

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



**DETERMINAR LA AUSENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD
Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS
POR PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES.**

CAMILO CORDERO VÉLIZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2024

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

**DETERMINAR LA AUSENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS POR PERSONAS CON
NECESIDADES ESPECIALES.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

CAMILO CORDERO VÉLIZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2024

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Auda Marinelli Pérez Teni
Secretario:	Lic.	Luis Alberto Patzan Marroquin
Vocal:	Lic.	Ignacio Blanco Ardón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	José Dolores Tum Chen
Secretaria:	Lic.	David Ernesto Sánchez Recinos
Vocal:	Lic.	Cesar Augusto Sazo Martínez

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
15 de noviembre de 2021.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CAMILO CORDERO VÉLIZ, con carné 201602320,
intitulado DETERMINAR LA AUSENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA
CONTRATACIÓN DE SEGUROS POR PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES.

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

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 10 / 11 / 2021

f)

Asesor(a) **Edgar Armindo Castillo Ayala**
(Firma y Sello) Abogado y Notario





Guatemala, 8 de marzo de 2023

Doctor
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Doctor Herrera Recinos:

De conformidad con el nombramiento de fecha 15 de noviembre del año 2022, como asesor del trabajo de tesis del alumno **CAMILO CORDERO VÉLIZ**, intitulado: **"DETERMINAR LA AUSENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS POR PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES."**, procedí a asesorar al estudiante en las modificaciones que se estimaron pertinentes y declaro que no me une ningún parentesco dentro de los grados de ley con el estudiante referido, por lo que emito opinión tomando en cuenta lo siguiente:

- a) El trabajo de investigación realizado es un aporte científico y técnico con un amplio contenido jurídico y doctrinario, siendo objeto de desarrollo y análisis del trabajo de investigación de tesis fundamentado en la importancia del derecho internacional con atención a la influencia e interrelación con el derecho constitucional, generando un fundamento sólido para el desarrollo de un Estado de derecho.
- b) La metodología utilizada en la realización del trabajo de investigación fue acorde al desarrollo de los capítulos. En la introducción y contenido, se utilizó el método analítico, así como también los métodos deductivo e inductivo. La técnica empleada fue la documental.
- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, adecuada a los estándares de la Unidad de Tesis y los requerimientos académicos propios del grado de licenciatura, habiendo utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector, asimismo fueron aplicadas las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) Los objetivos fueron alcanzados y la hipótesis formulada quedó comprobada, toda vez que el trabajo desarrollado por el estudiante señala la importancia constitucional, política y jurídica del derecho internacional para el estricto desarrollo del Estado como sujeto internacional y cumplimiento de obligaciones adquiridas ante la sociedad guatemalteca y la comunidad internacional.
- e) Los métodos y técnicas de investigación empleados fueron los indicados y permitieron entender los elementos que analiza el estudiante, así como los criterios técnicos y jurídicos que le dan fundamento a cada argumento.



- f) La contribución científica del tema es de suma importancia y basada en un contenido de actualidad. En cuanto a la conclusión discursiva, se relaciona con el contenido del trabajo de investigación y refleja el adecuado nivel de síntesis jurídico con el verdadero objeto del tema. La bibliografía utilizada para la elaboración de la tesis ha sido la adecuada y tiene relación con los capítulos desarrollados.

Doy a conocer que el trabajo de tesis del sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220
Cel: 3391-3595

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



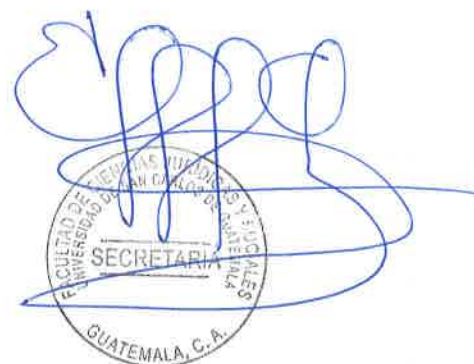
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CAMILO CORDERO VÉLIZ, titulado DETERMINAR LA AUSENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS POR PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/AFCV





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme luz cuando más lo he necesitado.

A MIS PADRES:

Por su amor, su ejemplo de excelencia y profesionalismo.

A MIS HERMANOS:

Por su apoyo, por creer y confiar en mí siempre.

A MI FAMILIA:

Por motivarme e impulsarme en mi superación.

A MI NOVIA:

Por el apoyo incondicional, la comprensión y paciencia.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser parte de mi formación profesional y hacerme acreedor de formar parte del gremio de Abogados y Notarios de esta casa de estudios.

A:

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme ingresar y culminar mis estudios superiores.



PRESENTACIÓN

El presente trabajo constituye una investigación de carácter cualitativa perteneciente a la rama del derecho internacional que fue llevada a cabo en el período comprendido del mes de noviembre del año dos mil veintiuno al mes de agosto del año dos mil veintidós en el municipio de Guatemala, departamento de Guatemala.

El objeto de la investigación fueron los principios de igualdad y no discriminación en la legislación que contempla la salud de las personas con necesidades especiales, mientras que el sujeto de estudio fue el Estado de Guatemala como garante principal y sujeto de derecho internacional obligado a reformar la ley ordinaria conforme a tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos.

El aporte académico consiste en la contextualización de las consecuencias de la vulneración del Estado de Guatemala ante la comunidad internacional y su repercusión directa en el orden constitucional, derechos a la igualdad y no discriminación de personas con necesidades especiales contenidas en el ordenamiento jurídico; de la investigación se permite la evaluación de diversos elementos interconectados del derecho constitucional y el derecho internacional, que, de su estudio en conjunto, se determina que el objeto de la investigación no constituye un elemento aislado y es necesaria la inclusión de componentes multidisciplinarios para su óptimo estudio y análisis.



