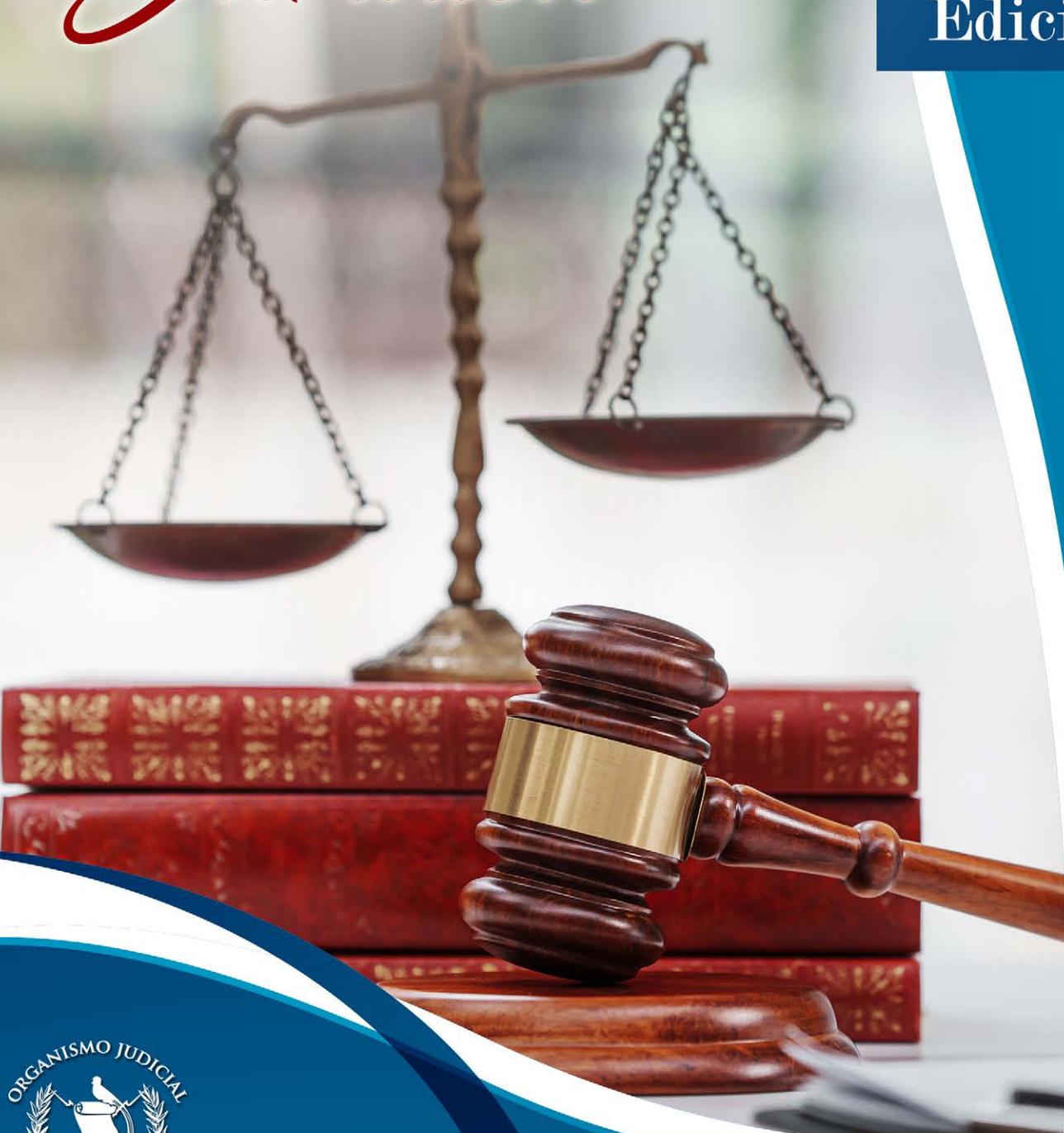


# Revista Tribuna *Jurídica*



Edición 9



Guatemala, junio 2024



#### **Bajo la coordinación de:**

- Magistrada Irma Judith Arrazate Centeno

#### **Consejo Editorial:**

- Magistrado Rafael Morales Solares
- Magistrada Reina Isabel Teo Salguero
- Magistrada Karina Beatriz González Escobar
- Magistrada Irma Judith Arrazate Centeno

#### **Con el apoyo de:**

- Magistrado Oscar Ruperto Cruz Oliva  
Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia
- Magistrado Rafael Morales Solares  
Presidente del Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial.

#### **Con colaboración de:**

- Licda. Kimberly Yuman Ovalle

#### **Diseño y diagramación:**

- Perla Sofía Guzmán

# CONTENIDO

---

<b>Junta Directiva</b> .....	<b>4</b>
<b>Editorial</b> .....	<b>5</b>
<b>Sección Académica</b> .....	<b>6</b>
• La Prisión Preventiva en el Derecho Penal del Enemigo .....	<b>7</b>
• La Importancia del Diligenciamiento de Pruebas Anticipadas como Medio de Protección del Interés Superior de los Niños y las Niñas Víctimas de Delitos Sexuales .....	<b>13</b>
• Legal Compliance Normas de Cumplimiento19	
• Principio de interpretación pro persona y su relación con el principio de progresividad con enfoque de género .....	<b>22</b>
• El Resguardo del Principio Non Bis In Ídem en Asuntos de Doble Sanción Administrativa Tributaria por Medio de la Integración Analógica Establecida en la Ley Especial -Análisis doctrinario, legal y jurisprudencial- .....	<b>34</b>
• Derecho Fundamental a la Salud desde la Perspectiva del Derecho Comparado Constitucional Guatemalteco 1945 - 1986.....	<b>45</b>
<b>Actividades</b> .....	<b>52</b>

# JUNTA DIRECTIVA



- ◆ **Magistrado**  
**Rafael Morales Solares**  
Presidente
- ◆ **Magistrada**  
**Flor de María Gálvez Barrios**  
Pro-secretaria
- ◆ **Magistrada**  
**Dasma Janina Guillén Flores**  
Primer Vicepresidente
- ◆ **Magistrada**  
**Reina Isabel Teo Salguero**  
Tesorero
- ◆ **Magistrada**  
**Irma Judith Arrazate Centeno**  
Segundo Vicepresidente
- ◆ **Magistrado**  
**Rogelio Can Sí**  
Pro-tesorero
- ◆ **Magistrada**  
**Karina Beatriz González Escobar**  
Secretaria
- ◆ **Magistrada**  
**Hilda Aydeé Castro Lemus**  
Vocal Primero



## Doctor

### **Axel Ottoniel Maas Jácome**

Sala Segunda del Tribunal de lo  
Contencioso Administrativo

#### *Invitado especial*

La sociedad guatemalteca demanda que en la actual coyuntura, el sistema de justicia se mantenga firme como pilar de la institucionalidad y la seguridad jurídica del país, en esa tarea, las Salas de la Corte de Apelaciones y los Tribunales de igual categoría desempeñan un papel crucial. En primer lugar porque su actuación asegura la correcta aplicación de la ley, mediante la revisión

de las decisiones de primer grado, que es fundamental para subsanar errores judiciales de la primera instancia, contribuyendo de forma significativa al desarrollo y la interpretación de la ley, estableciendo precedentes que guían a los tribunales de conocimiento en futuras decisiones judiciales.

Al ofrecer una segunda oportunidad para revisar los casos, los magistrados de apelaciones garantizan que las partes involucradas tengan un proceso justo. Esto es especialmente importante en casos complejos o controvertidos donde la interpretación de la ley puede ser ambigua, generando condiciones que viabilicen una aplicación uniforme y congruente del ordenamiento jurídico, crucial para mantener la coherencia y la previsibilidad en el sistema judicial.

Pero además, nuestra tarea jurisdiccional materializa la tutela y protección de los derechos constitucionales, primero porque los casos que se someten a nuestra competencia conllevan la reivindicación de derechos fundamentales, como, el derecho de defensa, el debido proceso, y otros derechos garantizados por la constitución. Y también por la resolución de amparos y demás acciones de protección constitucional que son parte de nuestra función.

Es importante recordar que como juzgadores de segunda instancia, mediante nuestros fallos clarificamos puntos de derecho y brindamos una orientación a la exégesis jurídica que puede ser utilizada por abogados, jueces, y otros profesionales del derecho en el futuro, por lo que nuestro rol contribuye de forma decisiva en la integridad y la efectividad del sistema judicial.

En ese contexto, en la presente edición de nuestra revista Tribuna Jurídica, nos complace presentar una serie de artículos especializados, abordando temáticas de gran actualidad en las cuales sus autores aportan interesantes enfoques a problemas jurídicos identificados a través de su experiencia jurisdiccional, por lo que representan una valiosa contribución académica a la comunidad jurídica guatemalteca.

# SECCIÓN ACADÉMICA





**Magistrado**  
**Santos Alberto Vásquez López**  
Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal  
de Cobán, Alta Verapaz.



## La Prisión Preventiva en el Derecho Penal del Enemigo

En el Sistema Jurídico guatemalteco, el Derecho a la Libertad es reconocido como un Derecho Humano con jerarquía Constitucional, por ello el Estado ha previsto mecanismos para asegurar su inviolabilidad, procurando que las personas solamente sean privadas o limitadas en su actuar, exclusivamente cuando exista una causa justa, probada en un Juicio previo y dictaminada en Sentencia por un Juez competente.

### Definición de Prisión Preventiva

Vélez Mariconde, citado en el libro: Derecho Procesal Penal Guatemalteco, Etapas Preparatoria e Intermedia, define la prisión preventiva de la forma siguiente.

Estado de privación de la libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la substanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal. (Baquix, 2012, p. 175)

Sujetándose a esta definición es posible extraer ciertos elementos, entre los cuales se puede mencionar, que la prisión preventiva tiene como objeto limitar las libertades individuales de las personas y que esta limitación debe ser determinada por un Órgano Jurisdiccional durante el desarrollo del proceso, siempre que al procesado se le atribuya un delito que contemple una pena de prisión.

### Objeto y Naturaleza Jurídica de la Prisión Preventiva

El artículo 259 del Código Procesal Penal guatemalteco, señala que la prisión preventiva busca asegurar la presencia del imputado en el proceso, siendo este el objeto o el fin máximo de esta figura procesal; En el artículo antes citado también encontramos la naturaleza jurídica de la Prisión preventiva, siendo esta una disposición judicial que priva de libertad a una persona que se encuentra sometida a una investigación hasta que ha llegado el momento del juicio, en virtud de una posible comisión o participación en un hecho delictivo.

Tomando en consideración que, en la búsqueda de la verdad, es menester que el Juzgador imparta una justicia expedita, los Órganos Jurisdiccionales comúnmente optan por imponer esta medida de corrección a cualquier persona que esté siendo procesada por la posible comisión o participación en un tipo penal que conlleva una pena de prisión, esto con el fin de no complicar o retrasar las diligencias propias del Proceso Penal.

## Presupuestos Jurídicos Para la Prisión Preventiva

En Guatemala, las personas gozan por mandato Constitucional de una libertad en su actuar siempre que no transgredan la Ley, sin embargo, existe un punto de inflexión cuando una persona es acusada de la comisión de un delito o de su participación en el mismo, pues en este caso existen puntos de vista contrapuestos, existiendo juristas que señalan que la sola sospecha o la duda razonable del Juez basta para limitar temporalmente la libertad del sindicado, pero también hay juristas que argumentan que el hecho de encontrarse bajo una investigación penal o de ser sospechoso de la comisión de un delito, no es bajo ninguna circunstancia motivo suficiente para limitar la libertad de los individuos.

Para la determinación de la prisión preventiva el Juzgador debe tomar en consideración los presupuestos establecidos en el Código Procesal Penal, los cuales son los siguientes.

1. Peligro de Fuga: El código Procesal Penal guatemalteco, en el artículo 262, establece que al imponerse la Prisión Preventiva el Juez contralor debe considerar las siguientes circunstancias.

1.1 El Arraigo del sindicado en el país, el cual comúnmente está determinado por el Domicilio del sindicado, su residencia habitual o por el asiento de la familia, pero también puede comprobarse mediante el establecimiento de sus negocios o de su trabajo y en todo caso, el Juzgador debe observar las posibilidades y el ánimo que tiene el sindicado de abandonar el país o permanecer oculto.

1.2 La pena que se espera como resultado del procedimiento; esto concatenado con el principio de congruencia, pues no es lógico aplicar la prisión preventiva a personas que estén siendo procesados por delitos que no conllevan una pena de prisión.

1.3 La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él; debido a que si el daño causado puede ser reparado y el sindicado muestra completa disposición en resarcirlo no debe mediar razón suficiente para que se determine la prisión preventiva.

1.4 El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; esto debido a que la Ley no puede ni debe criminalizar a ningún individuo por la sola sospecha de haber cometido un delito o de haber participado en la comisión del mismo, por ello ante la buena voluntad del sindicado de prestar completa colaboración con las autoridades a cargo de la investigación, no debe existir razón suficiente para limitarse su libertad.

La conducta anterior del imputado; se debe considerar que, si la persona a la que se le imputa un hecho delictivo ha sido anteriormente acusada y bajo su buena voluntad ha participado en el esclarecimiento del mismo, debe poder gozar de su libertad, sin más limitaciones que las legalmente establecidas.

2. Peligro de Obstaculización: En este supuesto la prisión preventiva solo puede ser considerada cuando el imputado pueda ser sospechoso de la comisión de alguna de las hipótesis normativas enumeradas en el Artículo 263 del Código Procesal Penal siendo las siguientes.

2.1 Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba.

2.2 Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

2.3 Inducir a otros a realizar tales comportamientos.

Si el Juez contralor considera que los presupuestos antes enumerados no se reúnen, no debe limitar el Derecho a la Libertad de los individuos, aun cuando los delitos que se presuman cometidos no contemplen medidas sustitutivas, puesto que, si en el fenecimiento del proceso se determina que el imputado es inocente, se le habrá criminalizado, denigrado y creado un trauma psicológico a la persona que haya tenido que guardar prisión, dañando su proyecto de vida y generándole consecuencias que quizás no pueda superar a lo largo de su existencia.

## La Prisión Preventiva en el Derecho Penal del Enemigo

Los juriconsultos modernos han creado doctrinariamente la figura del Derecho Penal y Procesal Penal del Enemigo, en observancia de la forma que el Estado imparte justicia atendiendo a ciertos paradigmas, en los cuales como si de una guerra se tratara, se tienden a crear estereotipos en los cuales se ven a ciertos sindicados de la comisión de un delito, directamente como el enemigo a quien debe juzgarse con mano fuerte, tal como los Jefes de Estado actúan en una guerra.

Al respecto se plantea en el libro: *Compilaciones de Derecho Penal, Parte General*, lo siguiente. “Pasamos por un momento en que, con singular énfasis, determinados sectores promueven una mayor intromisión estatal en el ámbito de intimidad para ser eficaz en la prevención o represión del delito, lo que deriva en relajamiento de las garantías individuales” (Escobar Cárdenas, 2015, p. 61).

Los Juzgadores al impartir justicia, bajo ninguna circunstancia pueden dejar de ser imparciales, no pueden identificarse ni simpatizar con ninguna de las partes, sin embargo, por la condición social inherente a los seres humanos y la capacidad de sensibilidad ante el menoscabo y vejaciones que una persona puede sufrir, es probable que se tenga una inclinación inconsciente hacia la presunta víctima y en atención a esa inclinación inconsciente puede criminalizarse a un presunto delincuente y tomársele como el enemigo, aplicándosele procedimientos rigurosos que aseguren su estadía en prisión.

Cuando se toma a una persona acusada de la comisión de un delito como el enemigo, se incurre en arbitrariedades inhumanas, que pueden llegar a afectar la condición emocional y de la personalidad del acusado, dejando de observarse que en la modernidad el Derecho Penal ha dejado de ser meramente inquisitivo y se ha transformado en un sistema que contempla la rehabilitación y la inserción de los delincuentes a la sociedad.

