

RATIO LEGIS

"POR LA RAZÓN DE LA LEY"

Revista para Abogados y Notarios



EL COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA, ELEGIRÁ A SU JUNTA DIRECTIVA Y TRIBUNAL DE HONOR.

BUSCANOS EN



EL ROL DE LOS PARLAMENTOS EN LAS RELACIONES DE LA NACIÓN EN EL INTERNACIONALES Y SU FUNDAMENTACIÓN LEGALPg. 4

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL DELITO DE TRATA DE PERSONASPg. 18

CONTENIDO

DIRECTOR EDITORIAL:

Lic. Eduardo Lara Grazioso

DIRECTORES GENERALES:

Lic. Eduardo Lara Grazioso

Lic. César Camposeco Chang

Lic. Jorge Mario Lobo de León

COORDINADOR:

Lic. Eduardo Lara Grazioso

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO:

TheSpotWork (www.thespotwork.com)

FOTOGRAFÍAS:

Renato Galindo "GASA"

Servicios Internacionales

REDACCIÓN:

Marcelo Richter

Silvio René Gramajo

David Anibal Ortiz Gaspar

Guillermo Miguel Garone

PUBLICIDAD

COMUNICARSE A:

Publicidad@revistaratiolegis.com

www.revistaratiolegis.com

REVISTA RATIO LEGIS es una publicación propiedad de CREACIONES INTELIGENTES, SOCIEDAD ANÓNIMA. Los artículos expresan la opinión personal de los autores, por lo que CREACIONES INTELIGENTES,

SOCIEDAD ANÓNIMA no es responsable de dichas opiniones. Se prohíbe la reproducción parcial o total del material publicado en esta revista.

RATIO LEGIS es una publicación de

NOTAS RELEVANTES

EL ROL DE LOS PARLAMENTOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y

SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL

Pg.4

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Pg.18

Editorial

Pg. 3

El rol de los parlamentos en las relaciones internacionales y su fundamentación legal

Pg. 4

Información pública: nuevos contenidos y una nueva agenda de investigación

Pg. 12

El mercado y la actual enseñanza del derecho constitucional

Pg. 16

Algunas precisiones sobre el delito de trata de personas

Pg. 18

EDITORIAL

¿Quo Vadis juristas? Este ocho de febrero, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, elegirá a su Junta Directiva y Tribunal de Honor, para el período 2013-2015. Dentro de la contienda electoral dentro de nuestro gremio, se han presentado las candidaturas de las planillas encabezadas por los Abogados y Notarios Luis Alfredo Reyes, Carlos Velásquez, Marco Sagastume Gemmell y Luis Alberto Morales.

Tanto dentro como fuera del entorno del gremio, se ha resaltado la importancia que resulta de esta próxima elección, en virtud que a los representantes que se elijan, tendrán influencia directa en las Comisiones de Postulación, para la elección de cargos importantes en la vida jurídica y política del país, como magistrados a la Corte Suprema de Justicia y Salas de las Cortes de Apelaciones, del Fiscal General del Ministerio Público y de los magistrados del Tribunal Suprema Electoral.

Sin embargo, es menester que dentro del mismo colectivo gremial, se tome la conciencia que el principal punto de debate, debe ser hacia dónde se quiere dirigir a nuestro Colegio; y encontrar entonces cuál de las propuestas que se nos presenten van dirigidas a recuperar el prestigio del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, como un ente de incidencia en el fortalecimiento de la academia, de apertura de espacios de discusión sobre las instituciones del Derecho, y en guardián de aquellas palabras de Simón Bolívar, cuando dijo “Las buenas costumbres, y no la fuerza, son las columnas de las leyes; y el ejercicio de la justicia, es el ejercicio de la libertad.”

Atentamente,

**Consejo Editorial
RATIO LEGIS**

EL ROL DE LOS PARLAMENTOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL

Marcelo Richter

Nació en Puerto Belgrano, Buenos Aires, República Argentina, el 4 de febrero de 1971. Realizó sus estudios primarios y secundarios en el Colegio Salesiano Don Bosco. Es Abogado, cursó sus estudios universitarios en la Universidad Católica de Salta (República Argentina). Entre los años 1993 y 1998 fue asistente de la Cátedra Derecho Constitucional Argentino en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, provincia de Río Negro, Argentina. Desde el 31 de diciembre de 2002 reside en Guatemala, donde realizó trabajos como consultor para la Organización Iberoamericana de Juventud (O.I.J.); y de asesoramiento e investigación en la Institución del Procurador de los Derechos Humanos. Concluyó estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de San Carlos de Guatemala, obteniendo la distinción "suma cum laude" por su trabajo de tesis denominado "Hábeas Data: Un Remedio ante la Violación del Derecho a la Intimidad". Concluyó estudios de Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la misma Universidad, en la que también se graduó con honores. También es maestro en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, por la Universidad Tres de Febrero de la República Argentina. Es profesor universitario, destacándose en el dictado de diversas cátedras vinculadas al Derecho Constitucional y al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las siguientes universidades: San Carlos de Guatemala (USAC), Rafael Landívar (URL), Galileo (UG), Mariano Gálvez (UMG) y del Istmo (UNIS). Es conferencista habitual para entidades públicas y privadas y en foros nacionales e internacionales en temas referidos al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, al Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Del año 2006 al 2009 se desempeñó como Abogado Coordinador de la Sección Laboral en la Corte de Constitucionalidad. En la actualidad se desempeña como Abogado Asesor de Magistratura en ese Tribunal. En el período 2011-2012 fue designado como Director Ejecutivo del Instituto de Justicia Constitucional. Autor de textos y artículos especializados en las materias de las que también es conferencista.

Los juristas que se dedican al estudio del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, suelen tener presente una serie de principios propios de la materia que, algunas veces, son exclusivos de ella, compartidos con otras ramas del derecho y en otras ocasiones resultan propios de otro ámbito, pero por razones de utilidad, economía y evolución social han resultado recogidos por el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, el que les ha conferido la condición de fuente subsidiaria.

Empero, es importante destacar que existen principios generales y del derecho del trabajo, que han sido poco o casi nada recordados en los últimos tiempos, y otros que se han ido incorporando al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social como consecuencia de las variaciones que la realidad presenta en el día a día.

Se ha señalado que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, entre otras de las ramas del Derecho reconocidas, tiene por objeto la regulación institucional de las relaciones sociales de producción capitalista, es decir, todos los problemas relacionados con la capacitación, adquisición y el uso de la fuerza de trabajo propia, exclusivamente del hombre, en un mundo que se transforma permanentemente, y que es el que abarca el trabajo asalariado y a veces,

un poco más de acuerdo al planteo que se realizará en este trabajo.

La función general del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en la búsqueda de ese fin, se dirige, por un lado, a la protección del trabajador, y por otro, a la función de reproducción, conservación, readaptación y mejoramiento del sistema social imperante. De tal forma, podemos hablar de una función genérica, vinculada con el objeto de este derecho autónomo, y de tres subfunciones insoslayables.

Debido a que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social es una legislación de compromiso social, de carácter transaccional, su estudio lleva, generalmente, a la conclusión de que se encuentra enclavada en él una exigencia de esfuerzo y cooperación de todas las fuerzas sociales que están involucradas en lo vinculado al trabajo como herramienta de transformación social y de la naturaleza.

Sobre esa base, se ha comenzado a considerar en los últimos tiempos, el principio del esfuerzo compartido, que inclusive ha sido mencionado en algunas legislaciones de otros países, como por ejemplo en la República Argentina (Ley 25651). Este principio hace referencia a la necesidad, sobre todo en épocas de crisis, de repartir el esfuerzo que una sociedad necesita llevar a cabo generando

un empuje humano y económico que se realiza para la obtención de la riqueza y su justa distribución. Claro está que la contribución a ese esfuerzo debe ser proporcionada a las reservas, al poderío y a la situación socioeconómica de cada uno de los protagonistas. La circunstancia de encontrarse en un momento de crisis promueve que entre las partes se negocie "procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación o transformación de la relación jurídica existente". En conclusión, se impone utilizar aquellos remedios legales que atiendan tanto a la economía propia del contrato y a sus elementos fundamentales, como a su recomposición a la luz de la equidad y la buena fe que deben orientar a las partes del contrato en cuanto al cumplimiento y ejecución de las respectivas prestaciones a las que se han obligado.

Esta pretensión naciente tiene por objeto específico recomponer algunos (se expresa "algunos", porque no son todos) vínculos jurídicos existentes que pudieron haber sido o fueron afectados por el brusco cambio de las reglas de juego que se encontraban vigentes (por ejemplo, por motivo de una crisis económica como la que soportó el mundo en el año dos mil nueve y que se reitera en el año dos mil once y que aún continúa desarrollándose en el dos mil doce); recomposición que deberá ser presidida por



algunos criterios generales:

a) se trata de una materia de equidad que debe tener especialmente en cuenta el principio del esfuerzo compartido (para nuestra materia, por empleador y trabajador o los grupos y asociaciones que los representan). Si bien, quizás, la regla áurea será la partición igualitaria de las consecuencias adversas para las partes que hayan celebrado un contrato, ello de ninguna manera podrá ser automático. Es que las circunstancias del caso, podrán determinar la inequidad de este tipo de solución;

b) en líneas generales, esta nueva fórmula procura favorecer a los que están en una situación de debilidad frente a la otra parte del contrato, por lo que su interpretación será gobernada por el "*in dubio pro debitoris*";

c) se considera que la pretensión distributiva del esfuerzo compartido puede ser promovida no sólo por los deudores, sino también por los acreedores que se consideren perjudicados por algún aspecto del cambio que se ha originado.

d) en definitiva, los jueces y magistrados (en el orden judicial) y los legisladores (en el orden político), deberán fijar la medida del esfuerzo de cada una de las partes del contrato de trabajo (50, 40, 30%, etcétera), para que así acreedores y deudores compartan las derivaciones de la modificación de los parámetros que han modificado la realidad contrac-

tual por los cambios operados en la comunidad.