HIPÓTESIS

La legislación del Estado de Guatemala en materia de protección del derecho de acceso a la salud de las personas con discapacidad omite la inclusión de los principios de igualdad y no discriminación en la contratación de seguros por personas con discapacidad conforme a disposiciones internacionales ratificadas por el Estado, generando una violación a principios internacionales y constitucionales; en consecuencia, existe una afectación a las garantías y derechos humanos contemplados dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala. Esta hipótesis responde a la definición de hipótesis general, ya que la formulación es directa, concreta y específica.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

En la presente tesis, con base a un estudio cualitativo y analítico, se comprobó que existe una omisión parcial en la legislación ordinaria en materia de protección a personas con discapacidad, la normativa interna carece de concordancia con los principios incluidos dentro del instrumento internacional correspondiente; el cual está ratificado por el Estado de Guatemala. Como consecuencia, hay una violación a los principios de igualdad y no discriminación de este segmento poblacional por falta de cumplimiento de la obligación constitucional de adecuar la legislación interna conforme a estándares mínimos internacionales contenidos en una convención sobre derechos humanos.

En el desarrollo de la investigación se emplearon los métodos: documental, analítico, sintético, inductivo y deductivo, con los cuales se comprobó la hipótesis, por cuanto fue posible la verificación de la estructura fáctica dentro de la cual se evidencia la ausencia de los principios de igualdad y no discriminación en el apartado de salud y acceso a seguros de personas con discapacidad en la ley ordinaria de la materia, configurando a su vez la responsabilidad internacional y transgresión constitucional por la falta de adecuación de la legislación interna.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	(i)
--------------------	-----

CAPÍTULO I

1. El derecho internacional público	1
1.1 Definición de derecho internacional público	1
1.2 Origen y evolución del derecho internacional	3
1.3 Objeto del derecho internacional público	8
1.4 Sujetos del derecho internacional público	11
1.5 Fuentes del derecho internacional público	16
1.5.1 Los tratados o convenios	19
1.5.2 La costumbre	22
1.5.3 Principios generales del derecho	24
1.5.4 La jurisprudencia	26
1.5.5 Doctrina legal	29

CAPÍTULO II

2. El derecho de los tratados	31
2.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	33
2.2 Formación de los tratados internacionales	36
2.2.1 La negociación	37

2.2.2	Adopción del texto	38
2.2.3	Autenticación	39
2.2.4	Manifestación del consentimiento	41
2.2.5	Adhesión	42
2.2.6	Ratificación	42
2.2.7	Aceptación	44
2.3	Principios que guían el derecho de los tratados	46
2.3.1	Pacta sunt servanda	46
2.3.2	Res inter alios acta	48
2.3.3	Ius cogens	49
2.3.4	Irretroactividad de los tratados.....	50
2.4	Interpretación de los tratados internacionales	51
2.4.1	Reglas de interpretación en la Convención de Viena	53
2.5	Estado de Guatemala: procedimiento interno para la adopción de un tratado internacional	55
2.5.1	Celebración y suscripción	56
2.5.2	Aprobación del tratado o convenio.....	57
2.5.3	Ratificación o adhesión del tratado	58
2.5.4	Depósito y registro	58

CAPÍTULO III

3.	Derecho a la salud y libre contratación de seguros de las personas con discapacidad	59
3.1	La discapacidad.....	61

3.1.1	Antecedentes	62
3.1.2	Concepto	68
3.2	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	71
3.2.1	Ratificación y adhesión por el Estado de Guatemala.....	72
3.2.2	Normativa interna aplicable	72
3.2.3	Concordancia entre el Capítulo VI de la Ley de atención a las personas con discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	75
3.3	El derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad y su aplicación en la contratación de seguros.....	80
3.3.1	La discriminación	80
3.3.2	El derecho a la no discriminación	82
3.3.3	El acceso a la contratación de seguros de las personas con discapacidad	84
3.3.3.1	El seguro privado	84
3.3.3.2	Acceso a la contratación del seguro privado	89
3.3.4	Viabilidad de las personas con discapacidad al acceso a seguros	93
3.4	Derecho comparado	98
3.4.1	Ecuador	98
3.4.2	México	100
3.4.3	Costa Rica	102
3.4.4	Nicaragua	103

CAPÍTULO IV

4.	Ausencia de principios de igualdad y no discriminación en la contratación de seguros de personas con discapacidad en la legislación del Estado de Guatemala.....	107
4.1	Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión	107
4.1.1	Control de Convencionalidad	108
4.1.2	Bloque de Constitucionalidad	110
4.1.3	Mandato constitucional y convencional de prohibición a la discriminación por parte del Estado de Guatemala.....	112
4.2	Violación al principio de igualdad y no discriminación	113
4.3	Deber de protección especial a las personas con discapacidad	116
4.4	Incumplimiento de la obligación de adoptar medidas legislativas internas conforme a los principios del Derecho Internacional.....	120
CONCLUSIÓN DISCURSIVA		129
BIBLIOGRAFÍA.....		131

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que se presenta se desarrolló a partir de la observación de las distintas actuaciones en escenarios en los que se involucra el Estado de Guatemala en el medio de las relaciones internacionales; generando polémica e irregularidad en el conjunto de obligaciones y compromisos a los cuales se ha visto ligado. Específicamente se optó por indagar lo relativo a las obligaciones generadas por la adhesión a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debido a que dicho tratado desarrolla su estructura en base a una concepción de los derechos humanos de tercera generación tendiente al desarrollo y transformación de los derechos citados.

Por lo anterior se consideró que, aunado a un desarrollo a profundidad sobre la teoría de las obligaciones y compromisos generados dentro del derecho internacional, se podría lograr un análisis determinante sobre la situación actual del Estado de Guatemala en atención a la adopción de medidas y transformación de la legislación interna a la que se sujeta por la adopción del Tratado referido, esto considerando su posición como actor dentro del derecho internacional.

En el desarrollo de la investigación se logró cumplir con el objetivo general de determinar la ausencia de principios de igualdad y no discriminación en el marco legal que regula el derecho a la salud y contratación de seguros de personas con necesidades especiales, asimismo se verifica la falta de adopción de medidas que tiendan a la adecuación del ordenamiento jurídico conforme a los principios y garantías mínimas ratificadas dentro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El presente trabajo se compone por cuatro capítulos: el primer capítulo, El derecho internacional público, explica la base de la rama del derecho que contempla el conjunto de relaciones entre actores del espectro internacional y las instituciones que de dichas relaciones surgen; el segundo, El derecho de los tratados, define el derecho de los tratados como rama del derecho internacional público y sienta la base jurídica para poder explicar la codificación de las normas de derecho internacional público; el tercer capítulo, Derecho a la salud y libre contratación de seguros de las personas con discapacidad,



desarrolla lo relativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la calidad del Estado guatemalteco como parte de dicho tratado y el contexto actual dentro del ordenamiento jurídico y su repercusión político/social; y el último, Ausencia de principios de igualdad y no discriminación en la contratación de seguros de personas con discapacidad en la legislación del Estado de Guatemala, dentro del cual se desarrollan las conclusiones derivadas del análisis en conjunto de los elementos evaluados en la investigación.

