parte de su cumplimiento normal.

Estas variaciones son la entrega de una cantidad de dinero diferente (aumentada o disminuida) al final del contrato; y la entrega de títulos distintos (de la misma especie) a los intercambiados en la primera operación. En tal sentido, no es jurídicamente viable explicar la naturaleza del contrato desde la perspectiva de una condición resolutoria expresa (o incluso tácita) cuando el efecto de la segunda operación puede ser, normal y válidamente, esencialmente diferente al que tiene la resolución.

El análisis de la naturaleza contractual del reporto no estaría completo sin tocar el tema del pacto de retroventa y sus particularidades dentro del ordenamiento legal guatemalteco. Las distintas consideraciones en cuanto a que el reporto lleva implícito un pacto de retroventa van desde equipararlo a una compraventa con pacto de retroventa, hasta la aseveración de que el reporto conlleva una operación calificada como ilegal.

Como primer punto, es oportuno identificar qué es el pacto de retroventa. Puede ser definido como la cláusula contractual por medio de la cual las partes de una compraventa acuerdan que el comprador venderá «de regreso» el bien recibido, a su antiguo propietario (el vendedor original). Lo propio es que el pacto de retroventa, para que sea efectivo, se verifique antes o en el momento en que se está llevando a cabo la venta original (como parte del acuerdo general entre comprador y vendedor). Esta operación en particular, está expresamente prohibida en la legislación guatemalteca de acuerdo con el artículo 1791 del Código Civil.

Como un comentario independiente, vale la pena indicar que aunque el Código Civil prohíbe el pacto de retroventa como tal, para el Derecho Civil no sería ilícito que, sin pacto de retroventa previo, el propietario de un bien eventualmente lo venda a su antiguo propietario.

Retomando el tema del pacto de retroventa y el contrato de reporto, es importante comenzar aclarando que el reporto no contiene una conducta ilegal (incluso si llegare a pensarse que el reporto lleva inmerso un pacto de retroventa). Para desvirtuar cualquier atisbo de ilegalidad, basta con recordar varias cosas. La primera es que el pacto de retroventa está prohibido expresamente en el Código Civil y no en

el Código de Comercio de Guatemala. La segunda es que el Código de Comercio de Guatemala es posterior al Código Civil; y la tercera, que en materia mercantil el Código Civil solamente es aplicable de manera supletoria y siempre atendiendo a los principios que inspiran al Derecho Mercantil.

En tal sentido, si se hace una interpretación integral del derecho y se respetan los principios y normas de aplicación entre las leyes, se tendrá que el reporto es un contrato, cuyo funcionamiento (primera y segunda operación) se encuentra establecido expresamente en el Código de Comercio, el cual contiene, obviamente, disposiciones especiales en materia mercantil y además, entró en vigencia con posterioridad al Código Civil (con lo cual este sería inaplicable al caso concreto). Por tal motivo, la prohibición contenida en el Código Civil no tendría cabida lógica en un esquema en que el propio Código de Comercio permite la operación de reporto incluso en el caso que, equivocadamente, pudiera considerarse que contiene un pacto de retroventa.

Ahora bien, más allá de esta aclaración, la realidad es que el contrato de reporto no contiene un pacto de retroventa ni puede considerarse que lo contenga. Con anterioridad se describió la forma en que opera el pacto de retroventa y para que este nazca de manera pura, se deben cumplir ciertos presupuestos, el primero de los cuales es que efectivamente exista este acuerdo; y el segundo es que ese acuerdo implique la devolución del mismo bien que fue entregado inicialmente. Si se parte de la premisa de que el contrato de reporto no es un contrato de compraventa y, además, que es jurídicamente válido devolver títulos distintos a los que fueron entregados inicialmente (incluso, cuando se abandona la operación, ni siquiera hay que devolver los títulos), es claro que el reporto tampoco es, ni puede ser, un contrato de compraventa con pacto de retroventa.

De la misma forma, tampoco puede decirse que sí tiene tal naturaleza en los casos en los que se entregaren los mismos títulos al reportado, porque así se diseñó la operatoria en un caso concreto. Esto se debe a que, jurídicamente, es incorrecto calificar la naturaleza del contrato, según cada circunstancia o forma en

la que se lleve a cabo. La naturaleza jurídica del contrato en sí, debe ser la misma independientemente de la forma de ejecución. Una compraventa no deja de ser una compraventa si es a plazo. Un contrato de reporto no deja de ser un contrato de reporto si se devuelven los mismos títulos. Ahora bien, si las partes indican que están celebrando un contrato de reporto y en realidad lo que están haciendo es encubriendo un negocio jurídico diferente, podría estarse ante un caso de simulación y nada tendrá que ver con la naturaleza jurídica y calificación propia del contrato de reporto.

La naturaleza jurídica del contrato de reporto es, como ya se mencionó, *sui generis*, tiene características y condiciones propias; y no debe confundirse con otras figuras contractuales o endilgarle atisbos de ilegalidad.

#### IV. EL REPORTO DE ACCIONES DE SOCIEDADES

Otra de las particularidades del contrato de reporto que debe destacarse se encuentra en uno de sus elementos objetivos. La ley establece que por medio del reporto se intercambian títulos de crédito y esto es relevante por las implicaciones que tiene para el contrato. Para determinar estas implicaciones, primero se debe definir qué es lo que hay que entender por «títulos de crédito»; y en segundo lugar, analizar el resto de la normativa que regula el contrato de reporto (lo que podría generar la duda respecto a si las acciones pueden catalogarse como títulos de crédito o si, en caso contrario, pueden ser objeto del contrato).

La aparente confusión inicia en la propia denominación de los títulos objeto del contrato. El Código de Comercio de Guatemala, siguiendo la línea italiana, denomina «títulos de crédito» a aquellos documentos que incorporan un derecho literal y autónomo cuyo ejercicio y transmisión es imposible de manera independiente del título. Por su parte, dentro de los títulos de crédito tipificados en el Código de Comercio, no se incluye expresamente a las acciones (estas se encuentran reguladas en el apartado correspondiente a las sociedades mercantiles). Por último, las disposiciones propias del

contrato de reporto<sup>2</sup> hacen referencia a ciertas instituciones jurídicas que solamente tienen sentido si se considera a las acciones como parte del contrato. De tal cuenta, pareciera existir cierto conflicto entre acciones, títulos de crédito y contrato de reporto.

Dentro de este contexto, debe aclararse que no existe una prohibición expresa para que un reporto verse sobre títulos de acciones. Desde el punto de vista constitucional la discusión estaría saldada ya que toda persona puede hacer lo que la ley no le prohíbe (la referencia a un tipo de documentos, si es que en realidad existe la diferencia, no constituye una prohibición). Por su parte, las acciones societarias pueden considerarse como una especie de título de crédito (en el sentido amplio de la definición) de naturaleza atípica. Esto se debe a que, por una parte, la legislación no prohíbe la existencia de títulos de crédito atípicos (es más, la propia Ley del Mercado de Valores y Mercancías, en su artículo 2, reconoce expresamente la existencia de estos); y por la otra, la legislación se limita a indicar las características generales que debe reunir un documento para ser catalogado como título de crédito (incorporación, literalidad, autonomía, etc.).

Bajo este punto de vista, simplemente basta con observar que, en esencia, los títulos de las acciones de las sociedades cumplen con los requisitos establecidos para los títulos de crédito (además, en otras legislaciones son considerados como tales). Esto reduciría esta supuesta limitación a un simple tema de semántica.

---

2 El artículo 747 del Código de Comercio establece: «Salvo pacto en contrario, los derechos accesorios correspondientes a los títulos dados en reporto, serán ejercitados por el reportador por cuenta del reportado, y *los dividendos* o intereses que se paguen sobre los títulos durante el reporto, serán acreditados al reportado y se liquidarán al vencimiento de la operación. Los reembolsos y premios quedarán a beneficio del reportado, cuando los títulos hayan sido específicamente designados al hacerse la operación. *El derecho de voto*, salvo pacto en contrario, corresponde al reportador». Por su parte, el artículo 748 del mismo cuerpo legal, establece: «Cuando durante el término del reporto deba ser pagado algún *llamamiento* sobre los títulos, el reportado deberá proporcionar al reportador los fondos necesarios dos días antes, por lo menos, de la fecha en que el llamamiento haya de ser pagado. En caso de que el reportado no cumpla con esta obligación, el reportador puede proceder desde luego a liquidar el reporto». [El resaltado en cursivas no aparece en los textos originales]. A pesar de que la ley no lo indica expresamente, los dividendos, los votos y los llamamientos son propios de títulos de acciones (en particular los dividendos, ya que no se tienen referencias de «títulos de crédito» que contemplen utilidades como parte de los derechos que incorporan).

Ahora bien, incluso cuando esto no quisiera tomarse así, las acciones tienen un puesto legítimo dentro del contrato de reporto en atención a que los artículos que desarrollan este contrato, a pesar de no indicarlo expresamente, habilitan la posibilidad de reportar títulos de acciones (la ley se refiere a utilidades, votos y llamamientos, que son figuras propias de las acciones societarias).

En tal sentido, el aparente conflicto entre acciones, títulos de crédito y contratos de reporto se ve desvanecido. Dicho conflicto quedaría reducido a una desafortunada cuestión semántica (el legislador utilizó la denominación de «títulos de crédito» por familiaridad y no con la intención de excluir a las acciones societarias); o bien, el legislador no ve incompatibilidad entre un título de crédito (en sentido amplio) y una acción societaria ya que el resto de disposiciones aceptan y hacen referencia a este tipo de títulos.

Independientemente de la explicación que jurídicamente se quiera dar a la relación entre títulos de crédito, acciones y contrato de reporto, la interpretación contextual e integral de la normativa y la falta de prohibición expresa tienen como consecuencia clara y concreta que el reporto de acciones es legalmente viable.

## V. EL REPORTO BURSÁTIL

El reporto, como operación mercantil, puede presentarse en al menos tres escenarios distintos: el comercial, el bancario y el bursátil. Cada uno de estos puede tener diferentes particularidades en cuanto a los sujetos, su finalidad, su operatividad e incluso sus formalidades.

El reporto bursátil es especialmente importante tanto por la cantidad y montos de reportos que se negocian en el seno de la bolsa como por las características particulares que lo rodean. Dentro de estas características, puede mencionarse la operatividad del reporto, los títulos que se negocian y el régimen jurídico aplicable.

Operativamente, el reporto bursátil utiliza sistemas electrónicos para su perfeccionamiento. Esto quiere decir que no necesariamente existe un contrato por escrito, sino más bien un intercambio de instrucciones y órdenes que fluyen a través de una plataforma que utilizan los distintos participantes o agentes de bolsa. Esto no

significa que se esté violentando el requisito formal exigido por el Código de Comercio en cuanto a que el contrato conste por escrito con ciertos datos específicos; ya que, por tratarse de un contrato en materia bursátil, existen ciertas normas especiales que deben tomarse en cuenta.

Siendo una operación bursátil, la misma está sujeta a lo establecido en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías. Ahora bien, el contrato de reporto no está contemplado expresamente en esta ley; sin embargo, le son aplicables las disposiciones generales de los contratos bursátiles. Los artículos 67 y 68 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías establecen que las obligaciones mercantiles (contractuales) que se contraen y liquidan en el seno de una bolsa de comercio no están sujetos, para su existencia jurídica y validez formal, a requisitos especiales. Esto significa que no es necesario que el contrato conste por escrito tal y como lo establece el Código de Comercio, toda vez que, en este caso, las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías prevalecen sobre las de la legislación mercantil de carácter general.

Otra particularidad de los reportos bursátiles es que los mismos generalmente operan utilizando los mismos títulos en los dos momentos del contrato. Esto no quiere decir que los reportos que se celebran y liquidan en el seno de la bolsa tengan una naturaleza distinta (no los convierte en contratos de compraventa con pacto de retroventa, ni en créditos con garantía prendaria); ya que jurídicamente el tipo contractual sigue ofreciendo la misma dinámica y posibilidades amplias que le asigna la legislación. Lo que ocurre simplemente es que, mediante condiciones preestablecidas, se ha definido la forma particular en que se ejecutará el contrato. Sin embargo, no existe razón ni limitación para que las partes modifiquen esta situación o que, eventualmente, puedan ejercer legítimamente los derechos que les otorga la legislación. Si existen limitaciones o particularidades, las mismas se han dado dentro del marco de la autonomía de la voluntad y esto no cambia la naturaleza jurídica o el alcance del contrato.

Como corolario, cabe mencionar que el reporto bursátil generalmente versa sobre títulos emitidos por el Gobierno de Guatemala. Lo particular de esta situación es que este tipo de título no se encuentra



tipificado dentro de los títulos de crédito que establece el Código de Comercio, por lo que se regresaría al tema ya analizado respecto a los títulos de acciones societarias. Claramente, la posición jurídica ante esta situación es prácticamente la misma; si no hay prohibición, si reúnen las características esenciales de los títulos que se negocian en bolsa, si la Ley del Mercado de Valores y Mercancías contiene una definición de títulos valores que es más amplia, el reporto no estaría infringiendo ni tergiversando disposición legal alguna.

## VI. EL REPORTO Y LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA

La jurisprudencia es una de las más importantes fuentes del derecho, ya que es en las sentencias judiciales donde la norma jurídica toma vida y sentido a través de su unión con los casos concretos, convirtiéndose en el medio que impulsa la evolución del derecho ante la mirada impasible de la ley. A pesar de esto, para el caso del reporto la jurisprudencia guatemalteca no llega a cumplir con tan altos fines, ya que buena parte de las sentencias que la forman no tratan al reporto desde la perspectiva propia del contrato.

La jurisprudencia relacionada con el reporto se refiere a este contrato en términos tributarios<sup>3</sup> y no en términos mercantiles, bancarios o bursátiles propiamente dichos. Desafortunadamente, la legislación tributaria tiende a tergiversar la esencia de las instituciones jurídicas; lo cual provoca, en no pocas ocasiones, una concepción equivocada de las mismas. Para el derecho tributario guatemalteco y sobre todo para la Administración Tributaria, pareciera que el reporto es más un crédito con garantía prendaria (lo cual, como se ha indicado, es jurídicamente incorrecto) y pretende tomar a la diferencia de precios (generalmente la «ganancia» en la operación), como intereses generados por ese, mal entendido, crédito prendario.

---

3 Sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad: Casación 253-2007, Casación 291-2008, Casación 120-2010, Casación 160-2010, Casación 161-2010, Casación 2-2011; Amparo ante la Corte de Constitucionalidad 392-2009, Amparo ante la Corte de Constitucionalidad 984-2009, Amparo ante la Corte de Constitucionalidad 1403-2009, Amparo ante la Corte de Constitucionalidad 940-2012, Amparo ante la Corte de Constitucionalidad 2722-2012.

El reporto no es la única figura que sufre algún tipo de desnaturalización por parte de la legislación tributaria; las transmisiones de bienes (todas consideradas compraventas) y los contratos de arrendamiento financiero son otras figuras que no reciben un adecuado trato por parte de la legislación fiscal en Guatemala.

De esa cuenta, a pesar de que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte de Constitucionalidad han aclarado ciertos criterios que la Administración Tributaria ha pretendido hacer valer, la jurisprudencia guatemalteca en materia tributaria no es, ni debería ser, un parámetro adecuado para analizar o interpretar la totalidad del contrato de reporto o para definir su naturaleza (no obstante, se han logrado avances significativos en cuanto a definir que la diferencia de precios no constituyen intereses como tales; lo cual implica que el reporto no es un contrato de mutuo con garantía prendaria).<sup>4</sup>

Esto no quiere decir que la jurisprudencia en esta materia no tenga valor alguno o que los contratos de reporto no estén sujetos a los aspectos tributarios. En todo caso, dicha jurisprudencia tendrá valor, principalmente, en materia tributaria y aplicar los conceptos que surgen de alguna de estas sentencias a temas propiamente mercantiles, podría ser impropio, inexacto o jurídicamente cuestionable, si no se tiene la prudencia de contextualizarlos debidamente.

## VII. CONCLUSIONES

1. El contrato de reporto tiene una naturaleza jurídica propia (*sui generis*) y no constituye un contrato sujeto a un pacto comisorio expreso ni lleva implícito un pacto de retroventa que haga pensar que el reporto tenga algún viso de ilegalidad. Debe recordarse que la aplicación del Código Civil dentro del derecho mercantil guatemalteco, incluyendo la prohibición del pacto de retroventa, será supletoria y en este caso en concreto, inaplicable debido a que existen normas especiales y posteriores que regulan de manera distinta la institución contractual.

---

4 *Idem.*

2. El reporto de acciones es legal y legítimamente válido; y tiene un lugar y una función dentro del sistema jurídico guatemalteco; ya sea por la inexistencia de una prohibición expresa, por la aplicación lógica y contextual de la normativa que regula el contrato de reporto; o simplemente por sentido jurídico común, libre del rigor de la literalidad o del positivismo, en cuanto a qué debe entenderse por «títulos de crédito».
3. El reporto bursátil está sujeto a ciertas condiciones diferentes al reporto común (por ejemplo, no es necesario que conste por escrito). El hecho que en la práctica opere de una manera particular (porque así lo han aceptado y establecido los participantes de las relaciones bursátiles) no afecta su naturaleza jurídica ni menoscaba su integridad. Curiosamente, el reporto bursátil más común es el de títulos que no se encuentran tipificados como títulos de crédito en el Código de Comercio; sin embargo, esto no quiere decir que los contratos sean insubsistentes o ilegales.
4. La jurisprudencia guatemalteca en materia de reporto está enfocada principalmente en una visión tributaria del contrato. Esto no debe considerarse la última palabra como aporte jurídico para el contrato de reporto ya que el derecho tributario tiende a desfigurar ciertas instituciones. Por tal motivo, la relevancia y peso de la jurisprudencia tributaria debe limitarse y valorarse dentro de la materia impositiva; ya que, hacer extensivos los conceptos, lógica y limitaciones de la ley tributaria a otras materias, no solamente puede ser inadecuado sino hasta contraproducente.

## VIII. REFERENCIAS ADICIONALES

1. Asensio Camey, José Francisco, *Utilidad y aplicación del reporto de acciones en Guatemala*, Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, 1998, tesis de graduación para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogado y Notario.
2. [www.bvnsa.com.gt](http://www.bvnsa.com.gt).
3. [www.oj.gob.gt](http://www.oj.gob.gt).
4. [www.cc.gob.gt](http://www.cc.gob.gt).



# Breve reseña histórica de la organización de la administración pública en Guatemala

*Lcdo. Fred Manuel Batlle Río\**

*Sumario:* I. Introducción. II. Historia de los ministerios de Estado. III. Historia de las entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas: A. Constitución de 1945; B. Constitución de 1956; C. Constitución de 1965; D. Constitución de 1985. IV. Conclusión. V. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

La organización de la administración pública de Guatemala se encuentra integrada de una manera muy general por el órgano centralizado: 14 ministerios, 5 secretarías y 22 gobernaciones departamentales; asimismo, por 339 municipalidades y cerca de 70 instituciones descentralizadas, autónomas y semiautónomas. El legislativo cada vez recurre con mayor frecuencia a crear instituciones «descentralizadas y autónomas», considerando en algunos casos que la operatividad de estas puede resultar un poco más óptima que la de los ministerios, y en otros casos porque se trata de la delegación de funciones que no pueden recaer en un ministerio.

---

\* Consultor Nacional e internacional en legislación ambiental. Cargos públicos ocupados en el pasado: subdirector del Inguat; asesor jurídico del CONAP; coordinador de Asesoría Jurídica del INAB; coordinador de Asesoría Jurídica del MAGA; escribano de Cámara y de Gobierno/jefe Sección de Tierras. Catedrático URL: Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo, Derecho Agrario, Derecho Ambiental, Derecho Procesal Constitucional. Maestría Derecho Ambiental Universidad Mariano Gálvez. Autor de varios libros sobre derecho ambiental. Colaborador del IJ en varios temas.

De esta manera hemos visto cómo en los últimos años ha surgido una buena cantidad de instituciones de esta naturaleza; solo para mencionar algunas, se presenta la siguiente tabla:

#### Algunas entidades descentralizadas y autónomas de Guatemala

Entidad	Fundamento legal
Instituto de Recreación de los Trabajadores de la Empresa Privada de Guatemala (IRTRA)	Decreto 1548 (1962)
Escuela Nacional Central de Agricultura (ENCA)	Constitución de 1985
Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala (CDAG)	Constitución de 1985
Comité Olímpico Guatemalteco (COG)	Constitución de 1985
Instituto Nacional de Bosques (INAB)	Decreto 101-96
Registro de Información Catastral (RIC)	Decreto 41-2005
Registro Nacional de las Personas (RENAP)	Decreto 90-2005
Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF)	Decreto 32-2006
Consejo Nacional de Adopciones (CNA)	Decreto 77-2007

Lo anterior, entonces, motiva al investigador a ahondar en el tema de las entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas, con el ánimo de determinar cuándo surgen por primera vez y cómo se encuentran reguladas al tenor de nuestro ordenamiento constitucional, para comprender mejor su funcionamiento.

## II. HISTORIA DE LOS MINISTERIOS DE ESTADO

En el inicio del Estado de Guatemala, de conformidad con la Constitución vigente en cada época, la administración pública se encontraba gobernada únicamente por secretarías de despacho, secretarías de Estado, ministerios y gobernadores. No fue sino hasta 1945 que surgieron las entidades descentralizadas y autónomas, otra contribución de la Revolución de 1944.

A continuación, una breve referencia de la integración del Organismo Ejecutivo:

La organización administrativa del país comenzó con secretarías de despacho, lo cual se hallaba regulado en las constituciones de 1824 y 1825.

Las constituciones de 1879, 1921 y 1935 regulaban que el Ejecutivo contaría con las secretarías de Estado, sin establecer ley alguna cuáles eran estas.

No fue sino hasta la Constitución de 1945 que ya se reguló legalmente que el Ejecutivo contaría con ministerios, y por medio de una ley específica se les asignaron las competencias o atribuciones.

De esta forma la primera Ley del Organismo Ejecutivo es el Decreto 93 del Congreso de la República, con fecha 25 de abril de 1945; sin embargo, es importante resaltar que mediante Decreto 1728 del Ejecutivo, de 1935, se establecieron las atribuciones o competencias a las secretarías de Estado, es decir, que antes de esta norma no había delimitación específica de las funciones de los entes del Organismo Ejecutivo.

La administración pública se encontraba integrada con secretarías o ministerios, términos que se usaban indistintamente; había leyes que mencionaban ministerios y leyes que mencionaban secretarías de Estado.

De la investigación efectuada se logró detectar que mediante Decreto 1042 del 21 de mayo de 1920 se creó el Ministerio de Agricultura. Posteriormente, mediante Decreto 760, de fecha 2 de octubre del mismo año, se le asignan las funciones a este. Sin embargo, en el Decreto 825, de fecha 30 de junio de 1923, se crean otras «Secretarías de Estado del Despacho».

Posteriormente, mediante el Decreto 1728, del 24 de septiembre 1935, se hace una nueva distribución de los asuntos asignados a las secretarías de Estado.

No fue posible hallar una referencia anterior al Decreto 1042 de fecha ya citada, que origina el Ministerio de Agricultura, y a partir de esta ya existe tracto sucesivo de leyes que van creando secretarías y ministerios o por medio de las cuales se asignan competencias o atribuciones.

De tal manera que cronológicamente, según la investigación realizada, a finales de 1871 el Ejecutivo contaba con siete secretarías de Estado:

1. Gobernación y Justicia
2. Educación Pública
3. Fomento
4. Hacienda y Crédito Público
5. Guerra
6. Relaciones Exteriores
7. Agricultura.

En 1927, la administración pública comprendía las mismas siete secretarías de despacho:

1. Gobernación y Justicia
2. Relaciones Exteriores
3. Guerra
4. Fomento
5. Hacienda y Crédito Público
6. Educación Pública
7. Agricultura.

En 1935, mediante el Decreto 1728, se asignaron las funciones de las secretarías de despacho de:

1. Relaciones Exteriores
2. Hacienda y Crédito Público
3. Despacho de Guerra
4. Gobernación y Justicia
5. Fomento
6. Educación Pública
7. Agricultura.

Estableciéndose por primera vez las funciones, competencias o atribuciones de estas.

Como fruto de la Revolución de 1944, en 1945 se emite el Decreto 93 del 27 abril 1945, la primera Ley del Organismo Ejecutivo del país, y Guatemala ya cuenta en ese momento con nueve ministerios y sus funciones nuevamente delimitadas, siendo estos:



1. Agricultura
2. Comunicaciones y Obras Públicas
3. Defensa Nacional
4. Economía y Trabajo
5. Educación Pública
6. Gobernación
7. Hacienda y Crédito Público
8. Relaciones Exteriores
9. Salud Pública y Asistencia Social.

El 16 de octubre de 1956 se crea el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, aumentando así a diez ministerios:

1. Agricultura
2. Comunicaciones y Obras Públicas
3. Defensa Nacional
4. Economía y Trabajo
5. Educación Pública
6. Gobernación
7. Hacienda y Crédito Público
8. Relaciones Exteriores
9. Salud Pública y Asistencia Social
10. Trabajo y Bienestar Social.

En 1971, mediante Decreto 106-71, se crea el Ministerio de Finanzas Públicas, elevando a 11 los ministerios de Estado:

1. Agricultura
2. Comunicaciones y Obras Públicas
3. Defensa Nacional
4. Economía y Trabajo
5. Educación Pública
6. Gobernación
7. Hacienda y Crédito Público
8. Relaciones Exteriores
9. Salud Pública y Asistencia Social
10. Trabajo y Bienestar Social
11. Finanzas Públicas.

En 1983 se crea el Ministerio de Energía y Minas.