## Límites Constitucionales de Aplicabilidad de la Prisión Preventiva

Es imperativo observar que el Ordenamiento Jurídico guatemalteco se basa en una jerarquía Kelseniana, es decir que existe una Supremacía Constitucional, así lo previó la Asamblea Nacional Constituyente de 1985 al legislar la actual Constitución Política de la República de Guatemala, estableciendo en el Artículo 175, que ninguna Ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución y que las Leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure; esto se relaciona con lo establecido en el Artículo 204 Constitucional el cual establece que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier Ley o Tratado.

En ese entendido, los Derechos concedidos por la Constitución Política de la República son inviolables y se sobreponen a cualquier limitación establecida en las Leyes Ordinarias o Especiales; esto tiene una importancia fundamental en el tema tratado puesto que la Carta Magna en su Artículo segundo le ordena al Estado garantizarles a los habitantes de la República entre otros Derechos el de la Libertad, lo que se correlaciona con el Artículo cuarto del mismo cuerpo normativo que establece para todos los seres humanos una libertad e igualdad en dignidad y derechos, esto se reafirma en el Artículo quinto de la Ley Suprema al indicar que toda persona tiene derecho a hacer lo que la Ley no prohíbe.

En el supuesto que una persona sea sospechosa de la comisión o participación de un delito, también la Carta Magna ha previsto el trato humano de los sindicados, estableciendo en el Artículo sexto, que ninguna persona podrá ser detenida o presa, sino por causa de delito, a su vez en el Artículo 12 Constitucional, se les confiere una investidura a los sindicados de la comisión de un delito al establecer que Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal, ante Juez o Tribunal competente y preestablecido, esta investidura se perfecciona al indicar la Ley Suprema en el artículo 14 que toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

Haciendo uso del silogismo jurídico es prudente acotar como premisa mayor, que en Guatemala existe una Supremacía Constitucional y que esta Ley fundamental le ordena al Estado asegurarles a los individuos el derecho a la Libertad; como premisa menor es posible acotar que las Leyes Ordinarias y Especiales que permiten a los sindicados de la comisión de un Delito imponerles una Prisión Preventiva, no son normas superiores a la constitución; ante estas premisas podemos concluir que La Constitución es superior a Cualquier Ley Ordinaria o Especial y que el Derecho a ser tratado como inocente y a la Libertad es superior a la figura jurídica de la Prisión Preventiva.

En síntesis, bajo la observancia de la Constitución, la Prisión Preventiva no debe sobreponerse al Derecho de Libertad y a la Presunción de Inocencia, es decir que el sindicado solo puede ser privado de su libertad en última instancia, debido a que esto es semejante a la Pena de muerte, pues si bien no supone una muerte física de los sindicados, supone una muerte civil al apartárseles de su familia, de su empleo y demás ocupaciones diarias.

### **Estándares Internacionales Para la Determinación de la Prisión Preventiva**

En el Campo Jurídico Internacional, los Cuerpos Normativos de mayor relevancia son la Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, La Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre y La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como ya fue indicado, el Sistema Jurídico guatemalteco, guarda una jerarquía Kelseneana en la cual se establece que la Constitución Política de la República de Guatemala es la Norma Suprema, sin embargo, son aceptados los Tratados y Convenios ratificados por Guatemala como Normas Jurídicas de rango Constitucional, ante ello los Jueces al impartir justicia, están obligados no solo a realizar un control de Constitucionalidad, sino también un control de Convencionalidad.

Al observar lo referente a los Cuerpos Normativos internacionales nos encontramos que desde 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se tuvo previsto en el Artículo Primero, que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y Derechos; retrotrayendo esto a la cuestión de la Prisión Preventiva, es tan importante el Derecho a la Justicia como lo es el Derecho a la Libertad, siendo que los Jueces deben impartir Justicia sin limitar la libertad del sindicado y deben darle un trato de inocente mientras no haya sido citado, oído y vencido en Juicio.

Por su parte, El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 12 numeral 1, establece que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular libremente y a escoger con la misma libertad su residencia; actualmente en Guatemala el Ministerio Público, como encargado de la Persecución Penal ha mostrado un mayor interés en la lucha por la condena de los presuntos delincuentes, pues por norma general un Fiscal del Ministerio Público solicita desde las primeras diligencias la Prisión Preventiva, debido a que se ha normalizado ver a los sospechosos de la comisión de un delito como los enemigos de la Nación, soslayando que toda persona es inocente mientras no se compruebe lo contrario y que todo inocente merece gozar del Derecho a la Libertad.

En el Artículo primero de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre, se enmarca explícitamente que todos los seres humanos tienen Derecho a la libertad y en ese mismo sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo séptimo, contempla el Derecho a la Libertad Personal enumerando distintos presupuestos que los Estados firmantes deben acatar.

En los presupuestos contenidos en el artículo séptimo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentran formas que podrían justificar la prisión preventiva, esto en consideración que el numeral quinto establece que: "(...) Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio", esto refiriéndose a las personas que se encuentren bajo una investigación penal por haber sido sindicados de la comisión de un delito, sin embargo, la misma Convención amplía este presupuesto en el numeral sexto del referido artículo, el cual establece que " Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales", dándole al sindicado a quien se le ha impuesto la prisión preventiva el Derecho de poder recurrir la decisión del Juez.

### Conclusiones

1. La Constitución Política de la República de Guatemala la cual es la Norma Jurídica Suprema, que garantiza los Derechos a la Libertad y Presunción de Inocencia, que todo juez debe observar a momento de resolver.
2. Los Estándares Internacionales ratificados por los Estados partes más importantes han previsto que los seres humanos nacen libres y merecen gozar de esa libertad a lo largo de su vida, cualquier órgano jurisdiccional debe de observar las mismas en su aplicabilidad respectiva.
3. La Prisión Preventiva es una figura sancionadora que tiene como objeto asegurar la presencia del Sindicado en el Juicio, debe ser una excepción y no la regla general.
4. La Prisión Preventiva puede ser semejante a la pena de muerte, puesto que supone la muerte civil del sindicado al limitarle su libertad, teniendo que abandonar sus actividades, mientras se determine su responsabilidad penal.

## Referencias Bibliográficas y Legales

- Baquix, J.F. (2012). Derecho Procesal Penal Guatemalteco, Etapas Preparatoria e Intermedia. Quetzaltenango, Guatemala. Serviprensa Sociedad Anónima.
- Escobar Cárdenas, F.E. (2015). Compilaciones de Derecho Penal Parte General. Guatemala, Guatemala. Magna Terra Editores.
- Código Procesal Penal [CPP]. Decreto 51-92. 28 de septiembre de 1992. (Guatemala).
- Constitución Política de la República de Guatemala [CPRG]. 31 de mayo de 1985. (Guatemala)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. 22 de noviembre de 1969. (Costa Rica)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [DADDyDDHH]. 2 de mayo de 1948. (Colombia)
- Declaración Universal de Derechos Humanos [DUDDHH]. 10 de diciembre de 1948. (Francia)
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos [PIDCyP]. 16 de diciembre de 1966. (Estados Unidos)



# La Importancia del Diligenciamiento de Pruebas Anticipadas como Medio de Protección del Interés Superior de los Niños y las Niñas Víctimas de Delitos Sexuales.



**Magistra Jenny Noemy Alvarado Tení**

Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Cobán, Alta Verapaz



El Estado guatemalteco por mandato constitucional tiene la obligación de proteger a la persona y a la familia, teniendo como fin supremo la realización del bien común. En cuanto a la niñez, esta garantía Constitucional se fundamenta en la Convención de los Derechos del Niño y se complementa en la legislación interna con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, ello implica una protección en su cuerpo y mente, es decir de forma total especialmente porque forma parte de los grupos vulnerables.

Son altos los índices de delitos sexuales en contra de niños y niñas víctimas que se conocen en los Juzgados Penales por lo cual debe considerarse en el desarrollo del proceso penal los plazos legales que se requieren para la resolución final de un caso; lo que hace necesario establecer que actualmente no en todos los casos de delitos sexuales en contra de este grupo vulnerable se aplica la declaración testimonial en anticipo de prueba, debiéndose presentar a declarar al debate oral y público dando lugar a ser revictimizados.

Como Juzgadores se tiene la experiencia que cuando se vulnera una norma jurídica procedimental y se reenvía la causa penal para que sea conocido nuevamente por Juez distinto que aplique correctamente el derecho se expone a la víctima al momento de prestar su declaración testimonial de forma presencial en el debate oral y público, situación que puede ser evitada si desde el inicio del proceso penal de manera inmediata se realiza en anticipo de prueba la misma; surgen dudas entonces en cuanto a la aplicación de un procedimiento riguroso o actuar con flexibilidad, debido a que no se da en todos los casos la aplicación de esa institución procesal para proteger de la revictimización a la niña o niño agredido sexualmente.

## Interés Superior de la Niñez en Guatemala

Es considerado uno de los principios fundamentales en materia de derechos de la niñez, el cual supone la obligación de los Estados de adoptar decisiones y de priorizar las intervenciones que favorezcan la realización de los derechos de los niños y las niñas, este principio encuentra su fundamento en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en los artículos 3 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño. Este principio tiene como finalidad resguardar la integridad de los niños en las esferas sociales, familiares, educativas y religiosas, en donde puedan sufrir de violencia interpersonal, colectiva estructural, colectiva del crimen organizado o colectiva institucional, debiendo para ello los Estados crear cuerpos normativos y políticas públicas destinadas a la prevención, tratamiento y rehabilitación de los niños que han sido víctimas de violencia.

En Guatemala, la estructura familiar sigue el paradigma patriarcal, pues se considera que el padre de familia

es la máxima autoridad para la esposa y para los hijos y es quien toma decisiones las cuales no pueden contradecirse, este fenómeno que se replica en otras sociedades causó preocupación en la comunidad internacional por ello durante el siglo XX y XXI se ha legislado en favor de las mujeres y de los niños.

En temas de delitos sexuales el Principio del Interés Superior de la Niñez es de suma importancia debido a que cuando un menor acusa a un adulto de haberle causado un daño, sin importar si es su padre o familiar, obliga a los Jueces a actuar con rapidez y a buscar recursos o equipo multidisciplinario que le permitan tener una comunicación óptima con el niño o la niña a fin de poder acceder a la verdad mediante el relato de los hechos.

El Principio del Interés Superior de la Niñez no se limita a buscar la condena de los agresores sexuales de niños y niñas, también busca que el proceso penal sea llevado con especial rapidez y efectividad, que sea tratado en secreto, para que el menor no sufra discriminación y que el daño causado sea resarcido, obligando a los agresores además de cumplir con la pena de prisión al pago en concepto de daños morales, a cubrir económicamente los gastos en asistencia psicológica que necesite el menor y en los casos en que el daño ocasionado sea físico a cubrir los medicamentos que el menor necesite.

## Victimología de la Niñez en Guatemala

Según el Modulo II de la Currícula de Especialización en Materia de Niñez y Adolescencia en Protección y Justicia Penal Juvenil: “las víctimas primarias son aquellas que sufren de manera directa los efectos de un hecho delictivo, pueden sufrir daños físicos, psicológicos, sociales y patrimoniales” (p. 291).

En relación a la legislación vigente, el Código Procesal Penal al respecto indica.

Artículo 117. Agravado. Este Código denomina agraviado:

1. Víctima. Se entenderá por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente. Se incluye además, en su caso, al cónyuge, a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y/o a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito, y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. (...)

Como podemos advertir el término víctima en la legislación penal guatemalteca, hace referencia a toda persona que haya sufrido cualquier tipo de menoscabo en sus derechos humanos; en relación a los niños y las niñas que han sido víctimas de delitos sexuales, generalmente presentan lesiones de gran trascendencia las cuales pueden ser de carácter permanente como la pérdida de funciones fisiológicas o sensitivas, la esterilización o la mutilación de los genitales, así mismo este tipo de violencia es acompañada de traumas psicológicos que pueden derivarse en problemas de ansiedad, ira, agresividad, depresión, ataques de pánico, abuso de drogas o estupefacientes y en ocasiones tendencias al suicidio.

No obstante, pueden presentarse también otro tipo de daños como lo son los daños patrimoniales, puesto que los familiares de los niños y las niñas víctimas de delitos sexuales deben trasladarlos a la realización de los distintos exámenes médico-forenses, a brindar declaraciones testimoniales a las fiscalías y a la toma de sesiones psicológicas que ayuden a minimizar el impacto del daño sufrido, significando la inversión de tiempo y recursos económicos.

De la misma forma encontramos daños sociales y familiares que pueden desencadenarse de la comisión de delitos sexuales en contra de la niñez, pues en muchas ocasiones el delito es cometido por una persona de confianza o un familiar y al descubrirse y denunciarse dicho delito se crean rupturas en las relaciones familiares o sociales, lo que en ocasiones genera un mayor impacto en los niños y las niñas pues pasan

de ser tratados como las víctimas a ser tratados como los causantes de las disfunciones familiares o el rompimiento de amistades.

Ante lo expuesto es notorio que los niños y las niñas que han sido víctimas de delitos sexuales requieren una atención judicial privilegiada evitándose todo tipo de victimización secundaria, al respecto es importante observar el caso VRP vs. Nicaragua en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que el sometimiento de la niña a revisiones ginecológicas de forma reiterada no atendió al objetivo de minimizar el trauma sino que lo fortaleció, ello en atención que al no brindarse una atención médica de forma única y adecuada reactualizó la situación traumática de la niña, desprotegiéndola de los mecanismos que la hagan sentir segura, atendida, escuchada y evitando su revictimización. En el mismo sentido podría apreciarse la declaración de la víctima.

### **Inobservancia del Corpus Iuris de la Niñez**

La locución Corpus Iuris es una expresión latina que significa El cuerpo del Derecho y es utilizada para denominar el conjunto de normas que componen cada campo del Derecho, en materia de niñez, el Estado guatemalteco ha ratificado entre otros los siguientes acuerdos y tratados internacionales: Declaración de Ginebra Sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores etc.

En cuanto al sistema jurídico guatemalteco, se han legislado entre otras leyes, acuerdos y reglamentos los siguientes: Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Ley de Adopciones, Ley del Sistema de Alerta Alba-Keneth, Reglamento Interno de la Comisión Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, Reglamento de Protección Laboral de la Niñez y Adolescencia Trabajadora, Acuerdo No. 31-2003: Crea la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, Acuerdo No. 29-2003: Cambio de denominación de los Juzgados de Primera Instancia de Menores de todo el país, etc.

Estos cuerpos normativos se basan en el principio del interés superior del niño, sin embargo, en temas de violencia sexual el Estado guatemalteco inobserva este principio al no darle la atención debida a la niñez víctima de este tipo de violencia, esta aseveración es realizada sobre la base de que los niños y niñas que sufren de abuso sexual, principalmente en las áreas rurales del país no cuentan con el apoyo económico, psicológico y jurídico de parte del Estado, pues en muchos lugares rurales del país no existe una fiscalía del Ministerio Público ni establecimientos del Instituto Nacional de Ciencias Forenses e inclusive hay lugares en los que no existe un hospital o centro de salud, que cuente con los profesionales capacitados para atender a los niños y niñas víctimas de violencia sexual de manera inmediata, no obstante que actualmente existen las fiscalías municipales en toda la República.

Aunado a lo anterior, para buscar justicia los familiares de los niños y las niñas que han sido sexualmente violentados deben trasladarse desde sus comunidades hacia las ciudades en las que puedan acceder a un órgano jurisdiccional, agotar todos los procesos durante un largo tiempo y ser constantemente cuestionados sobre la veracidad de su relato, inobservando así el fin principal del Corpus Iuris en materia de niñez, que se sustenta sobre el interés superior del niño.

### **Anticipo de Prueba en Materia Penal**

Al respecto del Anticipo de prueba en el libro Derecho Procesal Penal Guatemalteco se expresa lo siguiente:

El instituto de la Prueba anticipada es sin duda una figura procesal híbrida, por cuanto supone el adelantamiento de la recepción de la prueba en una fase anterior a la apertura del debate. Sin embargo, el derecho debe ceder en

esta ocasión ya que por circunstancias excepcionales, tan próximas inclusive al propio debate, ya no es posible retrotraer por un elemental principio de preclusión, el curso del proceso a instancias anteriores, toda vez que el expediente ya fue remitido al tribunal, sin embargo, es necesario diligenciar la prueba, precisamente a los fines de preparación del juicio oral. (...)