Se trata, además, de un principio altamente ligado a otro, denominado **principio de nivelación social**, ya que no es posible la vigencia del principio de igualdad, de rango constitucional, si no existe una adecuada equivalencia entre las prestaciones contractuales que son consecuencia de las diferencias de poder entre las personas, íntimamente vinculada con la distribución del trabajo que permite acceder a los bienes materiales e inmateriales. El principio de nivelación social, derivado del principio de igualdad, se complementa con la idea de proporcionalidad, que implica tratar al desigual en proporción a la desigualdad (exclusión de privilegios o limitaciones infundadas y veda el exceso o el abuso). Se trata de una moderna discriminación inversa que se adapta a los tiempos que corren, que se caracteriza, entre otras cosas, por repartir los bienes según la necesidad del individuo y atribuyendo los méritos según la capacidad de este.

La nivelación social y el esfuerzo compartido traen al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y a su relación asimétrica existente, una noción de equilibrio propia de la justicia, que debe imperar, sobre todo, como se observa en la relación de trabajo, cuando existen diferencias de poder entre las personas. El legislador tiene la obligación, por

medio de las normas que sanciona, de acudir en protección de los más débiles o quienes cuentan con menos poder, en un todo de acuerdo con la vigencia del Estado de Derecho, que exige la limitación y el control del poder, el equilibrio y el control de los órganos del Estado, y la conservación y el mejoramiento del sistema social, para consolidar el camino por el que se arrije al bien común, según el mandato constitucional.

Sobre estas bases, se puede sostener que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es regulador de los procesos sociales y para ello, puede elegir entre distintos caminos que, sin pretender que sean uniformes (la unidad y la diversidad, son elementos asociados en la actualidad, a la cultura jurídica moderna), contribuyan a la homogeneización social; es decir que se proporcione y promueve el Estado Social, tal como le previó el legislador constituyente guatemalteco, garantizando o pretendiendo garantizar el bienestar de los ciudadanos a partir de la organización política instaurada. Estas tendencias vienen siendo sostenidas por los españoles desde hace más de una década y permiten concluir la existencia y vinculación del **principio de homogeneización**.

Por otra parte, en el mundo del Derecho del Trabajo se viene ampliando su objeto de protección y esto permite que en

la actualidad se haga referencia al **principio de parasubordinación**, del que es un ejemplo el ordenamiento italiano, que permite la transferencia a su ámbito del área de trabajos autónomos que se instalan como figuras intermedias, sobre todo en tiempos de desocupación. También España viene incorporándose a este sistema que permite la aplicación expresa de la legislación laboral al trabajo por cuenta propia, lo que conduce a ampliar el ámbito de aplicación de las normas laborales y sus técnicas protectorias, sin que por ello se modifique la naturaleza de la relación, que sigue siendo autónoma.

Sobre la parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente debe efectuarse una primera e importante precisión, en el sentido que la parasubordinación no representa un nuevo tipo de contrato, es decir, no es una modalidad atípica de contratación laboral -a la manera del teletrabajo o del trabajo a tiempo parcial - sino que se trata de una calificación que recae sobre un contrato de prestación de servicios civil o comercial, de la cual depende la aplicación parcial o total, en algunos casos, del Derecho del Trabajo. De acuerdo con lo expresado anteriormente, se considera que la categoría jurídica conocida como parasubordinación, mantiene la relevancia de la tradicional distinción entre trabajo autónomo y subordinado, y que no sirve para decidir sobre el criterio de aplicación del ordenamiento laboral, sino para diferenciar el bloque de normativa aplicable. Por lo aseverado, cuando se habla de parasubordinación nos encontramos, frente a diversos casos de trabajo autónomo en el que se genera una especial y determinante dependencia económica entre el prestador del servicio y la empresa o persona que recibe el servicio mencionado. De alguna manera, la idea de la parasubordinación recoge, el fenómeno del empleo autónomo con ciertas características que lo alejan de la noción tradicional de autonomía en la prestación del servicio, porque estos trabajadores independientes se convierten en verdaderos "satélites" de la empresa o del empleador para los que realizan alguna actividad retribuida, con la cual se vinculan de manera casi exclusiva, lo que motiva que dependan económicamente de aquellos para su subsistencia. Expresado de otra manera, la parasubordinación se circunscribe a la situación jurídica en

que se encuentran algunos grupos de trabajadores que, sin estar sujetos a una relación de trabajo subordinado, prestan una colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios con ésta en condiciones de inferioridad. Es así, como contratos civiles o mercantiles, como el de obras, prestación de servicios profesionales, transporte, mandato, comisión, agencia, etcétera, pueden confluir en situaciones como la descrita con anterioridad, en la cual, quien contrata con la empresa, no encontrándose subordinado jurídicamente a ella en el esquema tradicional y propio que configura el presupuesto de aplicación del Derecho del Trabajo, se encuentra en una situación de inferioridad que impide el ejercicio de una efectiva libertad negocial.

De acuerdo con lo indicado anteriormente, la doctrina manifiesta que existen, por una parte, similitudes entre el trabajo económicamente dependiente y el trabajo subordinado y, por otra, diferencias entre el trabajo económicamente dependiente y el trabajo autónomo, tales como: la necesidad de protección por parte del sistema de seguridad social; la falta de contacto directo con las fuentes de trabajo vinculadas a las actividades económicas principales, el número de relaciones contractuales a partir de las cuales el trabajador obtiene sus ingresos; el contacto con la organización de la empresa; la falta de subordinación, pero la existencia de coordinación de la actividad por parte de la empresa cliente; y el plazo de duración de la relación contractual. En este plano, aparece la figura de la parasubordinación o trabajo autónomo dependiente, la que se configura de acuerdo a los siguientes indicadores: una persona natural que presta servicios personales a una empresa o empleador, en forma continua, sin encontrarse sujeto a tiempos de trabajo, a instrucciones o medidas de control en lo que se refiere a la ejecución de la actividad para la que fue contratado, pero que se encuentra en una especial situación de dependencia desde el punto de vista económico, pues sus ingresos proceden en su totalidad o en su mayor parte de un único cliente o empleador.

En relación con los caracteres de la parasubordinación, la doctrina que analiza este fenómeno jurídico, toma como



punto de partida el artículo 409, numeral 3, del Código de Procedimiento Civil italiano [Este artículo que, en gran medida sirvió de base para el desarrollo de la parasubordinación en Italia (basta hacer presente que el término "parasubordinación" es fruto de la creación doctrinal de ese país), dispone el sometimiento al procedimiento laboral de las controversias que surjan en las "relaciones de agencia, representación comercial, y otras relaciones de colaboración que se concreten en una prestación de obra continuada, coordinada y prevalentemente personal, aunque no de carácter subordinado."], luego de la reforma introducida en ese país por la Ley N° 533, de fecha 11 de agosto de 1973, plantea que para sostener la existencia de una relación parasubordinada se requiere:

- a) La coordinación de la prestación: esto significa que la prestación de servicios no se da bajo subordinación, sino que en régimen de colaboración con quien lo recibe (empresa o empleador). La existencia de la coordinación ha de derivar de un programa negocial en el que la prestación se inserte como medio para la realización del programa. La coordinación expresa en otros términos, la conexión funcional de la prestación de la actividad ejercitada por el destinatario de la misma, o incluso con el simple interés del sujeto que se vale del trabajo de otros, dependiendo que el destinatario desarrolle o no una actividad empresarial.
- b) La continuidad de la prestación: esto es, se excluyen de la noción de parasubordinación las prestaciones de actividad esporádicas o no prolongadas en el tiempo, toda vez que es precisamente esta permanencia en la vinculación entre el prestador del servicio personal y



quien lo recibe (empresa o empleador), lo que va determinando la especial dependencia económica del trabajador autónomo.

c) El carácter esencialmente personal de la prestación: pues el tipo preferencial de la parasubordinación es el del trabajo autónomo del individuo sin organización; una prestación efectuada con trabajo exclusivo o preferentemente propio.

Teniendo en cuenta lo anterior, en cuanto nos permite comprender el escenario y las particularidades que definen y dan forma al trabajo parasubordinado o económicamente dependiente, se analizarán, en el resto del presente trabajo en lo relativo a la parasubordinación, las respuestas normativas dadas en el Derecho Comparado para asumir y dar soluciones a la necesidad de protección o tutela jurídica de las personas o grupo de trabajadores cuya actividad es susceptible de calificarse como parasubordinada.