Las necesidades del Estado motivan que en 1986, mediante el Decreto Ley 25-86, se modifique el Decreto número 93 del Congreso y se agreguen tres ministerios (resaltados en cursivas en el siguiente listado), elevando a 14 los ministerios de Estado:

1. Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación
2. Ministerio de Comunicaciones, Transporte y Obras Públicas
3. *Ministerio de Cultura y Deportes*
4. *Ministerio de Desarrollo Urbano y Rural*
5. Ministerio de la Defensa Nacional
6. Ministerio de Economía
7. Ministerio de Educación
8. Ministerio de Energía y Minas
9. Ministerio de Finanzas Públicas
10. Ministerio de Gobernación
11. Ministerio de Relaciones Exteriores
12. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social
13. Ministerio de Trabajo y Previsión Social
14. *Ministerio de Asuntos Específicos.*

En 1995 se suprimen los ministerios de Desarrollo Urbano y Rural y de Asuntos Específicos, por lo que se deroga el numeral 4 del artículo 1 del Decreto número 93 del Congreso de la República por medio del Decreto Ley 13-95, quedando los ministerios de la manera siguiente:

1. Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación
2. Ministerio de Comunicaciones, Transporte y Obras Públicas
3. Ministerio de Cultura y Deportes
4. Ministerio de la Defensa Nacional
5. Ministerio de Economía
6. Ministerio de Educación
7. Ministerio de Energía y Minas
8. Ministerio de Finanzas Públicas
9. Ministerio de Gobernación
10. Ministerio de Relaciones Exteriores
11. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social
12. Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

En el nuevo milenio, con la nueva corriente ambientalista se suprime la Comisión Nacional del Medio Ambiente y en su lugar, por medio del Decreto 90-2000, surge el ministerio número 13, el de Ambiente y Recursos Naturales, quedando así el listado de ministerios:

1. Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación
2. Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda
3. Ministerio de Cultura y Deportes
4. Ministerio de Economía
5. Ministerio de Educación
6. Ministerio de Energía y Minas
7. Ministerio de Finanzas Públicas
8. Ministerio de Gobernación
9. Ministerio de la Defensa Nacional
10. Ministerio de Relaciones Exteriores
11. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social
12. Ministerio de Trabajo y Previsión Social
13. *Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.*

Finalmente, en el 2012 se creó el ministerio número 14, mediante Decreto 1-2012; surge así el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES).

1. Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación
2. Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda
3. Ministerio de Cultura y Deportes
4. Ministerio de Economía
5. Ministerio de Educación
6. Ministerio de Energía y Minas
7. Ministerio de Finanzas Públicas
8. Ministerio de Gobernación
9. Ministerio de la Defensa Nacional
10. Ministerio de Relaciones Exteriores
11. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social
12. Ministerio de Trabajo y Previsión Social
13. Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales
14. *Ministerio de Desarrollo Social.*

Es imprescindible recordar que, además de las diferencias propias entre un ministerio de Estado y una entidad descentralizada y autónoma, incluyendo el manejo de las mismas, se encuentra lo relativo a su creación.

Conforme a la actual Constitución Política de la República de Guatemala, los ministerios de Estado se crean mediante decreto del Congreso con el voto favorable de la mitad más uno (80 diputados). En cambio, las entidades descentralizadas y autónomas se pueden crear ya sea por el órgano constituyente (Asamblea Nacional Constituyente) o bien por el Órgano Legislativo; en este último caso, mediante voto favorable de las dos terceras partes (105 diputados).

### III. HISTORIA DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS, AUTÓNOMAS Y SEMIAUTÓNOMAS

La primera institución descentralizada y autónoma de que se tiene referencia, al menos jurídicamente regulada, es la Universidad Nacional Autónoma de San Carlos de Guatemala.

La Junta Revolucionaria emite el decreto 12, de fecha 9 de noviembre de 1944, reconociendo la autonomía y personalidad jurídica de la Universidad, estableciendo en ese momento que la Universidad Nacional de San Carlos contaba con siete facultades, y le correspondía al Ejecutivo la suprema inspección sobre ella (esto se hallaba regulado en el artículo 77 literal 7 de la Constitución de 1945, y entre los postulados de la Revolución contenidos en el artículo 1 del Decreto 17 de la Junta Revolucionaria, «Principios fundamentales de la Revolución de 1944»). La Asamblea Legislativa de la República de Guatemala mediante Decreto número 14 aprobó el Decreto 12 de la Junta Revolucionaria con fecha 16 de diciembre de 1944.

Si bien es cierto que la USAC ha existido desde los albores de la fundación del Estado de Guatemala, no fue sino hasta la Revolución de octubre de 1944 que alcanzó su pleno reconocimiento constitucional como un ente descentralizado y autónomo, incluso se emite la Ley Orgánica de la misma.

Es decir que ninguna Constitución con anterioridad a la de 1945 reconoció la existencia de la USAC como un ente autónomo y descentralizado.

«Artículo 84. La Universidad de San Carlos de Guatemala es autónoma y se gobierna de acuerdo con la ley respectiva y sus estatutos. El Estado contribuirá a asegurar y acrecentar el patrimonio universitario, y consignará anualmente en el presupuesto la partida destinada al sostenimiento de la Universidad».<sup>1</sup>

Tampoco se negaba la existencia, sin embargo, bajo el principio de legalidad no existía tal reconocimiento constitucional expreso.

De tal forma que, como bien es sabido, entre los logros de la Revolución se encuentra el de reconocer y respaldar constitucionalmente la autonomía universitaria, emitiéndose la Ley Orgánica de la Universidad de San Carlos el 17 de enero de 1947.

Los logros de la Revolución de 1944 no se quedaron allí y podemos agregar que también es un logro significativo de la misma no solamente la inclusión del tema de seguridad social, sino que además la creación de un ente específico para asegurar dichos logros.

Así, surgió el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), creado mediante el Decreto 295 del Congreso de la República.

#### **A. Constitución de 1945**

Ambas instituciones fueron reconocidas y establecida su naturaleza jurídica a partir de la Constitución de 1945, o sea que como fruto de la Revolución de 1944 surgieron las primeras entidades descentralizadas y autónomas.

La autonomía de la Universidad fue reconocida de manera expresa, sin embargo la del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) se alcanzó hasta más tarde, mediante un decreto del Congreso, el Decreto 295.

Curiosamente es obligado resaltar que la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) carece de un basamento constitucional expreso, pues en la Constitución Política de la República de 1945 no existe norma alguna que faculte al Congreso a crear este tipo de entidades.

---

1 Constitución de la República de Guatemala de 1945.

Como una curiosidad de dicha ley, la misma no solo carece de fundamentación en norma constitucional alguna, sino que para ser más precisos la parte del «Por Tanto» del decreto carece de fundamento jurídico alguno.

Entonces, es posible inferir que las entidades descentralizadas y autónomas eran para esa época, no solo una novedad sino que además sin antecedente alguno en nuestro sistema jurídico sobre el cual construirse; no obstante la existencia anterior de la Universidad Nacional, no había un ordenamiento jurídico constitucional que le reconociera esta calidad.

La naturaleza del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) se encuentra regulada en el artículo primero de dicha ley y establece:

«Artículo 1.-

Créase una institución autónoma, de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es la de aplicar en beneficio del Pueblo de Guatemala y con fundamento en el artículo 63 de la Constitución Política de la República, un régimen Nacional, unitario y obligatorio de Seguridad Social de conformidad con el sistema de protección mínima.

Dicha institución se denomina “Instituto Guatemalteco de Seguridad Social” y, para los efectos de esta Ley y de sus reglamentos, “Instituto”.

El domicilio de las oficinas centrales del Instituto es la ciudad de Guatemala».<sup>2</sup>

El artículo 63 indicado hace referencia al sistema de seguridad social, no así a lo relativo al tipo de ente público:

«Artículo 63. Se establece el seguro social obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y la forma en que debe ser puesto en vigor. Comprenderá por lo menos seguros contra invalidez, vejez, muerte, enfermedad y accidentes de trabajo. Al pago de la prima del seguro contribuirán los patronos, los obreros y el Estado».<sup>3</sup>

---

2 Decreto número 295 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, 1946.

3 *Ibidem*.

La forma de organización de la reciente creada institución es la típica que posteriormente habrían de seguir todas las entidades descentralizadas y autónomas creadas posteriormente.

Se le reconoce como institución autónoma, de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sin embargo no menciona nada al respecto de la independencia administrativa ni a poseer patrimonio propio.

La organización del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) quedó establecida en los artículos 2 y 3:

«Artículo 2.-

Los órganos superiores del Instituto son:

- a) La junta directiva;
- b) La Gerencia; y,
- c) El Consejo técnico».

«Artículo 3.-

La junta directiva es la autoridad suprema del Instituto y, en consecuencia, le corresponde la dirección general de las actividades de éste».

Y así se mantuvo bajo la vigencia de varias constituciones.

## **B. Constitución de 1956**

En cuanto a la Universidad Nacional, esta constitución recogió en una norma lo relativo a la autonomía, lo cual ya se había regulado en la Constitución de 1945.

«Artículo 102. La Universidad de San Carlos, de Guatemala, es una institución autónoma, con personalidad jurídica. Le corresponde con exclusividad organizar, dirigir y desarrollar la enseñanza superior en la nación y la educación profesional.

Contribuirá con todos los medios a su alcance a la investigación científica y filosófica y a la difusión general de la cultura, y cooperará al estudio de los problemas nacionales.

Una asignación privativa, no menor del 2 por ciento del presupuesto de ingresos ordinarios de la nación, se destinara a la Universidad de

San Carlos de Guatemala, para atender su sostenimiento, desarrollo y en agradecimiento como rectora de la cultura de la nación. La Universidad esta exonerada de toda clase de impuestos, tasas, contribuciones y arbitrios».<sup>4</sup>

La Universidad de San Carlos por virtud de esta Constitución es una institución autónoma, con personalidad jurídica, sin embargo tampoco regula lo relativo al patrimonio propio o a la independencia administrativa.

La Constitución de 1956 no reconoció al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), desde luego tampoco lo suprimió así que continuó su existencia únicamente al amparo del Decreto 295 del Congreso de la República.

### C. Constitución de 1965

Esta Constitución nuevamente reconoció la autonomía de la USAC, con personalidad jurídica, pero no se incluyó el aspecto específico del patrimonio propio y la independencia administrativa, lo cual, si nos sujetamos al principio de legalidad en su sentido más estricto, carecía de estas; al menos, jurídicamente, ya que la norma que las reconocía no incluyó estos aspectos.

«Artículo 99. La Universidad de San Carlos de Guatemala es una institución autónoma con personalidad jurídica. Le corresponde organizar, dirigir y desarrollar la enseñanza estatal superior en la Nación y la educación profesional universitaria.

Promoverá los medios a su alcance, la investigación científica y filosófica y la difusión de la cultura; y cooperará en el estudio y solución de los problemas nacionales.

Una asignación privativa no menor del dos y medio por ciento del presupuesto de ingresos ordinarios del Estado se destinará a la Universidad de San Carlos de Guatemala para realizar sus fines y atender a su sostenimiento, desarrollo y progreso.

Dicha asignación podrá ampliarse mediante rentas propias que el Estado destine al efecto».<sup>5</sup>

---

4 Constitución de la República de Guatemala de 1956.

5 Constitución de la República de Guatemala de 1965.



Por su parte, la Constitución de 1965 tampoco hizo alusión específica al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) como ente descentralizado y autónomo, aunque sí reguló lo relativo a que era responsabilidad del Estado prestar la seguridad social por medio de los entes públicos específicos.

Sin embargo, es importante destacar que por primera vez se menciona en una Constitución la posibilidad de crear entidades descentralizadas y autónomas por parte del Congreso de la República.

«Artículo 142. El municipio y las entidades descentralizadas, autónomas semiautónomas, actúan por delegación del Estado. La autonomía, fuera de los casos especiales contemplados en la Constitución, se concederá por el Congreso con el voto favorable de las dos terceras partes de miembros que lo integran, cuando se estime indispensable para la mayor eficiencia de la entidad y el mejor cumplimiento de sus fines.

Se establecen como obligaciones mínimas del municipio y de toda entidad descentralizada autónoma o semiautónoma, las siguientes:

- 1 Coordinar sus actividades con la política general del Estado sin menoscabo de los fines esenciales para los cuales la entidad fue creada.
- 2 Remitir al Organismo Ejecutivo para su información los presupuestos ordinarios y extraordinarios. Tal remisión será con fines de aprobación cuando así lo disponga la ley.
- 3 Remitir al Organismo Ejecutivo las memorias de sus labores y los informes específicos que le sean requeridos. Quedan exceptuados los informes sobre las operaciones de los particulares con los bancos e instituciones financieras, cuya reserva se garantiza.
- 4 Dar las facilidades necesarias para que el órgano encargado del control fiscal pueda desempeñar amplia y eficazmente sus funciones. La inspección y vigilancia de los bancos y demás instituciones financieras, estarán a cargo de los órganos de control específico determinados por la ley.

Las entidades estatales descentralizadas, autónomas o semiautónomas y el municipio, se regirán por sus leyes especiales».<sup>6</sup>

---

6 *Ibidem.*

Sin embargo esta norma vino a complicar la estructura administrativa pues a partir de esta permite la creación de entidades semiautónomas.

Con esta norma se permite la creación de entidades descentralizadas autónomas o semiautónomas, introduciendo con ello una nueva figura en el entorno jurídico administrativo de Guatemala: la semiautonomía.

Sin embargo, no dejó claro qué significaba semiautonomía, o semiautonomía en relación a qué, quedando en todos los casos a la aplicación que el Congreso de la República le diera a cada ente, adicionalmente no usó el artículo copulativo «y», con lo cual parecería que se permite crear entes indistintamente como:

- Descentralizados
- Autónomos
- Semiautónomos
- Cualquier variación de estas combinaciones.

Así mismo, de la lectura de dicho artículo se desprende que de parte de los constituyentes había una intencionalidad de otorgarse a sí mismos la posibilidad de crear instituciones descentralizadas, autónomas y semiautónomas, de donde surge la división de dichos entes atendiendo a su origen:

- Constitucional
- Legislativa.

En este sentido, la Constitución señalada dio pauta para crear el ente rector de la banca central, pero sin establecer su nombre o denominación específicamente.

«Artículo 127. Es potestad del Estado la emisión de moneda y su regulación con el objeto de crear y mantener condiciones monetarias, cambiarias y crediticias favorables al desarrollo de la economía nacional.

Con el mismo propósito el Estado fomentará la creación y el fortalecimiento de las instituciones bancarias y financieras, privadas y del Estado, que se consideren necesarias para coadyuvar al desarrollo de las actividades económicas, y velará por su liquidez y solvencia.

Las actividades monetarias, bancarias y financieras estarán organizadas bajo el sistema de banca central. Una entidad estatal descentralizada, autónoma, regirá este sistema. Las instituciones financieras del Estado se norman por sus leyes específicas». <sup>7</sup>

#### D. Constitución de 1985

Bajo el imperio de esta Constitución se reconoce a la USAC, al IGSS y la potestad constituyente de crear otros entes, así como bajo la potestad legislativa.

De esta manera, bajo el esquema constitucional, surge la Escuela Nacional Central de Agricultura (ENCA).

Así mismo, esta Constitución faculta al Congreso crear otros entes, pero esta vez con el artículo copulativo «y», excluyendo las semiautónomas, de donde surge el inconveniente de que además de ya no darse la posibilidad de crear entes «*semiautónomos*», los otros deben reunir la calidad de descentralizados y autónomos, ya no en forma facultativa: «descentralizados o autónomos», sino más bien en forma copulativa, ambas calidades: «descentralizadas y autónomas».

Con este breve análisis, entonces, Guatemala cuenta con algunas entidades:

- Semiautónomas
- Descentralizadas
- Autónomas.

Con la amplia gama de combinar estas, no obstante al tenor exegético de la norma constitucional imperante, es de hacer hincapié que ya solo pueden ser creadas entidades «descentralizadas y autónomas», con lo cual no solo desaparecen las semiautónomas (que dicho sea de paso, no siempre se precisaba en qué radicaba su semiautonomía) sino que las descentralizadas forzosamente deben ser autónomas y viceversa, dado el uso de la conjunción «y».

---

7 *Ibidem.*

#### IV. CONCLUSIÓN

Luego de la breve comparación cronológica y cualitativa de las entidades descentralizadas y autónomas frente a los ministerios de Estado, queda claro que conforme la actual Constitución Política de la República el Congreso –y solamente este– puede crear:

- Ministerios (80 votos)
- Entidades descentralizadas y autónomas (105 votos)
- Secretarías (80 votos)
- Municipios (105 votos).

También queda claro que a partir de 1985 ya no pueden crearse entidades «semiautónomas» y ninguna otra forma de organización de la Administración Pública.

En épocas recientes se ha mencionado la posibilidad de presentar por parte de algunos sectores de la sociedad una iniciativa de ley para modificar la Ley Orgánica del IGSS; sería aconsejable que entre la modificación a la misma se incluya aquel articulado que asegure las características de la autonomía y descentralización, es decir, aquellos que la doctrina y, especialmente, nuestros autores guatemaltecos, le reconocen a dichos entes:

- Independencia administrativa
- Patrimonio propio
- Personalidad jurídica
- Elección de sus propias autoridades
- Capacidad de emitir su normativa.

Resulta también conveniente que, ya que la misma Corte de Constitucionalidad ha manifestado en varias sentencias que no procede el recurso de apelación, sino más bien el de revocatoria, debido a lo regulado por el artículo 17 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, no se vaya a caer en el error de resucitar la apelación como medio de impugnación, y de ser posible unificar lo establecido en dicho artículo 17 en cuanto a que únicamente se admite en toda la administración pública centralizada, descentralizada y autónoma, los recursos o medios de impugnación de revocatoria y reposición.

«Artículo 17. ÁMBITO DE LOS RECURSOS.- Los recursos administrativos de revocatoria y reposición serán los únicos medio de impugnación ordinarios en toda la administración pública centralizada y descentralizada o autónoma. Se exceptúan aquellos casos en que la impugnación de una resolución debe conocerla un Tribunal de Trabajo y Previsión Social».<sup>8</sup>

Es aconsejable que lo anterior sea debidamente considerado por el Congreso de la República, ya que la Ley de Bancos y Grupos Financieros (Decreto 19-2002) nuevamente resucitó el recurso de apelación, en los artículos 100 y 104.

«Artículo 100. Pago de multas. Dictada la resolución por la Superintendencia de Bancos, por la que se impone la multa correspondiente, si la entidad afectada no interpone recurso de apelación o si habiéndolo interpuesto la Junta Monetaria lo declara sin lugar, se procederá de la manera siguiente: en el caso de los bancos y sociedades financieras, la resolución se hará del conocimiento del Banco de Guatemala quien sin más trámite debitará la respectiva cuenta encaje o cuenta de depósito legal, con el importe de la multa; en los demás casos, las multas deberán pagarse en el plazo máximo de diez días, contado a partir de la fecha de notificación de la resolución que las imponga, la cual constituye título ejecutivo. De no cancelarse en el plazo establecido, serán cobradas por la Superintendencia de Bancos en la vía económico coactiva».<sup>9</sup>

«Artículo 104. Recurso de apelación. Las resoluciones del Superintendente de Bancos con relación a sus funciones de vigilancia e inspección serán obligatorias pero admitirán recurso de apelación ante la Junta Monetaria.

El recurso de apelación se interpondrá dentro del plazo de diez días contado a partir del día siguiente de notificación de la resolución de que se trate, y deberá presentarse por escrito ante la Superintendencia de Bancos, expresando los motivos de inconformidad, quien lo elevará dentro de los cinco días siguientes de su recepción, con sus antecedentes, a la Junta Monetaria.

---

8 Decreto número 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo.

9 Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros.

No son apelables las resoluciones de la Superintendencia de Bancos que cuenten con la aprobación de la Junta Monetaria, de acuerdo con la ley, ni las que la Superintendencia de Bancos emita para ejecutar resoluciones de la propia Junta Monetaria sobre casos específicos que involucren a la entidad de que se trate.

La interposición del recurso de apelación no tiene efectos suspensivos, por lo que la resolución apelada es de cumplimiento inmediato y obligatorio, excepto lo dispuesto en el artículo 100 de esta Ley. La Junta Monetaria, a petición de parte, podrá acordar la suspensión de los efectos de la resolución impugnada, en caso de que el perjuicio que le cause a la entidad apelante sea grave.

La Junta Monetaria resolverá el recurso de apelación dentro de un plazo de treinta días a partir de la fecha en que lo haya recibido».<sup>10</sup>

Finalmente, luego de muchos años de impartir, entre otras, las cátedras de Derecho Administrativo I, II y Procesal Administrativo, así como de haber ocupado diferentes puestos públicos tanto en el órgano centralizado como en entidades descentralizadas y autónomas, llego a la conclusión de que el uso adecuado de la herramienta que la Constitución Política de la República concede al Congreso de crear entidades descentralizadas y autónomas, resulta un excelente recurso (bajo manejo adecuado, claro está) para satisfacer las obligaciones del Estado frente a la sociedad mediante la creación de entidades específicas por delegación. Ahora bien, si alguna de estas ha dejado de funcionar óptima y eficientemente, se debe más bien al factor humano que las administra más que a la regulación jurídica a la cual están sujetas.

## V. REFERENCIAS

BATTLE RÍO, Fred Manuel, «Manejo de sesiones de junta directiva de las instituciones estatales», *Revista Jurídica*, número VII, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2003.

Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825.

Ley Constitutiva de la República de Guatemala, 1879, reformas de 1921.

---

10 *Ibidem.*

Ley Constitutiva de la República de Guatemala, 1879, reformas de 1935.

Constitución de la República de Guatemala, 1945.

Constitución de la República de Guatemala, 1956.

Constitución de la República de Guatemala, 1965.

Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

Decreto Ley 1042, 1920.

Decreto Gubernativo 825 del Presidente de la República, 1923.

Decreto Gubernativo 1728 del Presidente de la República, 1935.

Decreto número 47, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, 1944.

Decreto número 93 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, 1945.

Decreto número 295 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, 1946.

Decreto número 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo.

Decreto número 1117 del Congreso de la República, Ley de Creación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 1956.

Decreto número 106-71 del Congreso de la República, Ley del Ministerio de Finanzas Públicas.

Decreto Ley número 106-83, Ley del Ministerio de Energía y Minas y sus reformas.

Decreto número 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo.

Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros.





# Breve descripción del Derecho de la Pesca en Guatemala

*MSc. Bryslie Siomara Cifuentes Velasco\**

**Sumario:** I. Autonomía y preceptos constitucionales. II. La pesca y el Derecho. III. Legislación nacional e internacional. IV. Especies con especial regulación para su conservación: A. Tortugas marinas. B. Delfines. C. Pez vela. D. Tiburones. V. Conclusiones. VI. Referencias: A. Bibliográficas. B. Normativas. C. Otras.

## I. AUTONOMÍA Y PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

El Derecho de la Pesca es una materia de estudio poco abordada por los profesionales del Derecho en Guatemala, esto puede deberse a que las fuentes de empleo se orientan al tipo de actividad económica que se desarrolla en el país; dentro de dichas actividades generadoras de divisas predominan las exportaciones de productos agrícolas, productos forestales, textiles, entre otros, siendo muy pequeño el sector pesquero nacional –que incluye la pesca artesanal, pesca de pequeña, mediana, gran escala, túnidos y la acuicultura– comparado con los demás sectores productivos. De esa cuenta, las actividades relacionadas con la utilización de recursos hidrobiológicos son poco exploradas y practicadas por los guatemaltecos.

---

\* Magíster en Derecho Ambiental por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Estudios Avanzados en Derecho del Mar por la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne, Australia. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Actualmente se desempeña como asesora jurídica de la Dirección de Normatividad de la Pesca y la Acuicultura del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación. Es vicepresidente de la Comisión Inter-Americana del Atún Tropical y comisionada de Guatemala ante dicho organismo internacional, además es catedrática del curso Introducción al Derecho del Mar en la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

Para algunos juristas el Derecho de la Pesca es una rama provista de una particular y clara autonomía científica que lo hace emerger como una disciplina jurídica con un contenido propio, tanto doctrinal como legal.<sup>1</sup> Inclusive hay quienes aprecian esta rama del derecho como una *rara avis*, por ser una disciplina del Derecho más bien de reciente creación, a pesar de lo inveterado de la actividad en sí misma.<sup>2</sup>

Esta rama del Derecho posee la misma importancia que cualquier otra disciplina jurídica, por lo tanto merece un estudio a profundidad que le permita diseminarse por todas las aulas de las facultades de Derecho de las universidades guatemaltecas. Es poco probable conocer a un profesional o estudiante de Derecho que dentro de su p $\acute{e}$ nsum haya estudiado esta materia, pese a que, al igual que toda rama del Derecho, posee una autonomía científica particular. El Derecho de la Pesca sostiene tres condiciones o elementos que lo validan como tal, entre estos elementos destacan: *a)* la novedad orgánica de su materia, al ser una actividad que implica el estudio de los recursos hidrobiológicos y la evolución de los mismos; *b)* esta rama posee principios generales que la gobiernan, tales como el de precaución,<sup>3</sup> criterio de aprovechamiento<sup>4</sup> y el aprovechamiento sostenible; *c)* tendencia a la completividad de la materia, en sus aspectos público y privado.

---

1 Cifuentes Velasco, Bryslie, *Análisis comparativo entre el Derecho Ambiental y el Derecho de la Pesca en Guatemala*, Escuela de Estudios de Posgrado, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2013, p. 19.

2 Alsina Lagos, Hugo Andrés, «Generalidades del Derecho de la Pesca, con énfasis en sus aspectos internacionales», *X Años de Legislación Acuática Venezolana*, Venezuela, 2011, p. 23.

3 El criterio o principio precautorio, es aquel que establece que los Estados no deberían utilizar como excusa para no tomar medidas de ordenación para conservar las especies de la pesca, la falta de información científica adecuada. El anterior concepto puede encontrarse en el Código de Conducta para la Pesca Responsable de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y en el artículo 8 numeral 20 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, Decreto 80-2002 del Congreso de la República de Guatemala. Este mismo concepto también es utilizado en diferentes instrumentos internacionales relacionados con el ambiente.

4 Según el artículo 14 Ley General de Pesca y Acuicultura, este criterio es utilizado en la pesca comercial y establece que se deben utilizar todos los métodos y sistemas para lograr el beneficio de la fauna acompañante, lo anterior quiere decir que el pescador debe procurar la utilización integral de toda la captura que no es la objetivo.