El conjunto de temas desarrollados, su análisis, estudio y conclusiones emitidas, revelan un valioso aporte académico, en virtud de que se evidencia la vulneración de derechos humanos en conjunto con la violación de principios de derecho internacional, lo cual genera una doble afectación; considerando la violación de derechos del segmento de personas con discapacidad y la afectación a los índices de desarrollo humano de la población guatemalteca en general, así como la falta de cumplimiento de obligaciones contraídas por la aceptación y ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Para la realización del presente trabajo de investigación, se utilizó para el desarrollo de la base el método histórico-lógico, el método analítico en su pleno desarrollo, así como el método sintético y el método deductivo en su parte conclusiva. La principal técnica de investigación empleada fue la investigación bibliográfica y la técnica documental.

Es relevante considerar el enfoque del presente trabajo de investigación, ya que, para el logro del objetivo principal fue necesario hacer hincapié en el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto conduce a la aplicación de principios del derecho internacional y al análisis de las responsabilidades y consecuencias de los actos pasivos del Estado de Guatemala desde la adopción de dicho tratado internacional. Del análisis del contexto jurídico se puede verificar la vulneración de las obligaciones adquiridas dentro de la Convención referida y la responsabilidad generada por la vulneración a los derechos de igualdad y no discriminación.

CAPÍTULO I

1. El derecho internacional público

Conviene reconocer que el derecho es una ciencia evolutiva, que se mantiene en constante cambio y desarrollo, integrada por sus aportaciones constituidas por la investigación social, el desarrollo teórico-doctrinario, el desarrollo de la función jurisdiccional, así como de la función legislativa.

El derecho internacional público está sujeto a la adaptación constante que responde al contexto en el que se desarrolla la sociedad, aunado a esto, dicha característica se acentúa por la complejidad de que esta rama del derecho halla su desarrollo en el fenómeno de la contradicción, conflictividad, el accionar y la aprobación o improbación que pueda existir dentro de las relaciones de los sujetos del derecho internacional público.

Definida por esta característica de globalidad, el objetivo principal de esta rama del derecho se centra en lograr la pacífica convivencia entre los sujetos que intervienen en relaciones internacionales, desarrollando un marco jurídico internacional mediante el cual se puedan regir las relaciones de dichos sujetos, el cual es aceptado por la generalidad.

1.1 Definición de derecho internacional público

El derecho internacional público como rama del derecho ha sido, a lo largo del transcurso del tiempo, susceptible de diversas acepciones, principalmente por su trayectoria

evolutiva y su adaptación a nuevos e inminentes factores que han generado cambios en su estructura básica, así como su objeto de estudio. Según Podestá Costa y Ruda se puede definir el Derecho Internacional de una forma básica de la siguiente manera: "... El derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de estos con ciertas entidades que sin ser estados poseen personalidad jurídica internacional. Además, el derecho internacional comprende las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí."¹

Es conveniente destacar que en la definición del citado autor se hace alusión exclusivamente a las normas jurídicas como elemento único o preponderante del sistema complejo de estudio que comprende el derecho internacional. En la actualidad se ha podido determinar que el sistema que comprende el derecho internacional está compuesto tanto por normas, como por principios, doctrinas, costumbres, tratados y resoluciones que conforman la jurisprudencia internacional que complementa dicho sistema complejo.

De igual forma, se puede mencionar a los Estados dentro de la definición como parte sustancial de las relaciones que son objeto de estudio o regulación por parte de la rama del derecho en cuestión, así como entidades y organizaciones. Asimismo, dentro del sistema complejo que comprende el derecho internacional se añade el elemento personal que, dependiendo de la circunstancia y contexto, esta puede variar, llegando a

¹ Podestá Costa, José María Ruda. **Derecho Internacional Público**. Pág. 3.



constituirse relaciones de bilateralidad o multilateralidad. De esta forma es posible desembocar en la variedad de elementos necesarios para la elaboración de la definición puntual del derecho internacional y la necesidad del análisis profundo que requiere la conceptualización de este.

Existe una aceptación general por parte de la mayoría de autores, juristas y tratadistas sobre el contenido del derecho internacional público, concluyendo en que este es el conjunto de normas y/o principios que rigen las relaciones: a) de los Estados entre sí; b) de los Estados y aquellos entes internacionales que sin ser Estados en el sentido pleno de la palabra, reciben tratamiento de Estados; c) de los Estados y aquellas entidades que sin ser Estados poseen personalidad jurídica internacional; y d) de los Estados y de los individuos en el ejercicio de aquellos derechos y deberes que se consideran de naturaleza internacional.

Se tiene de esta forma, una mayor amplitud en la perspectiva de la rama de la ciencia, pudiendo verse el derecho internacional tanto como un instrumento encaminado a la comunicación permanente, como a una herramienta plena de resolución de conflictos o inclusive, una herramienta de protección en el espectro subjetivo de los derechos.

1.2 Origen y evolución del derecho internacional

El desarrollo de la historia y la evolución de la humanidad ha demostrado que las relaciones entre naciones, estados y sociedades siempre ha generado puntos de discusión, disputa o discordia. Por lo tanto, las relaciones se han visto en la necesidad



de dotarse de instrumentos y mecanismos que propicien la comunicación, el entendimiento, y las vías necesarias para la resolución de conflictos. Es de suma importancia conocer los orígenes de la rama del derecho en cuestión; esto con la finalidad de poder identificar y comprender las instituciones que desarrolla el derecho internacional público y la razón de existir de estas.

Según apunta el doctor Roca Tocco en su conferencia en el marco del VI Taller de Derecho Internacional organizado por el Departamento de Derecho de la Universidad de Monterrey y la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el proceso de la consolidación del Derecho Internacional Público como sistema normativo se han señalado algunas fechas que resaltan como hitos, que en conjunto no alcanzan una dimensión mayor a la de medio milenio.