La parasubordinación, conlleva un desafío importante para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, porque la dependencia económica que se produce entre el trabajador autónomo y la empresa a la cual éste presta servicios de manera coordinada y continua, lo coloca en una situación fronteriza entre el contrato clásico de trabajo o de trabajador subordinado y el trabajador autónomo propiamente dicho, asemejándose al primero por su necesidad de protección y, al segundo, por la libertad en el desarrollo de actividad laboral. En consecuencia, esta especial forma de dependencia económica de un nuevo grupo de trabajadores autónomos desnaturaliza el concepto tradicional de

independencia o autonomía y, por ende, los incorpora al ámbito de prestaciones de servicios no reguladas por el Derecho del Trabajo. Como ya se ha señalado, la dependencia económica se manifiesta por el hecho de que estos trabajadores parasubordinados están conectados o vinculados de manera permanente y continua con una empresa o empleador que recibe y remunera sus servicios y que, a su vez, controla el trabajo y/o sus resultados, aunque los trabajadores conservan una cierta libertad para determinar el tiempo, lugar y forma de la actividad que realizan.

Por lo anterior, el condicionamiento del trabajador autónomo a una empresa solvente en el tráfico económico, al que se puede aludir como “dependencia” del autónomo, constituye el fundamento que legitima la pretensión de imputación de deberes y responsabilidades a la empresa que se beneficia con la actividad de esa persona, pues la dependencia derivada de dicha relación genera una especial vinculación entre dos partes, que no se da por regla general en los casos típicos de trabajo autónomo y, además, existe un cierto grado de desequilibrio contractual entre las partes aludidas, que explica la necesidad de protección. En todo caso, como la naturaleza de la dependencia es distinta, se busca un régimen de protección similar al que otorga el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, pero sin perder de vista las diferencias de ambos tipos de prestaciones. Así lo ha entendido también la doctrina italiana, para la cual la parasubordinación no se plantea como un criterio sustitutivo de la subordinación en cuanto elemento determinante del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, sino como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que requieren ser tuteladas por ser prevalentemente personales, continuadas y coordinadas por la empresa en condiciones que evidencian una debilidad contractual por quien presta los servicios, efectúa la tarea o realiza el trabajo. Por lo tanto, la afirmación de que estas categorías requieren tutela legislativa, no significa que esta deba ser otorgada necesariamente por la disciplina específica aplicable al trabajo subordinado.

De esta forma, frente a las categorías contractuales que configuran a la parasubordinación o trabajo económicamente dependiente, no se trata de desconocer la naturaleza civil o comercial que las partes le han otorgado a la relación que las vincula, esto es, no se pretende atribuir al contrato de prestación de servicios la calificación jurídica de un contrato de trabajo, lo que podría vulnerar su voluntad manifestada al momento de contratar, sino que se respeta la intención y voluntad de las partes de vincularse civil o comercialmente y se cubre mediante una protección de naturaleza cuasi laboral, la necesidad de protección derivada de la dependencia económica, salvo que se demostrare la existencia de fraude o simulación respecto de la existencia de un contrato de trabajo. El anterior es el criterio seguido por la doctrina y la legislación de aquellos países en los que la parasubordinación tiene un reconocimiento legal, como es el caso ya referido de Italia (laboro parasubordinato). Por su parte, en España, el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores establece que: “el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”. Este es el caso, entre otros, de la actual normativa de la seguridad y salud en el trabajo (artículo 25 Ley Número 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, de fecha 8 de noviembre de 1995) o del artículo 3, apartado 1, de la Ley Orgánica Número 11/1985 de Libertad Sindical, que reconoce el derecho de afiliación sindical limitadamente a los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio.

En Alemania, se reconoce también la categoría del trabajo autónomo económicamente dependiente, a través de lo que la normativa de ese país tipifica como “arbeitnehmerähnliche Personen” o “cuasiasalariados” en la traducción dada en la literatura de derecho laboral española. En general, son calificados dentro de esta categoría por la doctrina alemana, los sujetos que prestan un servicio y que por falta de subordinación no son trabajadores y, a su vez, por su dependencia económica no son empresarios. En términos generales, el numeral 12, letra a), de la Ley sobre Contrato Colectivo (Tarifvertragsgesetz - TVG) dispone que sus disposiciones son aplicables también en lo pertinente a los cuasiasalariados y los define como: “aquellas personas que son económicamente dependientes y que son comparables con los tra-

bajadores en cuanto a su necesidad de protección social.” A continuación, esta norma determina los criterios que deben concurrir para calificar a un trabajador autónomo como cuasiasalariado, y estos son:

- a) que debido a la celebración de un contrato de prestación de servicios o de obra se ocupe para otras personas;
- b) que la prestación de servicios de que se trate la ejecute personalmente y, en esencia, sin la colaboración de trabajadores y;
- c) que preponderantemente preste sus servicios a una persona o que del trabajo prestado para una persona obtenga en promedio más de la mitad de los ingresos que se derivan de su actividad laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Federal del Trabajo alemán (Bundesarbeitsgericht - BAG, en su sentencia de dos de octubre de mil novecientos noventa) ha resuelto que los cuasiasalariados debido a su falta de inserción en la organización empresarial, como también, por su particular libertad para determinar la forma de prestación de sus servicios, no se encuentran en una situación de dependencia personal, como es propio de los trabajadores. En todo caso, en lugar de la dependencia y de la subordinación que es característica de los trabajadores o del contrato de trabajo clásico, concurre respecto de los cuasiasalariados una falta de autonomía económica. Es así que la persona que carece de esta autonomía económica debe ser, en relación a su posición social general, comparable con un trabajador, que entre otras cosas, requiere de una protección social, siendo las circunstancias generales del caso en particular, en conjunto con las observaciones del tráfico jurídico, las características determinantes para concluir que existiría un caso de trabajador cuasiasalariado. Asimismo, este mismo Tribunal, poniendo de manifiesto la importancia de garantizar un cierto grado de protección a los cuasiasalariados, ha resuelto que los criterios fijados por el numeral 12 TVG para definirlos no son susceptibles de modificarse por las partes de un proceso de negociación colectiva, en vistas a establecer en el instrumento colectivo exigencias adicionales a las legales que restrinjan la calificación de un trabajador autónomo como cuasiasalariado.

Por su parte, en lo que se refiere a las

consecuencias jurídicas que se observan en el ordenamiento jurídico alemán cuando se califica a un trabajador autónomo como cuasiasalariado, según la definición y los criterios antes reseñados, hay que destacar que el Derecho del Trabajo no es aplicable a estas prestaciones de servicios personales, pues faltan respecto de ellas la mayoría de los supuestos de aplicación de esta rama del Derecho. Por lo tanto, hay que estar únicamente a las reglas particulares que establecen diversas disposiciones legales de ese país. Es así, como en virtud de lo dispuesto expresamente por el numeral 5 de la Ley sobre Tribunales del Trabajo (Arbeitsgerichtsgesetz - ArbGG), estos órganos jurisdiccionales especiales serán competentes para conocer de las controversias que se deriven con ocasión de la prestación de sus servicios, con lo cual se reconoce una importante medida de protección, pues atendida la posición negocial más débil en que se encuentran los cuasiasalariados respecto de la empresa o empleador que recibe sus servicios o tareas, podrán hacer valer sus pretensiones ante Tribunales especializados en temas laborales y a través de procedimientos que recogen los principios protectores que configuran y dan forma al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asimismo, el Derecho alemán consagra otras importantes medidas de tutela a favor de los cuasiasalariados, tales como la posibilidad de participar en los procesos de negociación colectiva y que los efectos de los instrumentos colectivos (pactos o contratos colectivos de trabajo) que se celebren, se apliquen también respecto de esta categoría de trabajadores, según lo dispone la norma varias veces citada de la TVG (Ley sobre Contrato Colectivo). De igual manera, se les reconoce derecho a feriado anual (Bundesurlaubsgesetz -BUrlG), protección frente a actos de acoso sexual en el lugar de trabajo (Beschäftigtenschutzgesetz - BeschSchG), en materia de seguridad laboral o en el trabajo y protección de la salud (Arbeitsschutzgesetz - ArbSchG) y derecho a gozar de las medidas de promoción en materia de empleo para las personas con discapacidad severa (Schwerbehindertengesetz - SchwbG).

A modo de conclusión, para quien realiza este trabajo, por las particulares condiciones que se viven en el país, se considera que el reconocimiento del in-



stituto de la parasubordinación para el caso guatemalteco debería estar legislado en el Código de Trabajo, o, como mínimo, tener un reconocimiento similar al que le brindan las legislaciones alemana e italiana.