Las condiciones antes descritas y el hecho de que se trate de una materia específica a regular, que los sujetos estén definidos y se sepa a quiénes se dirigen sus principios, aunado a la existencia de autoridades encargadas de su aplicación, han llevado a destacar el grado de autonomía de la que goza el Derecho Pesquero como tal. Cabe resaltar que el alto grado de complejidad para regular la materia le da la autonomía que le distingue de otras ramas del Derecho.<sup>5</sup>

En Guatemala, la principal fuente de Derecho es la ley y la norma por excelencia es la Constitución Política de la República de Guatemala, por cuanto esta tiene como objetivo la organización política y legal del Estado. En ella se contemplan aspectos importantes y generales concernientes a las actividades pesqueras y acuícolas, como un marco general para su ordenamiento en la normativa específica, tal y como contempla el artículo 97 constitucional, que literalmente indica lo siguiente:

«Artículo 97.- Medio ambiente y equilibrio ecológico. El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación».

Este es el único artículo constitucional que se pronuncia de forma muy general sobre una actividad tan importante como la pesca. Es en este artículo que el Estado se compromete a emitir la normativa que garantice la utilización y aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos de forma sostenible. Es así como se han emitido las leyes, reglamentos, acuerdos ministeriales, entre otros, que conforman la actual legislación pesquera guatemalteca.

## II. LA PESCA Y EL DERECHO

En el mundo, millones de personas dependen directa o indirectamente de la pesca para obtener sus medios de subsistencia. A nivel mundial, aproximadamente un billón de personas obtienen

---

5 Cifuentes Velasco, Bryslie, *op. cit.*, nota 1, p. 16.

proteína diaria de la pesca,<sup>6</sup> capturándose alrededor de 100 millones de toneladas de recursos hidrobiológicos en los océanos del mundo cada año.<sup>7</sup> La pesca también se contempla a nivel mundial como un elemento clave para poner fin al hambre y lograr la seguridad alimentaria de una manera sostenible.<sup>8</sup> La actividad pesquera requiere de la implementación de un marco jurídico adecuado; por esa razón, no cabe duda de que la pesca tiene una estrecha relación con el Derecho, esta relación es importantísima para asegurar que todos los recursos vivos provenientes del mar puedan ser disfrutados por las generaciones futuras.

En Guatemala, la actividad pesquera se efectúa esencialmente en ambos océanos; en el Pacífico, en los primeros 14 700 km<sup>2</sup> y en el Atlántico en los primeros 2100 km<sup>2</sup>. La pesca guatemalteca tiene importancia como generadora de puestos de trabajo, participando fuertemente en el sustento de las poblaciones ribereñas marítimas y de aguas interiores, lo cual contribuye en la lucha contra la pobreza a través de la generación de ingresos, sobre todo a nivel de su subsector artesanal, así como por su contribución a la seguridad alimentaria nacional, por el ingreso de divisas derivado de sus exportaciones y por el papel que cumple en el ejercicio de la ocupación y uso territorial, ejerciendo la soberanía, jurisdicción y derechos en el mar, mediante el uso del pabellón nacional.<sup>9</sup> De conformidad con las estadísticas e indicadores de la pesca y la acuicultura nacional, la pesca de atún es el renglón más importante, seguido de la pesca industrial y artesanal de camarón, dorado y peces de escama en Guatemala, teniendo un incremento las actividades acuícolas de tilapia y camarón.<sup>10</sup>

---

6 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (FAO), *Estado mundial de la pesca y acuicultura: oportunidades y desafíos*, FAO, Roma, Italia, 2014, p. 70.

7 *Ibidem*, p. 75.

8 Objetivo 2 y 14 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas.

9 Unidad de Manejo de la Pesca y Acuicultura (UNIPESCA), *Informe de la pesca y la acuicultura en Guatemala 2004-2007*, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, Guatemala, 2008, p. 40.

10 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (FAO), *Contribución de la pesca y la acuicultura a la seguridad alimentaria y el ingreso familiar en Centroamérica*, FAO, Panamá, 2014, p. 25.

En resumen, la pesca y otras actividades asociadas a ella representan una importante fuente generadora de trabajo, nutrición, seguridad alimentaria e ingresos para todas aquellas personas que se dedican a estas actividades, especialmente en muchas de las áreas con más necesidad económica.<sup>11</sup>

Es así, pues, como el Derecho Pesquero interviene con un marco jurídico único que permite administrar las pesquerías de los países, es también el mecanismo mediante cual se plasma legalmente hablando la gestión pesquera adaptando los resultados de la ciencia pesquera. El Derecho de la Pesca es el conjunto de normas de Derecho Público que determinan la forma racional de explotación de los recursos hidrobiológicos, los requisitos que se deben cubrir para poder aprovechar dichos recursos y las facultades que poseen las autoridades en esa materia.<sup>12</sup> De esa cuenta, en la legislación guatemalteca tal concepto se ve reflejado en las disposiciones contenidas en la Ley General de Pesca y Acuicultura, Decreto 80-2002 del Congreso de la República de Guatemala y su Reglamento, Acuerdo Gubernativo 223-2005 y sus modificaciones, entre otros.

Por otro lado, Arellano García define el Derecho Pesquero como el conjunto de normas pertenecientes al Derecho Público que tiene por objeto regular la actividad humana referida a la captura o sustracción de los seres, especies o elementos biológicos que hacen vida normal en el agua.<sup>13</sup> Aunque el Derecho de la Pesca obviamente aplica para la extracción de peces, también es aplicable a otras especies que se extraen de manera comercial, recreacional, cultural o con propósitos ornamentales.<sup>14</sup>

---

11 Cifuentes Velasco, Bryslie, *The Guatemalan Fishery and Aquaculture General Law versus International Laws related to Fisheries and Aquaculture*, The United Nation Nippon Foundation Fellowship Programme 2008-2009, División de Asuntos Oceánicos y Derecho del Mar Naciones Unidas, Nueva York, 2009, p. 10.

12 López Chavarría, José Luis, *Derecho Pesquero*, Universidad Autónoma de México, Editorial McGraw Hill, México, 1997, p. 1.

13 Torres Córdova, Roberto, «El Derecho Pesquero mexicano», en *Memoria del I Coloquio Internacional sobre Legislación Pesquera*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma Nacional de México, México, 1981, p. 150.

14 Gullet, Warwick, *Fisheries Law in Australia*, Universidad de Wollongong, Editorial Lexis Nexis Butterworths, Australia, 2008, p. 3.

Cabe destacar que un elemento fundamental de la definición de Derecho de la Pesca es la explotación «racional» de los elementos hidrobiológicos, en cuanto a que el Derecho Pesquero pretende una explotación de las especies, pero con un justo equilibrio, es decir, el aprovechamiento de los recursos económicos sin llegar al extremo de ponerlos en peligro de extinción o que el ecosistema sufra grave deterioro.<sup>15</sup>

### III. LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

Actualmente, la legislación pesquera en Guatemala se encuentra contenida específicamente en decretos, acuerdos gubernativos y acuerdos ministeriales. Estas normas han evolucionado con el paso del tiempo y, aunque deben apegarse a la realidad actual del país, algunas de ellas necesitan algún tipo de modificación para ser perfeccionadas y actualizadas. Sin embargo, es grato para la administración pesquera contar con un compendio de leyes relativamente actualizado y congruente, a diferencia de otros países. Es importante mencionar que además de la legislación nacional existen otros tipos de instrumentos obligatorios y voluntarios, como es el caso del Código de Conducta para la Pesca Responsable, las resoluciones y recomendaciones de las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesqueras (OROP) –de las que se es parte– y los reglamentos y resoluciones adoptados en el seno del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), específicamente las del Organismo del Sector Pesquero y Acuícola del Istmo Centroamericano (OSPESCA).

Guatemala cuenta con la Ley General de Pesca y Acuicultura y esta se encuentra basada, según sus considerandos y su articulado, en la obligación del Estado de promover el desarrollo económico y social a través del incremento de la producción, la productividad y del uso racional de los recursos, y la estimulación de la libertad de empresa en las actividades pesqueras y acuícolas. Debido a que se necesitaba un marco jurídico para aplicar la misma, la propia ley ordenó la creación de un acuerdo gubernativo para reglamentar las disposiciones de ley sin alterar su espíritu. Es por ello que en el 2005 se emitió el Reglamento de la Ley General de Pesca y Acuicultura, el cual contiene las pesquerías objetivo y sus métodos lícitos de extracción,

---

15 López Chavarría, José Luis, *op. cit.*, nota 12.

así como un marco específico sobre los requisitos y procedimientos para la obtención de concesiones de pesca, entre otros.

Si bien las normativas específicas relacionadas con la administración de la pesca y la acuicultura son la Ley General de Pesca y Acuicultura y su Reglamento, se debe tomar en consideración toda aquella normativa emanada por el presidente de la República y el ente rector con relación al manejo y uso sostenible de estas actividades, tales como acuerdos gubernativos y acuerdos ministeriales.<sup>16</sup>

La legislación pesquera en Guatemala está encaminada a la regulación de las actividades pesqueras y acuícolas a efecto de armonizarlas con los adelantos de la ciencia, ajustándolas con métodos y procedimientos adecuados para el uso y aprovechamiento racional y sostenido de los recursos hidrobiológicos en aguas de dominio público.<sup>17</sup> Sin embargo, debido a lo dinámico y evolutivo de la actividad, la administración pesquera necesita crear normas dependiendo de las situaciones ambientales que afectan un recurso hidrobiológico en un momento dado y, en particular, de su comportamiento biológico; es así, pues, que se emiten acuerdos ministeriales que contienen medidas de ordenación tendientes a asegurar su aprovechamiento sostenible; tal es el caso de las vedas<sup>18</sup> y las tallas mínimas de captura,<sup>19</sup> entre otras, que por su naturaleza no pueden esperar la emisión de un decreto o acuerdo gubernativo. Existen también otros acuerdos ministeriales que se crearon con el objetivo de establecer mecanismos de procedimiento para que tanto el usuario como el administrador lleven a cabo la trazabilidad del producto que se desembarca en puerto y finalmente se procesa en las plantas,<sup>20</sup> o bien, normas tendientes

---

16 Cifuentes Velasco, Bryslie, *op. cit.*, nota 1, p. 15.

17 *Idem.*

18 De conformidad con el glosario de la Ley General de Pesca y Acuicultura, una veda es una suspensión temporal de pesca de una especie en un espacio y tiempo determinado.

19 Un ejemplo reciente de estas medidas es el Acuerdo Ministerial 37-2016 que contiene el establecimiento de vedas y tallas mínimas en el litoral atlántico de Guatemala.

20 Acuerdo Ministerial 108-2012, que aprueba el procedimiento para la verificación de desembarques de buques pesqueros nacionales, extranjeros y aquellos que sean desembarcados en contenedores y/o barcos congeladores a las plantas procesadoras del país.

a asegurar el uso de dispositivos para el control y vigilancia de las embarcaciones pesqueras.<sup>21</sup>

Las regulaciones aprobadas en el ámbito internacional también son importantes, ya que la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, en sus artículos 26 y 27, claramente establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe; por otro lado, ninguna parte podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Es decir, que las resoluciones y recomendaciones adoptadas en el seno de un organismo internacional, del cual Guatemala es parte en materia pesquera y acuícola, deben cumplirse como cualquiera de otra materia. La República de Guatemala es miembro de la Comisión Inter-Americana del Atún Tropical y de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico. En lo que respecta al ordenamiento de la pesquería de túnidos, el propio artículo 36 del Reglamento de la Ley General de Pesca y Acuicultura indica que este tipo de pesquería estará sujeto también a las resoluciones y recomendaciones emitidas por estas dos organizaciones regionales de ordenación pesquera y las que Guatemala llegare a ser parte en el futuro. Asimismo, Guatemala también es parte de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de la Ballena, la cual emite resoluciones y recomendaciones, y de otras comisiones de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (FAO). Por otro lado, en el marco del SICA, la Organización del Sector Pesquero y Acuícola del Istmo Centroamericano (OSPESCA) ha creado hasta el momento ocho reglamentos tendientes a la regulación de actividades pesqueras y acuícolas, tales como el Reglamento OSP-02-09 para el ordenamiento regional de la langosta del Caribe, el Reglamento OSP-05-11 para prohibir el aleteo del tiburón o el Reglamento OSP-06-13 para el uso adecuado de los dispositivos excluidores de tortugas, entre otros.

Todas y cada una de las normas descritas conforman la legislación pesquera vigente en Guatemala, que absolutamente ameritan un estudio más profundo que seguramente se realizará en futuros artículos por la importancia del tema.

---

21 Acuerdo Ministerial 84-2012 que crea y establece el Centro y el Sistema de Seguimiento y Control Satelital de Embarcaciones Pesqueras.



#### IV. ESPECIES CON ESPECIAL REGULACIÓN PARA SU CONSERVACIÓN

En general todas las especies comerciales tienen una especial regulación y esta se encuentra contenida en el Reglamento de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Por ejemplo, las especies objetivo de las actividades pesqueras en Guatemala como el camarón, el dorado y tiburón, los peces demersales y pequeños pelágicos, los túnidos, así como crustáceos y moluscos, dependiendo del litoral o bien de si la actividad se realiza en ríos, lagos, lagunas, esteros, etc., deben sujetarse a ciertos métodos y artes de pesca que están diseñados para asegurar su aprovechamiento sostenible. Inclusive existen normas orientadas a proteger las especies incidentales o la fauna de acompañamiento,<sup>22</sup> tales como las tortugas, el pez vela, los delfines, entre otros. También podemos mencionar aquellas normas tendientes a regular una especie en particular, como las vedas y tallas mínimas. De esa cuenta, se mencionan tales especies y se brinda de manera general las normas que las regulan para evitar su depredación:

##### A. Tortugas marinas

Durante las faenas de camarón, es obligatorio el uso de los dispositivos excluidores de tortugas; esto obedece a la necesidad de garantizar que estos reptiles eviten ser capturados incidentalmente en las redes de arrastre. Es el Reglamento de la Ley General de Pesca y Acuicultura en su artículo 17 en donde se establece la obligatoriedad de utilizarlo, asimismo se cuenta con el Reglamento OSP-06-13 sobre el uso adecuado de los dispositivos excluidores de tortugas marinas, en el que Guatemala, en conjunto con los demás países del SICA, se compromete a utilizarlos. No está de más mencionar también que Guatemala es signataria de la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas (CIT) que de igual forma fomenta el uso de este artefacto para la protección de las tortugas marinas. Por otro lado, las resoluciones y recomendaciones de los organismos internacionales de túnidos de ambos litorales también toman en cuenta la liberación de tortugas marinas durante las faenas dirigidas a los atunes. También amerita mencionar que las

---

22 De acuerdo al artículo 80, numeral 23, la fauna de acompañamiento son aquellas especies capturadas en las faenas de pesca que no constituyen las especies objetivo de la pesquería.

tortugas marinas se encuentran en el listado de especies amenazadas de fauna a cargo del Consejo Nacional de Áreas Protegidas.

## **B. Delfines**

En la pesquería de atún, existe una asociación entre ambas especies, lo cual despertó el interés de la comunidad internacional y se suscribió el Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, con el cual los signatarios se comprometen a no rebasar los límites de mortalidad de delfines dentro de la pesquería. Guatemala, además de ser parte del Acuerdo, normó la protección de estos mamíferos en el artículo 24 de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

## **C. Pez vela**

Esta especie de los picudos está reservada exclusivamente para la pesca deportiva en Guatemala, de conformidad con el artículo 28 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Además, el Reglamento de la Ley General de Pesca y Acuicultura contempla un 5% de pesca incidental de organismos como el pez vela en la pesquería de dorado y tiburón y un 15% en la pesquería de túnidos. Por su parte, esta especie también se encuentra en el listado de especies amenazadas de Guatemala, por lo que su captura dirigida constituye delito de acuerdo con la Ley de Áreas Protegidas. Recientemente también se aprobó el Acuerdo Gubernativo 183-2014, este crea la Comisión para la Protección del Pez Vela. Esta comisión reúne esfuerzos del Ejecutivo para evitar duplicar esfuerzos para la conservación de esta especie y realizar actividades conjuntas, así como encontrar alternativas para la pesca artesanal, que permitan dejar a un lado la captura dirigida a este valioso pez.

## **D. Tiburones**

Recientemente, debido a su importancia extractiva, además de las regulaciones específicas sobre los métodos y artes de captura, también se han acordado vedas de ciertas especies de tiburones. Por otro lado, los organismos regionales de ordenación pesquera también han adoptado resoluciones y recomendaciones tendientes a su conservación. En el marco del SICA, se adoptó el reglamento OSP-05-11 para prohibir la práctica del aleteo de tiburón en los países

miembros. Por otro lado, algunas especies de tiburones se encuentran en el listado de especies amenazadas de Guatemala y en el listado de especies de flora y fauna silvestres de la Convención sobre el Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre (CITES).

Si bien todas las especies de fauna acuática merecen tener su propia legislación para evitar su sobreexplotación, estos casos son especiales ya que la situación actual en que se encuentran ha llevado a los expertos a velar por que se protejan. Por otro lado, lo evolutivo de los recursos hidrobiológicos permite hacer énfasis en las especies que más lo necesitan.

## V. CONCLUSIONES

1. El Derecho de la Pesca es una rama autónoma que efectivamente ha sido desarrollada en la legislación guatemalteca por mandato constitucional. Las normas que comprenden esta disciplina jurídica son derecho positivo vigente y proveen una herramienta, si bien no perfecta, indispensable para la administración de los recursos hidrobiológicos.
2. Debido a que las actividades pesqueras son importantes a nivel mundial, se ha requerido la implementación de un marco jurídico adecuado, tanto a nivel nacional como internacional, para asegurar que todos los recursos vivos, transzonales, migratorios y altamente migratorios, provenientes del mar puedan ser aprovechados por las generaciones futuras.
3. Dependiendo de la ciencia y la gestión pesquera, o en su defecto la aplicación del principio de precaución, es factible la emisión de normas destinadas al aprovechamiento sostenible o conservación de una especie en particular; tales normas, en su mayoría cuando se trata de prontitud, se establecen a través de acuerdos ministeriales.
4. En Guatemala, se cuenta con normativa específica tendiente a la protección de especies que por su interacción con algunos recursos pesqueros de alto valor comercial, se ven afectados incidentalmente cuando se realiza la actividad pesquera, lo que demuestra la importancia de tener conocimiento tanto de la ciencia pesquera como del Derecho, para asegurar que los recursos marinos vivos no se extingan.

## VI. REFERENCIAS

### A. Bibliográficas

ALSINA LAGOS, Hugo Andrés, «Generalidades del Derecho de la Pesca, con énfasis en sus aspectos internacionales», *X Años de Legislación Acuática Venezolana*, Venezuela, 2011.

CIFUENTES VELASCO, Bryslye Siomara, *Análisis comparativo entre el Derecho Ambiental y el Derecho de la Pesca en Guatemala*, Escuela de Estudios de Posgrado, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2013.

\_\_\_\_\_, *The Guatemalan Fishery and Aquaculture General Law versus International Laws related to Fisheries and Aquaculture*, The United Nation Nippon Foundation Fellowship Programme 2008-2009, División de Asuntos Oceánicos y Derecho del Mar, Naciones Unidas, Nueva York, 2009.

GULLET, Warwick, *Fisheries Law in Australia*, Universidad de Wollongong, Editorial Lexis Nexis Butterworths, Australia, 2008.

LÓPEZ CHAVARRÍA, José Luis, *Derecho Pesquero*, Universidad Autónoma de México, Editorial McGraw Hill, México, 1997.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN (FAO), *Contribución de la pesca y la acuicultura a la seguridad alimentaria y el ingreso familiar en Centroamérica*, FAO, Panamá, 2014.

\_\_\_\_\_, *Estado mundial de la pesca y acuicultura: oportunidades y desafíos*. FAO, Roma, Italia, 2014.

TORRES CÓRDOVA, Roberto, «El Derecho Pesquero mexicano», en *Memoria del I Coloquio Internacional sobre Legislación Pesquera*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma Nacional de México, México, 1981.

UNIDAD DE MANEJO DE LA PESCA Y ACUICULTURA (UNIPESCA), *Informe de la pesca y la acuicultura en Guatemala 2004-2007*, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, Guatemala, 2008.

## **B. Normativas**

Ley General de Pesca y Acuicultura, Decreto 80-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Áreas Protegidas, Decreto 4-86 del Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento de la Ley General de Pesca y Acuicultura, Acuerdo Gubernativo 223-2005.

Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas (CIT).

Convención Internacional para la Regulación de la Caza de la Ballena.

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

Acuerdo sobre el Programa Internacional para la conservación de los Delfines.

Reglamento OSP-02-09 para el ordenamiento regional de la langosta del Caribe.

Reglamento OSP-05-11 para prohibir el aleteo del tiburón.

Reglamento OSP-06-13 para el uso adecuado de los dispositivos excluidores de tortugas.

Acuerdo Ministerial 37-2016 que contiene el establecimiento de vedas y tallas mínimas en el litoral atlántico de Guatemala.

Acuerdo Ministerial 108-2012 que aprueba el procedimiento para la verificación de desembarques de buques pesqueros nacionales, extranjeros y aquellos que sean desembarcados en contenedores y/o barcos congeladores a las plantas procesadoras del país.

Acuerdo Ministerial 84-2012 que crea y establece el Centro y el Sistema de Seguimiento y Control Satelital de Embarcaciones Pesqueras.

**C. Otras**

Código de Conducta para la Pesca Responsable de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.

Listado de especies amenazadas de fauna del Consejo Nacional de Áreas Protegidas.

Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas.

# Consideraciones sobre el Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica en el marco de la integración económica centroamericana

Lcda. Andrea Torres Hidalgo\*

*Sumario:* I. Resumen. II. Introducción. III. Antecedentes. IV. Naturaleza y objetivo. V. Ámbito de aplicación. VI. Estructura del Mecanismo. VII. Actores principales dentro del Mecanismo: A. Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana; B. Estados Parte del Subsistema de Integración Económica Centroamericana; C. Secretaría de Integración Económica Centroamericana. VIII. Etapas del Mecanismo: A. Etapa de consultas; B. Etapa de intervención del Consejo; C. Etapa de arbitraje; D. Etapa de cumplimiento. IX. Casos presentados en el marco del Mecanismo: A. Actividad por Estado Parte; B. Medidas invocadas y productos relacionados; C. Casos que han llegado a la etapa arbitral. X. Centroamérica y la solución de controversias en otros foros: A. Solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio; B. Tratados de libre comercio. XI. Consideraciones finales respecto del Mecanismo en el proceso de integración económica centroamericana. XII. Abreviaturas. XIII. Referencias: A. Bibliográficas; B. Normativas; C. Electrónicas; D. Otras.

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Profesionalmente se ha desarrollado en el área de Comercio Exterior, con estudios en: Hsinchu, Taiwán: Academy of International Economic Affairs and Professional Training Center; Ginebra, Suiza: Curso avanzado sobre Solución de Diferencias de la OMC; Bogotá, Colombia: Curso avanzado Managing Investment Disputes; Buenos Aires, Argentina: Seminario sobre el sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio; Quito, Ecuador: Curso Intensivo sobre Técnicas de Negociaciones Comerciales para los países de América Latina; Guatemala, Universidad Galileo: Diplomado en Derecho de Integración Económica con énfasis en Integración Centroamericana. Cursos de formación virtual de la Organización Mundial del Comercio: Regional Trade Agreements and the WTO, Trade and Environment in the WTO; Las medidas comerciales correctivas y la OMC; Los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio. Actualmente se desempeña como asesora de la Dirección de Administración del Comercio Exterior del Ministerio de Economía de Guatemala, en las áreas de facilitación al comercio y defensa comercial.

## I. RESUMEN

El Subsistema de Integración Económica Centroamericana, integrado por las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, está dotado de un mecanismo que le permite solucionar las controversias en materia comercial que surjan entre sus Estados Parte, con el objetivo de preservar los derechos y obligaciones contemplados en los instrumentos de la integración económica centroamericana.

El mecanismo mencionado se denomina «Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica» y merece ser analizado desde el punto de vista jurídico y económico. Lo primero porque constituye un conjunto de normas que permiten resolver diferencias entre Estados por la vía de la solución negociada y de no resultar esta última, por la vía arbitral. Lo segundo, porque desde mediados del siglo XX la región centroamericana está inmersa en un proceso gradual y progresivo de integración económica que ha sido el marco para el desarrollo de diversos instrumentos reguladores del comercio intrarregional. En ese sentido, resultaría poco eficiente contar con reglas claras de comercio si no se cuenta con un medio eficaz para evitar o detener cualquier violación a las mismas.

Finalmente, se debe considerar que cualquier situación que afecte el flujo comercial en el istmo, puede repercutir negativamente en los consumidores y los sectores comerciales e industriales de los Estados Parte del Subsistema Económico.

## II. INTRODUCCIÓN

El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) es el marco jurídico institucional de la integración regional de Centroamérica, tiene su fundamento en el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (Protocolo de Tegucigalpa)<sup>1</sup> y para su funcionamiento operativo cuenta con cuatro

---

1 Suscrito en la Ciudad de Tegucigalpa, República de Honduras, el 13 de diciembre de 1991, por las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá. Posteriormente se adhirieron como miembros plenos Belice en el 2000 y la República Dominicana en el 2013.



subsistemas: Subsistema Político, Subsistema Económico, Subsistema Social y Subsistema Cultural, cada uno de ellos cuenta con sus propios órganos e instrumentos jurídicos.

En ese contexto, el Subsistema Económico o Subsistema de Integración Económica Centroamericana, integrado por las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, además de contar con sus propios órganos e instrumentos jurídicos, está dotado de un mecanismo que le permite solucionar las controversias en materia comercial que surjan entre sus Estados Parte, con el objetivo de preservar los derechos y obligaciones contemplados en los instrumentos de la integración económica centroamericana.

El mencionado mecanismo se denomina Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica (MSCCA o Mecanismo), fue adoptado por el Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana (COMIECO) en el 2003<sup>2</sup> y posteriormente modificado en el 2006<sup>3</sup> para mejorar su funcionamiento. El MSCCA está fundamentado en la enmienda al artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa.<sup>4</sup>

El Mecanismo merece ser analizado desde dos perspectivas: una jurídica y otra económica. La primera, porque constituye un conjunto de normas que permiten resolver diferencias comerciales entre los Estados Parte del Subsistema Económico por la vía de la solución negociada y de no resultar esta última, por la vía arbitral. Por otra parte, se debe recordar que desde mediados del siglo XX la región está inmersa en un proceso gradual y progresivo de

---

2 Resolución número 106-2003 (COMIECO XXVI) del Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana, suscrita en la Ciudad de San José, República de Costa Rica, el 17 de febrero de 2003. Publicada el 3 de marzo de 2003 en el *Diario de Centro América*, conforme el Acuerdo Ministerial 0155-2003 del Ministerio de Economía.