La incorporación de la prueba anticipada en el juicio oral dependerá de las circunstancias y naturaleza del medio de prueba de que se trate. Tradicionalmente, se realizaba una interpretación literal del artículo 380 CPP, que permitía la incorporación por lectura de las actas de declaraciones de testigos de reconstrucción de hechos, inspecciones, o de los informes periciales. Sin embargo, con la oralización de todas las audiencias del procedimiento penal, la incorporación será audiovisual y sujeta al principio de inmediación y concentración en la audiencia de juicio oral, salvo que se trate de documentos y no de órganos de prueba. (...)

Lo importante es que el tribunal reciba la prueba antes del inicio del debate, es decir, se trata de un diligenciamiento de carácter excepcional, conforme a la apreciación de las circunstancias (...) (Baquix. 2014. P. 39, 40, 41).

En los procesos penales, existe una fase específica para el diligenciamiento de los medios de pruebas, sin embargo, dada la naturaleza de algunos casos, es permitida de forma especial y excepcional la obtención de dichos medios de convicción durante la etapa preparatoria de dichos procesos, esto con el fin de asegurar la búsqueda de la verdad, lo que jurídicamente es denominado como anticipo de prueba o prueba anticipada, al respecto el artículo 317 del Código Procesal Penal guatemalteco contempla lo siguiente.

Artículo 317.- Actos jurisdiccionales: Anticipo de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice. (...)

Artículo 318. Urgencia. (...) Cuando existiere peligro inminente de pérdida de elemento probatorio, el juez podrá practicar, aun de oficio, los actos urgentes de investigación que no admitan dilación. Finalizado el acto, remitirá las actuaciones al Ministerio Público. En el acta se dejará constancia detallada de los motivos que determinaron la resolución. (El subrayado es propio)

La norma adjetiva penal contempla los casos en que puede existir una práctica de anticipado de prueba y la forma en que esta debe realizarse, sin embargo, en temas de delitos sexuales lo establecido en el Código Procesal Penal se complementa con lo preceptuado en la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas que al respecto en el artículo 59 expresa: "Medidas especiales para el anticipo de prueba. En los requerimientos de anticipo de prueba de los delitos contemplados en esta Ley, el Juez valorará el interés superior y los derechos de la víctima al motivar su resolución".

No debemos olvidar que el sistema jurídico guatemalteco contempla una libertad probatoria basada en el principio *onus probando incubitur actori*, es decir la carga de la prueba incumbe al actor, de modo que *actore non probante, reus absolvitur*, lo que significa que, si el actor no prueba, el demandado debe ser absuelto, ante la naturaleza de los delitos sexuales donde los medios de prueba pueden ser destruidos con facilidad, es inminente la urgencia con la que estos deben ser practicados y diligenciados, inclusive desde la etapa preparatoria.

## **Importancia del Anticipo de Prueba en los Casos de Niñez Víctima de Delitos Sexuales**

Evidentemente por la naturaleza de los delitos sexuales, y en mayor relevancia al tratarse de niños y niñas, las pericias deben ser practicadas de forma inmediata y urgente, haciendo prevalecer el interés superior y los derechos de la víctima a los que refiere la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas En el caso de delitos sexuales es imprescindible que los exámenes médico-legales sean practicados de forma inmediata, con el objeto de simplificar y asegurar la averiguación de la verdad, estos exámenes por su naturaleza deben ser practicados por especialistas y en las niñas y niños violentados, no deben ser replicados

en más de una ocasión, puesto que expone a la víctima a una remembranza de los hechos traumáticos, profundiza los problemas psicológicos desencadenados y refiere a los niños a sentirse menoscabados y humillados, por lo que deben considerarse desde su inicio como medios de convicción y deben ser aceptados formalmente como tal.

Para los niños y niñas víctimas de delitos sexuales deben jueces y todas aquellas instituciones de Estado que intervengan utilizar con urgencia políticas y protocolos que aseguren una libertad probatoria, en la que se realicen de forma unigénita e inmediata, todos los exámenes médico-legales pertinentes, se reciba su declaración y la misma sea grabada para su posterior reproducción audiovisual en la etapa procesal correspondiente evitando que acuda a los órganos jurisdiccionales constantemente y limitando la comunicación o encuentros sea dentro o fuera de los órganos jurisdiccionales de la niña o niño víctima con su victimario, utilizando de forma generalizada el anticipo de prueba.

En síntesis, es menester que los jueces penales apliquen las instituciones jurídicas en temas de práctica, recepción, diligenciamiento y valoración de los medios de prueba en temas de delitos sexuales que afectan directamente a la niñez, debido a su vulnerabilidad ante un sistema y una cultura en donde la sexualidad es un tabú y los niños que sufren de violencia sexual, posiblemente son vistos y tratados dentro de la comunidad o de la familia de forma distinta. Es necesario entonces que ante un caso de niñez víctima de violencia sexual, sean aplicados mecanismos jurídicos procesales para evitar ser revictimizados, siendo que la norma jurídica relacionada al anticipo de prueba establece como presupuestos que sean actos definitivos, que no puedan ser reproducidos o cuando deba declarar un órgano de prueba que por algún obstáculo difícil de superar se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, baste entonces que sea niño o niña víctima de delito sexual por el resguardo del principio del interés superior en todos los casos.

## Conclusiones

- El Interés Superior de la Niñez, es un principio moderno del Derecho que establece que los niños y las niñas merecen una vida digna y un libre acceso a los Tribunales de Justicia los cuales deben garantizarles una justicia expedita evitando revictimización.

La institución procesal de anticipo de prueba debe practicarse siempre en los casos de violencia sexual cometidos en contra de niños y niñas con el fin de evitar la revictimización y coadyuvar al resguardo de la prueba con el fin de evitar una remembranza de los hechos y un trauma

- superior al vivido desde el inicio del proceso penal.

## Referencias Bibliográficas y Legales

- Baquix, J.F. (2014). Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Quetzaltenango, Guatemala. Serviprensa Sociedad Anónima.
- Código Procesal Penal [CPP]. Decreto 51-92. 28 de septiembre de 1992. (Guatemala).
- Declaración de Ginebra Sobre los Derechos del Niño [DGSDDN]. 23 de febrero de 1923. (Suiza)
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores [CISRIM]. 15 de julio de 1989. (Uruguay)
- Convención Sobre los Derechos del Niño [CDN]. 20 de noviembre de 1989. (Estados Unidos)
- Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas [LCVSEyTP]. Decreto 9-2009. 18 de febrero de 2009. (Guatemala)
- Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia [LPINA]. Decreto 27-2003. 4 de junio de 2003. (Guatemala)





**Magistrada Flor de Maria Galvez Barrios**  
Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Familia Guatemala

## LEGAL COMPLIANCE NORMAS DE CUMPLIMIENTO

El origen del término Legal Compliance, aparece en el sector empresarial anglosajón y específicamente en el financiero obedeciendo a que éste se considera la meca del sistema financiero europeo, además este siempre ha tenido una regulación bastante estricta o rigurosa; aunado a lo anterior también existen aspectos que pueden sumarse a su origen como por temas político-históricos como la guerra fría en los años setenta como algunos autores lo consideran. Siendo entonces en el sector financiero donde primeramente se visualiza la necesidad de dar cumplimiento a toda la normativa existente y aplicable para llevar a cabo un trabajo confiable, ya que las finanzas de las empresas son las que le brindan a la misma la solidez necesaria para subsistir y generar la confianza en sus clientes o usuarios; entendiendo entonces que esa es la razón por la que tiene su origen en aquel contexto.

Es así como nace la necesidad de asegurar el cumplimiento con toda la normativa o protocolos, que en ocasiones son bastante complejos y que en caso de no observarse daría origen a sanciones costosas. De esta manera dio origen a que se emplearan departamentos completos dedicados exclusivamente a asegurar el cumplimiento de aquella normativa, lo que en un principio significó que dicha tarea fuera realizada por los Departamentos Legales de las instituciones o empresas, pero con el paso del tiempo esta materia se fue especializando y copiando en distintos departamentos o áreas, pero con sus propias especificaciones derivando ya en éstos días en toda una profesión.

Del análisis de distintos documentos para la realización del presente estudio, se concluye que la utilización y generalización en algunos sectores del sistema aludido dio origen a la sistematización por parte de la Organización Internacional de normalización (ISO), siendo por ello que a las distintas normativas reguladas por tal institución que conocen como normas ISO que son específicas y destinadas a la gestión del cumplimiento.

De tal suerte que las normas ISO, que no son más que un conjunto de dirigidas orientadas a ordenar la gestión de una empresa en sus distintos ambientes, son establecidas por la organización denominada International Standard Organization (ISO) por sus siglas en inglés y se componen de estándares y guías relacionadas con sistemas y herramientas específicas de gestión aplicables a cualquier tipo de organización.

Por lo que se debe estimar que el COMPLIANCE o cumplimiento como también ha sido llamado, no es más que el establecimiento de las políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa, incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados, cumplan con el marco normativo internacional aplicable.

El éxito de la institución estudiada se debe de manera especial a que en la aplicación del mismo ha surgido la especialización, de allí que el COMPLIANCE se ha convertido en los últimos años en un TRENDING TOPIC (TEMA DE TENDENCIA o DE MODA) dentro del mundo legal y empresarial, con

un súper protagonismo que incluso ha dado origen a una nueva profesión y muy solicitada como lo es el COMPLIANCE OFFICER.

Amén de lo anterior y para comprender el papel del compliance officer (CCO – CHIEF COMPLIANCE OFFICER), una encuesta reciente sobre sueldos y beneficios para profesionales ha rebelado que los profesionales de cumplimiento constituyen una profesión bien remunerada que arroja un promedio de ingresos anuales de entre US\$ 150,000 y US\$ 180,000 lo que representa alrededor de US\$ 15,000 mensuales.

## **BENEFICIOS QUE APORTA**

A partir de la implementación del COMPLIANCE, el resultado es obvio que va generando un rendimiento que puede verse a través de clientes contentos y por supuesto clientes que vuelven a la empresa o solidifican las relaciones con el proveedor; y a su vez, trabajadores que ya no son considerados como tales sino que se sienten como parte misma de las organizaciones, lo que genera fidelidad hacia la misma; y por lo tanto en este ámbito dejan de llamarse trabajadores para adquirir un nuevo termino incluyente denominado “colaboradores”.

Claro está que esta cultura o filosofía no se adquiere de la noche a la mañana, sino que más bien deriva como resultado de una serie de cambios dentro de cada organización a lo cual no es fácil llegar; por el contrario inicialmente implicará hasta el rechazo de los distintos componentes en las instituciones, empresas u organizaciones.

Debe indicarse que el marco normativo que acompaña o da origen al cambio organizacional al que se ha hecho referencia, no contempla solamente las normas legales como leyes y reglamentos; sino que también involucra en el cambio las políticas internas, los compromisos con clientes, proveedores o terceros, y especialmente los códigos éticos con los que la empresa se haya comprometido a respetar, ya que existe infinidad de casos concretos en los que una determinada actuación si bien es cierto puede ser legal pero la misma no resulta ética; siendo éste entonces el distintivo del COMPLIANCE.

## **ORIGEN DE LAS NORMAS DE CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO**

Estas normas han nacido como consecuencia de la globalización ya que al haberse incrementado la complejidad de la verificación de las normas legales a nivel general, también resulta para los Estados la dificultad de su verificación, por lo que al darse el incremento y complejidad de las normas legales que son de aplicabilidad obligatoria a la actividad empresarial, requirieron la implementación de instrumentos que facilitaren la comprensión y el adecuado cumplimiento de las mismas. En el mismo sentido, se hace necesario que los miembros de la organización conozcan los valores y prácticas voluntarias con los que se ha comprometido la misma, y que se constituyen como normas voluntarias.

De lo anterior y de la complejidad de la que se viene hablando, así como de la poca especialización estatal para la verificación legal de los mercados transnacionales donde éstas operan, provoca que al mismo Estado le sea difícil legislar respecto de los nuevos modelos de negocios que van apareciendo, a la vez que inspeccionar su cumplimiento; de allí deriva la auto regulación como una posible solución a dicho problema; constituyendo netamente un tema de voluntad.

A guisa de lo anteriormente anotado encontramos actividades como el denominado servicio de taxis “Uber”, también el servicio de hospedaje “Airb&b”, mercados con los cuales a los Estados se les ha dificultado la verificación de cumplimiento de normas legales, y que dicho sea de paso en Guatemala se encuentran operando de alguna manera abiertamente y sin que el Estado tenga alguna participación como la verificación a cumplimiento de normas legales o menos aún la comprobación del pago de impuestos.

Todo lo anteriormente esbozado es lo que dio origen en otras latitudes o en empresas privadas a la denominada AUTORREGULACIÓN, que puede conceptualizarse como la devolución de parte de la autoridad reguladora del Estado a los actores del sector privado; y puede llegar a definirse como una forma de auto imposición voluntaria de normas o códigos de conducta por parte de las organizaciones.

## CONCLUSIONES

La implementación de la normativa de cumplimiento (Legal Compliance) en cualquier entidad de carácter público o privada, garantiza a los clientes o usuarios, en su caso; a recibir un mejor servicio en beneficio de los dos últimos citados y a las entidades público o privadas a visualizarse como transparentes y eficaces.

El Organismo Judicial con la Certificación obtenida en varias de sus dependencias como la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civi y Mercantil y otras oficinas administrativas, ha logrado visualizarse como una de las instituciones que se encuentra en plena transformación en beneficio de los usuarios y transparentando su labor construyendo una sociedad más justa.





## PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN PRO PERSONA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD CON ENFOQUE DE GÉNERO”

**Magistrada Patricia Leonor Salazar Genovez**  
Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Familia Guatemala

### 1. Resumen:

Dentro de los principios abordados por los Derechos humanos de las personas, se desarrollan principios fundamentales como los son los principios pro persona y el principio de progresividad, en tal sentido dichos principios son un conjunto de garantías, libertades, principios y normas jurídicas esenciales, dirigidos a los seres humanos, que regulan la convivencia, el desarrollo integral de mujeres y hombres, los cuales están contenidos en las constituciones políticas de los estados y demás leyes internas, así como los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

Dentro de los Derechos Humanos se encuentran los derechos que van dirigidos específicamente a las mujeres, que, teniendo el grado de derechos fundamentales, se le reconoce, los cuales deben disfrutar plenamente, por su condición de mujeres.

Tomando en cuenta lo anterior El estado de Guatemala, es signatario de tratados internacionales, en materia de Derechos Humanos de la Mujeres, entre ellos, se encuentra la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem Do Pará),

El Organismo Judicial de Guatemala, para contribuir con los derechos humanos de las mujeres y en cumplimiento de las convenciones y tratados internacionales, leyes y políticas nacionales que promueven los derechos humanos de las mujeres, en el año dos mil seis creó la Unidad de la Mujer y Análisis de Género (UMAG), como ente asesor y rector para la incorporación de la perspectiva de género dentro del Organismo Judicial. Con dichas políticas el Organismo Judicial contribuye día con día que se respeten los derechos de las mujeres tanto dentro como fuera de dicha institución.

### Palabras clave

Progresividad, pro persona, derechos humanos, equidad, mujer

## 2. Introducción:

Dentro del desarrollo de la presente investigación del principio pro persona y el principio de progresividad con enfoque de género, hay muchos elementos que se deben tomar en cuenta para que dichos principios de los derechos humanos se puedan llevar a cabo.

El presente trabajo tuvo como propósito demostrar el método o mecanismo de aplicación de los principios pro persona y principio de progresividad con enfoque de género. Y con ello cumplir con el objetivo de que las decisiones de los tribunales constitucionales deben estar razonados y justificados conforme a estos principios, pues constituyen la vía idónea para apreciar si el otorgamiento de un derecho inherente a las personas es otorgado en igualdad de condiciones.