Sumado a lo anterior, el Derecho del Trabajo se ha enfrentado en los últimos tiempos con una realidad que abarca un mundo jurídico propio más extenso, pero también más diverso, de manera tal que se ha visto obligado a receptor un nuevo principio, que es el **principio de la pluralidad** de los microsistemas. Este fenómeno, es explicado por el autor Abelardo Levaggi, al señalar que, en un primer momento, los códigos de Derecho privado se encuentran erosionados por leyes especiales singulares que producen microsistemas y dan paso a la descodificación. El nuevo proceso centrífugo, de desconcentración de normas, policéntrico, se manifestó principalmente en:

- a) regulación de leyes especiales,
- b) internacionalización del Derecho, y
- c) ruptura de la unidad conceptual de



cada una de las ramas del Derecho. En el Derechos del Trabajo, esta situación también se manifiesta sosteniendo la existencia de grupos de trabajadores y de empleadores con especificidades tales que engloban sujetos que conforman un círculo con circunstancias propias (Por ejemplo, para el caso guatemalteco podríamos mencionar a los regímenes especiales de contratación laboral, los trabajadores de maquilas, los trabajadores de calls centers, etcétera). De tal manera, hace a la existencia y excelencia de este derecho, en los tiempos que nos toca desarrollar esta ciencia, la necesaria existencia de pequeños sistemas que significan una cierta diversificación que se desarrolla en la realidad fáctica que, a la vez, respeta los viejos y también los nuevos principios de la disciplina. En conclusión, sólo pueden aceptarse los estatutos particulares que, a la vez, resultan imprescindibles y elaborados sobre la base de la garantía de los principios rectores del Derecho del Trabajo y sus subsidiarios. Al mismo tiempo, se trata, primero del reconocimiento de estos grupos y realidades a los que se ha

aludido, para después generar la necesaria aplicación legislativa, como principio fundamental de la disciplina, de un sistema que garantiza la adecuación de diversos ámbitos fácticos, por medio de la legislación apropiada y especial, a los efectos de homogeneizar en la diversidad.

Sabido es que nuestro Derecho del Trabajo tiene una función protectora que nadie niega, y que en Guatemala se refleja en el principio protectorio o tutelar, que se encuentra positivizado, incluso con rango constitucional; pero ese principio ya no es suficiente si se lo deja en un ámbito de soledad. De ello se deduce que el Derecho del Trabajo debe acompañar, en la actualidad, el principio protectorio con otro principio, que es el **principio de integración y pacificación**, sobre todo si tenemos en cuenta que modernamente, aunque no se considera sujeto del Derecho del Trabajo a la clase trabajadora como tal, se acepta que desde la política del derecho, se instalen principios propios que van descendiendo en la creación y aplicación de las normas consecuentes y diluyen sus efectos en el entramado de las relaciones laborales y sus efectos en el derecho social, que en definitiva tiene influencia sobre todo el entramado comunitario, porque en derecho, en definitiva, tiene como objetivo la búsqueda y la consolidación de la paz social.

Es también un nuevo principio, el **principio de integración jurídica en el orden social**, consecuencia de la horizontalidad bien entendida de la disciplina, y su carácter de rama horizontal homogénea y compleja, tanto por razón de los sujetos como de las relaciones sociales u objetos jurídicos que regula. Es del caso destacar la existencia actual de otro fenómeno colateral del mundo del trabajo, que es su segmentación. La complejidad de la realidad fáctica conlleva la necesidad de conciliar las nociones de dependencia y amenidad con la aparición de nuevas formas de trabajo que son consecuencia de la crisis que se vive. Aparecen así, trabajadores atípicos o con empleos precarios, como los contratos temporales, a tiempo parcial, de aprendizaje, de pasantías etc., que conviven con formas de trabajo autónomo o semiautónomo. En esos casos estamos en presencia de trabajo atípico, a lo que se suma el trabajo no registrado y el trabajo clandestino, lo que produce

como consecuencia de su existencia la necesidad de normalizar, en el sentido de sujetar a derecho -regular-, el trabajo, que es producto de la fragmentación (representado por la tercerización, la externalización y el outsourcing, entre otros elementos de análisis) del mercado de trabajo y que presenta, por lo menos ahora, la necesidad de normalizar jurídicamente el trabajo atípico. De esta forma se instala el **principio de normalización del trabajo atípico**, en el que juega un papel preponderante la configuración de la empresa como sistema sociotécnico, también el rol de los jueces que habrán de reclamar, hacer acopio y utilizar elementos indiciarios que, como sostiene la doctrina, no se hayan fijado estáticamente, sino que se encuentran en estado fluido en función de las transformaciones operadas en el trabajo como objeto de la regulación jurídica, y también se tendrá que considerar la tarea del legislador para reconocer la realidad y regularla de acuerdo con los intereses de la mayoría de la población. Ante esta nueva realidad social, se considera oportuno que en lugar de insistir en la preservación irrestricta de la relación laboral normal como modelo de empleo estándar (relación a la que también denominamos clásica y se encuentra establecida en la mayoría de las legislaciones nacionales), se debe considerar como una necesidad, orientar y consolidar criterios de regulación del empleo atípico, según las funciones protectoras que cumplía la clásica relación laboral normal a la que se hizo referencia. Se debería establecer un nuevo soporte normativo y reglamentario para estas funciones (empleo atípico), entre las que son de mayor importancia las vinculadas con las garantías de un ingreso suficiente para asegurar la subsistencia de un trabajador dependiente; el acceso amplio al sistema de seguridad social; estándares mínimos de seguridad en el trabajo y de salud ocupacional, así como la disposición autónoma del trabajador dependiente sobre su tiempo libre, lo que permite compatibilizar la actividad laboral con otras actividades humanas, tales como recreación, participación ciudadana, vida cultural, familiar, etc. En conclusión, el rol que debe tener el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la actualidad para hacer frente al nuevo escenario laboral es el de promover un reconocimiento normativo básico de las ocupaciones atípicas con el objeto de que exista

mayor reconocimiento legal y para que se potencie su desarrollo en armonía con los intereses y necesidades de empresarios y trabajadores. También debe crear mecanismos de protección social universales que superen los límites de los presupuestos tradicionales del trabajo subordinado. Para que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social alcance o cumpla este objetivo, es necesario establecer mecanismos y estímulos eficientes para la capacitación y reinserción laboral de los trabajadores que se desempeñan bajo las modalidades contractuales atípicas, para tener la posibilidad de ser sujetos activos de sus trayectorias laborales en un mundo complejo, cambiante, pero aún rico en oportunidades para quienes cuenten con los medios y capacidades adecuadas para intervenir en el mundo del trabajo y el empleo.

Conclusiones:

Otros principios, algunos antiguos y otros recientes que han surgido del nuevo escenario no estático de la realidad, se pueden enunciar sin temor a cometer errores. No se debe olvidar que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como disciplina autónoma, es una rama del Derecho que está vinculada al derecho común, y en razón de ello, existen principios comunes y principios propios, que adecua por su especificidad y siempre que no contravengan los principios propios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y principios exclusivos del Derecho Laboral.

Sin embargo, en la base de todos los principios del derecho, se advierte la presencia del más puro e inclusivo de ellos: es el **principio del respeto recíproco** que emana de la idea de que todo hombre es persona, y por ello exige el respeto a su dignidad, como elemento distintivo de cada ser humano. De allí se desprende la injusticia de la esclavitud, de las peores formas de trabajo reconocidas por la legislación internacional y de cualquier forma de servidumbre humana, el reconocimiento de la capacidad jurídica de todos los hombres y tal como lo enseña la doctrina, el necesario respeto de la dignidad personal que entronca con el tema de los derechos de la personalidad o personalísimos. Este principio que en el Derecho Civil, sirve para sostener la equivalencia en los contratos sinalagmáticos, por ejemplo,

en el Derecho del Trabajo se vincula con los principios protectorio y de nivelación social, integrado también en el principio de igualdad.

De tal manera, al ser los principios del derecho, instrumentos para la vigencia de los valores que consagran, resulta evidente que se hace necesario que, ante nuevas realidades del mundo fáctico, nuevos principios sean llamados a orientar e influir la tarea del legislador común, para garantizar la relación entre las fuentes, regular las lagunas del derecho e interpretar el derecho común de acuerdo a sus problemas propios y a los fines que persigue. A las funciones normativas, interpretadora e informadora de los principios del Derecho del Trabajo se suma, en la actualidad que vivimos, la función de conservación del sistema social establecido, y en el actuar de las funciones referidas se debe ir conformando un respeto especial por la función jurídica.

Es necesario avanzar más en este escenario cambiante y los principios de nivelación social, de la integración y pacificación, de concertación social, de homogeneización social, de integración jurídica en el orden social, etcétera, aparecen como nuevos instrumentos que deben ser usados por el saber jurídico

de nuestra disciplina (principalmente por los doctrinarios, los jueces y los magistrados), destacando valores que la crisis actual parece olvidar o deja de lado, o también rescatando el fortalecimiento de la dignidad en la conservación del sistema de nivelación social, incluso por medio del principio de la confianza debida entre quienes generan relaciones jurídicas, al que se hizo referencia. A ello debe sumarse el hecho de que en las últimas décadas se ha desarrollado la sistematización y positivización de los derechos humanos que tanto tienen que ver con el Derecho del Trabajo y que, en Guatemala tienen rango constitucional; pero fundamentalmente, se considera que el emerger de nuevos principios en el Derecho del Trabajo tiene que ver con la humanización de la crisis en el orden fáctico, la preservación de la nivelación social en un marco de progresividad en el orden normativo y en el reconocimiento de derechos (principalmente los económicos y sociales), y la vigencia no sólo de la justicia conmutativa por medio del fallo de los jueces y magistrados, sino también de la justicia distributiva con miras, más que a la responsabilidad, a la solidaridad que obligatoriamente debe existir en una comunidad organizada.