3 Resolución número 170-2006 (COMIECO XLIX) del Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana, suscrita en la Ciudad de San José, República de Costa Rica, el 28 de julio de 2006. Publicada el 12 de agosto de 2006 en el *Diario de Centro América*, conforme Acuerdo Ministerial 0456-2006 del Ministerio de Economía.

4 Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, suscrita en la Ciudad de Managua, República de Nicaragua, el 27 de febrero de 2002.

integración económica que ha sido el marco para el desarrollo de diversos instrumentos jurídicos que regulan el comercio intrarregional. En ese sentido, resultaría poco eficiente contar con reglas claras de comercio si no se cuenta con un medio eficaz para evitar o detener cualquier violación a las mismas. Finalmente, se debe considerar que cualquier situación que afecte el flujo comercial en el istmo, puede repercutir negativamente en los consumidores y los sectores comerciales e industriales de los Estados Parte del Subsistema Económico.

Los mecanismos o sistemas de solución de controversias comerciales entre Estados son una herramienta de uso frecuente en el ámbito comercial, toda vez que son considerados como la columna vertebral de los esquemas de comercio internacional. De hecho, el MSCCA fue emitido en congruencia con las disposiciones de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y con el objetivo de contar con un medio moderno, ágil, efectivo y vinculante que fuera similar o mejor a los contenidos en los tratados de libre comercio suscritos por los países centroamericanos con terceros Estados.

A continuación se presenta el MSCCA a partir de sus antecedentes, luego se indaga en su naturaleza y objetivo, ámbito de aplicación, actores, etapas y casos que se han presentado en ese marco. Seguidamente se estudia el Mecanismo a la luz de otros sistemas de solución de controversias comerciales entre Estados, para finalmente considerar su impacto en el proceso de integración económica centroamericana.

### III. ANTECEDENTES

El MSCCA como se conoce hoy en día data del 2003, cuando fue aprobado por el Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana (COMIECO).<sup>5</sup> Sin embargo, desde mediados del siglo XX se hizo evidente la voluntad de los Estados centroamericanos de contar dentro de los instrumentos jurídicos, con un medio para resolver las diferencias que surgieran entre sí, en materia de comercio e integración económica, incluso utilizando la

---

5 Resolución número 106-2003 (COMIECO-XXVI), *op. cit.*, nota 2.

vía arbitral para el efecto. En ese sentido, se encuentra un primer antecedente en el artículo XXV del Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana suscrito en 1958, que establecía:

«Los Estados signatarios convienen en resolver fraternalmente dentro del espíritu de este Tratado, y por medio de la Comisión Centroamericana de Comercio, las diferencias que surgieren sobre la interpretación y aplicación de cualquiera de sus cláusulas. Si no pudieren ponerse de acuerdo, solucionarán la controversia por arbitraje».

En este primer momento la solución de controversias comerciales entre la región se concibió en dos fases. La primera, un proceso de solución negociada por medio de la Comisión Centroamericana de Comercio integrada por representantes de cada una de las Partes del Tratado; y la segunda, la vía arbitral entre Estados. En 1960, este último instrumento fue superado por el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, no obstante lo anterior, se replicaron las regulaciones en materia de solución de controversias comerciales entre los Estados Parte del Tratado:<sup>6</sup>

«Artículo XXVI. Los Estados signatarios convienen en resolver fraternalmente dentro del espíritu de este Tratado, y por medio del Consejo Ejecutivo o del Consejo Económico Centroamericano en su caso, las diferencias que surgieren sobre la interpretación o aplicación de cualquiera de sus cláusulas. Si no pudieren ponerse de acuerdo, solucionarán la controversia por arbitraje...».

En 1991 con la suscripción del Protocolo de Tegucigalpa se dio vida a la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) como órgano judicial permanente del SICA. En el artículo 35 del mencionado instrumento quedó regulado que toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios y derivados, debía someterse a la Corte. En 1992 se instaló el Consejo Judicial

---

6 El Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica, quedó vigente en las partes no opuestas al contenido del Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

Centroamericano,<sup>7</sup> como órgano de transición para el establecimiento de la CCJ, misma que inició sus funciones en 1994.

En 1993 se estaba desarrollando el proceso de negociación del Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala) y se consideró que las controversias en materia comercial, por su naturaleza y dinámica, debían ser tratadas en principio a través de una instancia administrativa en el marco de los órganos del Subsistema Económico. En ese sentido, se contempló incluir un capítulo específico de solución de controversias comerciales a ser administrado por los órganos de ese subsistema. Sin embargo, antes de suscribirse el Protocolo de Guatemala, el Consejo Judicial Centroamericano se pronunció manifestando que el proyecto de capítulo invadía el ámbito de competencia de la CCJ. Derivado de lo anterior, el tema se eliminó del instrumento.

No obstante lo anterior, en el marco del Subsistema Económico se mantenía la idea de contar con un sistema administrativo propio que incluyera una etapa de arreglo directo entre las partes y como último recurso el arbitraje comercial, similar al que ya había sido previsto en los primeros instrumentos de la integración económica centroamericana, anteriores a la suscripción del Protocolo de Tegucigalpa y a la creación de la CCJ. En ese sentido, en 1996 se desarrolló un «Anteproyecto de Reglamento Centroamericano sobre Procedimientos para Resolver Controversias en las Relaciones Intrarregionales» que fue sometido a opinión consultiva de la CCJ, misma que resolvió que el anteproyecto contravenía sus facultades y atribuciones de competencia exclusiva y excluyente.<sup>8</sup>

---

7 De conformidad con las Disposiciones Transitorias del Protocolo de Tegucigalpa, en tanto no estuviera integrada la Corte Centroamericana de Justicia, las controversias sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el Protocolo de Tegucigalpa debían ser conocidas por el Consejo Judicial Centroamericano. El Consejo se instaló el 11 de noviembre de 1992 en la Ciudad de Managua, República de Nicaragua, integrado por los presidentes de las cortes supremas de las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

8 Resolución de la Corte Centroamericana de Justicia dictada dentro del Expediente número 7-02-05-1996, el 7 de diciembre de 1996, consultada en <http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/7-02-05-1996/0221/Res-07-02-05-1996>, el 27 de marzo de 2016.

En 1999 el tema fue abordado en la XX Reunión Ordinaria de Presidentes de Centroamérica.<sup>9</sup> En esta oportunidad los mandatarios declararon la importancia de contar con un mecanismo ágil y efectivo de solución de controversias comerciales y de inversión e instruyeron a la Secretaría General del Sistema (SG-SICA), a la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) y a los asesores jurídicos de las cancillerías y los ministerios de Economía, a proponer una fórmula para aprobar un mecanismo de solución de diferencia en ese sentido.

Para el 2001 ya se contaba con una propuesta que se remitió a la CSJ para que esta emitiera opinión consultiva. La propuesta consistía en celebrar un convenio entre la Corte y la SIECA, para establecer un mecanismo de solución de controversias comerciales que incluyese la conciliación y el arbitraje de carácter extrajudicial, administrado por la mencionada Secretaría y definido por el COMIECO. Al respecto la CSJ opinó que el convenio menoscababa sus competencias, toda vez que la Corte reunía los requerimientos necesarios para funcionar como tribunal arbitral, resultando improcedente la creación de un órgano o entidad con función paralela o similar, también declaró que la instrucción de los Presidentes contravenía lo dispuesto en el artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa, que establecía la competencia de la CSJ para conocer «toda controversia» en el marco del SICA.<sup>10</sup>

Finalmente, en el 2002 los Presidentes decidieron realizar una enmienda<sup>11</sup> al artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa para darle vida al Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica, quedando redactado de la forma siguiente, en lo conducente:

---

9 Los acuerdos de la reunión quedaron consignados en la «Declaración de Guatemala II, emitida el 19 de octubre de 1999 en el marco de la XX Reunión Ordinaria de Presidentes de Centroamérica, Vicepresidente de Panamá, Vicepresidente de la República Dominicana y Viceprimer Ministro de Belice».

10 Resolución de la Corte Centroamericana de Justicia dictada dentro del Expediente número 44-10-21-06-2001 el 12 de noviembre de 2001, consultada en: <http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/44-10-21-06-2001/04620/Res.%2044-10-21-06-200.pdf>, el 27 de marzo de 2016.

11 Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA, *op. cit.*, nota 4.

«Artículo 35. [...] / Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, *las controversias sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán someterse a la Corte Centroamericana de Justicia.*

*Las diferencias surgidas en el Subsistema de la Integración Económica como consecuencia de las relaciones comerciales intrarregionales, se someterán al mecanismo de solución de controversias que establezca el Consejo de Ministros de Integración Económica que contendrá un método de solución alternativo de controversias comerciales incluido el arbitraje, cuyas decisiones serán vinculantes para los Estados Parte que intervengan en la respectiva diferencia. El incumplimiento de un laudo arbitral dará lugar a la suspensión de beneficios de efecto equivalente a los dejados de percibir, según se decida en el respectivo laudo». [La cursiva es propia].*

En la parte considerativa<sup>12</sup> del instrumento que contiene la enmienda se expuso que era necesario extender la posibilidad de conocimiento de las controversias surgidas en el ámbito comercial del Mercado Común Centroamericano a los métodos alternos de solución de controversias, para contar con mecanismos modernos, ágiles, efectivos, vinculantes y con niveles de calidad superiores, o al menos iguales, a los alcanzados en los tratados comerciales de tercera generación suscritos por los países centroamericanos con terceros Estados.

En ese sentido, vale la pena mencionar que para el 2002 cuando se sentaron las bases del Mecanismo, los países de la región centroamericana ya eran parte de otros mecanismos internacionales de solución de controversias comerciales, por ejemplo, el de la OMC que es aplicable entre sus Miembros conforme los acuerdos e instrumentos jurídicos que le son propios.

Para dar cumplimiento al mandato dado a través de la Enmienda al artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa, el COMIECO aprobó en el 2003 el MSCCA<sup>13</sup>. Tres años después, en el 2006, el COMIECO resolvió aprobar una nueva versión del Mecanismo «para el mejor funcionamiento [...] y reforzar la certeza y seguridad jurídicas que

---

12 *Ibidem*, Considerando.

13 Resolución número 106-2003 (COMIECO-XXVI), *op. cit.*, nota 2.

su aplicación debe inspirar».<sup>14</sup> Esta última versión del MSCCA se aprobó a través de la Resolución número 170-2006 COMIECO-XLIX, que actualmente se encuentra vigente.

#### IV. NATURALEZA Y OBJETIVO

El MSCCA es un «mecanismo jurídico»<sup>15</sup> que le permite a los Estados Parte del Subsistema Económico solucionar sus controversias en materia comercial, mediante el desarrollo de las etapas previstas en dicho instrumento. También puede clasificarse en la categoría de mecanismos o sistema de solución de controversias comerciales entre Estados o Estado-Estado.

Su objetivo principal es preservar los derechos y obligaciones que se derivan de los instrumentos de la integración económica, a fin de aportar seguridad y previsibilidad al comercio intrarregional y fortalecer el esquema de integración económica centroamericana.<sup>16</sup> En ese sentido, cumple un rol fundamental al garantizar la observancia de los instrumentos que rigen el proceso, y por ende, el adecuado cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos que corresponden a cada uno de los Estados Parte del Subsistema Económico.<sup>17</sup>

Finalmente, no debe perderse de vista que el Mecanismo está dotado de un espíritu de cooperación, en su texto se enfatiza que los Estados Parte procurarán llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación de los instrumentos de la integración económica mediante la cooperación y consultas, y se esforzarán por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.<sup>18</sup>

---

14 Resolución número 170-2006 (COMIECO-XLIX), Considerando, *op. cit.*, nota 3.

15 *Idem.*

16 Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica, Anexo 1 de la Resolución 170-2006 (COMIECO-XLIX), artículo 2.

17 Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), *La solución de controversias comerciales en la Integración Económica Centroamericana*, tomo I: «La Integración Centroamericana y la solución de controversias comerciales», Guatemala, Ediciones Superiores, 2004, p. 19.

18 Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica, artículo 2, *op. cit.*, nota 16.

## V. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Mecanismo únicamente es aplicable entre los Estados Parte del Subsistema de Integración Económica Centroamericana, es decir, las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, en los casos siguientes:

### «ARTÍCULO 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

1. El procedimiento señalado en este Mecanismo se aplicará:
  - a) A la prevención o a la solución de todas las controversias entre los Estados Parte relativas a la aplicación o a la interpretación de los *instrumentos de la integración económica* en lo que se refiere exclusivamente a sus relaciones de comercio intrarregional;
  - b) Cuando un Estado Parte considere que una *medida vigente o en proyecto* de Estado Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones de los instrumentos de la integración económica; o
  - c) Cuando un Estado Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otro Estado Parte, aún cuando no contravenga las obligaciones de los instrumentos de la integración económica, causa o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios del intercambio comercial entre sus territorios que razonablemente pudo haber esperado recibir de su aplicación [...].
2. Cuando se alega que una medida es incompatible con las obligaciones contenidas en los instrumentos de la integración económica, se presume la existencia de anulación o menoscabo» [la cursiva es propia].

Los instrumentos de la integración económica son todos aquellos tratados, convenios, protocolos, acuerdos, reglamentos y resoluciones vigentes en materia de integración económica centroamericana, por ejemplo, el Protocolo de Guatemala. Una medida se conceptualiza como cualquier ley, decreto, acuerdo, disposición administrativa o práctica gubernamental adoptada por un Estado a través de cualquier organismo, autoridad o funcionario.<sup>19</sup>

---

19 *Ibidem*, artículo 1.



## VI. ESTRUCTURA DEL MECANISMO

Para su análisis el MSCCA puede dividirse en cuatro etapas que se abordarán a continuación: a) consultas; b) intervención del Consejo; c) arbitraje; y d) cumplimiento. Las normas aplicables en cada etapa están reguladas en los anexos de la Resolución número 170-2006 (COMIECO-XLIX) que se explican a continuación:

- a) Anexo número 1, Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica: se integra con 27 artículos y un artículo transitorio único; regula los principios, disposiciones generales y el funcionamiento general de las cuatro etapas del Mecanismo.
- b) Anexo número 2, Reglas Modelo de Procedimiento del Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica: se integra con 74 reglas que regulan los aspectos procesales necesarios para el buen desarrollo de todas las etapas contenidas en el Mecanismo, por ejemplo, el cómputo de plazos, la forma de las notificaciones y el desarrollo de las audiencias.
- c) Anexo número 3, Código de Conducta del Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica: integrado por ocho artículos que establecen cómo deben conducirse los árbitros y otras personas involucradas en cualquiera de las etapas del Mecanismo, atendiendo a principios como la independencia, imparcialidad y confidencialidad, entre otros.

## VII. ACTORES PRINCIPALES DENTRO DEL MECANISMO

A continuación se presenta una breve descripción de los actores principales que intervienen en cada etapa del mecanismo:

### A. Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana (COMIECO)

En el marco del Subsistema Económico es el órgano encargado de formular las propuestas de políticas generales y directrices fundamentales del Subsistema para someterlas a aprobación de la Reunión de Presidentes Centroamericanos, entre otras funciones. En el ámbito del Mecanismo debe velar por el cumplimiento de las

disposiciones contenidas en el mismo, conocer cualquier asunto que pueda afectar su funcionamiento y puede apoyar a los Estados para que logren una solución mutuamente satisfactoria de la controversia en los casos que se explican más adelante. Se integra con los ministros que en cada Estado Parte tengan competencia en materia de integración económica (para el caso de Guatemala, el ministro de Economía).<sup>20</sup>

## **B. Estados Parte del Subsistema de Integración Económica Centroamericana**

Es decir, las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá. Los Estados actúan en el Mecanismo a través de la oficina que designen como punto de contacto, a la que se le denomina Sección Nacional. Esta oficina se encarga, entre otras cosas, de diligenciar los procesos en los que esté involucrado el Estado al que pertenecen.<sup>21</sup> La Sección Nacional de Guatemala se ubica en el Ministerio de Economía,<sup>22</sup> en el resto de países de la región estas secciones también se ubican en los Ministerios o Secretarías de Estado con rectoría en materia de integración económica centroamericana.

## **C. Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA)**

En el ámbito del Mecanismo, es el órgano que proporciona apoyo logístico y tramita los procesos de solución de controversias. Se encarga de recibir la documentación presentada por los Estados Parte en controversia, realiza notificaciones y convocatorias, entre otras funciones. La SIECA no cuenta con facultad de decisión en los casos toda vez que, como se indicó, sus funciones son meramente administrativas.

---

20 Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97 del Congreso de la República, aprobado el 13 de noviembre de 1997, artículo 32.

21 Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica, artículos 7 y 8, *op. cit.*, nota 16.

22 Conforme el artículo 32 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, dentro de sus funciones el Ministerio de Economía se encarga de conducir las negociaciones de los convenios y tratados de comercio internacional bilateral y multilateral, y una vez aprobados y ratificados, encargarse de su ejecución. Asimismo, se encarga de dar seguimiento a los procesos de integración económica centroamericana.

Es preciso recalcar que el Mecanismo únicamente es aplicable entre Estados, no puede ser aplicado entre particulares ni entre Estados y particulares. Sin embargo, vale la pena mencionar que los particulares involucrados en el comercio intrarregional (productores, exportadores, transportistas, consumidores, etcétera) suelen ser los primeros en identificar las medidas que les afectan en ese ámbito, alertando a los ministerios o secretarías de Estado competentes en materia de integración económica centroamericana.

## VIII. ETAPAS DEL MECANISMO

El MSCCA consta de cuatro etapas: consultas, intervención del Consejo, arbitraje y cumplimiento, mismas que se describen de forma general a continuación, identificando las características principales de cada una de ellas.

### A. Etapa de consultas

Es la etapa inicial del proceso y tiene por objetivo procurar que los Estados Parte alcancen acuerdos y soluciones mutuamente satisfactorias (solución negociada) respecto al tema controvertido, evitando acudir a las etapas siguientes del Mecanismo. Se considera que esta etapa tiene naturaleza político-diplomática.<sup>23</sup>

Para activar la etapa es necesario que un Estado le gire una solicitud de consultas a otro Estado, por escrito. A continuación se presentan algunas consideraciones, sin profundizar en los aspectos procesales que pueden ser consultados directamente en el texto del Mecanismo y las Reglas Modelo de Procedimiento del mismo:

- i. Los mecanismos de solución de controversias comerciales internacionales suelen contemplar la etapa de consultas como la primera para iniciar un caso.
- ii. La solicitud de consultas se plantea por escrito de un Estado (consultante) a otro Estado (consultado) indicando las razones que fundamentan la solicitud, identificando la medida vigente o en proyecto u otro asunto en cuestión que esté afectando el funcionamiento de los instrumentos de la integración económica

---

23 SIECA, *op. cit.*, nota 17, p. 55.

y se debe incluir una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación.

- iii. El Estado consultante debe entregar una copia de la solicitud a la SIECA, que se encarga de registrar el caso y notificar a todos los Estados Parte del Subsistema Económico, para que tengan la oportunidad de participar como terceras partes.
- iv. Dentro del plazo de diez días siguientes a la recepción de la solicitud, el Estado consultado debe proponer una fecha para celebrar la reunión de consultas.
- v. La reunión de consultas es confidencial. Las delegaciones de cada Estado que participen en la misma no deben incluir personas del sector privado ni funcionarios públicos que, directa o indirectamente, tengan un interés financiero o particular en la controversia.
- vi. Si el Estado consultado no contesta a la solicitud de consultas en el plazo de diez días indicado (negativa de consultas), el Estado consultante puede solicitar el establecimiento del tribunal arbitral, o bien, puede solicitar la intervención del Consejo, como se explicará en el apartado siguiente.
- vii. El Estado consultante también puede solicitar el establecimiento del tribunal arbitral o la intervención del Consejo, si celebradas las consultas no se logra resolver la controversia. Los Estados de común acuerdo pueden decidir prolongar la etapa, si consideran que se puede obtener un resultado positivo de manera negociada.

El escenario ideal en esta etapa es que los Estados logren resolver la diferencia a través de una solución negociada, alcanzando acuerdos mutuamente satisfactorios, evitando así acudir a otras etapas del Mecanismo.

## **B. Etapa de intervención del Consejo**

En la etapa de intervención del COMIECO, el referido órgano puede apoyar a los Estados para que logren una solución mutuamente satisfactoria de la controversia: a) ante la negativa de consultas; o, b) dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la solicitud de consultas u otro plazo convenido por los Estados consultante y consultado.

A continuación se presentan algunas consideraciones sobre esta etapa, sin profundizar en los aspectos procesales que pueden ser consultados directamente en el texto del Mecanismo y las Reglas Modelo de Procedimiento del mismo:

- i. Cualquier Estado Parte consultante puede solicitar por escrito que se reúna el COMIECO y que este a su vez adopte acuerdos para: convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos; recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procesos de solución de controversias; formular recomendaciones; o, resolver la controversia, cuando los Estados consultantes decidan someterse a la decisión de ese órgano.
- ii. La etapa puede tener resultados positivos si los Estados Parte logran resolver su diferencia a través de un acuerdo conciliatorio, al aceptar un informe técnico o asumen las recomendaciones del COMIECO, entre otras opciones.
- iii. La etapa de intervención del Consejo no es obligatoria para los Estados sino facultativa; por lo tanto, pueden decidir si recurren o no a la misma.

Una vez agotada la etapa de intervención del Consejo sin resultados positivos, es posible acudir al arbitraje.

### **C. Etapa de arbitraje**

El arbitraje es el método de naturaleza adjudicativa contemplado en el MSCCA. Es un arbitraje internacional y público, toda vez que únicamente es recurrible entre Estados, y de derecho porque el tribunal arbitral debe fundamentar sus laudos en los instrumentos de la integración económica centroamericana.

A continuación se presentan algunas consideraciones sobre esta etapa, sin profundizar en los aspectos procesales que pueden ser consultados directamente en el texto del Mecanismo y las Reglas Modelo de Procedimiento del mismo:

- i. Solicitud de establecimiento del tribunal arbitral: en términos generales la etapa de arbitraje inicia con una solicitud de establecimiento del tribunal arbitral ante la falta de solución del asunto en las etapas anteriores. El artículo 16 del Mecanismo determina

con exactitud los casos de procedencia y contenido de la referida solicitud que debe presentar por escrito el Estado reclamante. Cualquier Estado Parte que haya participado en las consultas puede manifestar su interés de participar como reclamante del arbitraje; también es posible la participación de Estados Parte como tercera parte. No se podrá solicitar el establecimiento del tribunal arbitral para revisar una medida en proyecto.

- ii. Integración del tribunal arbitral: los Estados involucrados en la contienda deben celebrar una reunión para acordar la integración del tribunal arbitral. En esa reunión procurarán acordar la designación del presidente del tribunal, que no podrá ser nacional de cualquiera de los Estados Parte; además, cada Estado contendiente seleccionará un árbitro, quien no podrá tener la nacionalidad del Estado Parte que lo propone. Si dentro del plazo señalado en el Mecanismo las partes contendientes no acuerdan la designación del presidente, o si una parte contendiente no designa un árbitro, se designarán mediante sorteo realizado por la SIECA. Las partes contendientes procurarán seleccionar a los árbitros eligiéndolos de una lista de árbitros que es aprobada por los Estados Parte del Subsistema Económico cada tres años.
- iii. Constitución y misión del tribunal arbitral: una vez aceptado el cargo por parte de los árbitros nombrados, el tribunal arbitral notificará su constitución a las partes involucradas. A menos que los Estados contendientes acuerden otra cosa, el acta de misión del tribunal arbitral será:

«Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de los instrumentos de la integración económica y del Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica, el asunto sometido a su consideración en los términos de la solicitud para el establecimiento del tribunal arbitral y emitir el Laudo».<sup>24</sup>

- iv. Procedimiento ante los árbitros: como se mencionó en apartados anteriores, la Resolución número 170-2006 (COMIECO-XLIX) que aprueba el Mecanismo vigente tiene tres anexos: el Mecanismo, las Reglas Modelo de Procedimiento y el Código de Conducta. Lo relativo a las actuaciones que se tramitan por los árbitros y por los

---

24 *Ibidem*, párrafo 3 del artículo 21.

Estados Parte ante ellos, están desarrollados en el Mecanismo y las Reglas Modelo de Procedimiento, que regulan aspectos como el funcionamiento del tribunal arbitral, entrega de documentos, notificaciones, cómputo de plazos, celebración de reuniones y audiencias, procedimiento de recusación de los árbitros, escritos de alegatos, prueba, información y asesoría técnica, procedimiento en caso de rebeldía, confidencialidad, entre otros.

- v. Laudo: salvo que los Estados contendientes acuerden otra cosa, dentro de los noventa días siguientes a la notificación de la constitución del tribunal arbitral, este emitirá su laudo basado en las disposiciones aplicables de los instrumentos de la integración económica, los alegatos y argumentos presentados por las partes contendientes y otra información que haya recibido. Conforme el artículo 23 del Mecanismo, el laudo contendrá:
- «a) Las conclusiones de hecho, incluyendo cualquiera derivada de una solicitud conforme al numeral 5 del artículo 21 (Reglas Modelo de Procedimiento);
  - b) La determinación sobre si la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones derivadas de los instrumentos de la integración económica, o es causa de anulación o menoscabo en el sentido del numeral 1, literal c) del artículo 3 (Ámbito de Aplicación), o cualquier otra determinación solicitada en el Acta de Misión;
  - c) Una referencia a las comunicaciones recibidas de terceras Partes, cuando las haya; y
  - d) La declaratoria de condena en costas, de conformidad con lo estipulado por el numeral 1 del artículo 27 (Remuneración y pago de gastos)».

El laudo no admite recurso alguno. Las partes contendientes deben publicar el laudo dentro de los treinta días siguientes a su notificación.