Citando a Vinogradoff se señala que “esta disciplina jurídica se presenta bajo cinco formas: la helénica o “interciudades” entre las que se destacan los nombres de Atenas y Esparta; la el ius Gentium o sea la de la omnipresencia real, republicana e imperial de Roma; la del ius commune que corresponde al ideal universalístico de la Edad Media; la de los tiempos modernos, referida a la convivencia entre estados nacionales, muchos aún en agraz y cuyos monarcas buscan justificar sus acciones en preceptos religiosos y pocas veces en reglas jurídicas y, finalmente, la perteneciente a la historia contemporánea comprensiva de multiplicidad de normas y caracterizada por la presencia de las Organizaciones Internacionales que singularizan a nuestra época.”²

² Roca Tocco, Carlos Alberto. **Origen y evolución del Derecho Internacional Público**. Pág. 12.

Asimismo, el Doctor Luis Arias Nuñez clasifica o divide la historia del derecho internacional en “cuatro períodos históricos: primer período, el cual culmina con la caída de Roma en el año 476; segundo período que se desarrolla desde el año 476 hasta el año 1648 con la paz de Westfalia; tercer período que comprende desde 1648 hasta la revolución francesa en el año 1789; y cuarto período que se desarrolla desde el año 1789 hasta la actualidad.”³

Se admite que, entre el Renacimiento y la fecha de 1648, Paz de Westfalia que pone término a la Guerra de los Treinta Años, se desarrolla la primera etapa de la búsqueda de soluciones a las controversias entre naciones que tienen y deben aprender a convivir en un orden de recíproco respeto.

Desde Westfalia hasta la revolución francesa de 1789 se advierte el aumento y el afinamiento de los convenios interestatales que abarcan en un primer momento los ámbitos tradicionales en el género bélico y político, y en un segundo momento alcanza otros ámbitos como lo comercial.

En ese lapso se afianzan definitivamente los estados nacionales y crece socialmente con firmeza la burguesía industrial, comercial y financiera. Cabe destacar que durante la etapa napoleónica no se produjeron conflictos bélicos de trascendencia hasta la guerra franco-prusiana de 1870. Esta etapa da cabida al Congreso de Viena (1814), en el cual se consagró el principio de “intervención” y el sistema de consultas mediante congresos.

³ Arias, Luis. **Fundamentos de Derecho Internacional Público**. Pág. 27.

Paralelamente aumentan los instrumentos internacionales, llegándose a suscribir estipulaciones tendientes a humanizar las operaciones de guerra y proteger a sus víctimas. Algunas de estas son: la Declaración de París de 1856 sobre la guerra en el mar y abolición del correo marítimo; el Convenio de Ginebra de 1864 sobre el trato a los militares heridos en tiempo de guerra; la Declaración de San Petersburgo, prohibitiva del uso de determinadas armas; Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907 que señalaron el peso para establecer compromisos interestatales de apelar a los medios pacíficos a fin de resolver sus conflictos y controversias.

Enfatiza el Doctor Roca Tocco que entre los años 1815 y 1914 el derecho internacional vive momentos de esplendor, respaldado en las determinaciones del Congreso de Viena, que actuó como gobierno internacional mediante instrumentos que determinan la situación jurídica de algunos estados.

Este desarrollo de un siglo está marcado por la influencia de las grandes potencias de la época en plena expansión imperial, lo que originó figuras como la "Cláusula Calvo" (renuncia a recurrir a la protección diplomática del país de origen) o el Convenio Drago-Porter (prohibición de usar la fuerza armada para cobrar adeudos contractuales de un Estado a otro). Todo esto dentro del marco de la democratización del derecho internacional, que dota de un sentido positivo, constituido por la creciente participación de los pequeños y medianos Estados en las Conferencias Internacionales.

Según indica el profesor César Sepúlveda, durante el transcurso del estallido de la primera guerra mundial y la segunda guerra mundial se presenta un lapso pleno de



contradicciones para el derecho internacional; sin embargo, se pueden destacar algunos acontecimientos como la creación de la Sociedad de las Naciones en 1919, el Pacto Briand-Kellog de 1928 (prohibición absoluta del recurso a las armas) o la acción normativa de la OIT de 1919, hoy organismo especializado de las Naciones Unidas.

Es al finalizar la segunda guerra mundial en 1945, según indica el Doctor Roca Tocco, que da inicio la etapa en curso del proceso de consolidación del derecho internacional actual con la fundación de la Organización de Naciones Unidas, mediante la Corte de San Francisco suscrita ese mismo año. Cabe resaltar que la finalidad esencial de esta entidad sería mediar en los conflictos políticos, mantener la paz y promover la cooperación internacional en los lindes económico, social y cultural a través de sus órganos de administración, ejecución y organismos técnicos especializados.

Es importante realizar una detenida observación a la Carta de Naciones Unidas, ya que derivado de su Artículo 13, numeral 1, inciso a) se puede establecer la importancia que toma la materia del derecho internacional en el espectro jurídico-político y lo que desembocaría en la producción y establecimiento de distintos instrumentos político-jurídicos interestatales que han marcado avances determinantes en los años precedentes.

“Artículo 13, 1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; (...).”

Derivado de esto surgen proyectos y aprobaciones tales como el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas, el Convenio sobre Relaciones Consulares, Convenio relativo al Derecho de los Tratados, Convenio sobre el Derecho del Mar, Convenio sobre el Mar Territorial, Convenio sobre Zona Contigua y Convenio sobre Plataforma Continental.

1.3 Objeto del derecho internacional público

Para Rousseau, el derecho internacional público tiene por objeto "Regular las relaciones entre Estados y sujetos del derecho internacional, lo cual conlleva a una triple función: determinar las competencias entre Estados, determinar las obligaciones negativas o positivas que vienen impuestas a los Estados en el ejercicio de sus competencias y reglamentar la competencia de las instituciones internacionales."⁴

Como expone el autor mencionado, el derecho internacional público tendrá una multifuncionalidad en su objeto, siendo menester de este regular en los distintos aspectos la forma en que se relacionarán los sujetos internacionales, no limitándose únicamente a los Estados, sino incluyendo a las entidades u organizaciones que gozan de una personalidad jurídica para intervenir en el actuar del derecho internacional.

Entonces, el objeto se entiende en un sentido amplio, determinando al derecho internacional público como una herramienta que abarcará la generalidad de las incidencias que puedan suscitarse dentro de la dinámica que existe entre Estados y

⁴Rousseau, Charles. **Derecho Internacional Público**. Pág. 1.

sujetos de derecho internacional a través de los mecanismos, instrumentos y procedimientos que colectivamente se establezcan.