Bibliografía:

- Albiol Montesinos, Ignacio; Camps Ruiz, Luis; López Gandía, Juan; Sala Franco, Tomás, "Derecho del Trabajo", Tomo II, Contrato Individual, 5ª edición, 2003, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España.
- Ermida Uriarte, Oscar; Hernández Álvarez, Oscar, "Crítica de la Subordinación", Parte I, Revista Laboral Chilena, abril de 2002; y en Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, ISSN 0212-6095, N° 116, 2003.
- Ferreirós, Estela Milagros; "Los Viejos y los Nuevos Principios del Derecho del Trabajo"; ERREPAR-DEL N° 205, setiembre de 2002, Tomo XVI, Buenos Aires, República Argentina.
- Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz; "El autónomo económicamente dependiente: problemática y método. Aranzadi Social, ISSN 1131-5369, N° 5, 2002.
- Levaggi, Abelardo. "Manual de Historia del Derecho Argentino", Lexis Nexis, tomo 1, 3ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Montoya Melgar, Alfredo, "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo en Trabajo Subordinado y
- Trabajo Autónomo en la delimitación de Fronteras del Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán", 1999, ISBN 84-309-3326-3; y en: "Trabajo y Seguridad Social", Buenos Aires, N° 6, junio de 1999.
- Ruiz Castillo, María, "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado", en revista Relaciones Laborales, tomo II, 1991, España.
- Santoro Passarelli, Giuseppe, "Subordinazione e lavoro a progetto", Editorial Utet Giuridica, 2009, Roma, República de Italia.
- Código de Procedimiento Civil de la República de Italia.
- Ley Número 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales del Reino de España.
- Ley Orgánica Número 11/1985 de Libertad Sindical del Reino de España.
- Ley sobre Contrato Colectivo de la República Federal Alemana.
- Ley sobre Tribunales del Trabajo de la República Federal Alemana.










WWW.INFILE.COM



TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA

EN SUS MANOS

LEYES DE GUATEMALA EN INTERNET

-  Más de 40.000 publicaciones entre leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, disposiciones, resoluciones, convenios internacionales, tratados internacionales y mucho más.
-  Actualización diaria a nuestra base de datos.
-  Buscador avanzado por nombre de las normas, número, tipo de documento, emisor, fecha de publicación, vigencia y mucho más.
-  Clasificación de normas, por áreas, temas y su aplicación.
-  Imágenes de diarios oficiales y las recopilaciones de leyes desde 1.881 hasta el día de hoy.
-  Textos, fichas técnicas e índices de cada una de las normas.
-  Acceso las 24 horas del día, desde cualquier lugar del mundo y desde la comodidad de su casa u oficina.
-  Tarifas accesibles, menores al costo de fotocopias o textos impresos.
-  Descargas en PDF con índices e imágenes, ideales para consultar y transportar en su Palm o Agenda Electrónica y USB.

INFORMACIÓN PÚBLICA: NUEVOS CONTENIDOS Y UNA NUEVA AGENDA DE INVESTIGACIÓN

Parte 2

Silvio René Gramajo

Doctor de Investigación Social con énfasis en Ciencia Política, por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), con sede en México. Maestría en Comunicación, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Licenciado en Ciencias de la Comunicación, Universidad Rafael Landívar, Guatemala. Sus tesis de maestría y licenciatura han sido premiadas por los centros académicos de donde egresó. Se ha desempeñado como coordinador del Área de Acceso a la Información Pública, Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad, Presidencia de la República y también dirigió la Secretaría Ejecutiva de la Comisión para la Transparencia y Combate a la Corrupción de la Vicepresidencia de la República de Guatemala. Consultor en el tema de Comunicación, Derecho de la Información y Derecho de Acceso a la Información Pública. Periodista, profesor universitario e investigador. Tiene publicaciones en Guatemala, México y Perú.

La transparencia de la rex publica hoy en día aparece como un ineludible corolario de la democracia, ello independientemente de la forma de gobierno y de la estructuración territorial del poder público, señala Fernández¹.

La transparencia no sólo es un elemento que proviene de la voluntad del poder público, sino se ha convertido en una exigencia por parte de los ciudadanos quienes están interesados en ejercer su derecho contralor sobre el uso de los recursos que ellos proveen al Estado. En un Estado autocrático la regla por naturaleza es el secreto, la cual asegura la arbitrariedad e incontrolabilidad del poder, en un Estado democrático la regla debe ser, por el contrario, la transparencia de la acción de los poderes públicos y el secreto la excepción. Según Bobbio², en el Estado autocrático el secreto de Estado –arcania imperii– no es la excepción sino la regla: las decisiones políticas deben ser adoptadas lejos de las miradas indiscretas del público. La opacidad en las acciones es necesaria para garantizar la incontrolabilidad y la arbitrariedad.

Así las cosas, el derecho de acceso a los documentos representa un parámetro muy significativo del nivel efectivo de transparencia de un determinado orden jurídico. De hecho, no puede hablarse de transparencia de la actividad administrativa si no se garantiza un derecho del público a la comunicación de la documentación en poder de la administración. Para Fernández, este término no sólo representa un campo jurídico, sino también es un objetivo desde el cual evaluar la acción administrativa.

Por su parte, la publicidad de la actuación administrativa, por su parte, entendida como la general visibilidad o accesibilidad de la actuación administrativa y opuesta a la idea de secreto o reserva, es un elemento de orden jurídico. Es decir, la publicidad de la administración –incluyendo todos los organismos del estado– se plasma jurídicamente de dos formas en la publicidad de documentos y de las sesiones y ambas manifestaciones se resuelven, estructuralmente, en ejercicio de un mismo derecho de libertad a informarse en las fuentes públicas de información, agrega Fernández.

Mediante la visibilidad, cognoscibilidad o accesibilidad y, por lo tanto, controlabilidad de los actos de la Administración, se refuerza su legitimidad democrática y su configuración esencialmente servicial. El principio democrático no sólo debe significar una legitimación en la administración en su origen y fundamento, sino también la exigencia de un control democrático en su ejercicio. La publicidad contribuye a mejorar la eficacia, es garantía de la rectitud y objetividad de la acción administrativa.

A pesar de que se busca que la Administración sea un edificio de cristal, en cuanto a transparencia se refiere, hay que tomar en cuenta que deberá también guardar un núcleo irreductible de secreto indispensable para la conservación de su propio ordenamiento. Si bien es cierto que el secreto es propio de los estados autoritarios, también lo es que no se debe estigmatizar todo secreto como contrario a la transparencia, ya que todo ordenamiento democrático necesariamente reconoce y garantiza

los secretos que deben ser tutelados. Lo verdaderamente significativo es que un estado de Derecho democrático, el secreto haya sido degradado de canon fundamental a instrumento de protección de intereses constitucionalmente protegidos en la organización administrativa, indica Fernández.

La publicidad entendida como la relación con las exigencias de información en las democracias y como valor fundamental de una sociedad transparente es característica de aquello que es, o puede hacerse público, a saber, es algo que trasciende del ámbito de lo privado, es la posibilidad de socialización y comunicación de las cosas, ideas e informaciones. Lo público es aquello que sólo puede establecerse saliendo a la luz (pública)³.

El principio de rendición de cuentas consiste en la obligación, generalmente, de tipo legal a que los distintos organismos del Estado se controlen entre ellos para mantener un equilibrio en sus actuaciones. Normalmente en un Estado democrático el ejercicio contralor lo ostenta el organismo Legislativo, quien aprueba el presupuesto de gastos, pero al mismo tiempo tiene la potestad de exigir, controlar y verificar el gasto público.

La exigencia de publicidad no sólo se dirige a los actores que rinden cuentas sino también a quienes exigen cuentas. En democracia, la rendición de cuentas no solamente aspira a sacar al ejercicio del poder a la luz pública. Ella misma, si quiere ser efectiva y vista como efectiva, tiene que ser pública, señala Schedler⁴. Si lo íntimo estaba caracterizado por

su total opacidad, lo que caracteriza a lo público es la transparencia.

El auge y el impacto que ha tenido la institucionalización de el acceso a la información, así como procedimientos, normas y prácticas de transparencia y rendición de cuentas en diversos sistemas políticos han provocado una serie innumerable de investigaciones empíricas sobre sus formas, fines, consecuencias, propiedades, alcances y límites. El poder debe estar atado a restricciones legales, pero también debe estar domesticado por la lógica del razonamiento público. En este sentido, la rendición de cuentas es la antítesis del poder monolítico. Establece una relación de diálogo entre los actores que exigen y los que rinden cuentas. Los hace hablar a ambos, involucrándolos en un debate público. La rendición de cuentas, por tanto, es opuesta no sólo al ejercicio mudo del poder sino también a controles mudos y unilaterales del poder, menciona Schedler.