- vi. Remuneración y pago de gastos: conforme el artículo 27 del Mecanismo, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, la remuneración de los árbitros, asistentes, asesores técnicos, gastos de transporte, alojamiento y alimentación, y todos los gastos administrativos generales de los procesos arbitrales, se-

rán cubiertos por el o los Estados Parte vencidos. La Resolución número 205-2007 (COMIECO EX) del COMIECO aprueba la regulación de honorarios y tarifas del Mecanismo.

#### **D. Etapa de cumplimiento**

Una vez emitido el laudo por el tribunal arbitral, es necesario dar cumplimiento al mismo. En ese sentido, el artículo 24 del Mecanismo establece que:

- i. El laudo es obligatorio para las partes contendientes en los términos y dentro de los plazos que este ordene, que no excederán de seis meses a partir de su notificación, salvo que las mismas acuerden otro plazo.
- ii. Cuando el laudo declare que la medida es incompatible con los instrumentos de la integración económica, la parte demandada se abstendrá de ejecutar la medida o la derogará.
- iii. Cuando el laudo declare que la medida es causa de anulación o menoscabo en el sentido del numeral 1, literal c) del artículo 3 del Mecanismo, determinará el nivel de anulación o menoscabo y podrá sugerir, si las partes contendientes así lo solicitan, los ajustes que considere mutuamente satisfactorios para los mismos.

Salvo que los Estados contendientes hayan notificado al COMIECO, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo fijado en el laudo u otro acordado por las partes contendientes, que se ha cumplido con el mismo, la parte reclamante podrá aplicar de manera inmediata la suspensión de beneficios comerciales conforme los parámetros establecidos en el artículo 25 del Mecanismo.

Lo anterior se notificará a la parte demandada indicando, además, el nivel de dicha suspensión. La suspensión de beneficios durará hasta que la parte demandada cumpla con el laudo. El Mecanismo también regula el procedimiento a seguir si la parte demandada considera que ha cumplido con los términos del laudo, o que el nivel de beneficios que se ha suspendido es manifiestamente excesivo.

Una vez analizadas las etapas del MSCCA, es importante considerar que esta herramienta jurídica promueve el cumplimiento de las normas contenidas en los instrumentos de la integración económica

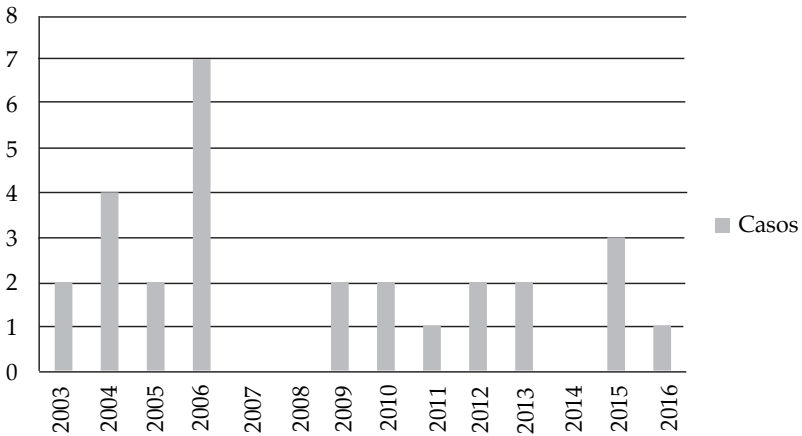


centroamericana de dos formas. En primer lugar porque desanima la infracción, toda vez que los Estados son conscientes de las consecuencias políticas, jurídicas, comerciales y de imagen que conlleva ser sometido a un proceso de solución de controversias entre Estados, a consecuencia del incumplimiento de obligaciones asumidas en el ámbito internacional. En segundo lugar porque un Estado vencido en arbitraje debe cumplir con lo ordenado en el laudo, garantizándose así el cumplimiento de la normativa centroamericana.

## IX. CASOS PRESENTADOS EN EL MARCO DEL MECANISMO

Para el período 2003-marzo 2016, se registran 28<sup>25</sup> casos en el ámbito del MSSCA; de ellos, 26 se han resuelto antes de llegar a la etapa arbitral, en su mayoría a través de acuerdos alcanzados por los Estados Parte, y únicamente dos han agotado la mencionada etapa adjudicativa.

**Gráfica 1**  
**Casos presentados en el marco del Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica para el período 2003-2016**



Fuente: elaboración propia con datos recuperados de <http://www.sieca.int/Portal/Pagina.aspx?PaginaId=3036>, consultado el 12 de abril de 2016.

25 SIECA, Solución de Controversias, Casos Presentados, consultado en: <http://www.sieca.int/Portal/Pagina.aspx?PaginaId=3036>, el 12 de abril de 2016.

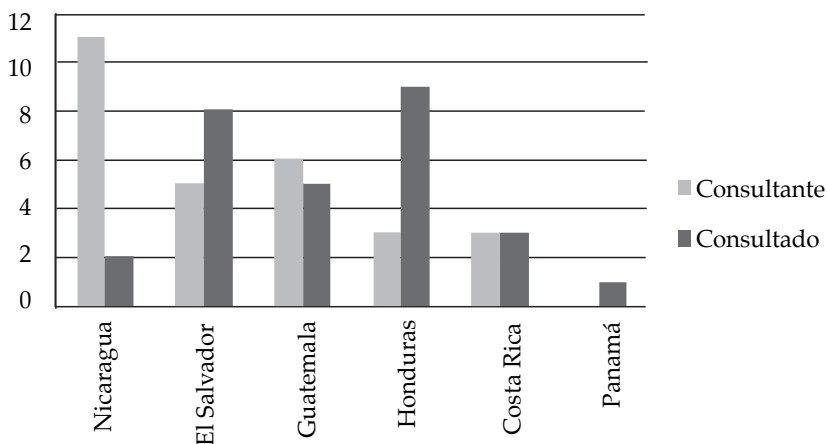
El 2006 es el año que más casos reporta y también es el año en que se aprobaron las reformas al Mecanismo, tal como se explicó en el apartado de antecedentes.

Los datos anteriores también revelan la importancia que han tenido en el marco del Mecanismo las soluciones negociadas o acordadas directamente por los Estados Parte (26 casos) sobre las decisiones a través de la vía arbitral (2 casos). En ese sentido, cabe reflexionar si la eficacia del MSCCA debe medirse por la cantidad de acuerdos alcanzados por los Estados Parte antes de alcanzar la etapa arbitral; o bien, por el número de arbitrajes que se han desarrollado hasta su conclusión.

### A. Actividad por Estado Parte

El país más activo en promover solicitudes de consultas es Nicaragua con once casos, seguido de Guatemala con seis, El Salvador con cinco, Honduras y Costa Rica con tres casos cada uno. Por otra parte, el país que ha recibido más solicitudes de consultas es Honduras con nueve casos, seguido por El Salvador con ocho, Guatemala con cinco, Costa Rica con tres, Nicaragua con dos y Panamá con un caso.

**Gráfica 2**  
Estados consultantes y consultados en el MSCCA



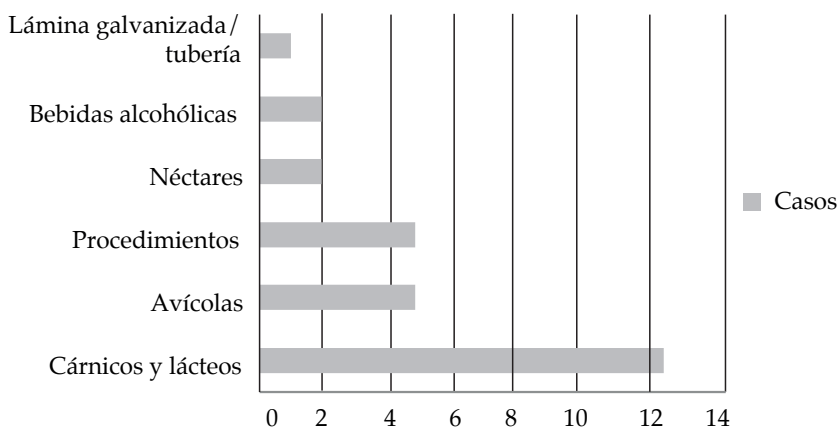
Fuente: elaboración propia con datos recuperados de <http://www.sieca.int/Portal/Pagina.aspx?PaginaId=3036>, consultado el 12 de abril de 2016.

Los datos anteriores muestran a Panamá como el país con menor actividad en el Mecanismo. Lo anterior responde a que el referido Estado se incorporó al Subsistema de Integración Económica del Sistema de la Integración Centroamericana en el 2013; como consecuencia de esa incorporación, esta se adhirió y adoptó los instrumentos de la integración económica centroamericana, incluyendo el MSCCA.

## B. Medidas invocadas y productos relacionados

En términos generales los casos están relacionados con medidas adoptadas por un Estado que afectan el acceso a su mercado de productos sensibles de otro Estado. Los productos sensibles suelen ser comunes para la región centroamericana. De esa cuenta, los datos muestran varios casos relacionados con carne bovina y productos lácteos, avícolas y bebidas alcohólicas, entre otros.

**Gráfica 3**  
**Productos relacionados con casos MSCCA**



Fuente: elaboración propia con datos recuperados de <http://www.sieca.int/Portal/Pagina.aspx?PaginaId=3036>, consultado el 12 de abril de 2016.

Nueve de los casos relacionados con carne bovina y productos lácteos han sido promovidos por Nicaragua, dos por Honduras, uno por Guatemala y otro por Costa Rica. Por otra parte, los cinco casos relacionados con productos avícolas han sido iniciados por El Salvador, Honduras, Costa Rica y Nicaragua en dos ocasiones.

Tal como se indicó en otro apartado, las medidas adoptadas por un Estado en detrimento de los intereses comerciales de otro pueden estar caracterizadas en leyes, reglamentos, prácticas de autoridad, acciones u omisiones que contravienen los instrumentos de la integración económica centroamericana. De esa cuenta, al revisar los casos existentes se encuentran diversas caracterizaciones de medidas reclamadas que a su vez involucran a diferentes autoridades del Estado emisor de la medida. A continuación se muestran algunos ejemplos:

**Tabla 1**  
**Ejemplos de medidas invocadas en el marco del MSCCA**

<b>Expediente</b>	<b>Medida invocada</b>
<b>MSC-01-03</b>	Se alega la aplicación de una medida que afecta la importación de bebidas alcohólicas destiladas procedentes de Guatemala.
<b>MSC-01-05</b>	Se alega la aplicación de medidas que afectan el tránsito por territorio salvadoreño de productos avícolas nicaragüenses, con destino hacia Guatemala, la falta de certificación de empresas nicaragüenses y negativa de realizar la inspección de origen a empresas nicaragüenses.
<b>MSC-01-06</b>	Se alega la aplicación de normas que afectan las exportaciones de Nicaragua a El Salvador y la falta de certificación de empresas lácteas nicaragüenses.
<b>MSC-03-06</b>	Se alega la falta de realización de una inspección de origen a una planta guatemalteca.
<b>MSC-07-06</b>	Se alega la adopción de medidas que imposibilitan la carga y descarga de mercancías a transportistas costarricenses en almacenes fiscales, zonas francas y depósitos temporales aduaneros.

Fuente: elaboración propia con datos recuperados de <http://www.sieca.int/Portal/Pagina.aspx?PaginaId=3036>, consultado el 12 de abril de 2016.

### C. Casos que han llegado a la etapa arbitral

Como se indicó al inicio de este apartado, de los 28 casos que hasta el momento se registran en el marco del Mecanismo únicamente dos han llegado a la etapa de arbitraje. Ambos arbitrajes han sido promovidos por Guatemala.

#### 1. *Proceso arbitral dentro del expediente MSC-04-04, promovido por Guatemala contra Costa Rica con relación a la «Diferencia que versa sobre diversas resoluciones emitidas por el servicio nacional de aduanas y sentencia del tribunal aduanero»*<sup>26</sup>

Las etapas del Mecanismo se agotaron de la forma siguiente: las consultas se celebraron el 6 de enero de 2005 en San José, Costa Rica; el 15 de abril de ese mismo año se celebró la fase de intervención del Consejo y la resolución final del tribunal arbitral fue emitida el 13 de junio del 2006.

En el caso Guatemala argumentó que las medidas adoptadas por Costa Rica en contravención de los instrumentos de la integración económica, fueron dos procedimientos de verificación de origen realizados a helados a base de leche exportados por Guatemala e importados por Costa Rica, que fueron declarados como no originarios por Costa Rica tomando como base dos interpretaciones distintas a una misma disposición, la norma *de minimis*,<sup>27</sup> establecida en el artículo 11 del Reglamento Centroamericano sobre el Origen de las Mercancías y el contenido de la Resolución 137-2005 (COMIECO-EX) del COMIECO.

26 Resolución final emitida por el tribunal arbitral que conoció del proceso arbitral entre Guatemala y Costa Rica dentro del Expediente MSC-04-04, emitido el 13 de junio de 2006, consultada en: <http://www.sieca.int/Documentos/DocumentosMostrar.aspx?SegmentoId=2&DocumentoId=3255&ver=1>, el 12 de abril de 2016.

27 *Ibidem*, p. 5, «Artículo 11 (*De minimis*). Una mercancía se considera originaria, si el valor de todas las materias o productos no originarios utilizados en su producción, que no cumplen con el cambio de clasificación arancelarios, establecido en el Anexo de este Reglamento, no excede de los siguientes porcentajes con respecto al valor de transacción o al precio normal de dicha mercancía: 1. 10% hasta el año 2,000. 2. 7% del año 2,001 en adelante. En todo caso, una mercancía se considera originaria, si el valor de todos los materiales no originarios utilizados en su producción no exceden de los porcentajes citados. Es decir, que el productor no estará obligado a cumplir con otra regla de origen [...]».

El tribunal arbitral concluyó, entre otros aspectos, que Costa Rica tuvo que haber aplicado la norma *de minimis* y las mercancías en cuestión exportadas por Guatemala se debieron haber tenido como originarias. También declaró la incompatibilidad de las medidas con el artículo 11 del Reglamento Centroamericano sobre el Origen de las Mercancías y el contenido de la Resolución 137-2005 (COMIECO-EX), el artículo III del Tratado General de Integración Económica Centroamericana y 7 del Protocolo de Guatemala. Se determinó que Costa Rica debía abstenerse de ejecutar las medidas incompatibles y se le confirió un plazo de 60 días para el cumplimiento.

Este caso puso a prueba por primera y única vez al procedimiento de arbitraje contenido en el Mecanismo aprobado en el 2003, toda vez que el caso siguiente se desarrolló al amparo de la nueva versión del MSCCA.

**2. *Proceso arbitral promovido dentro del Expediente MSC-02-10 promovido por Guatemala contra El Salvador con relación a la «Diferencia que versa sobre la medida adoptada por El Salvador-Decreto No. 902 de la Asamblea Legislativa de El Salvador, aprobado el 14 de diciembre 2005 y publicado en el Diario Oficial No. 6, Tomo 370, del 12 de enero de 2006»<sup>28</sup>***

Las etapas del Mecanismo se agotaron de la forma siguiente: las consultas se celebraron el 21 de enero de 2011 en San Salvador, El Salvador; el caso no fue sometido a la etapa de intervención del Consejo y el laudo del tribunal arbitral fue emitido el 13 de febrero de 2012.

La medida reclamada por Guatemala fue el Decreto número 902 emitido por El Salvador, que modificó de manera unilateral el Arancel Centroamericano de Importación, comprendido en el Anexo A del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano. Dicha modificación unilateral abarcó la nomenclatura y la estructura arancelaria del Sistema Arancelario Centroamericano (SAC) y los derechos arancelarios a la importación (DAI) para ciertos

---

28 Laudo del 13 de febrero de 2012 emitido dentro del Proceso Arbitral dentro del Expediente MSC-02-10 entre Guatemala y Costa Rica, disponible en: <http://www.sieca.int/Documentos/DocumentosMostrar.aspx?SegmentoId=2&DocumentoId=3256&ver=1>

productos. Se reclamó la incompatibilidad de la referida medida a la luz de varios instrumentos de la integración económica, dentro de estos el Tratado General de Integración Económica y el Protocolo de Guatemala.

Entre otros aspectos, el Tribunal Arbitral resolvió con relación al Decreto número 902 que El Salvador lo dictó con sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 26 del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano; respecto de la modificación de la nomenclatura y derechos arancelarios a la importación (DAI), contenida en la letra B del artículo 1 del citado Decreto, resolvió que esta no se encontraba acorde a los parámetros del artículo 26 del Convenio y por tanto, El Salvador debía poner la medida en congruencia con los instrumentos de la integración centroamericana. El tribunal estableció un plazo máximo de 6 meses para dar cumplimiento a lo establecido en el laudo.

Un aspecto interesante sobre los casos anteriormente indicados es que dos de los miembros que integraron el tribunal arbitral para el primer arbitraje también fueron panelistas en el segundo.<sup>29</sup> En ese sentido, vale la pena recordar que el Mecanismo regula la figura de tribunales arbitrales establecidos caso por caso, circunstancia que podría limitar la posibilidad de ir identificando criterios en el ámbito de solución de controversias comerciales en la región.

## X. CENTROAMÉRICA Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES EN OTROS FOROS

Los mecanismos o sistemas de solución de controversias comerciales entre Estados son considerados como la columna vertebral de los esquemas de comercio internacional. Los Estados Centroamericanos, además del MSCCA, forman parte de otros sistemas de esta naturaleza que les permiten resolver diferencias en materia comercial surgidas en el ámbito de otros foros. A continuación se identifican algunos en forma general:

---

29 Tribunal Arbitral Expediente MSC-04-04: Miriam Mercedes Maroun (presidente) y Mario Matus Baeza y Rafael Bernal Gutiérrez (miembros); Tribunal Arbitral Expediente MSC-02-10: Mario Matus Baeza (presidente), Miriam Mercedes Maroun y Jorge Roberto Maradiaga (miembros).

## A. Solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio

El sistema de solución de controversias aplicable entre los Miembros de la OMC se rige por las normas y procedimientos regulados en el «Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias», que en el artículo 1 establece su ámbito y aplicación:

«Ámbito y Aplicación. 1. Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del presente Entendimiento (denominados en el presente Entendimiento “acuerdos abarcados”). Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento “Acuerdo sobre la OMC”) y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados».

Este sistema se considera el principal medio de solución de controversias comerciales entre Estados a nivel mundial y constituye un estándar en este tipo de herramientas jurídicas. Se ha reconocido que es:

«... la piedra angular del sistema multilateral de comercio y una contribución excepcional de la OMC a la estabilidad de la economía mundial. Sin un medio de solución de diferencias el sistema basado en normas sería menos eficaz, puesto que no podrían hacerse cumplir las normas».<sup>30</sup>

Incluso el Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica (MSCCA) fue emitido en congruencia con las disposiciones de solución de diferencias de la OMC,

---

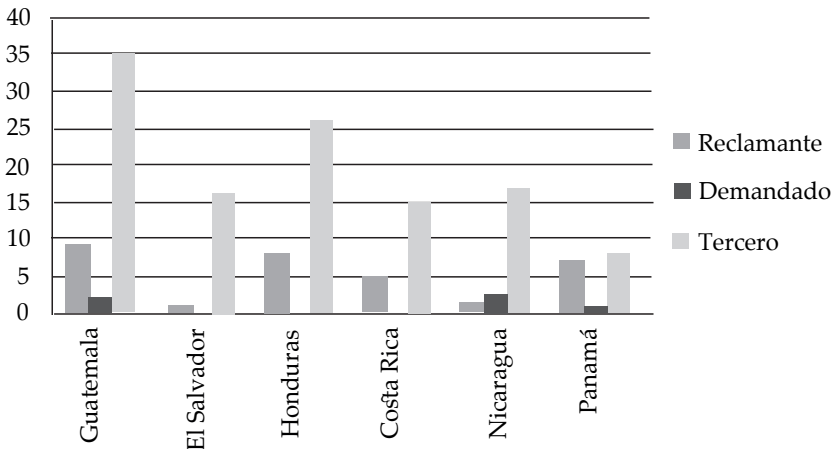
30 OMC. Entender la OMC: Solución de Diferencias, una contribución excepcional. Disponible en línea: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/disp1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm)



según lo menciona la parte considerativa de la resolución que lo aprueba.<sup>31</sup>

El sistema es recurrible para los 162 Estados que actualmente son miembros de la OMC. En ese sentido, las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, que de forma individual son miembros de la Organización, han figurado como reclamantes, demandados o terceros en los procedimientos, como se muestra a continuación.

**Gráfica 4**  
**Actividad de los Estados Centroamericanos en el ámbito de solución de diferencias de la OMC**



Fuente: elaboración propia con datos recuperados de [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_by\\_country\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm), consultado el 12 de abril de 2016.

El Estado que refleja mayor actividad como reclamante es Guatemala con nueve casos, seguido por Honduras con ocho, Panamá con siete, Costa Rica con cinco y El Salvador y Nicaragua con uno cada uno. Como miembros demandados, Guatemala y Nicaragua muestran dos casos cada uno, seguidos de Panamá con un caso.

31 Resolución número 170-2006 (COMIECO XLIX), *op. cit.*, nota 3.

Con relación a la participación como tercero, Guatemala presenta la actividad más alta con 35 casos, seguido por Honduras con 26, Nicaragua con 17, El Salvador con 16, Costa Rica con 15 y Panamá con 8.

Los Estados Miembros de la OMC involucrados en los casos son diversos; por ejemplo, el Estado de Guatemala ha presentado reclamos contra las Comunidades Europeas, México, la República Dominicana y Perú, entre otros, habiendo sido demandado por México en dos ocasiones. El Salvador ha presentado un reclamo contra la República Dominicana, mientras que la República de Honduras ha demandado a miembros como las Comunidades Europeas, Australia, la República Dominicana y Nicaragua. Nicaragua demandó en una ocasión a México y ha recibido reclamos de Honduras y Colombia.

## **B. Tratados de libre comercio**

Además de participar en el MSSCA y en el sistema de solución de diferencias de la OMC, los países de la región centroamericana son parte de otros sistemas de solución de controversias establecidos en los tratados de libre comercio y otros acuerdos de naturaleza económico-comercial.

En términos generales, estos sistemas buscan prevenir o solucionar las diferencias relativas a la aplicación o a la interpretación del tratado, contemplando para tal efecto métodos de solución negociada (consultas) y métodos adjudicativos (arbitraje), reiterando en todo momento la importancia de la cooperación entre los Estados para alcanzar soluciones mutuamente satisfactorias respecto a cualquier asunto que pueda afectar el funcionamiento del instrumento internacional que corresponda.

Los sistemas están desarrollados en capítulos específicos de cada tratado, donde se regulan sus procedimientos y ámbitos de aplicación. A continuación se mencionan dos ejemplos.

### **1. *Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América***

Conocido como CAFTA-DR por sus siglas en inglés, suscrito entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, la República Dominicana y los Estados Unidos de América. Regula su propio mecanismo de solución de controversias

en el capítulo veinte, titulado Solución de Controversias. En aplicación de este mecanismo, se han registrado dos casos:

- i. Costa Rica contra El Salvador-Tratamiento Arancelario a Bienes Originarios Provenientes de Costa Rica (CAFTA-DR/ARB/2014 CR-ES).<sup>32</sup> La controversia versó sobre el tratamiento arancelario aplicado por El Salvador a bienes originarios de Costa Rica amparados bajo el Tratado. El 18 de noviembre de 2014 el grupo arbitral que conoció del caso emitió informe final determinando, entre otras cosas, que la alegación de incumplimiento del artículo 1.1 del Tratado por parte de El Salvador, no fue demostrada por Costa Rica. Sin embargo, el efecto causado por los incumplimientos de El Salvador con los artículos 3.3.2 y 4.1 del Tratado, así como sus respectivos anexos 3.3 y 4.1, eliminan esencialmente las ventajas que se derivan del compromiso de establecer una zona de libre comercio.
  - ii. Estados Unidos de América contra Guatemala-Asuntos relacionados con las obligaciones establecidas en el artículo 16.2.1(a) del capítulo dieciséis, titulado Laboral, del CAFTA-DR. La controversia versa sobre el reclamo de Estados Unidos de América, donde indica que Guatemala ha incumplido con sus obligaciones contenidas en el artículo 16.2.1(a) del Tratado.<sup>33</sup> El caso está pendiente de informe final por parte del grupo arbitral.
2. *Acuerdo por el que se Establece una Asociación entre Centroamérica, por un lado, y la Unión Europea y sus Estados Miembros*

Suscrito entre Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá como Centroamérica y la Unión Europea y sus Estados miembros, regula su mecanismo de solución de controversias comerciales en el título X: Solución de Controversias, contenido

---

32 Informe Final del Grupo Arbitral que conoció del caso Costa Rica vs. El Salvador-Tratamiento Arancelario a Bienes Originarios de Costa Rica, CAFTA-DR/ARB/2014/CR-ES/18, emitido el 18 de noviembre del 2014, consultado en: [http://www.sice.oas.org/TPD/USA\\_CAFTA/Dispute\\_Settlement/CAFTA-DR\\_ARB\\_2014\\_CR\\_ES\\_18.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Dispute_Settlement/CAFTA-DR_ARB_2014_CR_ES_18.pdf), el 14 de abril de 2016.

33 Las actuaciones procesales del caso pueden consultarse en el portal de la Dirección de Administración del Comercio Exterior del Ministerio de Economía, sección de la Oficina de Apoyo Administrativo Guatemala, disponible en: <http://portaladace.mineco.gob.gt/>, consultada el 14 abril 2016.

en la parte IV (Comercio) del Acuerdo. Actualmente no se registran controversias en el marco de este instrumento.

## XI. CONSIDERACIONES FINALES RESPECTO DEL MECANISMO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA

Los antecedentes del MSCCA revelan la voluntad de los Estados centroamericanos, desde los orígenes del proceso de integración económica, de contar con un método para resolver las diferencias resultantes del intercambio comercial. Esta circunstancia confirma la valoración que se le ha dado internacionalmente a este tipo de sistemas de solución de controversias entre Estados, al referirlos como la columna vertebral de los esquemas de comercio internacional.