Asimismo, se puede citar al profesor Arturo Pagliari, quien señala que: "El derecho internacional público cumple una función esencial que es delimitar las competencias estatales o, dicho de otro modo, la de ordenar los ámbitos de validez de dichas competencias."⁵

De esta forma se puede establecer que el derecho internacional público centra su objeto en la actividad delimitadora mediante la cual se circunscribe el actuar funcional, operativo o técnico de cada sujeto internacional. Dicha actividad se traduce en el establecimiento de normas y competencias mediante las cuales los estados y sujetos de derecho internacional regularán su actuar en el campo internacional y resolverán los conflictos que surjan en el desarrollo de sus relaciones.

Es importante también resaltar que el autor menciona los ámbitos de validez de las competencias de los sujetos del derecho internacional, debido a que por la multidisciplinariedad y multifuncionalidad que caracteriza a los sujetos del derecho internacional público, estos no ostentarán las mismas funciones, obligaciones y competencias. Esto permite que el campo práctico en el que se desenvuelven dichos sujetos se ensanche y exista un mayor espacio de regulación derivada de ese aumento en la interacción y definición de atribuciones.

⁵ Pagliari, Arturo Santiago. **El derecho internacional público, funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los Estados**. Pág. 460.

El magíster en derecho internacional público, Lissette Romay indica que el derecho internacional público posee una doble función, abarcando funciones como ciencia y como disciplina. Señala que el derecho internacional público como ciencia estudió los principios jurídicos, históricos, sociales y económicos que codifican la existencia de convenciones internacionales, a fin de poder explicar los fenómenos jurídicos desde una concepción epistemológica.

Afirma también que: “Como ciencia disciplinaria, al regular la estabilidad necesaria en la comunidad internacional a fin de dirimir las controversias que se presenten entre los Estados nacionales u otros sujetos de derecho internacional público, con la necesidad de preservar la paz y establecer un imperio normativo que posibilite el logro de la justicia internacional.”⁶

Según la conceptualización anterior, el derecho internacional público tendrá diferentes acepciones dependiendo del enfoque del cual se analice o estudie: la ciencia de principios y la ciencia disciplinaria.

Se entenderá que la ciencia de principios hace referencia al conjunto de directrices o fundamentos en base a los cuales se regulan las relaciones externas entre sujetos de derecho internacional, mientras que la segunda indica el método por medio del cual se podrán resolver los conflictos o controversias de conformidad con los estándares perseguidos de seguridad y paz general, en búsqueda de la existencia permanente de

⁶ Romay, Lissette. **Derecho internacional público**. Pág. 25.

una estabilidad política y jurídica entre sujetos de derecho internacional, específicamente los Estados.

1.4 Sujetos del derecho internacional público

Es fundamental determinar quiénes son los actores o sujetos dentro de la rama del derecho internacional público, es decir, aquellos que desempeñan un papel trascendental y genera incidencias en el desenvolvimiento de las relaciones que dan origen al derecho internacional público. En principio se parte de una postura clásica, la cual establece que los Estados son los únicos sujetos del derecho internacional, bajo la concepción de que estos son los únicos entes que gozan de personalidad jurídica para poder ostentar derechos y obligaciones a nivel internacional, derivado de su calidad de personas jurídicas de derecho público.

A diferencia de la postura mencionada, se puede establecer que los Estados no son los únicos sujetos de derecho internacional, así lo hace León Duguit citado por Carvajal de la siguiente forma: “Los únicos sujetos del Derecho Internacional son los individuos que se traducen en gobernantes y gobernados, ya que en definitiva el derecho va orientado exclusivamente al ejercicio de voluntades libres y conscientes.”⁷

Derivado de la comparación entre las dos posturas o teorías sobre la concepción de los sujetos de derecho internacional mencionadas, se puede realizar una diferenciación

⁷ Carvajal, David. **El rol de los sujetos típicos y atípicos del derecho internacional público en la comunidad internacional, a la luz del mundo contemporáneo.** Pág. 17.

puntual, ambas posturas sitúan al sujeto en opuestos extremos: la primera postura categoriza a los estados como sujetos exclusivos del derecho internacional; mientras que la segunda postura sitúa a los individuos que conforman los Estados como verdaderos sujetos de derecho internacional.

Dentro del estudio contemporáneo se ha establecido concretamente que, a pesar de que los Estados ejercen un papel rector con un carácter soberano, existen entidades que ostentan de personalidad jurídica suficiente para inmiscuirse dentro de las actuaciones que se suscitan dentro del derecho internacional, mismas organizaciones que son conformadas por individuos pertenecientes a los Estados mencionados.

De esta forma se puede determinar que, si bien el derecho internacional está dirigido a responder a los intereses nacionales de cada estado, la principal razón de la organización estatal son los individuos que la conforman, considerándose a estos como sujetos activos dentro de la dinámica internacional, otorgándoles facultades y capacidad suficiente para el ejercicio de determinados derechos.

El doctor Terán Cevallos cita en su obra Derecho Internacional Público Contemporáneo que: "(...) La mayoría de tratadistas contemporáneos y la comunidad internacional coinciden en incorporar, a más de los Estados soberanos como sujetos secundarios de este derecho, a los siguientes:

- a) Las organizaciones internacionales (universales, regionales, subregionales y locales);
- b) La Santa Sede y la ciudad Estado del Vaticano;

- c) Los gobiernos reconocidos como beligerantes e insurrectos;
- d) Los gobiernos en exilio;
- e) La Orden Soberana de Malta;
- f) La persona natural.”⁸

Dentro de la clasificación citada anteriormente no se le da el tratamiento de sujetos de derecho internacional únicamente a los estados, adicionalmente se incluyen a otras instituciones u organizaciones con su propio ordenamiento jurídico y regulación; y que según la doctrina también se les considera como sujetos de derecho internacional público.