Las reglas formales deben estar acompañadas de mecanismos de monitoreo, para que no pase por desapercibido cuando alguien viola una norma (la función informativa de la rendición de cuentas). Pero las reglas también deben contar con mecanismos de sanción, para que no quede sin el castigo debido quien viole la norma (la dimensión punitiva de la rendición de cuentas). Ambos mecanismos, la supervisión efectiva y la sanción efectiva, agrega el autor, son esenciales para contar con una estructura de incentivos compatible con el mantenimiento de la norma. Tanto la probabilidad de que se detecten las violaciones a la norma como la probabilidad de que se castiguen de manera adecuada, cumplen funciones disuasorias importantes, agrega Schedler. No obstante, en el momento en que los funcionarios incurrir en ilícitos de cierta gravedad, ni la crítica pública ni la pérdida del empleo parece ser castigo suficiente. El comportamiento ilegal, tal como la corrupción o la violación de los derechos humanos, exige la aplicación de sanciones legales apropiadas.

La idea rectora de la rendición de cuentas es controlar el poder político, no eliminarlo. En este sentido, la rendición

de cuentas presupone el ejercicio de poder. Lejos de abrigar utopías que sueñen con la desaparición del poder, la rendición de cuentas política entra de lleno al mundo del poder. Las agencias de rendición de cuentas tratan de impedir que el poder se vaya por la libre. Tratan de circunscribirlo, disciplinarlo, restringirlo –pero no eliminarlo, suprimirlo, abolirlo-. A la rendición de cuentas, las realidades del poder le dan su razón de ser.

Como dice Schedler, su misión está en reducir las incertidumbres del poder, limitar sus arbitrariedades, prevenir y remediar sus abusos, volver predecible su ejercicio, mantenerlo dentro de ciertas normas y procedimientos preestablecidos. Una manera convencional de rebanar analíticamente la esfera del Estado moderno produciría al menos las siguientes categorías de rendición de cuentas: gubernamental, legislativa, administrativa, militar y judicial. En este aspecto, el acceso a la información se correlaciona con la rendición de cuentas, ya que entre una gran y completa

enumeración de los sujetos obligados y una exhaustiva lista no limitativa de obligaciones de transparencia se abre la posibilidad de generar procesos de auditoría más amplios e incluso cualitativos.

Únicamente el poder democrático puede desarrollar en su seno una especie de anticuerpos que permitan formas diversas de evitar el ocultamiento, especialmente, por medio de la tolerancia a una crítica libre y el derecho de expresión de diversos puntos de vista. Entonces, la transparencia, la publicidad de los actos del poder y el acceso a éstos representan el verdadero momento en la transformación de un Estado absoluto a un Estado de derecho.

Este intento por definir el derecho de acceso a la información pública, así como los principios de transparencia, rendición de cuentas y publicidad pretende dar cuenta de su riqueza temática, especialmente aquella que está relacionada con disciplinas de las ciencias sociales.





1. UNA NUEVA AGENDA DE INVESTIGACIÓN

No obstante, el verdadero desafío no implica únicamente cambios curriculares y temáticos referidos a este campo de estudio. Ahora el reto se constituye en la construcción de programas, proyectos y líneas de investigación en las cuales desde el derecho y otras áreas se puede contribuir a generar conocimiento desde una discusión teórica y empírica. El amplio y rico campo del Derecho de la Información presenta una plataforma de estudios en los cuales es imprescindible discurrir y aportar desde la academia.

No pocos han sido los esfuerzos desde los espacios universitarios y de centros de investigación por apoyar los procesos de deliberación y discusión de las leyes y temáticas referidas al Derecho de la Información. En el caso que nos ocupa, el derecho de acceso a la información, ofrece una serie de objetos de estudio que van desde el diseño de las leyes, es decir la configuración de su contenido: en este espacio está lo relativo a la inclusión o no de los estándares, criterios y principios que se han determinado a nivel internacional que debe contener una ley en esta materia.

Otro elemento de estudio es lo referido a la normativa que establece una ley,

es decir, todos aquellos elementos que necesita crear y disponer el Estado para la implementación y vigencia de la norma. A su vez, también se puede plantear preguntas respecto a la vigencia de la norma, es decir el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades de los sujetos obligados, la información de oficio u obligaciones de transparencia, así como el establecimiento de criterios sobre la clasificación y desclasificación de información.

Sin embargo, la posibilidad de atender a una novedosa agenda de investigación no se agota con el tema de acceso a la información pública, ya que éste trae obligadamente otros temas relacionados con su tutela y ejercicio. Normalmente una normativa de ley de acceso genera la discusión de otras temáticas relacionadas con el campo del derecho específicamente, la comunicación y todas aquellas normas que integran el Derecho de la Información.

Este campo abarca todo lo relacionado con el otorgamiento de frecuencias públicas, tanto para emisoras comerciales, como para las denominadas emisoras comunitarias o de servicio social. El usufructo de frecuencias públicas ha generado sendas discusiones respecto al servicio televisivo, radiofónico, de telefonía celular, etc. Asimismo, también

está el surgimiento de medios de orden público como complemento a las empresas privadas de comunicación, así como las entidades de comunicación gubernamental.

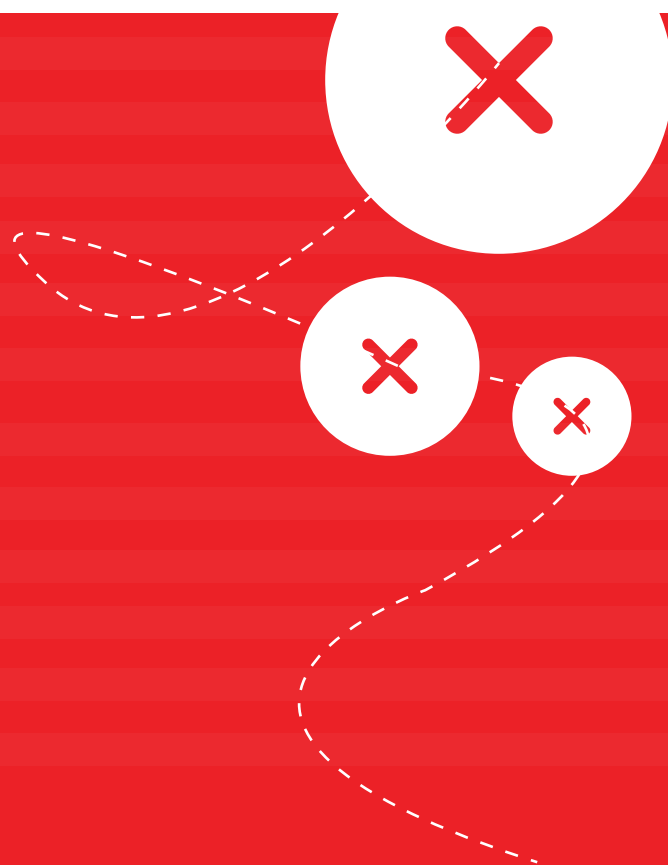
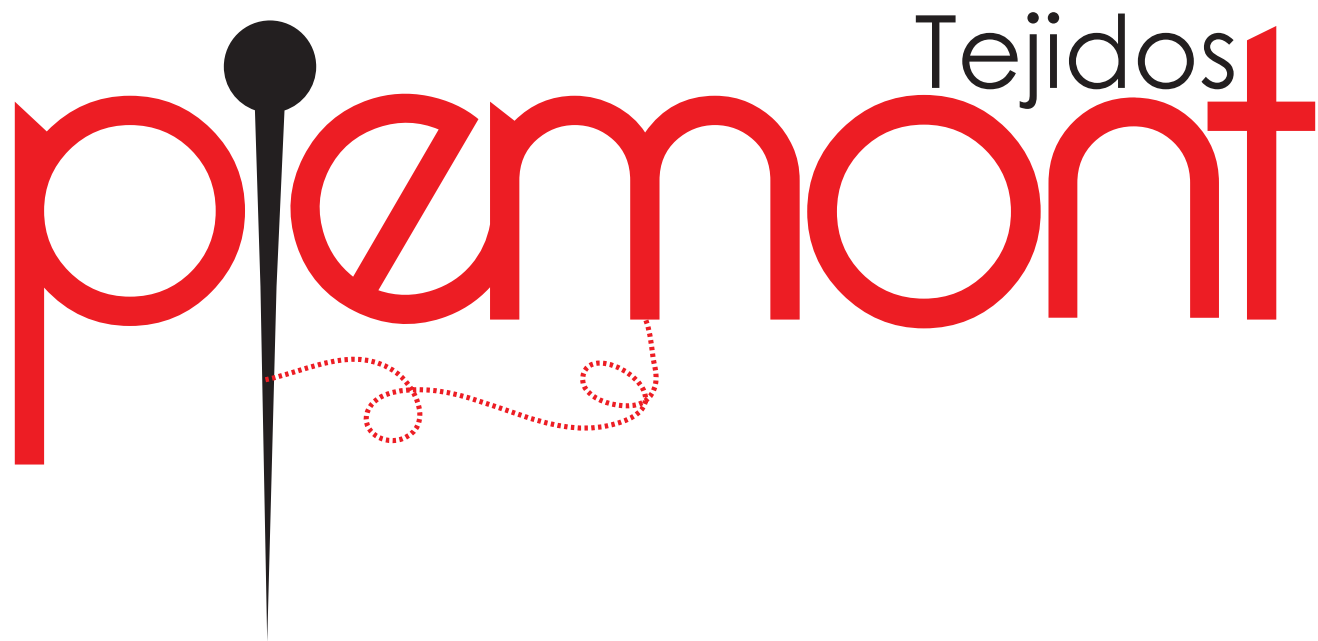
En otros países, la agenda de investigación también ha abarcado ya toda la temática relacionada con el contenido de medios de comunicación, así como las normas que regulan la actividad informativa y comunicativa, especialmente en las regulaciones electorales. Finalmente un tema que viene a ponerse de moda por la importancia que presenta es lo relativo a la protección de datos personales en posesión de particulares.