En correlación con lo antes indicado; el estado de Guatemala, como parte de varias Convenciones en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, en especial con los derechos humanos de las mujeres; debe implementar políticas públicas con perspectiva de género, con el fin de planificar tanto a nivel legislativo como institucional los programas que atiendan y viabilicen programas que cubran integralmente las necesidades tanto de los hombres como las mujeres, tomando en cuenta la igualdad pero también la equidad de género en los mismos, con lo que se haga posible la inserción de las mujeres a los distintos ámbitos sociales, culturales, políticos, en igualdad

de condiciones que los hombres y de esa forma disminuir la brecha de género existente, garantizando a las mujeres el pleno goce de sus derechos fundamentales. Ya que dichas políticas para ser efectivas deben contener el respectivo análisis de género, y deben de atender al Control de Convencional y al bloque de constitucionalidad, es por ello que dentro de esas nuevas prácticas estatales debe de tomarse en cuenta los compromisos adquiridos por el Estado de los diversos instrumentos internacionales de protección a las mujeres, Teniendo como estándares la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. (Convención de Belém do Pará; normativas que resultan ser herramientas valiosas para erradicar todo tipo de discriminación contra las mujeres y mantener la vigencia de sus derechos humanos.

Es por ello que la presidenta del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia y las y los Magistrados integrantes de la Comisión de la Mujer, han manifestado su compromiso político de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y velar por la eliminar la discriminación en su contra. Con ello las y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, han dado cumplimiento a dichos derechos humanos, incorporando la visión de género, para construir la igualdad y el pleno respeto, de los derechos de las mujeres en la administración de justicia.

## EL PRINCIPIO PRO PERSONA

El Principio Pro Persona, es un “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” Además este principio es fundamental de los derechos humanos, con el fin de estar siempre a favor de las mujeres y de los hombres.

El principio pro homine cumple con dos objetivos:

- a. definir el estándar de integración normativa, en el sentido de construir el contenido constitucionalmente declarado del Derecho, y; b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, con independencia de su jerarquía y respetando el contenido esencial”.

Para lo cual se han señalado dos variantes del principio pro persona:

- a.** “La preferencia interpretativa, con respecto del principio favor libertatis donde las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales deberán ser interpretadas restrictivamente y, donde el operador debe interpretar la norma de manera que mejor optimice su

ejercicio; y, con respecto del principio de protección de víctimas o favor debilis, donde es necesario considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones, y;

- a.** La preferencia de normas, esta variante se refiere a que cada vez que una norma de derecho se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre el derecho, puesto que son estas las que orientan la actuación de los órganos del poder público”.

El principio Pro persona en los tratados principales de derechos humanos, se rige por los criterios de interpretación, han acuñado un principio particular de interpretación: en dicho principio.

El fundamento normativo de este principio se encuentra consagrado en las normas específicas sobre interpretación de los tratados de derechos humanos, y consagra la interpretación acorde a los objetivos y fines de los tratados, de dinamismo e integralidad.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5.3, se señala:

“No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Por su parte, el Tratado Regional Americano recoge en su artículo 29 estos criterios hermenéuticos:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a.** Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
- b.** Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.
- c.** Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno, y
- d.** Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

#### **e. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO PRO PERSONA**

- f. Si se toma en consideración las herramientas interpretativas del Derecho internacional, en especial, el criterio que establece que se debe interpretar la norma internacional en consideración del objeto y fin del tratado, la esencia y base sobre la cual se construye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es justamente la efectividad en la protección de los derechos fundamentales, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo. En palabras de la Corte Constitucional colombiana:
  
- g. “El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”.

La idea del principio Pro persona, es que la entrega al interprete una guía en el sentido de que se deben interpretar los derechos de manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso, y las restricciones deben ser interpretadas de una manera lo más estricta posible de forma que no sean desproporcionadas en el tiempo, en cuanto al objetivo legítimo para hacer convivir dos derechos o intereses que están en contraposición.

Claramente el artículo 29 de la Convención contiene las normas de interpretación, cuya literal b) indica que:

Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la convención americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención Establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce.

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha ido concretamente al principio Pro persona, en el caso de la masacre de Mapiripán (2005) y señala:

“Esta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de implementación colectiva conlleva la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados Parte garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (effectuttie) en el pleno de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales”

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reitera lo que señala en la Opinión Consultiva No. 5, y lo aplica al caso concreto dándole un sentido más amplio. En el caso *González y otras. “Campos Algodonero vs México”* (2009), donde el Estado planteó una excepción preliminar sobre la competencia de la Corte para conocer violaciones a la “Convención de Belém do Pará”. Pues esta no entrega competencia específica a la Corte para conocer dicho instrumento como si lo hace respecto de Comisión, la Corte IDH tuvo que interpretar si tenía competencia y para resolver toma nuevamente este principio y utilizándolo en este caso concreto señala: Párrafo 33 “La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a

partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del artículo 31 citado” Dentro de los alcances de este principio se encuentran dos manifestaciones principales: a) preferencia interpretativa y b) preferencia de normas” La primera aplicación del principio Pro Persona, la preferencia interpretativa la cual se hace ver en la Opinión Consultiva No, 5 “La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. E n consecuencia, si a una misma situación son aplicables a la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce” “Esta preferencia interpretativa tiene dos manifestaciones: a) la interpretativa de los derechos y b) la interpretativa restringida de los límites”

La interpretación extensiva tiene tres manifestaciones. En primer lugar, que el principio pro persona debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. Ejemplo de esta interpretación extensiva, se encuentra en la sentencia de la Corte IDH en el caso de censura previa en la película “La última Tentación de Cristo” donde se condena al Estado de Chile por violar el artículo 13 de la CADH “Derecho a la libertad del pensamiento y de expresión”

## **El Principio de Progresividad**

Dentro de los principios de interpretación de los derechos humanos encontramos el principio de progresividad o de integridad maximizadora, ya que los derechos humanos están en un constante proceso evolutivo, ya que los derechos humanos deben de estar en un constante progreso y con ello lograr el pleno cumplimiento de estos.

El principio de progresividad aparece en el derecho internacional teniendo sus primeros antecedentes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el año de (1966), y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969), dicho principio es interpretativo, porque los derechos adquiridos no podrán disminuirse, si no todo lo contrario deberán aumentarse y con ello lograr el cumplimiento de ciertos derechos. Además, este principio se relaciona con los derechos económicos, sociales y culturales, aplicándose también en los derechos civiles y políticos.

Claramente el artículo 26 de la Convención desarrolla los derechos Económicos, Sociales y Culturales, Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por la vía legislativa y otros medios apropiados”.

En ese sentido ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el

goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. En dichos Pactos Internacionales, procuran contemplar disposiciones comunes, lo cual se señala en el artículo 2 el compromiso que se tiene: “a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” Además, el artículo 3 establece el compromiso que se tiene de asegurar a mujeres y hombres en igualdad de gozar de sus derechos civiles y políticos económicos y sociales y culturales de dicho Pacto.

Además, el Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2 se compromete: “a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala<sup>2°</sup> B;4.1.1. Estándares sobre el derecho a la salud aplicable con relación al principio de progresividad.

141. La Corte considera pertinente reitera lo señalado anteriormente, en el sentido que, en virtud del artículo 26 de la Convención, este Tribunal es plenamente competente para analizar violaciones a los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA (supra párr. 97). Asimismo, el Tribunal reitera que existen dos tipos de obligaciones que derivan de dichas normas; aquellas de exigibilidad inmediata, y aquellas de carácter progresivo. Respecto a la segunda, la Corte considera que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha actividad”

Siendo que el principio de progresividad es interpretativo de los derechos humanos, además de que dicho principio tiene prohibición de retroceso, en los logros alcanzados en la protección de los derechos humanos de las personas. Además, dicho principio ha evolucionado. Según lo establecido en el artículo 29 inciso b) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que dice: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: “...b) limitar el goce y ejercicio cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.”

Además el principio de progresividad exige el compromiso de los Estados Partes a nivel interno como a nivel internacional que se logre progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de normas económicas, sociales y culturales, ya que dicho principio no puede entenderse de que los gobiernos no tengan obligación de lograr la realización integral de los derechos humanos, en la función de sus recursos, por lo que dicho principio lo que pretende es que si mejora el desarrollo de un Estado, se mejore también el compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.. Ya que el Estado se encuentra obligado para establecer lo necesario para la satisfacción de los derechos de las personas, y con ello no reducir los derechos vigentes.

### **Principio Pro persona y su relación con el principio de progresividad con enfoque de género.**

Los derechos humanos tienen principios fundamentales que se ha determinado básicamente en ser derechos universales, indivisibles, interdependientes, e interrelacionados, los cuales deben ser respetados, garantizados y protegidos y promocionados por el Estado o Nación correspondiente. No son meras aspiraciones políticas, sino verdaderas conductas positivas, ejecutivas o activas, (en algunos casos de efecto inmediatos y otros progresivos) tendientes a satisfacer aquellas necesidades mínimas vitales de

la población en general (contenido mínimo esencial de derecho), creando o generando las condiciones para que las personas accedan a tales derechos y cuyo resultado no deben depender únicamente de la disponibilidad de recursos económicos, aunque claro está, si dependerá del desarrollo económico de un país. (Expediente 12-2008, de fecha 17/02/2010).

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello deben de estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. (ver sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Lone Vs Honduras. Sentencia del 5 de octubre de 2015). Es por ello por lo que se dice que los derechos humanos deben ser de exigencias éticas justificadas especialmente importantes, deben ser protegidos eficazmente a través del aparato de justicia. Además, los derechos humanos como derechos subjetivos y como exigencia ética justificada, permiten entender la fuerza de su articulación. Además, es importante resaltar lo referente a la Universalidad desde la igualdad y la no discriminación, ya que dichos principios deben ser comprendidos y usados desde la experiencia concreta de las personas, de tal forma que se promueva la inclusión de mujeres y hombres desde la propia realidad.

#### Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala 2 **B. Consideraciones de la Corte.**

72. En vista de las posiciones de las partes, y de los hechos probados, el Tribunal advierte que en el presente caso la controversia central se refiere a si el Estado es responsable por: i) la violación al artículo 26 de la Convención Americana, por la afectación al derecho a la salud de las presuntas víctimas como personas que viven con VIH; ii) la violación a los artículos 4 y 5 de la Convención, por el impacto que la atención médica -o la falta de ella- pudo tener en la integridad personal y la vida de las presuntas víctimas; iii) la violación al principio de no discriminación, en caso de no haberse garantizado a las presuntas víctimas una atención médica integral que tomara en cuenta sus diversos factores de vulnerabilidad como personas que viven con VIH, especialmente en el caso de mujeres embarazadas; y iv) la violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana, por las alegadas medidas regresivas adoptadas en detrimento de la plena actividad del derecho a la salud para personas que viven con VIH en Guatemala.

Por lo que en ese sentido el Estado debe de adoptar todas las medidas necesarias en cuanto a que aún sean pacientes con VIH, tienen derecho a la salud lo cual es un derecho humano de toda persona, ya que dichos derechos no pueden ir en retroceso si no todo lo contrario, deben de ser progresivos, con lo cual el Estado estaría coadyuvando con sus obligaciones internacionales en cuanto al derecho a la salud y la obligación que tiene como estado en cuanto al cumplimiento en cuanto al principio de progresividad.

El artículo 4. Libertad e igualdad. “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conductas fraternales entre sí.”

Este artículo lo que consagra es que cada vez encontramos la igualdad de género, ya que es la igualdad de derechos que tienen las mujeres y los hombres, como las responsabilidades y oportunidades en igualdad de género, en cuanto a la política, lo social, la educación la salud a un trabajo en igualdad de condiciones, ya que las mujeres a lo largo de mucho tiempo han sufrido de discriminación, ya que conseguir la igualdad ha sido cuesta arriba, ya que se vive en un país machista.

“(…) En tal sentido resulta que, la igualdad, al no ser absoluta, permite trato distinto cuando exista para ello una justificación razonable que justifique el mencionado trato diferenciado, lo que se traduce en un igual trato a aquellas personas que presentan condiciones equivalentes desde la perspectiva normativa y uno diferenciado a quienes presenten condiciones diferenciables atendibles por el sistema jurídico (...)” Gaceta 128. Expediente 5499-2017. Fecha de sentencia 03/05/2018.

El artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona.”

Dicho artículo hace referencia a las garantías y derechos que tenemos todas las personas sin exclusión a ser discriminados y ser tratados en condiciones de igualdad, en lo que se refiere temas de política, social, cultural económicamente, profesionalmente, no se debe hacer ninguna distinción entre mujeres y hombres todos tenemos los mismos derechos y obligaciones.

Asimismo, el artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. “Se establece el principio general que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

“El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. (...) Su función esencial es la de valerse como herramientas de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. (...) por vía de los artículos 44 y 46 citados se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetros para ejercer el control constitucional del derecho interno. (...) el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. (...) Gaceta 105. Expediente 1822-2011. Fecha de sentencia 17/07/2012.

Además de los anteriores en relación a la progresivos se pueden incorporar algunos elementos con enfoque de género de derechos humanos en decisiones judiciales/ administrativas.

1. Comprensión y desarrollo integral de los derechos humanos de las mujeres en cuanto a no ser discriminadas
2. Los órganos jurisdiccionales deben hacer uso de los estándares internacionales sobre derechos humanos
3. Deberán tomar en cuenta las recomendaciones generales del Comité de la CEDAW
4. Deben hacer uso de la jurisprudencia y de observaciones generales de otros tratados elementos que se incorporen con perspectiva de género.
5. Utilización de un lenguaje no sexista
6. Ausencia de prejuicios y estereotipos de género
7. Identificación de factores adicionales de discriminación en la vida de las mujeres

8. En los estándares Internacionales que se pueden aplicar tenemos el Derecho de no ser discriminadas las mujeres, según se establece en el artículo 2 de la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), en sus artículos 2, 4

**Artículo 2:** Obligación de los Estados Parte condenar la discriminación Contra las mujeres: principio de igualdad, adoptar medidas legislativas y de otro carácter, protección contra todo acto de discriminación, etc.  
**Artículo 4:** Adopción por los Estados de medidas especiales de carácter temporal que aceleren la igualdad de facto entre el hombre y la mujer.

**Artículo 5:** a) Adopción de medidas apropiadas para la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos

De igual manera la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do para).

**Artículo 6:** “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación
- b. El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados (...) basados en el concepto de inferioridad o subordinación.

Deben además observarse las recomendaciones para el cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos, en cuanto a:

### **Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos:**

Obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrafo 4: (...) Todos los poderes públicos (...) y demás autoridades o gubernamentales (...) están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado

Recomendación general del Comité de la CEDAW **Número 28, relativa al artículo 2 de la Convención CEDAW:**

“Los Estados Parte deben asegurar que los tribunales apliquen el principio de igualdad como está enunciado en la Convención e interpretar la ley, en la mayor medida posible, de conformidad con las obligaciones de los Estados Parte en virtud de la Convención”

Aplicación de las recomendaciones generales de la CEDAW sobre los derechos humanos de las mujeres

### **Recomendación General Número 19:**

**Párrafo 5:** Papel de los estereotipos en la perpetuación de la discriminación y violencia contra la mujer

**Párrafo 6:** Aclara que la definición de discriminación contra la mujer en el artículo 1 de la CEDAW, incluye la violencia basada en el sexo Recomendación No. 19

**Párrafo 9:** (...) con base en el inciso e) del artículo 2 de la CEDAW, los Estados Parte adoptaran las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer (...) (Alcances de la debida diligencia)

**Párrafo 9:** Responsabilidad de los Estados de actos privados o adoptan medidas con la debida diligencia

para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas

**Número 25: Medidas especiales de carácter temporal:**

Obligación de los Estados de prohibir la discriminación directa e indirecta hacia las mujeres

Mejorar la situación de facto de las mujeres

Hacer frente a las relaciones desiguales de género preeminentes

Adoptar medidas especiales de carácter temporal para eliminar las formas de discriminación

**Número 33: Acceso de las mujeres a la justicia**

Los estereotipos y prejuicios de género en sistemas de justicia

**Número 33: Acceso de las mujeres a la justicia**

Los estereotipos y prejuicios de género en sistemas de justicia

Uso de jurisprudencia género-sensitiva, Corte Interamericana de DD HH

Complementa y amplía la protección que la legislación nacional da a los derechos humanos.

Sirve, además, como herramienta para analizar y fundamentar jurídicamente las sentencias

Ha contribuido en el avance de la aplicación de los derechos humanos de las mujeres y en construir criterios de aplicación regional.

Temáticas abordadas por la jurisprudencia de la Corte IDH Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala:

El deber de los Estados de garantizar los derechos humanos de las personas con especial intensidad en relación con las niñas.