El Mecanismo es una herramienta esencial en el marco del proceso de integración económica centroamericana, primero porque garantiza el adecuado cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos de cada uno de los Estados Parte del Subsistema Económico, y en segundo lugar, porque sus efectos reparadores alcanzan directamente a los actores del comercio interregional (sectores productivos, comerciantes, transportistas consumidores, etcétera) que pueden ser afectados por medidas adoptadas por un Estado en detrimento de los instrumentos propios del proceso.

Los casos registrados en el ámbito del Mecanismo reflejan la importancia que han tenido las soluciones negociadas sobre la vía arbitral, en términos de cantidad de arreglos versus arbitrajes. Esta relevancia puede ser el resultado de muchos factores, por ejemplo: *a)* que el Estado que se sabe infractor de los instrumentos de la integración económica centroamericana, opte por arreglar la situación antes de la etapa arbitral, evitando las consecuencias políticas y comerciales que conlleva ser percibido o llegar a ser condenado como un infractor de obligaciones en el ámbito internacional; *b)* que ambos Estados tengan la voluntad de cooperar para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria, evitando así llegar a la etapa arbitral del Mecanismo, entre otros.

El análisis de las medidas reclamadas en cada asunto permite determinar cuáles son los productos más sensibles en el ámbito del comercio intrarregional. De esa cuenta, de los 28 casos iniciados 13

se relacionan con productos cárnicos y lácteos, cinco productos con avícolas y el resto se distribuye entre aspectos de procedimiento, bebidas alcohólicas, néctares y acero galvanizado.

Es claro que el MSCCA es una herramienta que le permite a los Estados Parte del Subsistema Económico del SICA, solucionar sus controversias en materia comercial con el objetivo de preservar los derechos y obligaciones contemplados en los instrumentos de la integración económica centroamericana.

## XII. ABREVIATURAS

CAFTA-DR	Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América
CCJ	Corte Centroamericana de Justicia
COMIECO	Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana
MSCCA	Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica.
OMC	Organización Mundial del Comercio
Protocolo de Guatemala	Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana
Protocolo de Tegucigalpa	Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos
SG-SICA	Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana
SICA	Sistema de la Integración Centroamericana
SIECA	Secretaría de Integración Económica Centroamericana

### XIII. REFERENCIAS

#### A. Bibliográficas

MIRANDA, Otilio, *Derecho Comunitario de América Central*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2011.

SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA (SIECA), *La solución de controversias comerciales en la integración económica centroamericana*, tomo I: «La integración centroamericana y la solución de controversias comerciales», Guatemala, Ediciones Superiores, 2004.

\_\_\_\_\_, *La solución de controversias comerciales en la integración económica centroamericana*, tomo IV: «El arbitraje en el Mecanismo de la Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica», Guatemala, Ediciones Superiores, 2004.

#### B. Normativas

*Acuerdo por el que se establece una Asociación entre Centroamérica, por un lado, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por el otro*, suscrito en la ciudad de Tegucigalpa, República de Honduras, el 29 de junio de 2012. Aprobado por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto número 2-2003. Ratificado por la vicepresidente de la República, en funciones de presidente, el 27 de junio de 2013. Vigente para Guatemala a partir del 1 de diciembre de 2013, en la parte IV del mismo.

*Enmienda al Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana*, suscrita en la Ciudad de Managua, República de Nicaragua, el 27 de febrero del 2002. Aprobada por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto número 01-2003. Ratificado por el presidente de la República el 28 de febrero de 2003. Vigente para Guatemala a partir del 17 de mayo de 2003.

*Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos*, suscrita en la Ciudad de Managua, República de Nicaragua, el 27 de febrero de 2002. Aprobada por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto

número 01-2003. Ratificado por el presidente de la República el 28 de febrero de 2003. Vigente para Guatemala a partir del 17 de mayo de 2003.

*Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, suscrito en la Ciudad de Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994. Aprobado por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto número 37-95.

*Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia*, suscrito en la Ciudad de Panamá, República de Panamá, el 10 de diciembre de 1992. Aprobado por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto número 78-2007. Ratificado por el presidente de la República el 30 de enero de 2008. Vigente para Guatemala a partir del 20 de febrero de 2008.

*Ley del Organismo Ejecutivo*, Decreto número 114-97 del Congreso de la República, aprobado el 13 de noviembre de 1997.

*Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala)*, suscrito en la Ciudad de Guatemala el 29 de octubre de 1993, aprobado por el Congreso de la República a través del Decreto número 7-96. Ratificado por el presidente de la República el 9 de abril de 1996. Vigente para Guatemala a partir del 15 de mayo de 1996.

*Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (Protocolo de Tegucigalpa)*, suscrito en Tegucigalpa, Distrito Central, República de Honduras, el 13 de diciembre de 1991. Aprobado por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto número 71-92. Ratificado por el presidente de la República el 1 de diciembre de 1992. Vigente para Guatemala a partir del 13 de diciembre de 1992.

*Resolución número 106-2003 (COMIECO XXVI)* del Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana, suscrita en la Ciudad de San José, República de Costa Rica, el 17 de febrero

de 2003. Publicada el 3 de marzo de 2003 en el *Diario de Centro América*, conforme el Acuerdo Ministerial número 0155-2003 del Ministerio de Economía.

*Resolución número 111-2003 (COMIECO-XXVII)* del Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana, suscrita en la Ciudad de Guatemala, República de Guatemala, el 27 de mayo de 2003. Publicada el 19 de junio de 2003 en el *Diario de Centro América*, conforme el Acuerdo Ministerial número 0301-2003 del Ministerio de Economía.

*Resolución número 170-2006 (COMIECO XLIX)* del Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana, suscrita en la Ciudad de San José, República de Costa Rica, el 28 de julio de 2006. Publicada el 12 de agosto de 2006 en el *Diario de Centro América*, conforme Acuerdo Ministerial número 0456-2006 del Ministerio de Economía.

*Resolución número 205-2007 (COMIECO EX)* del Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana, suscrita en Ciudad de San José, República de Costa Rica, el 10 de octubre de 2007. Publicada el 7 de noviembre de 2007 en el *Diario de Centro América*, conforme el Acuerdo Ministerial número 0750-2007 del Ministerio de Economía.

*Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América*, suscrito en la Ciudad de Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 5 de agosto de 2004. Aprobado por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto número 31-2005. Ratificado por el presidente de la República el 8 de agosto de 2005. Vigente para Guatemala a partir del 1 de junio de 2006.

*Tratado General de Integración Económica Centroamericana*, suscrito en la Ciudad Managua, capital de la República de Nicaragua, el 13 de diciembre de 1960. Aprobado por el Congreso de la República mediante el Decreto Legislativo número 1435. Ratificado por el presidente de la República el 20 de abril de 1961. Vigente para Guatemala a partir del 4 de junio de 1961.



*Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana*, suscrito en la Ciudad de Tegucigalpa, República de Honduras, el 10 de junio de 1958. Aprobado por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto Legislativo número 1262. Ratificado por el presidente de la República el 22 de diciembre de 1958. Publicado en el *Diario de Centro América*, el 11 de marzo de 1959.

### C. Electrónicas

Consejo Judicial Centroamericano en su función de Corte Centroamericana de Justicia Ad-Interim. Disponible en línea: <http://cojudica.org.hn/wp-content/uploads/2015/09/1992.pdf>.

Corte Centroamericana de Justicia. *Historia del Tribunal*. Disponible en línea: <http://portal.ccj.org.ni/ccj2/Historia/tabid/57/Default.aspx>.

Declaración de Guatemala II, suscrita en la Ciudad de Guatemala, República de Guatemala, el 19 de octubre de 1999, en el marco de la XX Reunión Ordinaria de Presidentes de Centroamérica, Vicepresidente de Panamá, Vicepresidente de la República Dominicana y Viceprimer Ministro de Belice. Disponible en línea: [http://www.minex.gob.gt/MDAA/DATA/MDAA/201011091522276161999-10-19%20%20XX%20REUNION%20ORDINARIA%20\(Guatemala\).pdf](http://www.minex.gob.gt/MDAA/DATA/MDAA/201011091522276161999-10-19%20%20XX%20REUNION%20ORDINARIA%20(Guatemala).pdf).

Dirección de Administración del Comercio Exterior del Ministerio de Economía. Áreas: Oficina de Apoyo Administrativo Guatemala, CAFTA-DR, Demanda de EEUU c. Guatemala. Disponible en línea: <http://portaldace.mineco.gob.gt/node/89>.

Monsanto, Alberto E. «Cuadro de la Jurisprudencia Arbitral del Mercosur (Protocolo de Brasilia)», *ALADI-CIDAM VIII Seminario Internacional sobre la Dimensión Jurídica de la Integración*, Universidad Nacional de Rosario, Argentina, 2003, disponible en línea: <http://www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/6053654be7953f91032569fa0064855b/894e167c3040714303256e890055044a?OpenDocument>.

Organización Mundial del Comercio (OMC), Solución de Diferencias, Diferencias por país/territorio, disponible en línea: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_by\\_country\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm)

\_\_\_\_\_. Miembros y Observadores, disponible en línea: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org6\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm)

\_\_\_\_\_. Entender la OMC: Solución de Diferencias, una contribución excepcional. Disponible en línea: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/disp1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm)

Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), Solución de Controversias, Casos Presentados, disponible en línea: <http://www.sieca.int/Portal/Pagina.aspx?PaginaId=3036>.

#### D. Otras

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Guía práctica de solución de diferencias en la OMC*, CEPAL, 2008.

Laudo emitido por el tribunal arbitral que conoció del proceso arbitral entre Guatemala y El Salvador dentro del expediente MSC-02-10, emitido el 13 de febrero de 2012, disponible en línea: <http://www.sieca.int/Documentos/DocumentosMostrar.aspx?SegmentoId=2&DocumentoId=3256&ver=1>.

Informe final del grupo arbitral que conoció del caso Costa Rica vs. El Salvador-Tratamiento Arancelario a Bienes Originarios de Costa Rica, CAFTA-DR/ARB/2014/CR-ES/18, emitido el 18 de noviembre del 2014, disponible en línea: [http://www.sice.oas.org/TPD/USA\\_CAFTA/Dispute\\_Settlement/CAFTA-DR\\_ARB\\_2014\\_CR\\_ES\\_18.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Dispute_Settlement/CAFTA-DR_ARB_2014_CR_ES_18.pdf).

Resolución de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) dictada dentro del Expediente 44-10-21-06-2001 el 12 de noviembre de 2001, disponible en línea: <http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/44-10-21-06-2001/04620/Res.%2044-10-21-06-200.pdf>.

Resolución de la CCJ dictada dentro del Expediente 7-02-05-1996, el 7 de diciembre de 1996, <http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/7-02-05-1996/0221/Res-07-02-05-1996.pdf>

Resolución final emitida por el Tribunal Arbitral que conoció del proceso arbitral entre Guatemala y Costa Rica dentro del Expediente MSC-04-04, emitido el 13 de junio de 2006, disponible en línea en: <http://www.sieca.int/Documentos/DocumentosMostrar.aspx?SegmentoId=2&DocumentoId=3255&ver=1>

Salles Almeida, Juliana, *Mecanismos de solución de controversias comerciales de Latinoamérica: avances y desafíos hacia una mayor judicialización*, trabajo de tesis, Programa de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009.



# Análisis jurídico-doctrinario de los delitos informáticos, su tratamiento, prevención y represión en el ordenamiento jurídico guatemalteco

*MSc. Xiomara Patricia Mejía Navas\**

*Sumario:* I. Introducción. II. Incidencias del tema. III. ¿Qué son los delitos informáticos? IV. La legislación guatemalteca sobre los delitos informáticos. V. Tratamiento, prevención y represión de los delitos informáticos. VI. Referencias: A. Bibliográficas. B. Normativas. C. Otras.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo que se presenta pretende, en primer lugar, estudiar el delito informático y el impacto que ha tenido en la legislación guatemalteca, tomando como base el avance tecnológico que existe en la actualidad y que el principal medio de comunicación que la población utiliza es todo aquel que se genera con el uso de la informática y la tecnología.

En segundo lugar, por estar dicha ciencia inmersa en casi la totalidad de las actividades que la sociedad ejecuta, es necesario que

---

\* Pénsum cerrado en los doctorados de Derecho Constitucional y de Ciencias Criminológicas y Criminalísticas, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Maestría en Derecho Penal, Universidad de San Carlos de Guatemala. Maestría en Ciencias Criminológicas y Criminalísticas, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Desempeñó cargos de agente fiscal del Ministerio Público y letrada de la Corte Suprema de Justicia.

existan dispositivos de seguridad y legales para la protección de los individuos que tienen acceso a esta y que a su vez, el Estado reprenda de manera apropiada cualquier actividad ilícita que acontezca por su mala utilización.

Es necesario que existan mecanismos de protección y resguardo de la información que circula por este medio, de tal manera que los derechos fundamentales de un individuo no se vean afectados. Porque al ser la informática una ciencia cuyo ámbito de aplicación es globalizado, se hace necesario que los países cuenten con instrumentos legales óptimos, efectivos y acordes con la normativa internacional, de tal manera que permitan combatir de manera conjunta toda aquella ilicitud que pudiera generarse, especialmente en esta época, en que las estructuras de la criminalidad organizada están al acecho.

Al abordar el tema, se hace una reseña de los delitos informáticos; de la problemática legislativa, investigativa y judicial existente en el medio guatemalteco en torno a los hechos delictivos informáticos. Se parte de la concepción tradicional del delito, para luego incursionar en el análisis jurídico-doctrinario del *delito informático*, sus incidencias, generalidades y pretensiones.

Asimismo, se hizo un análisis jurídico de los tipos penales informáticos que se encuentran vigentes en Guatemala, para concluir con el abordaje del tratamiento y prevención de los delitos informáticos. El presente estudio le permitirá al lector una visión generalizada sobre este tema y la necesidad imperante en el medio jurídico guatemalteco de regular de manera apropiada este tipo de delitos.

## II. INCIDENCIAS DEL TEMA

El avance tecnológico a diario representa un reto para las naciones; la tecnología permite un desarrollo económico, social, laboral, industrial, etc., y abre fronteras inimaginables circunscritas únicamente a la utilización de un computador.

La informática se ha convertido en una ciencia cuyo ámbito de aplicación es globalizado, que parte ya sea de la utilización de una herramienta básica como lo es un computador, hasta el despliegue técnico y científico de los conocimientos obtenidos en esta rama.

Y ese crecimiento de la tecnología no ha pasado desapercibido por la delincuencia organizada, que la ha utilizado para acercarse a sus objetivos y obtener de ellos beneficios de manera inadvertida, silenciosa y anónima, aprovechándose de esas circunstancias para no ser descubiertos de manera inmediata o, en algunas ocasiones, para ser indetectables.

Esas agrupaciones delincuenciales saben que en el mundo globalizado casi siempre las negociaciones que se realizan movilizan fuertes cantidades de dinero y recursos vía electrónica o circulan datos que pueden clasificarse como sensibles, que les sería de interés posesionarse de ellos.

Como se expuso en el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal:

«La participación de la delincuencia organizada en la delincuencia cibernética es de doble naturaleza: la tecnología de la información puede ser utilizada por grupos de la delincuencia organizada tradicional y también por grupos de la delincuencia organizada centrados en la comisión de delitos cibernéticos. Los informes indican que actualmente existe la tendencia a que los grupos de la delincuencia organizada tradicional cometan delitos de alta tecnología como piratería de programas informáticos, así como pornografía infantil y robo de identidad».<sup>1</sup>

Por lo que en esta era de modernidad, donde la tecnología se ha vuelto indispensable, los hechos ilícitos también han evolucionado y surgen nuevas modalidades delincuenciales que deben ser atendidas de manera urgente y apropiada por los Estados.

Algunas de esas modalidades delincuenciales se cometen a diario e incluyen ingresos no autorizados a bases de datos; manipulación, alteración o sustracción de información de estas, y robo de datos sensibles y confidenciales; con ello dejan en estado de indefensión no solo a personas individuales (al atentar contra su privacidad),

---

1 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal. Salvador, Brasil, 12 a 19 de abril de 2010. Fichas informativas, Austria, UNODC, 2010, ficha informática 8, [http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/factsheet\\_ebook\\_es.pdf](http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/factsheet_ebook_es.pdf).

sino también a personas jurídicas (por el robo de datos confidenciales) o inclusive el propio Estado (por asuntos de seguridad nacional que afectan su soberanía).

Dicho lo anterior, es sumamente preocupante la vulneración y el riesgo al que se puede estar expuesto; es necesario abordar esta temática no solo de manera académica para determinar sus incidencias en el ámbito jurídico guatemalteco, sino generar en los entes encargados esta inquietud, para que analicen, promuevan y legislen de manera apropiada el delito informático.

El delito informático no es de corte tradicional, en que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica sean notoriamente perceptibles, como por ejemplo en un homicidio (artículo 123 del Código Penal guatemalteco), en que el supuesto es «dar muerte a una persona», se mata a alguien, está el cadáver, se le atribuye a un individuo y al probarse su culpabilidad, la consecuencia jurídica será la prisión de «15 a 40 años».

En el delito informático se parte del supuesto que la conducta desviada desarrollada no es común; algunas se encuentran tipificadas en los códigos penales y otras no, porque se descubren día a día, al generarse nuevas formas de ataques informáticos y la legislación se queda rezagada ante ese avance.

En la comisión de este tipo de delito, el criminal puede o no ser especialista en la ciencia informática, pero lo destacable es que los efectos pueden ser perceptibles o determinables a corto, mediano o largo plazo, detectables o consumados en el ámbito en que se desenvuelve la víctima o inclusive con resultados transnacionales.

La autora guatemalteca Edna Rossana Martínez Solórzano expone del delito informático:

«Se caracteriza por ser una delincuencia de especialistas, cuyo descubrimiento y seguimiento se dificulta, por la capacidad de éstos para ocultar o borrar las huellas del delito, lo cual exige la tecnificación y capacitación de los investigadores, factor éste que resulta mucho más importante que las previsiones legislativas. Bien puede tratarse de conductas nuevas, específicamente las ligadas a la tecnología, como la piratería de software, o de refinación de la delincuencia tradicional con utilización de la tecnología informática para la comisión de



delitos comunes (hurtos, estafas, interceptación de comunicaciones, extorsión, aprovechamiento de error ajeno, pánico económico, entre otros)».<sup>2</sup>

De ese pronunciamiento se debe observar que cuando son especialistas informáticos, la detección de la conducta desplegada tiende a ser más difícil, por la misma especialización que tienen en la materia. Actúan de manera oculta; sin contar con autorización del usuario, ingresan a una base de datos, interceptan, utilizan, transmiten cualquier tipo de información (que puede ser de carácter privilegiado).

Y es este tipo de criminalidad el que se considera, representa mayor dificultad tanto para legisladores al tipificar el delito informático, como para los operadores de justicia al tener que investigar, procesar y juzgar esa actividad delictiva.

En algunos tratados y convenios internacionales, así como en estudios doctrinarios sobre informática, se alude a que los principales ataques y tendencias criminales cometidos por especialistas en esta vía, tienen objetivos específicos. Y que en su mayoría están encausados a la obtención de recursos económicos (cualquier tipo de fraude), a la afectación de derechos fundamentales (como datos sensibles proporcionados bajo garantía de confidencialidad, privacidad). Y otros de mayor riesgo, por el tipo de implicación o efecto que causan, son los que atacan directamente intereses supranacionales o directamente contra la soberanía de los Estados (por la incursión en sus bases de datos, comunicaciones, etc., que ponen en peligro las relaciones internacionales y la seguridad nacional).

Esta criminalidad se aprovecha de la dificultad existente para la detección e inmediato descubrimiento de la incursión anómala, en el ocultamiento del ingreso no autorizado, en la utilización, sustracción, manipulación, manejo indebido de la información y la destrucción de los rastros del delito. Aspectos que reflejan que lamentablemente tan noble ciencia, como es la informática, la han convertido en una herramienta eficaz para la comisión de delitos (especialmente los de esta índole), porque los conocimientos y la *expertise* de los

---

2     Martínez Solórzano, Edna Rossana, *Apuntes de Derecho Informático*, Guatemala, Ediciones Mayté, quinta edición, marzo 2010, pp. 133 y 134.

criminales que la utilizan, les permite sin ninguna dificultad alcanzar esos objetivos, mantenerse en el anonimato y a su vez, esas intromisiones ilegales favorecen la impunidad por la dificultad y complicaciones investigativas que tendrán que enfrentar las autoridades.

En Guatemala el problema es aún mayor en comparación con otros países avanzados en esta materia, porque los mecanismos legales y procedimentales existentes para investigar, analizar y procesar este tipo de flagelos son un tanto obsoletos, partiendo de los tipos penales existentes, los que ya no responden a las actividades ilícitas que pueden ejecutarse con la nueva tecnología vanguardista que existe en esta época.

Asimismo, dicha obsolescencia se extiende a los métodos de recolección de indicios y su procesamiento, los que están sujetos a trámites burocráticos, de índole administrativa y presupuestaria de las instituciones a cargo, que por la falta de recursos económicos, instrumentales y humanos (especializados), marchan un paso atrás de la criminalidad.

A diferencia del criterio que sustenta la autora citada, se estima que en esta materia existen los ataques de otro tipo de criminalidad informática (por denominarlos de alguna manera, «delincuencia común»), que no podrá ser tan selecta ni causar las mismas consecuencias que las conductas tecnificadas, pero que sí provoca serias repercusiones. Y de ella se puede decir, que acontece cuando esta actividad delictiva es ejecutada por cualquier individuo, aun sin poseer conocimientos informáticos específicos.

Esta actividad delictiva puede ser cometida por cualquier persona que tenga a su alcance un computador, porque el ataque es dirigido directamente contra el sistema *hardware*, convirtiéndose el ordenador en el objeto del delito; por ejemplo, dañar o destruir una computadora; o en otros casos, ataques contra el sistema *software*, cuando la actividad consiste en borrar o destruir información que forme parte de una base de datos o archivos.

Criminológicamente, este tipo de conducta es más comprensible porque la intencionalidad es diversa a las conductas tecnificadas; el autor puede ser rápidamente individualizado, la detección del daño es inmediata y las pretensiones delictuales varían.

Precisamente de estas circunstancias surgió el interés en el estudio de los delitos informáticos, conocer de qué forma la legislación penal guatemalteca aborda esa problemática, cómo tiene tipificadas esas conductas, si estas responden al avance tecnológico existente en la actualidad; asimismo, determinar cuáles han sido los mecanismos que ha implementado el Estado para la prevención y represión de estos tipos penales.

Para incursionar en el tema con mayor propiedad, se deben tener presentes los aspectos específicos del delito, que los doctrinarios han estudiado y concluyen que es necesario que toda norma penal los contenga: es decir, requiere la descripción de la conducta típica y su resultado.

Pero en esa misión no se debe olvidar que el aspecto esencial de esa norma radica también en el último eslabón, que es la responsabilidad penal del sujeto activo, puesto que es en esta donde se determina la pretensión estatal. De tal manera que al abordar lo relativo a los delitos informáticos, se comprenderán las fortalezas y debilidades que pueden existir al momento de tipificarlos.

En los estudios realizados por los autores españoles Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, es interesante cómo responden sobre esta temática:

«... la norma penal es un conjunto de expectativas. Al sancionar una conducta, el legislador la está valorando negativamente, prohibiéndola y esperando con ello que los ciudadanos se abstengan de realizarla. [...] Desvalor de acción, desvalor de resultado y responsabilidad son, pues, los tres pilares en los que descansa el concepto material de delito en el Derecho penal positivo».<sup>3</sup>

Aspectos que se consideran esenciales y que deben estar contenidos en la norma penal. De esa cuenta, es necesario que el legislador esté consciente de la importancia de la promulgación de una ley, porque la claridad y puntualidad en la tipificación de los actos que desvalorice coadyuvará a que la norma sea efectiva.

---

3 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. España, Tirant Lo Blanch, cuarta edición, revisada y puesta al día, 2000, pp. 46 y 50.

Y en el ámbito informático, esa desvaloración adquiere relevancia porque las conductas delictivas son variables, ante lo mutable de esta ciencia. Por lo que es necesario que el delito informático contenga claramente detallado cuál es la conducta reprochable por el Estado y que la sanción determinada por el legislador sea acorde al daño causado.

En este caso, en atención a los estudios de Muñoz Conde en torno al delito, se estima que esa expectativa como tal, tiene dos variables: la primera, del legislador: en que no se infrinja la norma penal que promulgue. Y la segunda, que se encuentra directamente relacionada con los efectos del delito: en *prima facie* es la expectativa existente en la sociedad, que el legislador sancione de manera efectiva el delito, y consecuentemente, que en el juzgamiento de esa conducta la pena que los juzgadores le impongan al infractor genere la efectividad esperada, por las graves repercusiones que este delito le causa a la sociedad.

### III. ¿QUÉ SON LOS DELITOS INFORMÁTICOS?

En este tema es de analizar el grado de dificultad que enfrentan las naciones al tener que tipificar este flagelo por ser la informática una ciencia mutable, que a diario evoluciona, su utilización es globalizada, las repercusiones que causa –sean jurídicas o no– pueden ser transnacionales. Y el mayor de los problemas es que las legislaciones internas no tengan contemplado en la ley sustantiva penal el delito informático (en ninguna de sus variables).

Los aspectos mencionados dificultan crear un tipo penal específico que soporte ese avance tecnológico; asimismo, no se debe olvidar otro grave contratiempo, como lo es el ámbito legislativo, especialmente en los países latinoamericanos, en donde está presente el fenómeno de la inmutabilidad normativa informática.

Este fenómeno (que he denominado de esa manera) se origina o es consecuencia en que los tipos penales, en este caso los informáticos, quedan estáticos, ya sea por la falta de atención o el desinterés en los legisladores de promoverlos (acorde a la realidad social imperante) tornándose hasta cierto punto irreformables, casi inoperantes, sin que el sistema jurídico pueda responder a la sociedad con medidas

jurídico-penales urgentes, paralelas a esa evolución tecnológica que revoluciona a diario no solo sus bases sino que las estructuras jurídicas que en determinado momento le sirven de soporte para interrelacionarse de manera globalizada.

Esa inmutabilidad normativa informática causa debilitamiento en el sistema jurídico penal. En este caso al analizar el guatemalteco, se establece que la tipificación de los delitos informáticos actuales no cubre una serie de estas modalidades delictivas. Y producto de ese estancamiento jurídico, las instituciones encargadas de la administración de justicia están limitados en su intervención, porque con base en el principio de legalidad, el Estado no puede juzgar y sancionar a los autores de estos actos ilícitos si no están previamente regulados como conductas reprochables en la legislación penal.