Matthias Herdegen se refiere los sujetos del derecho internacional como acreedores de la personalidad jurídica, la cual implica “(...) la capacidad para ser titular de sus derechos y deberes. Por regla general esa capacidad implica también la posibilidad de hacer valer estos derechos en el ámbito del derecho internacional.”⁹

El concepto expuesto anteriormente permite esbozar en la complejidad del derecho internacional público, considerando las distintas instituciones que de este derivan, así como la multiplicidad de sus sujetos, convirtiéndose en un régimen amplio y diverso. Los estados, los sujetos individuales, las organizaciones y entidades con personalidad jurídica internacional y la interacción de estas mismas, así como los derechos y obligaciones de estos mismos, derivado de los factores económicos, sociales y culturales,

⁸ Terán Cevallos, Mauro. **Manual de Derecho Internacional Público Contemporáneo**. Pág.41.

⁹ Herdegen, Matthias. **Derecho Internacional Público**. Pág. 1.

llegan a asemejarse a un ordenamiento jurídico interno, con la salvedad de que dentro de un ordenamiento jurídico interno existe la diferenciación de la soberanía entre el estado y sus habitantes individuales, mientras que dentro del derecho internacional público se contempla el tratamiento entre soberanías, que competen a los diferentes estados.

En la reconocida obra, Manual de derecho internacional público, el autor Accioly Do Nascimento Silva, menciona que el derecho internacional público se define como: “El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones mutuas de los Estados y subsidiariamente, las de las demás personas internacionales, como determinadas organizaciones, y de los individuos.”¹⁰

La definición anterior permite diferenciar la prioridad en cuanto a la materia que trata el derecho internacional público, jerarquizando y atendiendo principalmente a las relaciones que existan entre estados como sujetos del derecho internacional público, y relegando “subsidiariamente” a los demás sujetos.

El concepto anterior no discrimina a los diferentes entes y personas que pueden llegar a ser sujetos de esta rama del derecho; sin embargo, si constituye una conceptualización más apegada a la teoría clásica de la concepción de los sujetos del derecho internacional público, en la cual los estados y su interrelación serán el centro del estudio de dicha materia.

¹⁰ Accioly Do Nascimento E Silva, Hildebrando. **Manual de Derecho Internacional Público**. Pág. 29.

El doctor Becerra Ramírez se refiere a los sujetos del derecho internacional como "los principales creadores del sistema jurídico constituido por el derecho internacional. Este sistema es creado y aplicado por sus mismos sujetos, que regula su conducta con la finalidad de conservar la paz y seguridad."¹¹

Del conjunto de definiciones y categorías mencionadas se determina que, con anterioridad se podía categorizar exclusivamente como sujetos de derecho internacional a los Estados que participaban en relaciones bilaterales o multilaterales, derivadas de las cuales se buscaba definir una regulación que permitiera a los estados mantener estándares de armonía, paz y buenos términos en sus relaciones; sin embargo, en la actualidad ha evolucionado el derecho junto a las relaciones de carácter global.

Actualmente se ha vuelto de aceptación general la inclusión dentro de la categoría de sujetos de derecho internacional a otras entidades y personas aparte de los estados. De esta forma adquieren personalidad y capacidad para intervenir en el derecho internacional público las personas naturales, las entidades u organizaciones, y otro tipo de organizaciones sociales.

Este fenómeno se materializa fundamentalmente para la protección de los intereses de los sujetos mencionados; contemplando de igual forma los derechos fundamentales, pero también se ejerce con la finalidad de aportar en la regulación y estructuración del esquema del derecho internacional.

¹¹ Becerra Ramírez, Manuel. **Derecho Internacional Público**. Pág. 47.

1.5 Fuentes del derecho internacional público

Se puede entender que las fuentes del derecho constituyen el origen del conjunto de normas que regulan las relaciones internacionales, de esto deriva la importancia que tienen por la función que cumplen en el espectro jurídico, siendo el principio o el origen del nacimiento de derechos y obligaciones que se aplican a los sujetos con carácter internacional. Estas han sido determinadas tanto por la doctrina, como reguladas en cuerpos normativos internacionales.

Para el doctor Carlos Larios Ochaíta las fuentes se dividen de la siguiente forma:

“Fuentes principales: los convenios internacionales y la costumbre; fuentes secundarias: la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho; fuentes posibles: la equidad, el *Ius Cogens*, la opinión pública y los actos de las organizaciones internacionales intergubernamentales. En asuntos bilaterales, también pueden constituir fuente de Derecho Internacionales los actos unilaterales de los estados.”¹²

Un ejemplo de la determinación positiva de las fuentes del derecho internacional es el caso del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la cual establece en su Artículo 38 numeral 1:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

¹² Larios Ochaíta, Carlos. **Derecho Internacional Público**. Pág. 21.

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.”

Con base a lo anterior, se puede iniciar analizando como fuente primaria del derecho internacional público los convenios o convenciones internacionales, los cuales constituyen la principal fuente formal de producción de derechos y obligaciones para las partes celebrantes y que han reconocido su obligatoriedad de cumplimiento.

En segundo lugar, se encuentra la costumbre internacional, que se puede traducir en el conjunto de buenas prácticas reiteradas entre los sujetos de derecho internacional, las cuales proveen de relaciones armónicas y saludables entre los sujetos mencionados, inclusive al punto de formalizarse y quedar plasmada en instrumentos obligatorios como convenios o tratados entre Estados. Por último, se consideran los principios generales del derecho, los cuales constituyen una fuente común de los diferentes Estados, y que desempeñan una función esencial en la interpretación y resolución de casos a nivel interno de cada Estado.

Es el caso del Estado de Guatemala, que en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial establece:

“(...) El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su institución;
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

Queda evidenciado según el precepto citado, que los principios generales del derecho gozan de pleno reconocimiento, tanto como parte integrante del ordenamiento jurídico nacional con carácter informador, en su uso para la resolución de casos concretos, como para la correcta interpretación de la normativa estatal.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla las decisiones judiciales y doctrinas de publicistas como fuente del derecho internacional público, las que coadyuvan en la solución de casos concretos y cuestiones relevantes. Estas disposiciones como parte de un método de sistematización jurisdiccional y doctrinario toman relevancia a partir de la constitución de órganos con carácter jurisdiccional en materia internacional.

Esto refleja el carácter coercitivo del sistema internacional, mediante el cual se establecen sustantivamente las normas impositivas y prohibitivas fijando límites a los actos de los sujetos internacionales y estableciendo procedimientos y parámetros bajo

los cuales se rigen los órganos jurisdiccionales al momento de dirimir las cuestiones controversiales, bajo la premisa de la aplicación de sanciones por la determinación de responsabilidades.