Deber de los Estados de actuar con estricta diligencia en casos de violencia contra la mujer

**Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile:**

Roles asignados a las mujeres y estereotipos

Caso Almonacid Arellano v. Chile, párrafo 124: "(...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

"(...) El Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana"

### CONCLUSIÓN:

En el presente artículo se concluye que tanto el principio pro persona como el principio de progresividad, son dos principios fundamentales de los derechos humanos ya que ambos se encuentran en los tratados y convenios con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete último de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, tanto en el orden convencional como en el orden constitucional, ya que trazan una ruta en la solución que los tribunales constitucionales o convencionales deben darle a los conflictos que conozcan en razón de su competencia.

Para lo cual el Organismo Judicial de Guatemala, ha contribuido con los derechos humanos de las mujeres en cumplimiento de las convenciones y tratados internacionales, leyes y políticas nacionales que promueven los derechos humanos de las mujeres, creando en el año dos mil seis la Unidad de la Mujer y Análisis de Género, como ente asesor y rector para la incorporación de la perspectiva de género dentro del Organismo Judicial. Con lo que se implementó el cumplimiento de la Política Institucional del Organismo Judicial sobre igualdad de Género y promoción de los Derechos Humanos de las Mujeres.

Esta Política tiene como objetivo, promover el fortalecimiento de la protección de los derechos de las usuarias de los servicios que presta el Organismo Judicial y de las trabajadoras de la institución, por lo que, para el logro de tan importante labor, se hizo necesario contar con herramientas que sirvan de apoyo para la comprensión y conocimiento de la perspectiva de igualdad de género. Con lo cual el Organismo Judicial está en constante progreso con los derechos humanos de las mujeres.

### **Bibliografía**

- Asamblea Nacional Constituyente. (1986). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala.
- Carbonell , M., & Salazar, P. (2011). La reforma constitucional de los derechos humanos: Un nuevo paradigma. Ciudad de México.
- Carosio, A. (s.f.). Feminismo latinoamericano: Imperativo ético para la emancipación.
- Centro Nacional del Análisis y Documentación Judicial. (2014). Normativa acerca del Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer. Guatemala.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2017). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Guatemala.
- Huerta, G. R. (2009). Deberes de los estados y derechos protegidos. Ciudad de México.
- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar. (1996). Guatemala.  
Marcos, E. C. (s.f.). La interpretación de los derechos fundamentales.  
Organización de los Estados Americanos . (2018). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará". Washington: 2018.
- Pinto, M. (2004). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Buenos Aires.
- Principio y obligaciones de derechos humanos: Los derechos en acción. (2013). Ciudad de México.
- Ugarte, A. M. (2014). Igualdad de género y no discriminación en la gestión del empleo. Costa Rica .  
Vélez, C. (2001). Teología de la mujer, feminismo y género.



**Magistrado Manfredo Alberto  
López Fuentes**

Sala Tercera del Tribunal de Contencioso  
Administrativo, Guatemala

## **EL RESGUARDO DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN ASUNTOS DE DOBLE SANCIÓN ADMINISTRATIVA TRIBUTARIA POR MEDIO DE LA INTEGRACIÓN ANALÓGICA ESTABLECIDA EN LA LEY ESPECIAL -Análisis doctrinario, legal y jurisprudencial-**

### **Resumen**

El principio de plenitud -llamado también de completitud- compele a la jurisdicción tomar decisiones sobre todos los asuntos sometidos a ella, y esa característica obliga a hacer uso de métodos no literales de interpretación de las normas jurídicas, a modo de integrar vacíos o contradicciones que se generan entre estas derivado de su aplicación en el plano concreto. En materia fiscal, uno de los métodos para lograr la consecución del mencionado principio es la aplicación del principio de integración analógica en el ámbito tributario contenido en el artículo 5 de la ley de la materia.

La prohibición de doble sanción -también conocido como principio non bis in ídem- a nivel administrativo, no está contemplada taxativamente por el Código Tributario, únicamente establece dicho impedimento para asuntos que deban ser conocidos por la jurisdicción penal, lo que produce que no exista una norma ordinaria que pueda ser aplicada en su tenor literal para resolver en definitiva -ejercicio de subsunción norma/hecho- asuntos de esa índole. Por tal virtud, se hace necesaria la aplicación del principio de integración aludido para dar una respuesta conforme a Derecho en ese tipo de controversias.

### **Palabras clave**

Plenitud, doble sanción, Código Tributario, integración, analogía.

### **Introducción**

La prohibición de doble sanción está inmersa en todo Estado Constitucional de Derecho, pues es natural que una persona no deba recibir más de un castigo prestablecido frente a una transgresión de las reglas positivizadas. Este principio, para cobrar fuerza dentro del ámbito de aplicación del Derecho, debe estar regulado en las normas ordinarias, que son las útiles para desarrollar efectivamente la pragmática tribunalicia. Por consiguiente, resulta necesario que a nivel ordinario se establezcan principios o reglas de Derecho que específicamente resguarden esa garantía fundamental a nivel procesal. Esto cobra especial relevancia en el caso de los tributos, que son obligaciones ineludibles para cualquier ciudadano que, de alguna manera o de otra, afectan su patrimonio. La ley especial de la materia, el Código Tributario, no regula de manera general la prohibición de doble sanción, pero sí lo hace en forma especial cuando se trata de un asunto que debe discutirse en la jurisdicción penal.

El presente ensayo va dirigido hacia realizar un estudio sobre cómo es posible la aplicación del principio non

bis in ídem en el espectro tributario a nivel generalizado a través del artículo 90 del cuerpo de leyes anotado, que está delimitado al caso particular antes expuesto. Esto por virtud del contenido del artículo 5 de dicho código, que autoriza la integración analógica de normas en caso de lagunas o contradicciones en la ley, esto en aplicación del principio de plenitud del ordenamiento jurídico, que lo hace posible y legítimo. Para el efecto se realiza un estudio doctrinario, legal y jurisprudencial, el cual aportará un andamiaje propicio para entender el procedimiento y alcance de dicha integración.

## Capítulo I

### La plenitud como principio de la Teoría General del Derecho

La necesidad de plenitud en cualquier sistema jurídico dentro de un Estado democrático y republicano de Derecho -como el nuestro- se explica desde los cimientos que lo fundan, es decir, los postulados constitucionales, como también desde la perspectiva eminentemente legal que se desarrolla, haciendo tal plenitud imperativa y de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios a quienes se les delega el ejercicio de la jurisdicción.

Está en la naturaleza cometer errores, toda vez que es parte de nuestro diario vivir; por consiguiente, las leyes, al ser productos del intelecto humano, contienen contradicciones, redundancias, lagunas y deficiencias que en muchas oportunidades, según palabras del autor Carlos Santiago Nino (2001), las hace inoperantes<sup>1</sup> (p.272); sin embargo, de todas esas posibles equivocaciones que puede producir el sistema jurídico me centraré en las lagunas de la ley, las cuales son superadas, precisamente, por aplicación del principio de plenitud.

Esto es así porque un ordenamiento jurídico justo, conforme a Derecho, debe ser exacto en su aplicación, aunque sea inexacto en su composición. Al respecto, el tratadista Goldschmidt (1987) nos indica lo siguiente: «...El ordenamiento normativo carece de una función integradora propia. La integración del orden de repartos por entes ideales y por materializaciones la ejercen exclusivamente las normas aisladas. Sin embargo, existe una sola excepción: la unidad del orden de repartos se integra por su captación conceptual a través del ordenamiento jurídico en su totalidad.» (pp. 324-325).

La anterior transcripción es útil para entender que el ordenamiento jurídico, por sí mismo, no puede integrar las normas, sino que tal integración ocurre por virtud del establecimiento de valores perseguibles por el colectivo organizado y las normas jurídicas vigentes, y que para el efecto existe un elemento cohesionador que se erige precisamente para que dicho ordenamiento jurídico pueda resolver todos y cada uno de los problemas que deban resolverse.

Lo anterior se ve reflejado en nuestro sistema por medio del artículo segundo de la Constitución Política de la República de Guatemala -en adelante también CPRG o Constitución-, el cual, como es vastamente sabido, establece que el Estado debe garantizar, entre otras cosas, la justicia <sup>2</sup>, valor que para efectos de este trabajo lo debemos reducir a la justicia jurisdiccional.

Por su parte, a nivel ordinario podemos observar que la Ley del Organismo Judicial en su artículo 15 indica lo siguiente:

1 Esta categorización fue realizada en su libro Introducción al Análisis del Derecho, que en su capítulo 4 habla de los defectos lógicos de los sistemas jurídicos: «Los defectos que analizaremos a continuación pueden calificarse de "lógicos" en sentido sumamente genérico. Todos ellos suponen la frustración de ciertos ideales racionales que debe satisfacer un sistema normativo e inclusive cualquier sistema de enunciados. Independientemente de actitudes valorativas, se pretende que los sistemas de normas sean coherentes, completos, económicos y operativos...»

2 «...la obligación de garantizar la justicia, conlleva el deber [del Estado] de adoptar las medidas que estime pertinentes para hacerlo y según lo demandan sus necesidades y condiciones del momento, lo cual genera el principio de seguridad jurídica que consiste, esencialmente, en la confianza que tiene el ciudadano hacia el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, al marco legal dentro del cual se toman las decisiones individuales, por esto es importante que dicho marco sea confiable, estable y predecible. También se ha afirmado que la seguridad jurídica se refiere al sistema establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores y no previas a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo; este principio también abarca el conocimiento que tienen los sujetos en cuanto a la ley que regirá la tramitación de tanto los procesos administrativos o judiciales ya que los sujetos de derecho deben poder desenvolverse con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y del marco regulatorio que los rige.» Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el veintiséis de noviembre de dos mil quince dentro del expediente 476-2015.

*«Obligación de resolver. Los Jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la Justicia, sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 10 de esta ley y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a cierto de que si es el caso, ejercite su Iniciativa de Ley.»*

En esa línea, el artículo 23 señala:

*«Supletoriedad. Las deficiencias de otras leyes, se suplirán por lo preceptuado en ésta.»*

Tanto la Constitución como la normativa ordinaria traída a la vista nos permite determinar que la jurisdicción no puede desentenderse de ningún asunto susceptible de ser conocido, de allí parte el principio de plenitud, puesto que, en caso contrario, quedarían insolutas muchas situaciones que, a la postre, podrían afectar la esfera de derechos fundamentales de aquellas personas que acuden a dicha sede para la resolución de controversias.

El artículo 15 específicamente nos señala que en casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, debe realizarse una interpretación alternativa a la literal, para así superar lo que se conoce en la doctrina como lagunas normativas en el derecho, las que, en palabras del autor Santiago Nino (1983), ocurren: «... cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa...» (p. 280).

Hans Kelsen (1934), en su Teoría Pura del Derecho, sobre este tema, señala que: «La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida. De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una "laguna"...» (p. 255).

Es necesario en este punto recordar que nuestro sistema jurídico es eminentemente kelseniano, toda vez que los postulados sobre el derecho positivo que el jurista desarrolló a lo largo de su carrera, vinculan a las normas necesariamente con un andamiaje moral supralegal, tal y como opera la justicia en este país. Es por ello que dentro del diseño de las leyes vigentes se ven reflejados, aparte de las normas jurídicas propiamente dichas, una serie de reglas que buscan esa integralidad a efecto de realizar esa interconexión necesaria de las disposiciones normativas vigentes con los principios rectores específicos de la materia que se trate y los postulados constitucionales.

Sobre ello, el tratadista José Ugarte (1995) indica: «Tanto la moral como el derecho para Kelsen, y en este punto preciso tiene un acierto notable, regulan conductas internas y externas: la norma jurídica que prohíbe matar prohíbe también la intención de matar; y la norma moral que ordena hacer algo, no solo impera que se tenga la intención de hacerlo sino que también que se realice la correspondiente conducta con manifestación al exterior de su caso. Para Kelsen, pues, y pensamos que con razón, no es válido el criterio de distinción entre moral y derecho, según el cual aquella regula la conducta interna y éste la externa.» (p.115).

A lo que se refiere este jurista es que para Kelsen la moral en el Derecho está inmersa en todo el articulado vigente, entendida esta no como aquel fuero interno que define a nivel subjetivo las acciones que tomamos en nuestro diario vivir, sino como un valor conductual que replicado en sociedad define los límites de acción de cada integrante. Es decir, esta moral, la moral colectiva, es la que reviste nuestro ordenamiento jurídico de validez axiológica y no la moral vista como una convicción meramente personal de lo que se tiene o no se tiene que hacer. La moral colectiva está plasmada en la CPRG.

Lo anterior significa que dentro de un sistema de normas cimentado sobre la moral, definida como aquel atributo que otorga una noción de rectitud y de convivencia pacífica en comunidad reflejada en todos aquellos

actos que quienes estamos inmersos dentro de ella aceptamos como válidos y replicables entre todos, por antonomasia debemos comprender que esta es una moral conjunta y homogénea, no individualizada ni particularizada, aunque sí subjetiva, pues los actos devienen de las voliciones del sujeto en uso o no de su razón humana. De tal cuenta tenemos que los primeros nueve artículos de la constitución guatemalteca, los cuales ninguna persona en uso de su razón pura puede refutar como inválidos<sup>3</sup>, marcan la pauta de lo que debe ser resguardado por el Estado, ente al cual se le delega el poder soberano perteneciente al pueblo<sup>4</sup>.

Para el resguardo de estos valores se establecen principios y estos delimitan el diseño de las normas jurídicas. Los valores, entonces, son las disposiciones normativas fundantes y el resto son las fundadas. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad nos da un aporte doctrinario dentro del fallo dictado el veinte de enero de dos mil veintidós:

*Las disposiciones normativas, como es sabido, pueden ser de distintos tipos: las que contienen valores (entendidos estos como postulados revestidos de carga axiológica sobre los que se funda el texto constitucional, los cuales deben ser tomados en cuenta para el resguardo de este), principios (reglas generales de Derecho que delimitan la actuación de los órganos públicos y la de las personas - físicas o jurídicas- en el momento de aplicar cualquier ley -códigos, reglamentos, contratos, sentencias, entre otros) y normas jurídicas (supuestos de hechos que contienen consecuencias jurídicas)...»*

Por tal virtud, como parte del diseño recogido por los legisladores en el momento de promulgar leyes, todas estas contienen preceptos introductorios que son establecidos como principios rectores que han de regir el resto del articulado subsiguiente; incluso algunos de estos códigos incluyen principios irrigados en toda su composición, no obstante deberían ir al inicio, tomando en cuenta su preponderancia y por la necesidad de un orden lógico en el diseño de las normativas.

Muestra de ello es el cuerpo legal que nos ocupa en este ensayo: el Código Tributario. En esta normativa, los primeros siete artículos se refieren a principios de aplicación general dentro del ámbito tributario, ya sea en sede administrativa o contenciosa -allí encontramos el artículo 5 que se refiere a la integración analógica, el cual desarrollaremos con detenimiento más adelante-; empero, también encontramos el principio non bis in ídem regulado en el artículo 90, exclusivamente para asuntos que por su naturaleza deben ser separados del ámbito administrativo, derivado de una posible infracción a la ley penal.

El artículo 5 en mención indica que en los casos que exista falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de una ley tributaria, se debe realizar una integración vía interpretación de la CPRG, ese mismo código, las leyes tributarias específicas y la Ley del Organismo Judicial, lo cual está ordenado en gradación jerárquica, es decir, primero se debe revisar a nivel constitucional si existe la posibilidad de integrar un principio a un caso concreto, y así en escala descendente hasta llegar a la ley general de los órganos jurisdiccionales, el Decreto 2-89.

Este diseño normativo tiene su justificación en lo anteriormente desarrollado. Es por virtud del principio de plenitud, el cual está llamado a llenar todas aquellas lagunas existentes en la ley, que resulta posible -y necesario- realizar ejercicios lógicos y analógicos de integración de normas, a efecto de cubrir bajo la dinámica legal todos aquellos asuntos sometidos a escrutinio estatal, que en esta rama que nos ocupa inicia a nivel administrativo, pero que si de persistir la inconformidad del administrado -contribuyente- se eleva a escala jurisdiccional, ejercicio que culmina a nivel ordinario por medio de las sentencias que emiten los tribunales de lo contencioso administrativo especializados en la materia, a nivel extraordinario en la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, a través del recurso de los fallos de casación, pero que también admite el acceso a la jurisdicción constitucional vía amparo en única instancia, que es conocido con exclusividad por la Corte de Constitucionalidad.