Finalmente, está área abre toda una gama de actividades investigativas en donde las facultades de derecho tienen un lugar privilegiado y en donde no sólo el aporte puede darse desde las distintas teorías y escuelas, sino también desde una dimensión ética.

Bibliografía:

1. Fernández, S. (1997). El derecho de acceso a los documentos administrativos. Madrid: Editorial Marcial Pons.
2. Bobbio, N. (2000), op. cit
3. Una de las más completas discusiones y acepciones sobre lo público está en Rabortnikof, N. (2005). En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea. México: UNAM
4. Schedler, A (2004). ¿Qué es la rendición de cuentas? Cuadernos de Transparencia, No. 3. México: IFAI.

Tejidos piemont



Boulevard Vista hermosa 32-65 zona 15 Vista
Hermosa I, C.C Metro 15

Tel. 2369-2153

15 avenida 6-01 zona 13, Century Plaza,
Nivel 1, local 112

Tel. 2332-9529

EL MERCADO Y LA ACTUAL ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

David Aníbal Ortiz Gaspar

Estudios de Derecho por la Universidad de San Martín de Porres; Miembro Senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Coordinador General del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres; Curso de especialización en Jurisdicción, Derechos Humanos y Democracia por la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Curso de especialización en Argumentación Jurídica por la Universidad Antonio Ruiz Montoya; Curso de especialización en Neoconstitucionalismo, Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica por la Universidad de Piura. En la actualidad labora en el Tribunal Constitucional del Perú. Correo electrónico: davidortizg@hotmail.com

¿Existe alguna relación entre el mercado y la actual enseñanza del Derecho Constitucional? Pues dirán muchos de ustedes que es algo forzado decir ello o hasta un sin sentido buscar la relación antes planteada. Desde ya les digo que en el presente caso existe una relación negativa, puesto que de una u otra manera el mercado ha influenciado de manera perjudicial para el Derecho Constitucional.

Como se puede observar en la malla curricular de algunas universidades de nuestro país, el Derecho Constitucional¹ está siendo relegado y en algunos casos se ha convertido en un curso electivo, es decir, en un curso que ya no tiene el carácter de obligatorio, tanto así que algunos alumnos ya no prefieren llevarlo en el transcurso de su formación universitaria. Sobre esto, es pertinente comentarles que hace algunos meses tuve la oportunidad de conocer en el extranjero a un destacado profesor de Derecho Constitucional y me decía tristemente que -en la actualidad- las universidades se están dedicando a ofrecer lo que el mercado solicita y no lo que necesariamente nuestro Estado Constitucional requiere con suma urgencia.

Lo mencionado en el anterior párrafo me hizo reflexionar para realizar el presente artículo, dado que como profesional vinculado al estudio serio del Derecho Constitucional, también me apena que vuestra rama de estudios se esté quedando relegada ante el nacimiento de nuevas especialidades propiciadas por el mercado. Si ustedes observan con profundidad a estas nuevas disciplinas, se darán cuenta que basta con analizar su norma

reguladora a fin de dominar dichos cursos, pero eso no sucede con el Derecho Constitucional, y no lo digo porque sea mi especialidad, sino porque el Derecho Constitucional es base y fundamento de todo nuestro Derecho.

Es propicio decir -sin vacilación alguna- que las universidades no son agentes del mercado, dado que tienen otras grandes responsabilidades para con la humanidad, en especial con los jóvenes y futuros profesionales que se están formando, puesto que dichos centros de formación superior tienen como mandamiento principal la de “formar” y no la de “deformar” a sus estudiantes por medio de la enseñanza de conocimientos parciales y mecánicos sobre la realidad que nos rodea.

En décadas pasadas el Derecho Constitucional se ha enseñado con énfasis en nuestras universidades², por progresividad, lo ideal sería que en la actualidad dicha enseñanza fuera perfeccionada, pero nos damos con la sorpresa que no hay un progreso considerable en esta materia. Situación contraria sucede en el exterior, si observamos la realidad Norteamericana, vemos que las universidades utilizan buena parte de su presupuesto a financiar cursos sobre Derecho Constitucional, como del mismo modo a capacitar constantemente a sus profesores.

Lamentablemente en los países Latinoamericanos la enseñanza del Derecho Constitucional no se está tomando en serio, pues claro, con la proliferación de diversas universidades que lo único que buscan es lucrar con la ense-

ñanza, se viene dando más énfasis a lo que el mercado requiere. Por ejemplo, en el Perú actualmente la minería es una fuente de recursos que nos ha permitido mantenernos firmes ante la crisis económica internacional. Ante el boom señalado, lo que hacen las universidades es bombardear con diversos cursos sobre Derecho Minero y algunos profesionales rápidamente migran a estas especialidades, dado que en sus razonamientos, el Derecho Constitucio-



nal no les permitirá acumular la riqueza anhelada.

Pero lo que no se dan cuenta es que en la actualidad todas las especialidades –sin excepción alguna- se han constitucionalizado, es decir, para que puedan tener validez dentro de nuestro Estado Constitucional tienen que estar conforme a los parámetros establecidos por la Constitución Política. Ante lo referido, es importante hacerse la siguiente pregunta:

¿por qué varios casos –sobre procesos de inconstitucionalidad- llegan a ventilarse en sede del Tribunal Constitucional? La respuesta es simple, dado que la mayoría de los asesores de los diversos entes que emiten las normas, desconocen diversas instituciones básicas que son estudiadas por el Derecho Constitucional, puesto que únicamente se han dedicado a especializarse en su especialidad.

A modo de ejemplo quiero señalar la siguiente experiencia; cuando laboraba en la Procuraduría Constitucional del

Poder Ejecutivo del Perú, junto con la Procuradora Constitucional observamos que el Gobierno Regional de Ayacucho a través de una ordenanza regional³ estaba dando competencia a los funcionarios de dicha jurisdicción a aplicar el control difuso⁴.

Para ganar el caso, nos bastó únicamente tener en consideración algunas categorías básicas sobre Derecho Constitucional, tales como: la naturaleza del control difuso y quienes son los encargados de aplicarlo, etc, dado que conforme a nuestra Ley Fundamental⁵ los únicos que tienen la competencia para aplicar el control difuso son los jueces del Poder Judicial y jurisprudencialmente⁶ el Tribunal Constitucional ha señalado que también tienen competencia los tribunales administrativos, pero con algunas limitaciones.

De lo señalado se puede apreciar que los funcionarios de los gobiernos regionales no tienen competencia para aplicar el control difuso y así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0025-2010-PI/TC.

¿Entonces por qué el Gobierno Regional de Ayacucho a través de una ordenanza regional pretendió dar dicha competencia a los funcionarios de su jurisdicción? Como ustedes saben, en temas jurídicos un gobierno regional se guía de una área de asesoría jurídica, ¿qué pasó en el presente caso? ¿Acaso los asesores del Gobierno Regional de Ayacucho desconocían lo referido? Ahí radica la importancia de la enseñanza del Derecho Constitucional.

Ante el panorama nada alentador descrito, es importante destacar la existencia de diversas organizaciones que se dedican a la difusión y estudio del Derecho Constitucional, sinceramente ellos contribuyen a capacitar a los profesionales que han comprendido la importancia del Derecho Constitucional, en el caso del Perú podemos citar a las siguientes instituciones y/o organizaciones:

Centro de Estudios Constitucionales (CEC) del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Constitucional (CEDC) de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de

Porres, Constitucionalismo Crítico, Instituto Palestra, Equipo de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Taller de Derecho Constitucional de la Universidad Mayor de San Marcos, entre otros.

Finalmente señalar que las autoridades de las diversas universidades deben reflexionar sobre la problemática planteada en el presente artículo y no dejarse llevar por las “supuestas bondades económicas” que en la actualidad ofrece el mercado, de lo contrario tendremos futuros profesionales que desconozcan la real importancia que tiene para su formación profesional el Derecho Constitucional.

Además, no olvidemos que el Derecho Constitucional expresa la unidad de todo el Derecho que conforma nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, las demás especialidades únicamente manifiestan la diversidad del universo jurídico, ya que sin el Derecho Constitucional no existiría el Derecho como ordenamiento.

Lima-Perú, 14 de agosto del 2012.