Esto porque los supuestos de hecho de los delitos informáticos, al ya no responder a las nuevas modalidades delictivas cometidas por esta delincuencia (por el avance tecnológico), trae como consecuencia que las autoridades, para combatir este tipo de criminalidad, investiguen y juzguen directamente las resultas de los ilícitos ejecutados, subsumiendo los hechos en los supuestos de un tipo penal distinto al delito informático, pero que de cierta forma atiende directamente al resultado que provocó este.

Con ese mecanismo de persecución y juzgamiento, aunque no sea especializado en la materia informática, permite que de una u otra forma las acciones ilícitas que se hayan cometido no queden impunes, aunque técnicamente en cuanto a la materia que se estudia, los hechos informáticos quedan relegados como el instrumento del delito o como aquel objeto determinante para cometer «x» o «y» flagelo.

Para mayor ilustración de lo expuesto y a manera de ejemplo, se puede indicar que ante una actividad delictiva que es eminentemente informática, como el uso o manipulación de información, al momento de su persecución se torna complejo el procesamiento de los vestigios del delito y el respectivo análisis pericial; ello por la dificultad existente en su procesamiento, la estructura de las instituciones encargadas (Instituto Nacional de Ciencias Forenses –INACIF– y Ministerio Público –MP–) no es la más óptima para ejecutar ante la

falta de tecnología de punta, de recurso humano especializado y la inexistencia de recursos económicos para abastecerlas, a pesar de que esta es la prueba reina en un proceso penal en que se juzga un delito informático.

Pero resulta que la finalidad criminal estuvo encaminada a obtener un beneficio económico o de cualquier naturaleza; en este caso las autoridades podrían proceder a su persecución y juzgamiento en dos vías alternas: una, tipificando los hechos en las pretensiones u objetivos a alcanzar por los sujetos activos del delito, y la otra, por el resultado provocado con la actividad ilícita desplegada, es decir, extorsión, chantaje, estafa, coacción, etc.

En el ejemplo expuesto, es de observar que no se utilizaría directamente la esfera del tipo penal informático ni los actos desplegados a través de esta (uso o manipulación de información) sino que los datos o registros obtenidos se convertirían en el instrumento o el medio para cometer el hecho delictivo al que se haya relacionado.

Esa problemática conlleva una serie de dificultades no solo sustantivas sino procedimentales al momento de aplicar la informática al ámbito del derecho penal porque se ve alterada, partiendo de lo que refiere el autor Juan José Ríos Estavillo:

«... los tipos penales tradicionales resultan inadecuados para encuadrar nuevas formas delictivas ya que se trata de ilícitos distintos y aun cuando la doctrina trate de reinterpretar los tipos existentes analizando las figuras punitivas ya creadas para intentar subsumir en ellas los ilícitos informáticos, nosotros consideramos esta actitud incorrecta, ya que el bien jurídico protegido es distinto en cada uno de ellos. Somos de la opinión que en un esquema primario debemos identificar plenamente el bien jurídicamente tutelado».<sup>4</sup>

Ese «resultado inadecuado» al que alude el autor, es certero y refleja la situación jurídica actual que enfrentan los juristas y los operadores de justicia en un proceso penal en que se juzgue tipos

---

4 Ríos Estavillo, Juan José, *Derecho e informática en México. Informática jurídica y Derecho de la Informática* (libro electrónico), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), 1997, p. 128.

informáticos, porque los hechos delictivos informáticos tendrán que ser investigados y juzgados según su resultado, no por el bien jurídico tutelado, aunque sean «ilícitos distintos».

Ante esa problemática y con la finalidad de prevenir, contrarrestar y perseguir las acciones ilícitas en que se utilice la informática, varios países han suscrito convenios y tratados internacionales para combatir sus efectos, pretendiendo con esos instrumentos crear lineamientos generalizados que ilustren y constituyan la base de regulación en las legislaciones internas.

De allí la imperiosa necesidad de buscar un punto de conexión entre las diversas legislaciones internas de los países que permita el trabajo de manera conjunta, la colaboración, asistencia, persecución y sanción de estos tipos penales, así como que se generen mecanismos de prevención para que la sociedad no sea víctima de esta clase de flagelos.

Como primera iniciativa legal de carácter internacional para combatir los «cibercrímenes» o delitos informáticos, en la Unión Europea en el 2001 se propuso la creación de un instrumento para la protección de ataques por medio de la informática y las comunicaciones.

De esa iniciativa, surgió del Consejo de Europa, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, conocido como la Convención de Budapest, cuyo diseño está trazado para ser aplicable a nivel mundial, no solo para países miembros de esa comunidad; porque saben que están frente a un delito transnacional.

La principal finalidad de este convenio es poder armonizar el derecho interno de los países suscriptores, con una política penal común, destinada a prevenir y combatir la criminalidad causada por la vía informática o cibernética, así como mejorar la cooperación internacional con mecanismos expeditos y eficaces de ayuda judicial mutua. Cabe mencionar que diversos países han iniciado acciones para ratificar ese convenio, pero lamentablemente en América Latina ocurre lo opuesto.

Un detalle destacable del Convenio sobre la Ciberdelincuencia es que a pesar de los objetivos que pretende alcanzar, no proporciona

un concepto de lo que debe entenderse o constituyen los delitos informáticos. Como un aspecto generalizado, a manera de ilustración, conceptualiza los términos «sistema informático», «datos informáticos», «prestador de servicio» y «datos de tráfico», como base de interpretación para ese instrumento.

Y la normativa específica, al carecer de un concepto base que ilustre o armonice de manera generalizada lo que debe entenderse por delito informático, obliga a los juristas a tener que recurrir a la doctrina para entender y tratar de definir lo que debe entenderse como tal.

Este evento no es una tarea fácil y al mismo tiempo describe la realidad existente en la mayoría de países, especialmente los latinoamericanos, al tratar de conceptualizar lo que debe entenderse por este delito. Y lo complicado radica en la diversidad de conceptos y definiciones existentes sobre el tema; entonces, deja al libre albedrío del jurista escoger el que mejor se adapte a su pretensión.

Véase, por ejemplo, lo que refiere el autor Julio Téllez Valdés:

«De esta manera, tenemos que, dependiendo del caso, los delitos informáticos son actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)».<sup>5</sup>

La postura doctrinaria del autor citado es compleja y difícil de comprender el sentido o la pretensión final. Es atendible, si se toma en cuenta la dificultad de conceptualizar el acto de desvalor que se debe tipificar en la norma penal, por lo cambiante y evolutivo de la informática, también a causa de la inmutabilidad normativa de los países tercermundistas, en donde un acto podría ser visto como ilícito y en otro lugar no.

Se considera que aunado a lo indicado, los efectos transnacionales de este flagelo y las disyuntivas existentes en torno a legislar los

---

5 Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático* (libro electrónico) México, McGraw-Hill/ Interamericana Editores, 1996, proceso para biblioteca jurídica virtual: Margarita García Castillo y Oscar Montoya Pérez, pp. 103 y 104.



delitos informáticos, son circunstancias que no permiten la existencia de un concepto unívoco a nivel mundial que defina los delitos informáticos, ya que ni el mismo Convenio sobre la Ciberdelincuencia lo contempla, a pesar de ser normativa especializada y determinante en esta materia.

Por consiguiente, los legisladores tienen frente a ellos un reto, el de materializar en la legislación penal interna, tipos penales acordes a la realidad, sin la existencia de un concepto base que les permita interpretar el verdadero sentido de esta ciencia y las graves repercusiones de estos tipos penales, no solo a nivel particular sino estatal.

Pero deben estar conscientes de la protección que el Estado les debe a los individuos, que gozan de derechos fundamentales que no pueden ser afectados, como por ejemplo, el derecho a la privacidad, a la intimidad, al cuidado de los datos sensibles, sin olvidar que esos derechos gozan a nivel mundial de una protección especial, no solo constitucional, sino también están resguardados por convenios y tratados internacionales, que la mayoría de los países ha ratificado.

Continuando con el tema del delito informático, es interesante la perspectiva que tiene el autor Marcos Salt, cuando lo analiza:

«Este concepto de “delito informático” abarca, en realidad, un conjunto de conductas de distintas características, que afectan bienes jurídicos diversos y que solo son agrupadas bajo este concepto por su relación con el ordenador. Esta amplitud del concepto de “delito informático” determina que, a los fines del análisis jurídico, este sea un concepto vacío, sin contenido propio, que sólo puede ser adquirido con la descripción concreta de las distintas conductas que abarca».<sup>6</sup>

Esta definición es una clara muestra de las dificultades mencionadas, donde la conducta ilícita ejecutada no es vista desde una concepción del bien jurídico tutelado apropiado (como delito informático), sino por el resultado provocado con esa actividad, por el uso de un computador; percibiéndose como necesaria la descripción concreta del acto de desvalor.

---

6 Salt, Marcos G., «Delitos informáticos de carácter económico», en Maier, Julio B.J. (compilador), *Delitos no convencionales*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1994, p. 226.

Pero si se examina a fondo ese concepto, se extrae que al considerar que se afectan bienes jurídicos de otra naturaleza, se añade como elemento fundante la afectación que se provoque como tal, es decir, el bien jurídico tutelado o afectado; por ejemplo, delitos que atenten contra la economía, el pudor, la privacidad, la seguridad (tanto personal, como nacional o Estatal), etc., éstos serán tratados y procesados en la administración de justicia de esta manera, porque se ve a la informática, no como ciencia, sino como instrumento del delito, por el uso del ordenador.

Porque la utilización de la informática no es vista como independiente, sino como el mecanismo, medio o instrumento del delito, por el uso del computador y las actividades ejecutadas son investigadas, procesadas y juzgadas por los bienes jurídicos que se hayan afectado.

Al comparar los argumentos expuestos por los autores Ríos Estavillo y Salt, difieren en cuanto a la perspectiva de aplicabilidad de las normas, puesto que el primero es concreto al referir que es incorrecto que se aplique otro tipo penal que no sea el informático porque el bien jurídico tutelado no es el mismo; es decir, el autor está claro en cuanto a la especificidad que guarda este tipo penal.

Pero en el caso del segundo, se estima que es el que más se acerca a la realidad jurídica actual de los países latinoamericanos porque en las legislaciones internas no existe un tipo penal claro y preciso, cuyos supuestos de hecho permitan encuadrar estas conductas al delito informático, de allí la calificación de «vacío»; aunque ese proceder no sea jurídicamente el más apropiado, de ello cabe preguntarnos: ¿para qué se regulan los delitos informáticos si no van a ser aplicados?

Lo opuesto de ambos criterios radica, precisamente, en la dificultad que se afronta para conceptualizar y tipificar un delito informático. Y en aspectos que parecen ser tan simples, el resultado jurídico podría ser devastador. Esa problemática es perjudicial en la persecución y combate de este flagelo puesto que al estar frente a esta debilidad, se opta en la mayoría de los casos a no denunciar los hechos, con lo que se incrementaría la cifra negra de criminalidad informática.

Y es precisamente por este tipo de debilidades en los ordenamientos jurídicos que el crimen organizado ha aprovechado, beneficiándose para obtener riquezas, evadir la persecución penal, pero sobre todo quedar ocultos, en la clandestinidad, ante la difícil tarea que tienen que realizar los órganos estatales para poder individualizarlos.

Existe otra postura al analizar los delitos informáticos, que estudia directamente la información que circula por la vía informática. El autor Hugo Daniel Carrión refiere:

«Aquellas acciones típicas, antijurídicas y culpables que recaen sobre la información, atentando contra la integridad, confidencialidad o disponibilidad, como bien jurídico de naturaleza colectiva o macrosocial (abarcativo de otros intereses, vgr.: propiedad común, intimidad, propiedad intelectual, seguridad pública, confianza en el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos, etc.), en cualquiera de las fases que tienen vinculación con su flujo o intercambio (ingreso, almacenamiento, proceso, transmisión y/o egreso), contenida en sistemas informáticos de cualquier índole, sobre los que operan las maniobras dolosas».<sup>7</sup>

Esta definición aborda un aspecto esencial de los delitos informáticos, como lo es el flujo de la información. La mayoría de las conductas ilícitas en esta materia están encaminadas a la obtención de cualquier tipo de información que pueda ser aprovechada para obtener algún tipo de beneficio, máxime si esta se encuentra relacionada con aspectos financieros, de seguridad, de identidad o intimidad de un individuo, etc. Pero como se indicó anteriormente, la que se considera que podría afectar a toda una comunidad, no solo derechos fundamentales, es cuando el propio Estado es objeto de esa interceptación porque está en riesgo la seguridad nacional.

En cuanto a este punto, pero en torno al individuo, se estima pertinente abordar la postura del autor Marcelo Alfredo Riquert, quien considera que es fundamental que se proteja penalmente el derecho a la intimidad en el espacio virtual e indica:

---

<sup>7</sup> Carrión, Hugo Daniel, «Presupuestos para la incriminación del hacking» (documento electrónico), 2001, <http://delitosinformaticos.com/trabajos/hacking.pdf>, p. 18.

«La siempre existente tensión entre lo particular y lo colectivo, lo individual y lo social, las garantías y la eficacia, se presenta aquí con renovada intensidad, al punto que hoy la adecuada protección de la intimidad preocupa en una doble perspectiva: a) desde la función protectora o tutelar que, como bien jurídico valioso, se procura brindarle con el recurso del derecho penal frente a los ataques ilegales de los que pudieran ser objeto; b) desde la necesidad de fijar o poner límites a los ataques legales que el estado le efectúa en camino de la persecución de otros delitos o intereses que coyunturalmente se estiman superiores».<sup>8</sup>

Preocupaciones que son atendibles y que deben ser abordadas de manera apropiada por el legislador, porque en sus manos está no solo crear el tipo penal informático apropiado, sino que además, debe proveer también los mecanismos legales para la correcta persecución pero siempre en protección del individuo, garantizando el resguardo de la información sobre su identidad o aquella vinculada con el desarrollo de su persona, de tal forma que la averiguación de la intrusión no se convierta en otro tipo de ataque.

Por ser la informática la ciencia que ha revolucionado todo lo concerniente a la información y su flujo, es necesario que la comunidad internacional una esfuerzos en crear normativas adaptables entre sí, en un solo frente jurídico, de tal manera que se garantice la cooperación y asistencia judicial mutua para el procesamiento de este delito.

Porque como se indicó en el citado Congreso de las Naciones Unidas:

«Sin embargo, a pesar de medio siglo de debate, el uso indebido de la tecnología en la forma de delincuencia cibernética durante los últimos años sigue planteando un grave problema para el cumplimiento de la ley y para los legisladores. En comparación con los delitos “tradicionales”, la cooperación internacional para hacer frente a los delitos electrónicos y cibernéticos está sorprendentemente subdesarrollada habida cuenta de su importancia».<sup>9</sup>

---

8 Riquert, Marcelo Alfredo, *Proteccion penal de la intimidad en el espacio virtual. Análisis de derecho nacional y comparado*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2003, pp. 13 y 14.

9 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *op. cit.*, nota 1, ficha informática 8.

Lo anterior, a pesar de que los primeros pasos de tal inquietud se condensaron en la comunidad europea con la Convención de Budapest, que proponía la creación en las legislaciones internas de los diversos países partes y suscriptores de tipos penales que contemplaran conductas ilícitas explícitas en esta materia, numerando algunas, las que en ese momento se creyeron como las que más repercusiones jurídicas estaban provocando en las sociedades, presentes aún en esta época.

Las actividades ilícitas que se detallaban estaban dirigidas a contrarrestar los ataques contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y los sistemas informáticos (acceso e interceptación ilícitas, ataques a la integridad de los datos o del sistema, o el abuso de dispositivos); delitos informáticos (como falsificación o fraudes informáticos); relacionados con el contenido (pornografía infantil) y con la propiedad intelectual y derechos afines. Asimismo, contempla normas relacionadas con la conservación, obtención de la información y cómo compartirla, regulando principios relacionados con la cooperación internacional para asistencia mutua en la investigación y juzgamiento de estos delitos.

Continuando con el análisis de los delitos informáticos, otro aspecto notable que el citado autor Ríos Estavillo menciona es que:

«... el bien jurídicamente tutelado propiamente en los ilícitos informáticos llamados más adelante como delitos informáticos, es la información, ya que, por las características de las posibles conductas ilícitas en los supuestos mencionados en el transcurso del presente apartado, lo que se protege es la información contenida en bancos y bases de datos, redes de computadoras, o simples computadoras personales».<sup>10</sup>

Es importante en torno al flujo de la información mencionar la actividad que ha tenido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE– (que forma parte de la Comunidad Europea). Esta organización, no obstante la finalidad con la que fue creada –expandir la economía, la estabilidad financiera de todos los países, desarrollar las economías, enfrentar los desafíos que esta represente y el establecimiento de negociaciones que permitan la

---

10 Ríos Estavillo, Juan José, *op. cit.*, nota 4, p. 129.

inversión-, desde 1980 ha sido constante en la vigilancia, estudio y propuestas concretas para la protección de la información que circule por las redes globales que se deriven de esas actividades, pero al mismo tiempo velan por la protección de los datos personales del individuo y su privacidad.

Y para ello en 1983 la OCDE, como resultado de estudios realizados en la materia, se pronunciaron en torno al delito informático como «cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesado automático de datos y/o transmisiones de datos. Los delitos informáticos se realizan necesariamente con la ayuda de los sistemas informáticos, pero tienen como objeto del injusto la información en sí misma».<sup>11</sup>

Definición que se estima muy generalizada y que en el sentido positivo de la norma, dificultaría en las legislaciones internas de los países la tipificación de los delitos informáticos.

Pero lo que sí es de admirar de esa comunidad es que están conscientes de la necesidad de proteger a los individuos en sus derechos ante esa vulnerabilidad por el avance de la tecnología, la circulación de la información, así como por el crecimiento excesivo de las comunicaciones por el internet.

Y desde esa década hasta la actualidad la OCDE<sup>12</sup> ha promovido diferentes mecanismos para garantizar el flujo de la información con pronunciamientos, directrices y recomendaciones sobre la protección de la privacidad y libertades fundamentales. Directrices que, como tales, no son vinculantes; sin embargo, han sido adoptadas como

---

11 González, Juan Domingo, *Ley de Delitos Informáticos (26,388). Violación de Secretos y Privacidad* (libro electrónico), página 8, Informe%20-%20Ley%20de%20Delitos%20Informaticos[1].pdf.

12 Las recomendaciones de la OCDE inician el 23 de septiembre de 1980. Entre los pronunciamientos que ha formulado en torno a la protección de la información se encuentran: en 1985, la declaración sobre flujo de datos transfronterizos; en 1998, reafirmaron la intención de proteger la privacidad en las redes globales y el flujo transfronterizo de datos personales; en el 2002, promueven directrices para la seguridad de los sistemas y las redes de información, al estar conscientes de la influencia del internet en toda vía de comunicación, por la forma como circula la información; dirigidas a concientizar a la población sobre los riesgos existentes, crear mecanismos para protegerlos.

recomendaciones por el Consejo de Europa e introducidas las ideas principales a los convenios, que sí adquieren calidad de vinculantes al ser ratificados por los países miembros y los que deseen adherirse a ellos.

Con esas recomendaciones se pretende la armonización de las normativas internas de los países miembros a fin de proteger el flujo de datos transfronterizos, cuya prioridad fue (y es a la presente fecha) garantizar la privacidad. Asimismo, regular la asistencia mutua, de tal manera que se facilite todo intercambio de información que sea necesario, asegurándose que no existan inconvenientes ante posibles discrepancias entre legislaciones que hagan incompatible esa protección, uso o intercambio de la información.

Las recomendaciones están dirigidas no solo a garantizar el flujo de la información, sino lo más importante, da los primeros pasos para protegerla, evitándose así perjuicios no solo a la persona natural, sino al propio Estado, procurando por la existencia de mecanismos jurídicos armónicos que tiendan a garantizar la efectiva circulación, así como, de ser necesario, la cooperación internacional para su investigación.

La importancia de mencionar en este tema a la OCDE y sus recomendaciones (aunque pareciera un tanto fuera de lugar), es para ilustrar no solo a los Estados (como garantes en la protección de los derechos fundamentales) sino a los individuos en general (como mecanismo de prevención), que estén conscientes de los peligros y las graves repercusiones que se podrían generar por la utilización o el mal uso de la información o datos sensibles por parte de entes criminales que utilizan la vía informática para delinquir.

Y es indudable que el avance y la incursión de esta ciencia en todos los campos: laborales, sociales, económicos, políticos, industriales, etc., ponen en riesgo los derechos de una persona, ante la posible intromisión de estos en bases de datos y aprovechar la información en perjuicio del individuo, que no conoce su ejecución hasta que sus efectos o repercusiones se exteriorizan.

De todos los aspectos expuestos, se aprecia la problemática existente en el ámbito jurídico para crear un concepto universal de

lo que es el delito informático; y los pocos que se han atrevido a formularlo se concretan a realidades parciales de lo que su experiencia o vivencia les permite conceptualizar.

Asimismo, la imprecisión normativa del delito informático acarrea, para el jurista, otro tipo de dificultades en la aplicación de la ley sustantiva penal, cuando se tenga que juzgar un caso relacionado con esta materia. Existe dificultad para imputar la conducta ilícita al sujeto activo si la repercusión tuvo efectos transnacionales, puesto que el acto puede ser ejecutado en un lugar y su resultado puede acontecer en cualquier país del mundo, lo que causa conflictos con la territorialidad de la ley penal.

Otro inconveniente que se presenta es en cuanto al tratamiento en la comisión del delito como tal: si este es único, continuado o permanente; si podría haber una tentativa; la posible aplicación de los concursos de delitos o, en su caso, si para sancionar este, se hará por la acción ilícita ejecutada o por el resultado provocado.

La parte medular en el proceso penal radica en el hecho de que la intimación del tipo penal debe ser específica a la conducta que se realice. Es decir, que se imputen específicamente las conductas prohibidas, en este caso, las contenidas en los delitos informáticos o cibernéticos (según la legislación); pero acontece que estos, en la mayoría de los casos, no están tipificados, por lo que ha existido la tendencia a juzgar esa conducta criminal bajo los supuestos de hecho de tipos penales tradicionales, basándose directamente en el resultado que provocó aquella ilicitud.

Se estima que es ardua la tarea de legislar un tipo penal informático que cumpla no solo con las expectativas internacionales, sino que además sea apto en la legislación interna de cada país.

Es por ello que se propone, para cumplir con ese objetivo, que el legislador asuma una postura más activa, que previo a aprobar las iniciativas de ley, la comisión responsable realice estudios exhaustivos, con soporte criminológico, de esta conducta desviada, así como con el respaldo de los conocimientos y prácticas de los expertos en informática.



Esto con el propósito de que los tipos penales que se promulguen, contengan elementos esenciales, efectivos, pero sobre todo como un mecanismo de política criminal uniforme con la normativa internacional. Porque solo conociendo a esta delincuencia y su motivación, permitirá abordar apropiadamente esas conductas desviadas. Para ello es necesario contar con estudios causal-explicativos que le den soporte al andamiaje jurídico y facilite el tratamiento judicial efectivo, acorde a este tipo de flagelo.

Lamentablemente, la debilidad existente en los ordenamientos jurídicos, partiendo de la ausencia, deficiencia o una inadecuada normativa jurídica interna; la carencia de protocolos, métodos de detección, recolección y procesamiento de los indicios informáticos; la carencia de tecnología de punta para la realización de la investigación, permiten que en muchas ocasiones esos delitos queden en la impunidad.

Se considera fundamental y necesario que las naciones regulen en su normativa los delitos informáticos y sus supuestos de hecho se encuentren a la vanguardia de las tendencias internacionales (convenios o tratados internacionales) o, en el caso de estar ya regulados, que los legisladores procuren su optimización por medio de reformas, de tal manera que no queden inoperantes (ante el avance tecnológico) y de ser necesario, crear nuevos tipos penales.

Ello contribuirá a que el sistema de justicia cuente con un andamiaje jurídico efectivo, operante, que no solo garantice a los individuos la protección de sus derechos sino que las víctimas cuenten con mecanismos legales que les permitan restaurar los daños y perjuicios que se les han ocasionado.

Asimismo, que las instituciones relacionadas con la administración de justicia cuenten, no solo con una base normativa eficaz, un sistema jurídico operante que contemple mecanismos que permitan y faciliten el uso de métodos, asistencia, recursos, etc., acordes para la obtención, recolección y procesamiento de los indicios informáticos, sino que además se provean las herramientas legales apropiadas para facilitar el trabajo conjunto con la comunidad internacional en la persecución y juzgamiento de este flagelo.

#### IV. LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA SOBRE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

La ciencia de la informática es una disciplina que no solo implica el tratamiento de la información sino que sus programas, funciones y estructura en sí, conllevan una serie de aspectos técnicos que al tratar de incorporarlos al ámbito jurídico, representan un gran reto para los legisladores.

Máxime cuando se está frente a la creación de tipos penales informáticos que tengan que tipificar y combatir las actividades desviadas que puedan cometerse por el mal uso de esta ciencia, las que impliquen manipulación o destrucción de los equipos que le sirven a esta y que puedan afectar información confidencial o privilegiada de personas naturales, jurídicas o del propio Estado. Pero sobre todo que esos delitos que se tipifiquen, respondan a los procesos legales existentes en la legislación interna que permitan su juzgamiento.

Tomando en consideración que es necesario que en el ámbito jurídico se incorpore una serie de mecanismos legales tendientes, no solo al conocimiento de estas conductas (como mecanismo de prevención), sino lo más importante, su tratamiento, en la represión de estas actividades ilícitas. Para ello, no basta simplemente con instaurar un catálogo de delitos, los que a futuro se convertirán en inoperantes, si no se atiende en su tipificación a los avances tecnológicos y a las recomendaciones que la comunidad internacional ha formulado en las convenciones y tratados internacionales de la materia.

Porque la época actual se caracteriza por ser tecnológica, desarrollándose a pasos agigantados por los nuevos descubrimientos e invenciones, sin olvidar que al lado, casi en igual proporción, está la delincuencia organizada, que se aprovecha de ellas porque utiliza esos avances tecnológicos para delinquir, dejando a los individuos en total desventaja y desprotección si los Estados no adquieren el compromiso de abordar esta problemática.