<sup>3</sup> Verbigracia, ninguna persona podría argumentar de forma válida y coherente que no es necesario resguardar la vida, salud y dignidad de las personas -o de ciertas personas- porque estos valores son los que fundan la colectividad y hacen que la convivencia social sea posible, eso se conoce como moral ética. Rainer Shulzer (2014) realiza un estudio respecto ello en su ensayo denominado El bien común (p. 158) .

<sup>4</sup>Artículo 141 CPRG: «La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida.»

## Capítulo II

### El principio non bis in ídem desde la panorámica del derecho tributario, su andamiaje legal y aplicación dentro del proceso administrativo y contencioso administrativo

Traído desde el latín, este principio significa no dos veces lo mismo, y desde la panorámica de los derechos fundamentales tenemos que definirlo como aquella regla de Derecho -es decir, un mandato de optimización<sup>5</sup>- que prohíbe imponer doble sanción a una persona que haya sido efectivamente responsabilizada sobre algo que se le endilgó oportunamente, sanción que debe estar determinada previamente por las normas positivas vigentes.

Nótese que la anterior definición nos da un panorama amplio y completo para entender este dogma jurídico, pues es necesario hacer énfasis en que la doble sanción opera en todos los ámbitos del poder coercitivo del Estado, es decir, no está limitado al derecho penal como pudiera considerarse a priori; más bien es al contrario, la aplicación de este principio trasciende y se mueve transversalmente sobre todas las ramas del Derecho, dado que es un postulado fundamental que está ligado intrínsecamente a la garantía que como ciudadano se tiene de obtener seguridad jurídica por parte del Estado, así como también al derecho de defensa. En pocas palabras, el non bis in ídem resguarda a la persona de no ser sancionada dos veces, así se pretenda realizarlo por distintas vías, siempre y cuando se configure efectiva y legalmente esa duplicidad. A continuación traigo a la vista dos fallos de la Corte de Constitucionalidad que nos ayudan a entender la aplicación de este principio a la realidad jurídica guatemalteca:

«...Lo expuesto permite concluir que la reincidencia, como circunstancia agravante de la sanción jurídica penal, tiene su origen en un derecho penal de autor y no de acto, pues se fundamenta en la posible peligrosidad del sujeto como una característica personal (“ser reincidente”), atribuida a quien, no obstante haber padecido una pena anterior, comete un nuevo delito, por lo que pretende traer a cuenta su conducta delictiva anterior –que ya fue sancionada– para aumentar la pena del delito actual, lo cual, efectivamente, vulnera la garantía penal non bis in ídem y contraviene el artículo 17 constitucional, por cuanto se estaría sancionando dos veces una misma conducta, al atraer un hecho pasado para agravar las consecuencias jurídicas de una acción delictiva presente, aunado a que la sanción jurídica penal tendría sustento, no en las acciones delictuosas cometidas, sino en características personales o aspectos subjetivos como las decisiones de vida del sujeto, lo que resulta inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho, que funciona dentro del marco de un sistema penal democrático, en el que la persona humana se concibe como “sujeto y fin del orden social”.<sup>6</sup>»

«...el Derecho Disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie del Derecho Punitivo, pero que carece de reglas y principios propios que lo rijan, por lo que los principios y las garantías sustanciales y procesales del Derecho Penal General son aplicables, mutatis mutandis, al régimen disciplinario, como una modalidad del Derecho Sancionatorio, pues se consagran en aras del respeto de los derechos fundamentales de la persona investigada y para controlar la potestad sancionadora del Estado en sus diversas manifestaciones, tales como: legalidad, tipicidad, derecho de defensa, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, non bis in ídem, intimación, imputación, entre otros.<sup>7</sup>»

En estos dos ejemplos podemos observar con claridad la aplicación de este principio dentro del ámbito legal y disciplinario. Asimismo, estos fallos y lo desarrollado anteriormente nos permite establecer que es un mandato de *Fallo proferido por la Corte de Constitucionalidad el veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve dentro del juicio 2541-2019*. Infracciones Específicas; esto es así porque en tal apartado se desarrollan aspectos sui

5 El término mandato de optimización lo extraemos del connotado tratadista Robert Alexy. El jurista Alejandro Gutiérrez (2020) hace referencia de ello en la forma siguiente: «...Alexy afirma que la distinción entre reglas y principios constituye la base del argumento en favor de un constitucionalismo moderado, puesto tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de las clases de normas. Así las cosas, para Alexy el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos...» (pp. 280-281).

6 Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el quince de enero de dos mil diecinueve dentro del expediente 4611-2016.

7 Fallo proferido por la Corte de Constitucionalidad el veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve dentro del juicio 2541-2019.

géneris como el cierre temporal de empresas <sup>8</sup>, la omisión en el pago de tributos -art. 88- y la prohibición de doble sanción por virtud de la posible comisión de un ilícito penal tributario.

La razón de denotar la especificidad en su ubicación dentro del Código Tributario, es para entender que la norma por sí sola, en una interpretación literal conforme su texto, no puede abarcar un aspecto distinto del contexto penal/tributario que ofrece a nivel taxativo, esto en congruencia con lo que para el efecto señala el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial. Por consiguiente y tomando en cuenta que, tal y como fue advertido antes, es prohibida la doble sanción en todo tipo de escenarios susceptibles para la aplicación del Derecho, surge la siguiente interrogante, que a la postre nos servirá para el análisis jurisprudencial del capítulo subsiguiente: ¿cuál es el fundamento legal para hacer valer el principio non bis in ídem dentro de la jurisdicción administrativa y tributaria guatemalteca?

La pregunta es importante porque en el hipotético caso que exista una doble sanción en sede administrativa/tributaria (podríamos suponer que un contribuyente fue ajustado dos veces por un mismo impuesto en un mismo período derivado de dos requerimientos de información distintos), tanto la autoridad de la materia como el tribunal de lo contencioso administrativo -si acaso el asunto llega a la jurisdicción- debe aplicar necesariamente una norma jurídica para resolver la controversia, puesto que solo a través de la adecuación de un texto presupuesto -de decir, la norma jurídica- a una relación fáctica que deberá someterse a intelección y decisión judicial, es que se puede arribar a un pronunciamiento conforme a Derecho y así establecer si cierta pretensión tiene lugar o no, ejercicio intelectual conocido como subsunción.

El tratadista Óscar Agudelo (2016), sobre la subsunción, citando a Alchourrón y Bulygin, afirma que la plenitud de un sistema jurídico presupone clasificar cualquiera de los casos sometidos al sistema jurídico dispersos en múltiples posibilidades a una norma general que ha de encajar en ellos de manera lógica. Agrega que la función de clasificación debe ser vista desde la óptica de «establecer correlaciones entre casos y soluciones» (p.23). Para finalizar, el citado autor señala que un enunciado de subsunción: «...equivale a la función clasificatoria mediante la cual se determina si un elemento hace parte del sistema de derecho; es decir, haciendo uso de proposiciones normativas se hace referencia a la pertenencia, o no, de un caso a una norma.» (p.23).

Lo anterior implica que todo hecho sometido a la jurisdicción debe tener una norma que lo contenga, pues, de lo contrario y de conformidad con el principio de legalidad, un asunto no podría ser juzgado; sin embargo, en el caso que sí tenga acomodo lógico mas no literal sobre algún precepto (en el entendido que dicho acomodo sea legal, porque no siempre lo es)<sup>9</sup> debe realizarse metodológicamente para que el silogismo al que se enfrenta oportunamente la autoridad tributaria o los magistrados de la materia pueda ser válido, y con ello, legítimo. Por consiguiente, al no poder usarse de manera literal el contenido del artículo 90 del Código Tributario para asuntos en donde exista una doble sanción en donde no esté involucrado la posible comisión de un delito, tenemos que recurrir a la integración analógica establecida en el artículo 5 de la referida normativa. Este indica:

*«En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de una ley tributaria, se resolverá conforme a las disposiciones del Artículo 4, de este Código. Sin embargo, por aplicación analógica no podrán instituirse sujetos pasivos tributarios, ni crearse, modificarse o suprimirse obligaciones, exenciones, exoneraciones, descuentos, deducciones u otros beneficios, ni infracciones o sanciones tributarias.»*

El artículo 4, al cual nos remite el antes transcrito, señala:

*«La aplicación, interpretación e integración de las normas tributarias, se hará conforme a los principios*

8- En cuanto a este tema, la Corte de Constitucionalidad ha asentado doctrina legal bajo el análisis siguiente: «...Al examinar la norma cuestionada en conjunción con los principios constitucionales invocados, se establece que en aquella se regula un procedimiento que será conocido -según lo expuesto- por una autoridad judicial competente y preestablecida y dentro del cual las partes podrán hacer valer el derecho de defensa que les asiste, presentar los medios probatorios que estimen pertinentes y, en caso de desacuerdo con el fallo, interponer el medio de impugnación correspondiente; por lo tanto, la circunstancia de que tales componentes se manifiesten dentro de un diseño procedimental sui generis, en el que, en lugar de la propia dependencia administrativa interesada, sea un órgano jurisdiccional el que dirima el asunto, no entraña privación de los derechos del contribuyente de accionar, defenderse, presentar alegatos, ofrecer y aportar prueba y usar medios de impugnación contra lo decidido, todo dentro de un proceso establecido legalmente. (Criterio similar emitido por esta Corte en sentencias de veinte de febrero de dos mil quince, veintiocho de enero de dos mil diecinueve y ocho de junio de dos mil veinte dictadas dentro de los expedientes 4108-2013, 2478-2018 y 2321-2019 respectivamente)...» Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el doce de marzo de dos mil veintiuno dentro del expediente 246-2021.

9 Un ejemplo de esta situación lo encontramos en el artículo 7 del Código Penal que señala: «Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones.» Como se puede observar, no siempre es permitido aplicar criterios analógicos sobre aspectos relevantes para el Derecho.

*establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los contenidos en este Código, en las leyes tributarias específicas y en la Ley del Organismo Judicial.»*

Los textos traídos a la vista nos ayudan a entender que existe una salvaguarda para la aplicación de principios generales (non bis in ídem a nivel generalizado) derivado de un ejercicio interpretativo que recae sobre el artículo 90 (non bis in ídem a nivel específico -penal/tributario-) para resolver casos que están fuera de su espectro literal, como la doble sanción en sede administrativa efectuada por la autoridad fiscal.

Como se expondrá a continuación, realizar este ejercicio a través de una metodología científica es de vital preponderancia para que exista un resultado satisfactorio en un litigio de estas características.

### Capítulo III

#### **Análisis jurisprudencial respecto de la aplicación del principio non bis in ídem frente a una doble sanción en el ámbito administrativo por integración analógica del artículo 90 del Código Tributario**

Los apartados anteriores se construyeron con el propósito de explicar con cierto detalle la necesidad imperante en nuestro sistema jurisdiccional de resolver todas las controversias que tengan mérito de ser sometidas a su escrutinio, como también el principio de la prohibición de doble sanción y cómo este opera en el ámbito tributario. Ahora, en este apartado, realizaré un análisis de un caso sometido a la justicia constitucional de una sentencia de análogas características.

La doble sanción a nivel generalizado en el ámbito tributario, como ya se apuntó, no tiene una regulación ordinaria; a falta de esta, cuando concurren estos asuntos y lleguen a la superioridad de la administración tributaria o más allá, debemos aplicar el criterio analógico de integración de normas a minore ad maius a modo de poder utilizar el artículo 90 del Código Tributario como fundamento tanto para justificar una pretensión como para emitir un fallo en su momento oportuno, ello por el mandato de optimización contenido en el artículo 5 del referido cuerpo de leyes, y también de conformidad con el resto de principios previamente desarrollados.

Tal criterio establece que lo que puede a lo menos -por deducción lógica- puede a lo más. Es una clasificación del argumento a fortiori -la mayor razón- y debe entenderse como: «El argumento a minore ad maius ↯-se aplica- a calificaciones desventajosas, prescripciones negativas o leyes prohibitivas, de igual modo que la anterior forma, puede enunciarse como “si está prohibido lo menos está prohibido lo más” y que nos recuerda al caso que menciona Savigny al relatar la prohibición en una estación de tren de permitir el paso a perros, y quien escudándose en la literalidad de tal norma pretendía que se le permitiera el paso con un oso, alegando que tal prohibición no prohibía el paso de tales animales.» (González -s.a.- p. 142).

Esto implica que de la prohibición de doble sanción a nivel tributario/penal establecida en el artículo 90 aludido, se deduce analógicamente que también es prohibida la doble sanción a todo nivel, sea en donde se desenvuelva cualquier caso concreto que relacione tributos; por eso es que decimos que de lo menos -ámbito penal/tributario- la aplicación de este artículo se expande a lo más -ámbito general del derecho tributario-.

El caso de análogas circunstancias que mencionamos anteriormente es el amparo en única instancia número 3860-2020 de la Corte de Constitucionalidad, cuya sentencia fue dictada el veintitrés de febrero de dos mil veintitrés. En él, la contribuyente, quien también es la amparista (cierta sociedad anónima), presentó amparo contra la sentencia de casación que dictó la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, en donde señaló como acto reclamado el fallo promulgado dentro del proceso contencioso administrativo, que declaró sin lugar la demanda que promovió contra la Superintendencia de Administración Tributaria, pues esta, según

su argumentación, le sancionó dos veces a nivel administrativo.

La interponente de la referida acción constitucional alegó que se vulneraron sus derechos porque debía aplicarse el artículo 90 para resolver su pretensión, porque tal precepto en su composición literal contiene dos premisas, mientras que una se aplica al ámbito penal, la otra a nivel general. La razón por la cual se denegó su demanda fue porque se indicó que la referida normativa no era aplicable a su caso, dado que su contenido no era útil para resolverlo, puesto que no se hablaba de un asunto penal/tributario sino más bien era eminentemente administrativo; este argumento fue conteste en casación, derivado del planteamiento que realizara la entonces casacionista en su recurso extraordinario, sede en donde planteó el submotivo de fondo de violación de ley por inaplicación del artículo 90 del Código Tributario.