En observancia a la clasificación que establece el estatuto se puede observar que esta denota una terminología universalmente descriptiva y no tiene por objeto restringir la operación de las fuentes que se enumeran.

Aunado a lo anterior, se puede interpretar que dicha clasificación no busca ser limitativa y que su sentido es el de encontrar el desarrollo del derecho internacional, procurando la adecuación del sistema jurídico a las cambiantes y evolutivas relaciones internacionales, por ende, no busca cerrar el sistema de las fuentes de derecho. Se entiende que un sistema cerrado impide el desarrollo en la creación de fuentes de derecho de carácter democrático.

1.5.1 Los tratados o convenios

Los tratados o convenios en materia internacional son considerados por numerosos autores como la fuente primordial del derecho internacional público. El concepto de tratado se encuentra ubicado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su parte I, numeral 2, literal a), la cual establece que: “a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (...).”

Estos tratados o convenios, indistintamente de su denominación según la referencia anterior, son creadores o generadores de normas, derechos, reglas, deberes, preceptos que regirán entre los estados celebrantes. Esta celebración de tratados se puede determinar que surge de la constante relación entre Estados, lo cual genera costumbres, prácticas, usos, procedimientos, rutinas, entre otros, que por el peso de su importancia en la práctica reiterada desemboca en la positivización de estos mismos a través de instrumentos internacionales, como tratados o convenios.

Podestá Costa y Ruda señala sobre los tratados que: "Constituyen derecho internacional positivo para los Estados que son parte contratante. Por esta razón, los tratados son la fuente más importante del derecho internacional y su conjunto forma lo que suele llamarse derecho internacional convencional."¹³

Según la cita anterior, se afirma que la fuente principal para el derecho internacional público es el tratado, esto debido al tinte positivo que brinda al cuerpo jurídico que rige las relaciones interestatales, tomando como consideración el fundamento que proporciona a dichas relaciones la seguridad y certeza jurídica sobre las cuales se actúa.

Cabe resaltar que este tipo de acuerdos plasmados en los tratados rigen exclusivamente para las partes contratantes, como el autor menciona, independientemente si esta sea una relación bilateral o multilateral en la que intervengan más de 2 Estados contrayendo para sí derechos u obligaciones.

¹³ Podestá Costa, L. A. Y Ruda, José María. **Derecho Internacional Público**. Pág. 1.



En el Estado de Guatemala se encuentra inmiscuido el derecho internacional convencional, siendo parte de la base jurídica y gozando de trascendencia significativa. Es así como se puede apreciar dentro de la opinión consultiva generada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el expediente 482-98, donde se establece que:

“La República de Guatemala, organizada como Estado democrático, pertenece a la comunidad de países que se rigen por los valores, principios y normas del Derecho Internacional (convencional y consuetudinario). Ha plasmado su adhesión a este sistema suscribiendo – como parte funcional – la Carta de las Naciones Unidas y varios instrumentos de organizaciones internacionales regionales. Asimismo, ha celebrado tratados, acuerdos, o convenciones multilaterales y bilaterales con otros Estados. Al interior, reconoce, por mandato del Artículo 149 de la Constitución, su deber de normar sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales. Reconoce explícitamente la validez del Derecho internacional convencional en los preceptos contenidos en los Artículos 46 y 204 del máxima código jurídico del país.”

Según el señalamiento anterior, la Corte de Constitucionalidad afirma la pertenencia del Estado de Guatemala como parte del sistema de la comunidad internacional, ratificando su personalidad jurídica en dicho ámbito.

Lo anterior le permite al Estado de Guatemala actuar como sujeto de derecho internacional, sujetándose a las normas jurídicas internacionales, tanto convencionales como consuetudinarias, que tengan por objeto regular las relaciones internacionales.

1.5.2 La costumbre

Según el doctor Larios Ochaíta, son fuentes principales del derecho internacional público: “(...) a) los tratados y convenios; y b) la costumbre.”¹⁴ De la misma forma distintos autores en la materia identificados con la escuela positivista consideran que dichas fuentes son las únicas fuentes del derecho internacional. Esto se afirma bajo la premisa de que se cuenta con la voluntad de los Estados, argumentando que bajo la costumbre y la práctica reiterada de determinados comportamientos y actuaciones por parte de los Estados se condiciona y se forman los preceptos por los cuales se rigen las relaciones internacionales, concluyéndose en la materialización de nuevos tratados o convenios.

Complementariamente, Podestá Costa y Ruda afirman que: “tal conducta, cuando es continuada y un número notorio de Estados la adopta visiblemente y sin oposición por los demás, se transforma en una aquiescencia internacional, entra a formar parte de las reglas que gobiernan a la generalidad de los Estados, se toma obligatoria como regla de derecho.”¹⁵

La costumbre como fuente de derecho internacional público se origina, atendiendo a la definición que antecede, a partir de la práctica reiterada de una conducta, la cual debe cumplir con 2 condiciones preliminares. La primera condición es que un número notorio de Estados adopta dicha práctica reiterada de forma visible ante la comunidad internacional y la segunda condición versa sobre la no oposición del resto de la

¹⁴ Larios Ochaíta, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 26.

¹⁵ Podestá Costa, L. A. Y Ruda, José María. **Op. Cit.** Pág. 3.

comunidad internacional. Podemos inferir que, en base a esto, la costumbre cobra vigor y se vuelve imperativa ante un proceso de aceptación el cual no debe de tener contradicción visible. Se consideraría un punto a debatir en el caso de que una práctica reiterada aceptada por la mayoría de la comunidad fuera refutada o rechazada por algún miembro de la comunidad internacional.

Aunado al análisis anterior, Díez de Velasco señala que: “Entendemos por costumbre internacional la expresión de una práctica seguida de los sujetos internacionales y generalmente aceptada por estos como derecho (...).”¹⁶

La combinación del elemento material y el elemento axiológico dan como resultado la existencia de la costumbre como una fuente de derecho internacional público. El elemento material se manifiesta en la práctica o costumbre reiterada, mientras que el elemento axiológico se traduce en la manifestación de la convicción por la cual la comunidad internacional adopta una práctica de cumplimiento jurídico, derivado de su aceptación ideológica y creencia sobre la utilidad que este genera.