Como punto de partida para abordar este tema, se estima necesario plasmar la normativa constitucional existente en la legislación guatemalteca que regula la protección de los derechos fundamentales, los datos sensibles, así como el flujo de la información que circula vía electrónica.

La Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985, con vigencia a partir del 14 de enero de 1986, contempla en el artículo 30 los derechos a la confidencialidad y la privacidad, garantizándole a todo habitante la certeza sobre el manejo confidencial de la información o datos que proporcionen bajo ese contexto, otorgándole esa misma protección a los asuntos de seguridad nacional y diplomáticos. Y en el artículo 31 prohíbe la creación de cualquier registro y archivos de filiación política.

En ese cuerpo legal, en el artículo 24, se regula la protección a la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros; lo destacable de esta norma es que es clara, puntual y regula de manera amplia la protección a la información. Está garantizando el secreto de las comunicaciones, que circulen por escrito (correspondencia) o por la vía telefónica, radiofónica, cablegráfica y deja abierta la posibilidad de protección de cualquier tipo de información que se genere por productos de la tecnología moderna.

Como se puede apreciar, la Constitución Política de la República de Guatemala es avanzada e innovadora como garante de la protección de esos derechos fundamentales; además, es previsoras al fundar la base jurídica para fortalecer la legislación interna ante el avance de la informática, y así esta no quede rezagada.

Las normas constitucionales mencionadas garantizan la confidencialidad de la información o de cualquier dato de carácter personal que se haya proporcionado, por lo que al estar plasmados en ese cuerpo legal, gozan de especial protección, exigible en cualquier instancia legal.

Dicha protección constitucional ha sido introducida a la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto número 57-2008 del Congreso de la República, promulgada el 23 de octubre del 2008, con vigencia a partir del 21 de abril del 2009.

Es importante mencionar que esta ley, en su artículo 9, contempla definiciones de lo que debe entenderse por «datos personales», «datos sensibles», «información confidencial», «información reservada» y «seguridad nacional»; conceptos que ilustran lo que debe comprenderse de estos, la protección que alcanzan y la información que debe ser proporcionada.

Al analizar en la legislación guatemalteca, la ley sustantiva penal no contempla una definición de lo que es delito, para que en materia informática se pudiera hacer aunque sea una aproximación en la conceptualización de esta clase de flagelos, teniéndose (como se indicó anteriormente) que recurrir a la doctrina para adquirir un mayor entendimiento.

Como ya se puntualizó, esa circunstancia representa para el jurista un grado de dificultad en la integración de normas y en el desarrollo de su actividad, al ser inexistente un concepto universal del significado de los delitos informáticos que permita, en un proceso penal, que todos los sujetos involucrados conozcan, manejen y argumenten una misma terminología, un mismo tópico; que no recurran en su interpretación a cualquier concepto que se localice y que mejor se adapte a su pretensión. Sobre todo, porque en este tipo de delitos el resultado puede ser causado por su carácter transnacional, en cualquier país del mundo.

De ello radica la importancia de que exista una normativa clara y precisa que permita una unificación normativa o que, por lo menos, contenga una aproximación en cuanto a los supuestos de hecho de los tipos penales, de tal manera que no importe su denominación, sino los actos o conductas ilícitas que se están prohibiendo.

El Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 y sus reformas, promulgado el 05 de julio de 1973, que entró en vigencia el 15 de septiembre del mismo año, en el título VI regula los «delitos contra el patrimonio»; dentro del mismo, en el capítulo VII contempla los «delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y *delitos informáticos*».

Ese capítulo adquirió esa denominación con el artículo 12 del Decreto número 33-96 del Congreso de la República, que fuera publicado el 25 de junio de 1996, e incluyó los delitos informáticos.

Del artículo 13 al 19 del referido decreto, se incluyen en el Código Penal siete tipos penales informáticos específicos, contenidos del artículo 274 literal «A» al artículo 274 literal «G»: *destrucción de registros informáticos, alteración de programas, reproducción de instrucciones o programas de computación, registros prohibidos, manipulación de información, uso de información y programas destructivos*.

Los delitos informáticos tipificados en esos artículos, contemplan las conductas desviadas siguientes:

- a) Destruir, borrar o de cualquier modo inutilizar, alterar o dañar registros informáticos.
- b) Alterar, borrar o inutilizar instrucciones o programas que utilicen las computadoras.
- c) Copiar o reproducir instrucciones o programas de computación.
- d) Crear banco de datos o registros informáticos con datos que afecten la intimidad de las personas.
- e) Utilizar registros informáticos o programas de computación para ocultar, alterar o distorsionar información requerida para una actividad comercial, cumplimiento de una obligación, o de los estados contables o situación patrimonial de una persona (individual o jurídica).
- f) Distribuir, circular programas destructivos, que afecten directamente el *software*.

Como primer punto se debe analizar que Guatemala, no obstante tener regulados en el Código Penal los delitos informáticos, lamentablemente los legisladores no le han dado la debida importancia, desde que fueron adicionados al citado Título VI, estos han permanecido inmutables, no han sido actualizados conforme a los avances tecnológicos.

Al profundizar en el estudio del Título VI de ese cuerpo legal, se establece que los delitos informáticos tipificados fueron incluidos en ese título sin analizar a fondo el bien jurídico tutelado o protegido en el mismo, porque los tipos penales contenidos en este se podrían denominar como delitos tradicionales, cuyo bien jurídico protegido es el «patrimonio», los que son de carácter eminentemente perceptible (por el objeto sobre el que recae el ilícito) y que representan un valor económico, donde se incluyen delitos como hurto, robo, usurpaciones, extorsiones, chantajes, apropiaciones, defraudaciones, daños.

Pero en el caso de los delitos informáticos, estos no son de tipo tradicional por los aspectos circundantes de su entorno, por

la época moderna y altamente tecnológica en la que acaecen y el bien jurídico tutelado no es de carácter patrimonial sino más bien intangible, como lo es «la información». Además, su infracción podría ser o no perceptible de manera inmediata o acontecer en cualquier lugar del mundo (inverso a la consecuencia del delito patrimonial) porque su vulneración recae sobre bienes de naturaleza intangible (privacidad, confidencialidad, datos sensibles, seguridad nacional, etc.), derivado del flujo de la información y la utilización de la tecnología.

A manera de suposición se indica que posiblemente los legisladores los incluyeron en el apartado de derechos de autor y propiedad industrial, por considerar la afectación a los registros, programas informáticos o afectación al propio computador, circunstancia que no ha podido establecerse en la iniciativa de ley ni en los considerandos del Decreto 33-96 del Congreso de la República.

Como segundo punto, la legislación guatemalteca se encuentra rezagada en lo relacionado al tratamiento penal en esta materia; es evidente que la tipificación de los delitos informáticos vigentes no responde a las recomendaciones formuladas en las convenciones y tratados internacionales.

En el caso de Guatemala, esa falta de atención legislativa en esta materia ha traído nefastas consecuencias a la sociedad ante el incremento desmedido de la criminalidad organizada, la que utiliza en sus fechorías mecanismos informáticos, pero que en su mayoría no pueden ser perseguidos de forma apropiada por no estar tipificados en la ley penal.

Tan solo puede citarse un minúsculo avance en esa materia, cuando el Congreso de la República de Guatemala promulgó la Ley contra la Corrupción, contenida en el Decreto número 31-2012, emitida el 30 de octubre del 2012 y con vigencia a partir del 30 de noviembre del mismo año, con el que se reformaron los artículos 274 literales «A» (destrucción de registros informáticos) y «F» (uso de información).

En cuanto al resto de los delitos informáticos, se mantienen inmutables. No se ha decretado sobre ellos alguna reforma, adición o derogación, y como se señaló anteriormente, ya no responden a

los avances tecnológicos ni al contenido de las recomendaciones formuladas.

Al analizar a profundidad los delitos informáticos, se hacen los siguientes pronunciamientos:

- i. Los supuestos de hecho del delito de destrucción de registros están dirigidos específicamente a sancionar a todo aquel que destruya, borre, altere, inutilice o dañe los registros informáticos, es decir, la protección directa de la información contenida en los programas operativos del equipo informático.

Los supuestos de hecho tienden a sancionar los ataques directos contra el sistema operativo de una computadora (*software*) e incluyen la variable importantísima para los operadores de justicia, que es cuando esa actividad tiene propósitos de obstaculizar una investigación o el procesamiento de carácter penal.

Lo criticable de la reforma es que está dirigida tan solo a la destrucción de los registros informáticos, no a los efectos inmediatos o colaterales que de esa conducta ilícita puedan derivarse.

- ii. Aunque pueda colisionar con los delitos de propiedad intelectual o derechos de autor, en los delitos de alteración de programas o de reproducción de instrucciones o programas de computación se sanciona en los delitos informáticos esas conductas.

Lo criticable de la norma es que está dirigida tan solo a la reproducción o alteración, no a los efectos inmediatos o colaterales que esas conductas ilícitas provocan, por ejemplo, la «piratería», que causa graves repercusiones a la economía de un país e impide la tributación, por lo que deberían ser revisables.

- iii. Al igual que la conducta anterior, en el caso de la creación de registros prohibidos solo se sanciona aquella conducta tendiente a la actividad como «creación» de un banco de datos que afecte la intimidad de las personas, pero no se incursiona directamente en las repercusiones o efectos derivados de esa actividad.

Y es precisamente en ese flagelo donde radica la principal actividad de la delincuencia organizada, que abarca delitos

de pornografía (mayormente de niños(as) y/o adolescentes), trata de personas, etc.

- iv. En cuanto a la manipulación de la información, está normada directamente a actividades de tipo comercial, crediticio, contables, pero se obvia la utilización o manipulación de información, por ejemplo, para crear personas ficticias, el robo de identidad, etc.
- v. En cuanto a las reformas del delito de uso de información, solo se sanciona la utilización u obtención de la información, pero no aborda aquellos aspectos cuando la conducta ilícita llegue a afectar la intimidad de las personas, no incursiona directamente en las repercusiones o efectos derivados de esa actividad, que podrían ser nefastos, puesto que está en juego la distribución y divulgación de datos sensibles, de carácter confidencial, reservado o de seguridad nacional.
- vi. En el caso del delito de programas destructivos sanciona solo la actividad de distribuir o circular programas o instrucciones destructivas, pero no incursiona directamente en las repercusiones que esa actividad produce, como lo es el daño al sistema operativo y todo lo que ello conlleva.

Como puede apreciarse de los tipos penales informáticos vigentes en la legislación interna de Guatemala, es evidente que al momento de su promulgación no se les dio la importancia debida, no se respaldó la propuesta de ley en estudios de expertos en esta ciencia, criminológicos y criminalísticos que demostraran los graves perjuicios que se pueden ocasionar no solo a la persona (natural o jurídica) sino al propio Estado, por la invasión y acceso a datos sensibles.

En consecuencia, se norma en esa ley sustantiva tipos penales que no reflejan una política criminal preventiva, menos aún represiva. Todos los delitos informáticos aludidos contemplan sanciones de prisión mínimas que oscilan, según el tipo penal, de seis meses a dos años; seis meses a cuatro años y solo uno de ellos contempla de uno a cinco años; pero lamentablemente al momento de darse una condena, ninguno de estos tipos penales amerita que el condenado tenga que ser recluido en prisión para su cumplimiento.



Todos los tipos penales están sancionados con penas de multa las que se consideran nulas, inoperantes, pudiéndose calificar de «ridículas» las que evidentemente ocasionan efectos negativos no solo para la sociedad guatemalteca, sino para la comunidad internacional. Estas se encuentran entre los parámetros de doscientos a dos mil quetzales; de quinientos a dos mil quinientos quetzales; de doscientos a mil quetzales; de quinientos a tres mil quetzales y de dos mil a diez mil quetzales.

Como puede apreciarse, las penas reguladas por los legisladores para estos tipos penales *no son*, bajo ningún punto de vista legal, *disuasivas*; por el contrario, realmente se consideran ínfimas en comparación con el grave daño que provocan al individuo; circunstancias que son aprovechadas por la delincuencia organizada para cometer sus fechorías, a sabiendas que si en un momento determinado son procesados, la condena que deberán cumplir será insignificante, aunado a que gozarán de la inmediata libertad porque gozan del beneficio de ser *conmutables*.

Y porque conforme a las normas adjetivas penales, las condenas por estos delitos cuya pena no excedan de tres años gozarán del beneficio de la *suspensión condicional de la ejecución de la pena*. Es decir, el condenado saldrá inmediatamente en libertad, no obstante ser tipos penales que podrían ser incluidos entre los denominados «de cuello blanco».

Por ejemplo, si se analiza el delito de reproducción de instrucciones o programas de computación, estos tienen un costo elevado, gozan además de la protección de los derechos de autor y propiedad industrial, pero se impone una pena de *multa* que oscila de Q.500.00 a Q.1000.00, cantidad insignificante en comparación con las ganancias ilícitas que obtendrá el infractor por la venta del programa reproducido.

De igual manera, se encuentra la *vulneración a la intimidad de las personas*, que es intangible, son datos sensibles o confidenciales que gozan de protección constitucional e internacional (con los convenios o tratados), porque se afectan derechos fundamentales de un individuo. Pero el artículo 274 «D» (registros prohibidos), castiga con una pena de prisión de 6 meses a 4 años y una *multa* de Q.200.00 a Q.1000.00, cuando el daño causado es incalculable y sus ulteriores

consecuencias podrían arribar hasta en un robo de identidad, la destrucción crediticia del individuo, daño en su pudor y honor, etc.

Y es en esta clase de delitos en donde precisamente se requiere que el Estado cumpla con los deberes que la Constitución Política de la República de Guatemala le ha asignado y le garantice a todo habitante del país el correcto resguardo y protección a sus derechos individuales.

Para abordar esa problemática, se estima que el primer paso sería crear una estructura jurídica acorde a los delitos informáticos. Tomando como punto de partida el bien jurídico tutelado; en este caso, la información se considera como un derecho difuso, intangible, no palpable, que debe ser protegido.

Por lo que los delitos informáticos deberían plasmarse en un apartado específico de la ley sustantiva penal o en una ley especial, tomando en cuenta que las conductas desplegadas son diversas, pero que tienen como factor común la circulación de la información. Y sus resultados de igual manera son diferentes ya que pueden afectar desde los derechos fundamentales intangibles de un individuo hasta ocasionar daño o destrucción en infraestructuras informáticas o causar cualquier tipo de repercusión de índole económica.

Por lo que es necesario promover un andamiaje jurídico que no solo proteja esos derechos, sino que al mismo tiempo garantice que los entes involucrados en la administración de justicia cuenten con herramientas acordes, apropiadas para la investigación y el juzgamiento en esta clase de flagelos.

## V. TRATAMIENTO, PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

En cuanto al tratamiento de los delitos informáticos o cibernéticos, existe la preocupación de varios sectores de la población guatemalteca respecto a la necesidad imperante de que se mejore la normativa penal sobre este tema.

En esta materia, se ha visto el crecimiento de conductas ilícitas ejecutadas en la sociedad guatemalteca en las que el principal instrumento delictivo ha sido un computador, teléfonos móviles, etc., por lo que es necesario que los tipos penales informáticos combatan

efectivamente esa criminalidad y contemplen sanciones adecuadas a las actividades desplegadas.

Como mecanismo de prevención de los delitos informáticos, se estima que es conveniente que los usuarios de los sistemas informáticos, al tener acceso a estos, tomen medidas de precaución o control a fin de evitar ser víctimas de estas actividades criminales, evadiendo las circunstancias de riesgo que podrían afectar su intimidad o aquellos datos que podrían ser catalogados como sensibles o confidenciales. Igualmente debe existir por parte del comercio, la banca y la industria, la implementación de mecanismos de prevención y control óptimos y efectivos, a fin de proteger las actividades que realizan.

El Estado de Guatemala tiene como deber constitucional garantizar a los habitantes de la República la libertad, la justicia y la *seguridad* (artículo 2 constitucional); el deber de seguridad no ha de ser visto solo desde la perspectiva de protección física al individuo sino en su sentido amplio, al garantizar la seguridad en las comunicaciones –en este caso, la información que circula por la vía informática–. Seguridad que comprende desde la creación de normas jurídicas efectivas que tiendan a la protección de la intimidad y los datos sensibles, hasta garantizar la persecución y juzgamiento de esta clase de flagelos.

Pero lamentablemente la ley sustantiva penal en materia informática es muy débil, refleja que no existe una política criminal de prevención para esta clase de delitos que sea persuasiva, que tienda a que este tipo de criminalidad se abstenga a ejecutarlos. Por el contrario, las penas de multa y prisión son mínimas. Por esa circunstancia, el Estado, como garante del debido proceso, debe otorgarles a estos delincuentes los beneficios contenidos en la propia ley.

Se considera que el Estado no debe olvidar las recomendaciones formuladas por la comunidad internacional en torno a la prevención, tratamiento y represión de los delitos informáticos o cibernéticos, creando una política criminal acorde a los avances tecnológicos, normando tipos penales eficaces, porque de continuarse en la misma situación pondría en riesgo la actividad pública y la seguridad

nacional (por su carácter invasivo), debiéndose tomar en cuenta las graves repercusiones que podrían ocasionarse al utilizar la criminalidad organizada cualquier información que logren obtener de forma anómala.

Siendo entonces el Estado responsable de crear en su legislación instrumentos legales que sean óptimos, efectivos, que regulen tipos penales que se encuentren a la vanguardia con la tecnología de punta, así como que respondan a la normativa internacional.

Ello permitirá que entre los Estados pueda darse el intercambio, obtención, recolección y procesamiento de indicios informáticos, la aportación de estos como prueba en los juicios penales, con lo que se garantizará el juzgamiento de los responsables. Además, es deber del Estado dictar las medidas de protección que sean necesarias, para ser aplicadas no solo por sus dependencias estatales, sino por el sector privado y las personas naturales y jurídicas.

Al examinar esos aspectos y compararlos con la realidad social que vive el país, permite concluir en la situación tan vulnerable en que se encuentra la población guatemalteca. No existen medidas preventivas ni se ha socializado ningún tipo o mecanismo de advertencia a los ciudadanos sobre esta clase de criminalidad, no obstante los distintos hechos criminales que han acontecido, en que las «redes sociales» han sido los principales instrumentos delictivos.

Menos aún puede afirmarse que existan mecanismos de represión de esta clase de flagelos, como se mencionó anteriormente. A los delitos informáticos no se les ha prestado la atención debida, han sido tratados como una materia más, no obstante las graves repercusiones que provocan. Y se continúa en ese estado parsimonioso, a pesar de que el propio Estado (según los medios de comunicación) ha estado en la mira de esta clase de objetivos criminales, ante los recientes ataques de *hackers* a las entidades de gobierno.

No obstante que en el Congreso de la República de Guatemala desde el 2009 se encuentran en trámite dos iniciativas de ley para regular de manera apropiada los delitos informáticos y cibernéticos, por el tiempo transcurrido, de promoverse su aprobación tendrían que sujetarse a una revisión minuciosa para que los tipos

penales que se legislen estén acordes a la realidad tecnológica (ignorándose por qué razón, hasta la presente fecha, no han sido consideradas).

En esas iniciativas, se propone la creación de leyes especiales relacionadas con delitos informáticos y «cibercrímenes», registradas con los números 4054 y 4055, que fueron conocidas por el pleno del Congreso el 18 de agosto del 2009, pero sin ningún efecto positivo.

La motivación contenida en las iniciativas de ley radica en varias pretensiones, siendo la principal la creación de un marco legal uniforme con los convenios internacionales relacionados con el «ciberdelito» y la sanción de los delitos informáticos con las conductas que en estas se detallan.

Otra pretensión radica en brindar protección y garantizar la inviolabilidad de los derechos fundamentales de los individuos, protegiendo su privacidad, integridad, confidencialidad y disponibilidad de la información que circule, catalogada como de carácter sensible.

En la iniciativa de ley número 4054 del Congreso de la República, se puntualiza que el objetivo de la ley es garantizar la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información y comunicación, su contenido, prevención, sanción de los delitos contra cualquiera de sus componentes, mediante el uso de esas tecnologías en perjuicio de personas particulares o jurídicas.

Y hace mención que es necesario crear normas que contemplen instrumentos jurídicos que permitan prevenir y reprimir esa clase de criminalidad, o la que surja de la información que circule en la red, de la que se almacene, transmitan transacciones comerciales o de cualquier índole (con carácter confidencial), todo derivado por el incremento de «cibercrímenes», que en su mayoría tienen fines lucrativos.

Determinando esa iniciativa de ley, que el bien jurídico tutelado es la información y las comunicaciones, que traen inmersos derechos constitucionales de inviolabilidad de correspondencia, documentos privados y la libertad de expresión.

En cuanto a la iniciativa de ley número 4055 del Congreso de la República, puntualiza que el objetivo de la ley es proteger y sancionar conductas ilícitas de naturaleza informática que se realicen y surtan efectos en el territorio guatemalteco. Asimismo que se tomen las medidas de prevención y sanción de los ilícitos de naturaleza informática cometidos por artificios tecnológicos, mensajes, datos o sistemas informáticos, medidas de protección contra la explotación de pornografía o abuso sexual infantil.

Y en este caso se señala que el bien jurídico tutelado que se pretende proteger en esta iniciativa, siempre es la información. Puntualiza que como política criminal, es necesario que esos aspectos estén contenidos en una ley especial y no por reforma, adición o derogatoria al Código Penal. Y básicamente la sanción penal que promueve, radica en el combate a los posibles usos indebidos que perjudiquen transacciones y comercio electrónico, en que se vulnere la confidencialidad de la información: la interceptación, interferencia o utilización de sistemas o datos informáticos, posesión de equipo o prestación de servicios de espionaje, falsificación, acceso o limitación de acceso a sitios o sistemas informáticos falsos o fraudulentos.

Como puede observarse, es lamentable que en Guatemala, a pesar de estar conscientes de los problemas que se afronta por la sociedad guatemalteca ante esta clase de flagelos, peor aún, plasmados en la motivación de estas iniciativas de ley, se mantienen estáticos los delitos informáticos (siendo evidente el fenómeno de la inmutabilidad normativa informática), y sería de gran avance la concientización del poder legislativo, para que de manera inmediata, en el pleno ejercicio de las facultades constitucionales que tienen asignadas, promulgaran esas leyes y así proteger a la población; con ello estarían cumpliendo con el deber que el Estado tiene asignado.

## VI. REFERENCIAS

### A. Bibliográficas

CARRIÓN, Hugo Daniel, «Presupuestos para la incriminación del hacking» (documento electrónico), 2001, <http://delitosinformaticos.com/trabajos/hacking.pdf>.

GONZÁLEZ, Juan Domingo, *Ley de Delitos Informáticos (26,388). Violación de Secretos y Privacidad* (libro electrónico), página 8, Informe%20-%20Ley%20de%20Delitos%20Informaticos[1].pdf

MARTÍNEZ SOLÓRZANO, Edna Rossana, *Apuntes de Derecho Informático*, Guatemala, Ediciones Mayté, quinta edición, marzo 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. España, Tirant Lo Blanch, cuarta edición, revisada y puesta al día, 2000.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José, *Derecho e informática en México. Informática jurídica y Derecho de la Informática* (libro electrónico), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), 1997.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático* (libro electrónico) México, McGraw-Hill/ Interamericana Editores, 1996, proceso para biblioteca jurídica virtual: Margarita García Castillo y Oscar Montoya Pérez.

SALT, Marcos G., «Delitos informáticos de carácter económico», en Maier, Julio B.J. (compilador), *Delitos no convencionales*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1994.

RIQUERT, Marcelo Alfredo, *Proteccion penal de la intimidad en el espacio virtual. Análisis de derecho nacional y comparado*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2003.

### B. Normativas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto número 17-73,  
Código Penal.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto número 51-92,  
Código Procesal Penal.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto número 57-2008,  
Ley de Acceso a la Información Pública.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto número 31-2012,  
Ley contra la Corrupción.

### **C. Otras**

Iniciativa de Ley número 4054, sobre la Ley de Cibercrimen, conocida en el Congreso de la República de Guatemala el 18 de agosto de 2009.

Iniciativa de Ley número 4055, sobre la Ley de Delitos Informáticos, conocida en el Congreso de la República de Guatemala el 18 de agosto de 2009.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal. Salvador, Brasil, 12 a 19 de abril de 2010. Fichas informativas, Austria, UNODC, 2010, ficha informática 8, [http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/factsheet\\_ebook\\_es.pdf](http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/factsheet_ebook_es.pdf).*







Esta revista fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S.A. en el mes de septiembre de 2016. La edición consta de 800 ejemplares en papel bond beige 80 gramos.





### **Asesoría:**

Coadyuvar con los catedráticos y estudiantes en el proceso de enseñanza- aprendizaje. Particularmente, apoyar la elaboración de tesis, orientando el desarrollo de la investigación para que la misma constituya un aporte a la ciencia y cultura jurídico-social del país.

### **Consultoría:**

Proporcionar apoyo técnico a personas y entidades que lo requieran o lo necesiten, sobre asuntos jurídicos y sociales, aplicando las experiencias obtenidas en las investigaciones.

### **Difusión:**

Compartir con todos los sectores de la sociedad las investigaciones realizadas, con el objeto de participar activamente en la creación de una bibliografía que analice y aporte soluciones a los actuales problemas jurídicos y sociales.

Instituto de Investigación y  
Estudios Superiores en Ciencias  
Jurídicas y Sociales –IIJ–

Universidad Rafael Landívar  
Campus Central,  
Vista Hermosa III, zona 16  
Edificio “O”. 2do. Nivel, Oficina  
O-214  
Apartado Postal 39-C,  
Ciudad de Guatemala,  
Guatemala 01016

Teléfono: (502) 2426-2626

Extensión: 2551

Fax: (502) 2426-2595

Correo electrónico: [ijj@url.edu.gt](mailto:ijj@url.edu.gt)  
Página electrónica: [www.url.edu.gt](http://www.url.edu.gt)

ISSN 1409-4762



9 771409 476000 >



**VRIP**

VICERRECTORÍA DE  
INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN

**Universidad Rafael Landívar**