Bibliografía:

1. Y otros cursos afines, tales como el: Derecho Constitucional Comparado, Análisis de Jurisprudencia Constitucional, Seminario de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, entre otros cursos.
2. Aunque años atrás también se le denominó con el nombre de Derecho Público.
3. Norma con rango de ley, conforme el artículo 200°, inciso 4 de la Constitución Política del Perú.
4. Un estudio más detallado sobre el caso bajo comentario se puede encontrar en: ORTIZ GASPARG, David Aníbal. El control difuso en el Estado Constitucional peruano. Análisis a partir de la STC Exp. N° 00025-2010-PI/TC. Publicado en el N° 50 de la Revista Gaceta Constitucional.
5. Artículo 138° de la Constitución Política del Perú.
6. A través del Expediente N° 3741-2004-AA/TC. Cuadernos de Transparencia, No. 3. México: IFAL.



ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Guillermo Miguel Garone

La idea de este trabajo radica en determinar, inicialmente, la naturaleza del delito de trata de personas con fines de explotación sexual. En segundo lugar, se valorará la propuesta de la Unión Europea de crear un “eurodelito” de trata organizada de seres humanos. Y finalmente, de acuerdo a lo sostenido por una moderna tendencia, evaluaremos las consecuencias de su posible consideración como “delito internacional” a los efectos de reclamar para su enjuiciamiento la competencia de la Corte Penal Internacional.

A. INTRODUCCIÓN.

De inicio, debemos señalar que el delito de trata de personas debe ser diferenciado claramente del que reprime el tráfico ilegal de migrantes, toda vez que esta falta de certeza en el ámbito jurídico en general ha colaborado de manera trascendente –aunque no voluntaria, claro está– a que aumentara el delito de trata, que actualmente genera, merced al aporte cualitativo que derivara en él la globalización, unos treinta y dos mil millones de dólares anuales.¹ Concretamente, es difícil perseguir lo que no se conoce con certeza.

Si bien la trata de personas contiene diversas aristas delictivas que ya se encontraban tipificadas en la mayoría de los ordenamientos penales (como los delitos de coacción y amenazas, privación ilegítima de la libertad, abuso sexual, reducción a la servidumbre, etc.), no es menos cierto que, por sus particulares circunstancias (y como consecuencia de su sensible multiplicación a lo largo de los últimos treinta años) se advirtió la necesidad de tipificarla de manera individual, buscando generar de ese modo una mayor conciencia acerca de su existencia y una mejor posibilidad de prevenirla, perseguirla y castigarla.

Lamentablemente, como su incremento ha venido de la mano con el del tráfico ilegal de migrantes², se suele confundir ambos injustos que tienen solamente algunas pequeñas notas comunes, pero cuya confusión más importante se basa en un inadecuado entendimiento de la tríada conceptual “inmigrante ilegal/vulnerable/víctima de trata”.³

Pero lo más importante, para definir su

naturaleza –y así responder de manera adecuada a esta parte del interrogante– radica en tener presente que la trata de personas es una moderna forma de esclavitud, donde la persona ya no toma una opción (por ejemplo, de prostituirse o trabajar en condiciones desfavorables) sino que precisamente es captada y luego explotada sin el menor esbozo de libertad de su parte, habiendo sido coaccionada ella o su familia, psicológica o físicamente, con retención de su documentación y sin recibir dinero alguno a cambio.

Lo más grave que presenta esta actividad –y que es el motivo por el cual muchas organizaciones criminales internacionales han ido virando hacia esta modalidad delictiva– es que el beneficio para el tratante se extiende a lo largo del tiempo (en comparación, por ejemplo, con el tráfico de estupefacientes que requiere la renovación permanente de la sustancia ilícita) y una buena prueba de ello es que, en los últimos diez años, las organizaciones que se dedican a la trata de personas han decuplicado sus beneficios, estando solamente unos cuantos miles de millones de dólares por debajo del tráfico de estupefacientes.⁴

B. ¿ES NECESARIO CREAR UNA FIGURA SUPRANACIONAL?

Sobre la base del reciente auge de generar la persecución interestatal de delitos –como ocurre con el denominado cibercrimen–, muchos han hecho referencia a la posible creación de una figura que trascienda los límites de la respectiva nación. El ejemplo más claro en este sentido ha sido la pugna porque

se genere un “eurodelito” de trata de personas, lo que podría sostenerse válidamente siempre que su implicancia derivara en un mejor posicionamiento de los estados para lograr una efectiva persecución de esta conducta, ya que la consecuente elevación de su status al ámbito de la Unión Europea, significaría un “salto cualitativo” en la importancia de este injusto y en la necesidad de prevenirlo y castigarlo.

Sin embargo, debemos ser críticos en este aspecto y no podemos dejar de reconocer que la voluntad de las autoridades de la UE⁵ se vincula más con la búsqueda de un freno para la problemática de la inmigración ilegal como un inconveniente para el espacio común europeo, que con el establecimiento de medidas que tiendan a salvaguardar los intereses de las víctimas del delito de trata, como por ejemplo ha dejado establecido el Protocolo de Palermo de 2000 de las Naciones Unidas.

Desde ese marco, incluso teniendo en cuenta que pudieran establecerse sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, creemos que la creación de un “eurodelito” –quizá el primer eslabón de un intento generalizado por supranacionalizar las normas– no exhibe una sobreabundante trascendencia desde el punto de vista político criminal, como la debida interacción y puesta en común de los diversos mecanismos para su prevención, persecución y castigo, que pueden ser incluso eficaces en un alto grado, sin necesidad de “elevar” la categoría del injusto al ámbito de la UE.

Sin embargo –como veremos en el punto siguiente–, hemos advertido que no sólo se ha pretendido elevar al status



de “eurodelito” a la trata de personas, sino que en otros ámbitos también se ha pensado en recatalogar los injustos definidos en el Estatuto de Roma –que define la competencia de la Corte Penal Internacional- e incluir en él a la mencionada figura.

C. ¿QUÉ OCURRE CON LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA ESTE TIPO DE ILÍCITOS?

En relación con este interrogante, creemos que definitivamente que no es conveniente que el delito de trata de personas sea considerado como “un delito internacional” susceptible de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, puesto que, si bien es posible que el mismo se ejecute con alguna concesión ilegítima de alguna autoridad del respectivo estado nacional, no es en esencia un ilícito del que participen activamente las autoridades de los gobiernos, sino que la traza de las líneas centrales de este tipo de conductas siempre se encuentran a cargo de organizaciones criminales formadas por particulares.

Además, tampoco puede –a nuestro modo de ver - el carácter muchas veces transnacional del delito, otorgar competencia a la jurisdicción internacional para intervenir, ya que esos mismos particulares organizados criminalmente son los que deberán responder por las conductas, y no –en general- funcionarios de cualquier Estado. Creemos que el hecho de que en su

práctica mayoría los delitos perseguidos por la CPI son aquellos que fueran cometidos por funcionarios de un gobierno –políticos, militares, etc.- le otorga una fuerza especial a ese organismo de enjuiciamiento supranacional que pudiera verse debilitada si se comenzara a añadirle, merced a una reforma al Estatuto de Roma, otros tipos de delitos que, aunque graves, no responden a la finalidad original que fue tenida en miras al crear el tribunal, que son los delitos “más graves de trascendencia internacional”⁶.

Sobre todo, teniendo en cuenta que aquellos delitos cuya competencia se encuentra bajo la órbita de la CPI tienden a generar una reafirmación del modo de vida democrático y del Estado de Derecho, pues de algún modo constituyen una generación del equilibrio perdido entre los ciudadanos y el Estado al que pertenecen, cuyos funcionarios, por las circunstancias que fuesen, en un momento determinado se desviaron del bien común y se enfrentaron con las personas por cuya seguridad debían velar.

D. CONCLUSIÓN

Si bien nadie puede negar la gravedad del delito de trata de personas, la misma no puede autorizar para que se coloquen en pie de igualdad aquel injusto y el delito de genocidio o los crímenes de lesa humanidad, que se cometen por parte de las autoridades de un estado, utilizando la maquinaria que posee para eliminar a los particulares, muchas veces por motivos de odio racial, religioso o político.

En cuanto al art. 7 inciso “g” del Estatuto de Roma (en el que se tipifica la

violación, la esclavitud sexual y prostitución), debe recordarse que dichas conductas serán competencia de la CPI siempre que hubiesen sido materializadas por parte de las autoridades de un Estado y no de particulares.

Finalmente, una eventual incorporación del delito de Trata de personas al ER, podría generar a su vez la renovada intención de añadir otros delitos, igualmente graves pero ajenos a la jurisdicción internacional, lo que terminaría por desdibujar uno de los más grandes logros que ha podido cristalizar la comunidad internacional en el advenimiento del Siglo XXI.

Bibliografía:

1. http://criminalgeographic.blogspot.com/2009/02/algunas-estadisticas-sobre-trata-de_3062.html
2. cfr. material de estudio brindado por la Universidad de Granada (España) en la Maestría en Derecho Penal Internacional –años 2010/2011-, p. 56 y 57
3. cfr. material de estudio citado, p. 59
4. información brindada por el Detective Paul Holmes de Scotland Yard, en su conferencia brindada los días 12 y 13 de mayo de 2011 en la Ciudad de La Plata, Prov. De Buenos Aires, Rep. Argentina.
5. Como ha quedado puesto de manifiesto a través del dictado de la Directiva 2002/90/CE del Consejo de la Unión Europea del 28 de noviembre de 2002
6. cfr., art. 1 del Estatuto de Roma



www.vistahermosaguatemala.com

Teléfono: **3029-2930**