En sede extraordinaria la contribuyente indicó literalmente que:

*«...el acto reclamado fue fundamentado bajo una premisa improcedente, al considerar que la aplicación del artículo 90 del Código Tributario es procedente únicamente para efectos penales, aspecto que le permite a la entidad fiscalizadora imponer dos sanciones a un mismo hecho de manera arbitraria, puesto que la norma citada contiene dos premisas, y aunque estas se encuentran relacionadas, el objetivo de cada una es diferente, pues la primera de ellas se refiere al ámbito penal tributario y la segunda abarca un ámbito general dentro de la esfera jurídica tributaria...»*

Frente a este argumento, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, expresó que:

*«...se establece que el artículo 90 del Código Tributario denunciado de inaplicado, se refiere a aquellos casos en los que aparecieren indicios de la comisión de un delito o de una falta contemplados en la legislación penal y que la Administración Tributaria se abstendrá de imponer sanción alguna, con el objeto de evitar la doble sanción por una misma infracción; con base en lo anterior, se concluye que dicho supuesto no aconteció en el caso de estudio, en ese sentido, al analizar lo considerado por la Sala sentenciadora, se establece que el contenido del precepto legal impugnado, no se encuadra a los hechos que fueron objeto de consideración en el proceso contencioso administrativo ni en el procedimiento administrativo que originó la litis, por lo que, se concluye que la Sala no estaba obligada a aplicarlo al caso concreto...»*

Como podemos observar, ambos argumentos -tanto la propuesta como su solución- quedan relegados por virtud de lo desarrollado en párrafos precedentes, porque no es cierto que el artículo 90 de mérito tenga dos premisas, tiene una sola; que por la integración analógica establecida en el artículo 5 de marras debe aplicarse a todo ámbito tributario tal precepto no significa que tenga múltiples premisas, sino más bien significa que de esa única premisa se pueden integrar analógicamente otras que se derivan de ella según su logicidad y necesidad; es decir, para dar respuesta al asunto se debía tener en consideración el contenido del artículo 90 y aplicarlo al asunto objeto de análisis no porque haya dos premisas, sino porque la integración analógica permite la utilización del precepto para un ámbito distinto para el cual fue diseñado. La Corte de Constitucionalidad, en la sentencia de amparo que promulgó en el caso objeto de análisis, expuso:

*La integración analógica indicada en el artículo 5 antes transcrito, relacionada con el artículo 90 multicitado y, específicamente con el non bis in ídem establecido para casos tributarios que se trasladan al ámbito penal, es la única norma en la que el Código Tributario hace referencia de este principio, tal especificidad, analógicamente, debe trasladarse a la generalidad y así poder abarcar todos los aspectos de la ley tributaria, a modo de que esta sea plena en su aplicación práctica, dado lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto al resguardo del derecho de defensa y la consecución de la justicia, valores que producen la prohibición de duplicidad de sanciones a todo nivel. Por tal motivo, el principio de mérito, regulado en el artículo 90 del Código Tributario, a pesar de referirse a un escenario particular, es aplicable a todos los casos de la Administración Tributaria, evidenciada la ausencia de un contenido general que lo regule.» (el subrayado no corresponde al texto original).*

Cabe mencionar que por aplicación del artículo 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad,<sup>10</sup> el tribunal analizó aquella situación desde la panorámica de una realidad jurídica objetiva, toda vez que el argumento que dio respuesta a la litis, tal y como se apuntó, no fue propuesto por la amparista, y a pesar de ello se acogió su pretensión. Esto obedece a que la garantía del amparo trasciende las pretensiones de los justiciables para dar paso a la máxima protección de sus derechos, por lo que, por dicho mandato legal, el tribunal constitucional debe ir más allá de lo expuesto por las partes para encontrar lo que científica y objetivamente es justo para resolver la controversia. Si lo anterior no se hubiese tomado en cuenta para resolver el asunto traído a la vista, el tribunal habría tenido que denegar la protección, pero tal denegatoria habría vulnerado la esfera a derechos fundamentales de la contribuyente, los cuales, como tribunal máximo en materia constitucional, está obligado a proteger.

A manera de refuerzo, la referida corte en el fallo de mérito indicó que:

*«...la Administración Tributaria, bajo ninguna circunstancia y en ningún proceso, indistintamente de su naturaleza, puede sancionar dos veces a los contribuyentes por una misma infracción tributaria, pues de realizarlo vulneraría los derechos fundamentales de estos, específicamente el derecho de defensa y los principios constitucionales de seguridad jurídica, igualdad, justicia y debido proceso, por lo que tal aspecto deberá ser analizado por la autoridad cuestionada en el momento en que deba ejecutar los efectos positivos del presente fallo...»*

La importancia de entender lo anterior a cabalidad, radica en que la aplicación del contenido del fallo analizado debe ser utilizado por la Administración Tributaria en lo sucesivo para depurar desde su sede cualquier caso que sea símil con el expuesto; sin embargo, si por alguna razón, algún caso de estos llega a la esfera jurisdiccional, también debe ser utilizado por los magistrados de la materia, para resolver lo que en Derecho corresponde. Empero, suponiendo que algún asunto de estos, por alguna razón llega a la sede extraordinaria, la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, corre la misma suerte. En esta sede deberá tomarse en cuenta que debe declararse con lugar el submotivo de violación de ley por inaplicación del artículo 90 del Código Tributario, si en la jurisdicción ordinaria, se le indicó al interponente que el contenido de ese precepto, no es funcional para dar respuesta a su pretensión ante una comprobada doble sanción, sea en la sede que fuere. Debemos recordar el carácter formal que requiere este tipo de impugnación.

Por último, considero necesario acotar que el artículo 5, el cual podemos nombrar como *principio de integración analógica en el ámbito tributario*, no puede ser sujeto de casación, es decir, no puede invocarse como inaplicado, toda vez que de conformidad con lo expuesto en páginas anteriores, la integración analógica solo es un puente para la aplicación de otra norma, que es conteste con el problema jurídico que se pone a la vista -en el presente caso, el artículo 90 de mérito-; por lo cual, este principio no puede ser aplicado per se, únicamente puede ser observado o inobservado, y eso produce que no sea jurídicamente viable la interposición de algún submotivo en casación de falta de aplicación o de aplicación indebida, por dar unos ejemplos.

En síntesis, lo expuesto en este trabajo, permite determinar, cómo se resguarda el principio non bis in ídem a nivel ordinario dentro de la legislación tributaria. El análisis efectuado sobre la sentencia emitida por la Corte, deja determinar que la prohibición de doble sanción, debe estar circunscrita en todos los casos al contenido del artículo 90 del Código Tributario, el cual, de conformidad con su composición literal o contextual -según sea necesario- prohíbe esta acción, por parte de cualquier autoridad en el país, sea esta fiscal o jurisdiccional. Fallo que, si bien, aún no tiene autoridad de doctrina legal, tomando en cuenta que solo existe un pronunciamiento en este sentido, considero que llegará al ineludible destino de posicionarse como tal, pero mientras esto ocurre, su texto de cualquier manera debe ser observado por quienes interactúan en el ámbito tributario.

10- Tal precepto indica: «Al pronunciar sentencia, el tribunal de amparo examinará los hechos, analizará las pruebas y actuaciones y todo aquello que formal, real y objetivamente resulte pertinente; examinará todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, hayan sido o no alegados por las partes. Con base en las consideraciones anteriores y aportando su propio análisis doctrinal y jurisprudencial, pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución, otorgando o denegando amparo, con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia, y hará las demás declaraciones pertinentes.»

## Conclusiones

1. Las disposiciones normativas (valores, principios y normas jurídicas) interactúan entre sí, en donde los primeros son las fundantes, mientras que las otras son las fundadas. Es por tal motivo, que necesariamente debemos vincular todo el andamiaje jurídico existente hacia la moral colectiva, ya que, esta se origina por la vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. El principio de plenitud, es imperativo dentro de un Estado Constitucional de Derecho, toda vez, que no puede quedar en suspenso ninguna cuestión que sea necesario discutirse dentro de la jurisdicción. La falta de una normativa atinente, para resolver cierto caso, no necesariamente invalida su conocimiento y finalización, si este permite, la utilización de criterios alternativos para solventar los escollos habidos en las normas jurídicas vigentes.
3. La única disposición normativa ordinaria, relacionada con la prohibición de doble sanción en el ámbito fiscal se encuentra regulada en el artículo 90 del Código Tributario, que de su composición taxativa se advierte que únicamente regula el espectro penal/tributario. Por tal motivo, y porque el principio non bis in ídem, debe aplicarse a todos a la generalidad de la materia, debe integrarse tal precepto analógicamente vía artículo 5 del referido cuerpo legal, para establecer la prohibición de doble sanción en otros ámbitos no contemplados en aquella norma, a través del criterio analógico a minore ad maius.
4. En el caso en que un contribuyente, sea sancionado dos veces en sede administrativa y que por virtud de tal hecho -como de la reticencia del órgano superior tributario- someta su inconformidad a la jurisdicción, si el tribunal de lo contencioso administrativo competente, declara sin lugar su pretensión, aquél, al interponer recurso extraordinario de casación, deberá hacerlo por motivo de fondo, submotivo de violación de ley por inaplicación del artículo 90 del Código Tributario. En el planteamiento, tendrá que exponerse la interconexión vía integración.
5. En ningún caso la administración tributaria, puede sancionar dos veces un mismo hecho, sea en sede administrativa o jurisdiccional, por lo que, el principio non bis in ídem es de obligatorio cumplimiento. Tan es así, que la protección que emana de su campo de aplicación, es a perpetuidad, esto porque la protección opera indistintamente, de si algún asunto está en trámite o si tiene autoridad de cosa juzgada. Este mandato de optimización limita de manera importante, el poder coercitivo del Estado y por tal motivo su observancia debe ser minuciosamente respetada.

## Referencias bibliográficas

1. Goldschmidt, W. (1987) Introducción filosófica al derecho. Ediciones De Palma.
2. Nino, C. (2001) Introducción al análisis del derecho. Ariel Derecho.
3. Ugarte, J. (1995) El sistema jurídica de Kelsen: síntesis y crítica. Revista chilena de derecho, Vol. 22 núm. 1. file:///D:/Dialnet-EISistemaJuridicoDeKelsenSintesisYCritica-2649940%20.pdf
4. Schultze. (2014) El bien común. Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3710/13.pdf>
5. Gutiérrez, A. (2020) Fundamentos filosóficos de la Constitución Política de la República de Guatemala. Ohio Print and Paper, S.A.
6. Atienza, M. (2019) Interpretación Cons González, J. (s.a.) Sobre los argumentos interpretativos. Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-. Fronteras, migración y derecho (unam.mx)

## Sentencias de la Corte de Constitucionalidad

- Expediente 476-2015 del veintiséis de noviembre de dos mil quince.
- Expediente 4431-2021 del veinte de enero de dos mil veintidós.
- Expediente 4611-2016 del quince de enero de dos mil diecinueve.
- Expediente 2541-2019 del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve.
- Expediente 246-2021 del doce de marzo de dos mil veintiuno.
- Expediente 3860-2020 del veintitrés de febrero de dos mil veintitrés.
- Expediente 7030-2022 del veintiuno de junio de dos mil veintitrés.



**Magistrada Amanda Elizabeth Rivera López**  
Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

## **DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO 1945 - 1986**

### **Introducción**

Establecer, a partir de un concepto básico de salud, si el Estado de Guatemala concibe a la salud como un derecho fundamental de los guatemaltecos, primero a nivel normativo, y luego a nivel de las acciones, o bien, lo que en realidad la salud representa para el Estado de Guatemala.

Para este menester se efectúa un análisis comparativo de las constituciones que en el país han regido desde 1945 hasta la Constitución Política de la República de 1986, la razón de este análisis es verificar las prioridades sustantivas de la República en diversas épocas de su devenir histórico y apreciar la importancia que en la actualidad tiene la salud para el Estado.

Siempre dentro del análisis normativo, se efectúa una revisión del Código de Salud y su reglamento para encontrar si existe correspondencia normativa entre la Constitución Política de la República y la norma ordinaria y reglamentaria para encontrar sus alcances conceptuales y organizacionales, marco que es necesario tener en cuenta para encontrar el nivel de prioridad que la salud tiene dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Se somete la realidad del marco normativo al análisis de las acciones de las dependencias e instituciones que tienen bajo su responsabilidad la atención de la salud de los habitantes de la República, para establecer el grado de congruencia entre ambas y si el andamiaje legal permite o impide la atención que los guatemaltecos merecen y requieren para lograr el máximo estado de salud.

### **1. La salud como derecho fundamental de los guatemaltecos**

#### **a) Concepto de salud**

Cuando se habla de salud, es importante puntualizar elementos básicos de su concepto ya que es un hecho que puede abordarse desde diferentes ángulos, por ejemplo, alguien puede identificarla con la ausencia de enfermedades, o con la sensación de sentirse bien, o talvez con la posibilidad de vivir hasta una edad avanzada, etc.

La salud es considerada en todas las culturas como un bien cuya conservación y recuperación es una necesidad fundamental para la supervivencia y desarrollo de las personas y de las sociedades, lo cual es

un indicativo de que en su conceptualización intervienen varios factores: sociales, de tradición cultural y valores, por lo que no es un concepto particular sino una construcción sociocultural que puede ubicarse en la historia y en las diferentes culturas.

El preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud estatuye que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La anterior definición incluye no solamente las circunstancias personales físicas y mentales sino el entorno social en el que se desenvuelve el individuo, incluyendo los factores que el Estado debe proveer para lograr ese estado ideal de completo bienestar.

Otro elemento que se debe destacar, es el valor jurídico-político que la Organización Mundial de la Salud le asigna al considerar que la salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, lo cual demanda, por obvias razones, el papel decisivo que los estados juegan en la provisión de las condiciones básicas que permitan a los ciudadanos gozar en el máximo posible de este bien.

## **b) La salud en el derecho constitucional comparado contemporáneo de Guatemala**

Es importante estudiar cuál ha sido el devenir conceptual de la salud en las distintas normas fundamentales de Guatemala, tomando en cuenta que el Estado tiene una alta responsabilidad en garantizar la salud del pueblo, así mismo, debe establecerse cuál es la relación que existe entre los conceptos de salud de la Constitución política de la República y el Código de Salud para verificar si existe correspondencia entre ambas normas.

### **b.1 La Constitución de la República de 1945**

Esta es la norma fundamental de la revolución de 1944, producto de un movimiento social en el cual participaron los diferentes segmentos del pueblo: estudiantes, obreros, profesionales, maestros, y militares. Fue un movimiento de participación democrática que derrocó a un gobierno que sojuzgó al pueblo y le negó los derechos que como seres humanos les correspondía.

De la revisión de su contenido se establece que:

- La salud estaba ausente de manera expresa de las normas que se refieren a las garantías individuales.
- Lo más cercano a una regulación relacionada con la salud en este apartado se encuentra en el artículo 22, cuando establece que es función del Estado procurar el bienestar de sus habitantes.
- El artículo 23 establece la protección de manera preferente a la existencia humana y señala la obligación de las autoridades para mantener a los habitantes en el goce de sus derechos que son primordialmente la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad de la persona, nótese que la salud no es concebida como un derecho fundamental.
- El último párrafo del artículo 50, señala la existencia de otros derechos análogos a los que la constitución enumera, los cuales no deben ser excluidos.
- En las regulaciones referidas al trabajo, la Constitución señala, en el artículo 58, como parte de los principios fundamentales que lo sustentan, los referidos a la necesidad de las medidas de asistencia y de previsión social y las condiciones de higiene y seguridad en que debe prestarse el trabajo. En el artículo 60 se señala la responsabilidad de los patronos por accidentes y enfermedades profesionales que sufran los trabajadores.

- El artículo 63 establece el seguro social obligatorio, que comprende por lo menos, seguros contra invalidez, vejez, muerte, enfermedad y accidentes de trabajo, siendo este un logro histórico para los trabajadores guatemaltecos, debe hacerse notar, sin embargo, que de su concepto se excluye a los campesinos, cuando señala que al pago de la prima de seguro contribuirán los patronos, los obreros y el Estado.
- En las regulaciones referidas a la familia se encuentra lo regulado en el artículo 77 que prescribe que corresponde al Estado velar por la salud física, moral de la infancia, creando los institutos y dependencias necesarios y adecuados.

Está claro que las normas de la Constitución de la República de 1945 son reivindicativas de los derechos de un sector de la población tradicionalmente marginado y oprimido y la influencia que tuvo las relaciones obrero patronales como punto central de discordia y reivindicación, por eso en lo que a la salud se refiere, si bien no se encuentra regulada como un derecho fundamental de todos los habitantes, su regulación se encuentra concentrada en la creación del seguro social que provee protección a la salud de los obreros, tal fue la visión de los constituyentes de la época.

## **b.2 Constitución de la República de Guatemala de 1965**

La norma fundamental de 1965 es producto del golpe de estado por medio del cual se derrocó al presidente General Miguel Ydígoras Fuentes, el 31 de marzo de 1963.

Al revisar su articulado se encuentra que:

- El derecho a la salud no se encuentra regulado como garantía o derecho individual
- En el artículo 43 se regulan los derechos inherentes a la persona humana, siendo estos la vida, la integridad corporal, la dignidad, la seguridad personal y la de sus bienes.
- El artículo 77 prescribe que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.
- Dentro de las garantías sociales, en lo referido a la familia, se encuentra el artículo 87 que señala la obligación del Estado de velar por la salud física, mental y moral de los menores de edad; dictará las leyes y creará las instituciones necesarias para su protección y educación.
- En materia de trabajo, el artículo 114 regula como principios de justicia social, entre otros, el inciso 10. El establecimiento de sistema económicos y de previsión social en beneficio de los trabajadores.
- En el artículo 141, contemplado en el capítulo referente al régimen económico y social se reconoce el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la República. Su régimen se instituye en forma nacional, unitaria y obligatoria, el Estado, los patronos y los trabajadores tienen obligación de contribuir a financiarlo y a procurar su mejoramiento progresivo.

La Constitución de la República de 1965, sigue casi el mismo esquema de regulación del tema que la Constitución de 1945, con la diferencia de que lo concerniente al régimen de seguridad social se encuentra regulado dentro del régimen económico y social. Ambas constituciones mantienen una regulación ambigua sobre este tema y materializan su regulación en lo referente al régimen de seguridad social. No se hace referencia a la Constitución de la República de 1956, en virtud que el tema a la salud, no se desarrolla de conformidad a la importancia del mismo. Además, es de tomar en consideración que la Constitución de 1956 y 1965 fueron promulgadas por gobiernos de facto.

### **b.3 Constitución Política de la República de 1986**

Esta es la primera norma fundamental de la República de Guatemala que regula seria y detalladamente a la salud, concibiéndola como un derecho humano, su regulación se encuentra en el Título II, Derechos Humanos, Capítulo II Derechos Sociales, Sección Séptima, Salud, Seguridad y Asistencia Social, la cual se regula de la siguiente manera:

- Concibe a la salud como un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna (artículo 93).
- Prescribe la obligación del Estado de velar por la salud y asistencia social de todos los habitantes, misma que debe cumplir por medio de sus instituciones desarrollando acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias que sean necesarias (artículo 94).
- Además de considerarla un derecho fundamental, la salud también es categorizada como un bien público, por lo que todas las personas están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento (artículo 95).
- El Estado controlará la calidad de productos alimenticios farmacéuticos y químicos y todos aquellos que puedan afectar a la salud (artículo 96).
- Establece la obligación del Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional de propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico, además de dictar normas que eviten la depredación de la fauna, flora, tierra y agua (97).
- Las comunidades tienen el derecho y el deber de participar activamente en la planificación, ejecución y evaluación de los programas de salud (artículo 98).
- Establece la obligación del Estado de velar porque la alimentación y nutrición de la población reúna los requisitos mínimos de salud y la coordinación entre las diversas instituciones estatales y con organismos internacionales (artículo 99).
- El estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación y caracteriza su régimen como función pública, en forma nacional unitaria y obligatoria.

Puede verse el concepto unitario e integral que se le da a la salud como derecho fundamental, la participación de todos los habitantes y comunidades en la planificación y desarrollo de los programas de salud y la seguridad social como un elemento importante pero no el único de la concepción sistémica de la salud que contiene la Constitución Política de la República de Guatemala.

### **b.4 El concepto que regula el Código de Salud**

Al revisar la parte considerativa de este cuerpo normativo, se observa la correspondencia conceptual con la Constitución Política de la República, se señala como fuente que sustenta el andamiaje jurídico ordinario, el concepto de salud como derecho fundamental del ser humano sin discriminación alguna.

En el capítulo dedicado a los principios fundamentales, se puede reconocer la concordancia de conceptos entre la norma fundamental y la norma ordinaria en los que se establece que todos los habitantes de la República tienen derecho a la prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de su salud, sin discriminación alguna, se define a la salud como un producto resultante de la interacción entre el nivel de desarrollo del país, las condiciones de vida de las poblaciones y la participación social, a nivel individual y

colectivo, a fin de procurar a los habitantes del país el más completo bienestar físico, mental y social.

También, es destacable la participación social y estatal que esta primera parte del Código de Salud prescribe en torno a hacer efectiva para todos los beneficios de la salud. Cabe señalar la concordancia que se encuentra entre los conceptos contenidos en los artículos que regulan los principios fundamentales en que se sostiene este cuerpo normativo ordinario, con los postulados que se enuncian en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que propone a la salud como un producto social y cultural.

## **2.El sistema de salud que opera en Guatemala**

El Código de Salud es la ley ordinaria que organiza los servicios de salud que el Estado presta a los habitantes de Guatemala, para este efecto, regula en el libro I, título único capítulo II, bajo el acápite de Sector Salud, la sistematización de dichos servicios con la participación de todas las instituciones públicas y privada.

El artículo 8 presenta una definición del término Sector Salud, estableciendo que se entiende por Sector Salud al conjunto de organismos e instituciones públicas centralizadas y descentralizadas, autónomas, semiautónomas, municipalidades, instituciones privadas, organizaciones no gubernamentales y comunitarias, cuya competencia u objeto es la administración de acciones de salud, incluyendo los que se dediquen a la investigación, la educación, la formación y la capacitación del recurso humano en materia de salud y la educación en salud a nivel de la comunidad.

Como puede apreciarse, el concepto que contiene el artículo referido es una interpretación coherente de los postulados constitucionales con enfoque integral y participativo, al grado de integrar dentro del sector a las organizaciones dedicadas a la educación, investigación y capacitación en materia de salud, incluyendo la salud comunitaria.

A cada grupo de instituciones corresponde una o varias funciones que contribuyen, desde los diferentes sectores que integran el sistema, a cumplir con los fines propuestos en la Constitución Política de la República de Guatemala y su consiguiente aplicación normativa ordinaria.

De esta manera, al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social le corresponde lo que el cuerpo legal comentado denomina “la rectoría del Sector Salud” que se traduce en ejercer tareas gerenciales de conducción, supervisión, vigilancia, etc. También se le asignan tareas de planificación y formulación de políticas, contando para su cometido con las más amplias facultades.

Por su parte, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe mantener, en lo que respecta a sus acciones de salud, una coordinación con el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, programas de prevención y recuperación de la salud, incluyendo la atención materno-infantil y prevención de accidentes. Las municipalidades, de acuerdo con sus posibilidades, participarán en los programas de salud en sus respectivas jurisdicciones.

Las universidades y otros centros de formación de recursos humanos promoverán la investigación en materia de salud y la formación de recurso humano en los niveles de profesionales y técnicos, todo esto en coordinación con las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. Las entidades privadas, organizaciones no gubernamentales, organizaciones comunitarias, deberán mantener coordinaciones con otras organizaciones del sector en la solución de problemas de salud por medio de programas de atención, mejoramiento ambiental, desarrollo integral de las comunidades, de acuerdo con las políticas que formule el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

La Ley ordinaria comentada, asigna tareas específicas de coordinación al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, concretamente con el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en lo referente a sus planes, programas de promoción, prevención recuperación y rehabilitación de la salud, así como la

utilización de sus recursos humanos, físicos y de equipo con el fin de lograr la ampliación de cobertura de los servicios de salud, ser eficientes, eficaces y evitar la duplicidad de servicios, infraestructura y gastos.

Finalmente, el capítulo II, dedica un artículo a tratar la forma de administración y programación de los servicios de salud, prescribiendo que será desconcentrada y descentralizada, según las necesidades de la población y los procesos de modernización administrativa del sector.

No se visualiza en el sector público la atención que brinda sanidad militar, que incluye los servicios al ejército y a la Policía Nacional Civil por medio de clínicas y hospitales. En el sector privado, debe comentarse la inclusión de los seguros privados que prestan servicios de atención médica a las personas que pueden sufragar éstos.

Con relación a las fuentes de financiamiento de los servicios de salud, según que institución preste los servicios, de esta manera se aprecia que las fuentes de financiamiento de los servicios que presta el Ministerio de Salud y Asistencia Social provienen de fondos públicos derivados de la recaudación de impuestos, donaciones y préstamos; en tanto que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social obtiene sus fondos de las contribuciones que los patronos y trabajadores aportan mensualmente de sus salarios.

Los servicios que presta el sector privado son sufragados por las personas que los requieren porque cuentan con fondos suficientes directamente o por medio de la contratación de seguros médicos con compañías privadas. Un porcentaje adicional recibe atención gratuita por medio de la intervención de organizaciones no gubernamentales.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social obtiene los fondos para financiar su estructura administrativa y de servicios con los fondos que obtiene de la contribución de los trabajadores, los patronos y el Estado quien debería financiar desde su doble papel de patrono y de Estado financiador del seguro, sin embargo, desde 1956 esta aportación no se ha dado.

A continuación, se presenta un cuadro que explica los aportes de los diferentes obligados al financiamiento del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social en 2008.

Pueden apreciarse los aportes por programa y total que cada sector aporta al sostenimiento del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, los cuales suman en su totalidad, el 15.5% del salario.

Por otra parte, es importante mencionar que medio del Acuerdo Gubernativo número 68-2001 se emitió el Reglamento General del Consejo Nacional de Salud, norma que regula su integración, desarrolla ampliamente las funciones del consejo, y prescribe las funciones de los delegados del consejo. Las funciones del Consejo pueden verse en dos ámbitos bien definidos, hacia lo interno del Ministerio de Salud, es un órgano colegiado de planificación de las más importantes actividades ministeriales, tanto de asesoría al Ministro de Educación como en las tareas de elaboración del Plan Nacional de Salud.

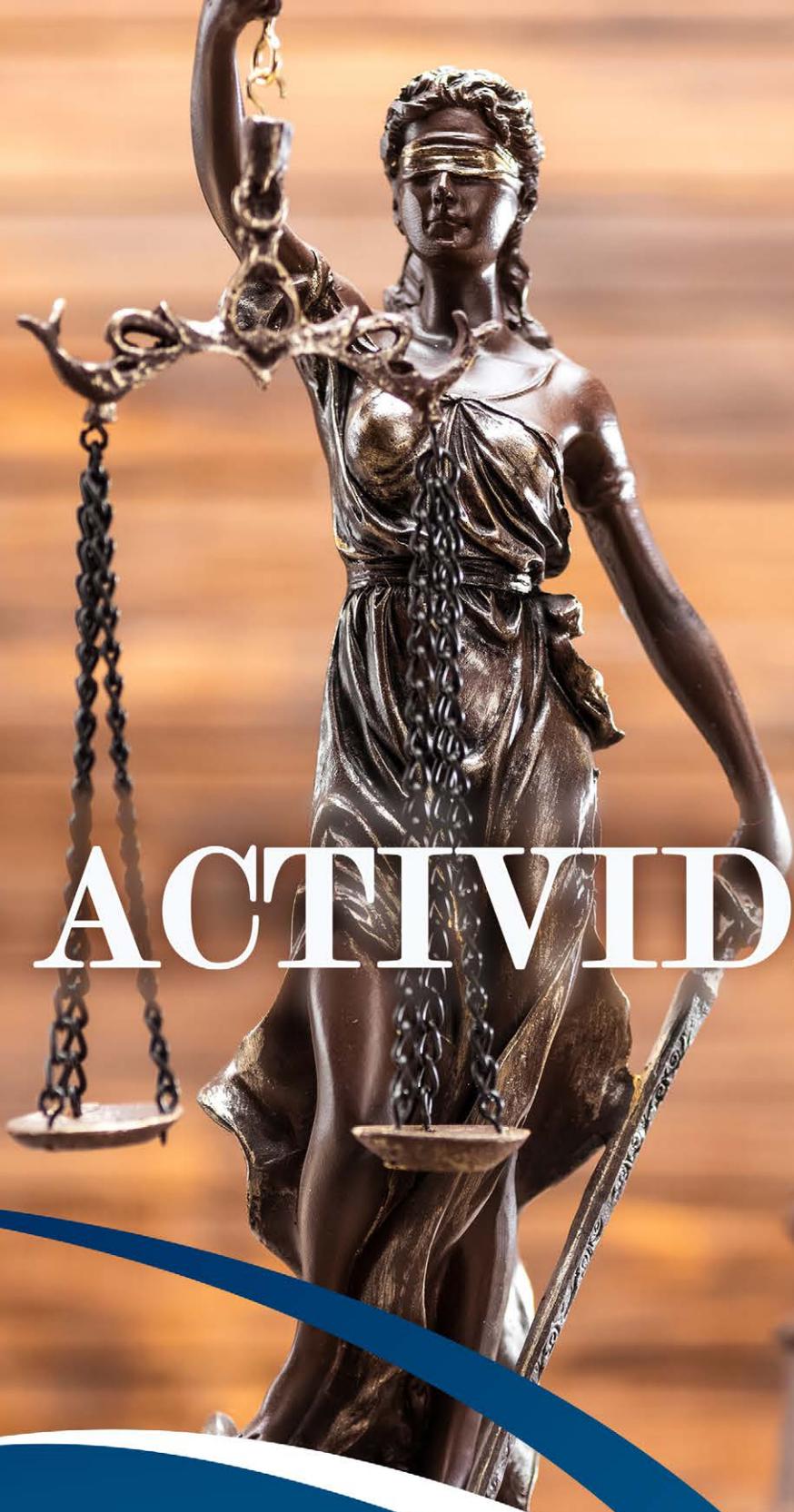
Guatemala ya no puede conformarse con la formalidad de un ordenamiento jurídico acorde con las corrientes modernas cuyo fin supremo es el bienestar del ser humano y sus derechos fundamentales. Es necesario un reordenamiento de las prioridades del Estado en el manejo de sus recursos y buscar la participación de todos los sectores públicos y privados, organizaciones comunitarias y organizaciones de sociedad civil, de tal manera que el esfuerzo conjunto y ordenado, bajo la dirección de las instituciones estatales, cumplan su objetivo de brindar atención en salud a la población.

### 3. Conclusiones

- i.** La Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, desarrolla las corrientes modernas sobre el derecho fundamental a la salud, que tienen todos sus habitantes.
- ii.** Se establece que las normas contenidas en las constituciones desarrolladas anteriormente, son fiel reflejo de los tiempos en que dieron lugar a su promulgación.
- iii.** La normativa ordinaria y reglamentaria tiene coherencia con los postulados Constitucionales sobre el derecho a la salud, para que sea operante el esquema regulatorio, es necesario que los distintos niveles de organización trabajen en forma coordinada.
- iv.** La planificación de los programas de salud intra e interinstitucional tienen que ser más efectivos, para lograr resultados positivos en la salud de la población guatemalteca.
- v.** El Consejo Nacional de Salud, tiene una gran responsabilidad en la planificación y coordinación de los diferentes esfuerzos intra e interinstitucionales; sin embargo, las reuniones son más formales que efectivas, alejadas de las funciones que la ley le demanda.

### Referencias bibliográficas

- Becerril-Montekio, Víctor, & López-Dávila, Luis. (2011). Sistema de salud de Guatemala. Salud Pública de México, Pdf.
- Ávila, Carlos, Rhea Bright, José Carlos Gutiérrez, Kenneth Hoadley, Coite Manuel, Natalia Romero y Michael P. Rodríguez. Guatemala, Análisis del Sistema de Salud 2015. Bethesda, MD: Proyecto Health, Finance and Governance, Abt, Associates Inc. Guatemala, Análisis del Sistema de Salud
- Año 9 Edición 189 Guatemala, 16 al 31 de julio de 2020 Publicación quincenal "ID Y ENSEÑAD A TODOS" ISSN 2227-9113. En el laberinto de la crisis. Ipnusac.
- Salud como derecho social pdf (2091k) Guido Arce,
- Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. ISBN: 978-9929-598-23-2. Desigualdades en Salud en Guatemala, 1915. Pdf.
- Who\_Constitution\_OMS. Pdf.
- Constitución de la República de Guatemala de 1945.
- Constitución de la República de Guatemala de 1956
- Constitución de la República de Guatemala de 1965.
- Constitución Política de la República de Guatemala de 1986.
- Decreto del Congreso número 90-97, Código de Salud.
- Acuerdo Gubernativo número 68-2001, Reglamento del Código de Salud.



# ACTIVIDADES

**Asamblea General Ordinaria  
correspondiente al mes de  
diciembre 2023**



**Actividad de Proyección Social  
Asociación de padres y amigos de personas  
con discapacidad de Santiago, Atitlán -ADISA-  
Diciembre, 2023**



**Asamblea General Ordinaria  
correspondiente al mes de  
febrero 2024**



**Asamblea General Ordinaria  
correspondiente al mes de  
marzo 2024**



**Asamblea General Ordinaria Mensual  
correspondiente al mes de  
abril 2024**



**Asamblea General Ordinaria Mensual  
correspondiente al mes de  
mayo 2024**



Foro Académico, el cual presentó un ciclo de conferencias, denominado “Los Desafíos de la Inteligencia Artificial en los Sistemas de Justicia de Latinoamérica”

Firma del Convenio General de Colaboración entre el Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo y la Asociación De Mujeres Abogadas y Notarias de Izabal  
Febrero y Marzo 2024





 6a. Avenida 4-83 Edificio Torre Marfil, Zona 10

 (502) 2290-5572  [imagistrados@oj.gob.gt](mailto:imagistrados@oj.gob.gt)

 <https://imagistrados.com.gt>