Atendiendo a las teorías citadas se puede concluir en que el proceso de la concreción del elemento material constitutivo de la costumbre se resume en considerar la universalidad o generalidad de la práctica, es decir su aceptación, posterior a dicha aceptación se evalúa el presupuesto de la reiteración o repetitividad. Dicho elemento es

¹⁶ Díez De Velasco Vallejo, Manuel. **Instituciones de derecho internacional público: Tomo I.** Pág. 84.

de naturaleza temporal, debido a que se considera un plazo durante el cual aumenta la aceptación de la práctica y repite varios ciclos que conforman la repetitividad.

Por último, el proceso de concreción finaliza cuando la práctica de dicha costumbre obedece exclusivamente a la convicción de que dicha costumbre responde a un deber jurídico de cumplimiento obligatorio.

El elemento material, como se mencionaba anteriormente, es el que acompaña al elemento temporal, este es la concreción de las diferentes posiciones y actuaciones que se adoptan durante el referido elemento temporal.

La repetición de actos conlleva a la manifestación práctica por parte de los sujetos de derecho internacional público. Esto concluye, por ejemplo, en la materialización del cuerpo normativo interno o la jurisprudencia.

1.5.3 Principios generales del derecho

Es importante que exista un espacio para el análisis de los principios generales del derecho debido a que, como anteriormente se mencionaba, existe un fundamento jurídico positivo que sustenta la existencia de estos como una fuente dentro de la comunidad internacional.

Dada la relevancia del instrumento y la generalidad de su aceptación, esta fuente de derecho desempeña un papel fundamental dentro del derecho internacional público.

Larios Ochaita define los principios generales del derecho como: “aquellas normas que se encuentran en todos los ordenamientos jurídicos de todos los Estados del mundo o por lo menos en la mayoría de ellos.”¹⁷

Para que un principio del derecho entre en consideración como una fuente del derecho internacional público debe de gozar de una amplia aceptación y reconocimiento, así como un persistente uso y aplicación, por mencionar algunos de estos principios que poseen dicha característica están el debido proceso, la no obligación de declarar contra sí mismo o parientes, no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, entre otros.

Asimismo, Podestá Costa y Ruda relacionan los principios como postulados mínimos que deben de tener determinados enunciados para ser aplicables como principios por la comunidad internacional, dichos principios serían: “el principio de pacta sunt servanda, el del orden público, el del respeto a los derechos adquiridos, el del enriquecimiento sin causa, el principio error juris nocet, el principio lex posterior derogat priori, el del caso fortuito, el de fuerza mayor, el del respeto de la cosa juzgada, el de prescripción liberatoria, el principio non bis in ídem, etc.”¹⁸

Según señalan los autores, la mayoría de los principios generales del derecho tiene su origen en el derecho romano. Estos principios han sido adoptados generalmente por varios Estados, constituyendo, por ende, principios universalmente aceptados en las relaciones jurídicas de derecho doméstico.

¹⁷ Larios Ochaita, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 35.

¹⁸ Podestá Costa, L. A. Y Ruda, José María. **Op. Cit.** Pág. 17.



Eso define a los principios como una fuente de derecho internacional, ya que la aceptación universal y el reconocimiento por las naciones les dan la cabida a que sean aplicables como una fuente de derecho que sirva como base para la utilización del derecho internacional público.

1.5.4 La jurisprudencia

El menester de un tribunal internacional o de su titular jurisdiccional, de forma concreta, consiste en la resolución de un conflicto de naturaleza internacional, buscando aclarar o esclarecer el contenido y sentido de una norma jurídica para su correcta aplicación.

La jurisprudencia busca ser una fuente coadyuvante, de forma secundaria o auxiliar a las fuentes ya mencionadas, que le permitan al juez ejercer una labor acertada en la interpretación y resolución del conflicto.

Díez de Velasco sostiene que la función de la jurisprudencia tiene una doble vertiente: “como elemento de interpretación y como medio de prueba.”¹⁹

Es importante realizar un análisis desglosado de las vertientes señaladas por el autor. Como elemento de interpretación, la jurisprudencia se constituye como el medio que los jurisconsultos utilizan para la determinar la aplicabilidad del cuerpo normativo adecuado a un caso específico. Esto quiere decir que únicamente servirá como una guía para

¹⁹ Díez De Velasco Vallejo, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 97.

encontrar la correcta aplicación de la norma, no entendiéndose como una herramienta o un medio creador de la misma.

De ahí su naturaleza como medio auxiliar dentro de la clasificación de fuentes de derecho internacional, por la consideración de que nunca será un origen creador de nuevas disposiciones legales aplicables, funcionando únicamente como instrumento orientador en la aplicabilidad de las normas positivas vigentes o la costumbre y principios asentados internacionalmente.

Como medio de prueba, según la teoría sostenida por el autor referido, la jurisprudencia insinúa la existencia de una normativa aplicable de uso previo. Por cuanto, la fundamentación del órgano jurisdiccional sea necesaria, tiene validez y aceptación el inquirir de dicho órgano.

Lo anterior se desprende del objeto de lograr una mayor argumentación basada en casos semejantes o análogos, donde haya sido desarrollada la ejecución de un sistema normativo que encuentra una aplicación concordante en el caso específico a resolver.

Es necesario destacar que la jurisprudencia no disfruta de una obligatoriedad por parte de los órganos jurisdiccionales, esto debido a que los precedentes judiciales no son aplicables obligatoriamente para casos futuros, esto se encuentra regulado en el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual establece que: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido."



Es posible observar que en materia internacional cobra mayor auge el elemento interpretativo de la jurisprudencia, fungiendo como elemento valioso de la hermenéutica jurídica. Se puede apuntar a que esto difiere del sistema utilizado por el Estado de Guatemala, en el cual está asentada legalmente la jurisprudencia como doctrina legal. Según el Artículo 621 del Código Procesal Civil y Mercantil, la doctrina legal en materia ordinaria se entiende como "(...) la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos."

El mismo cuerpo normativo establece que para poder invocar dicha doctrina legal es necesario citar cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario.

De igual forma en el caso del Estado de Guatemala existe la jurisprudencia constitucional o doctrina legal en materia constitucional, esta se encuentra definida la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la cual en su Artículo 43 establece que: "La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. (...)."

Derivado del contraste realizado entre el andamiaje jurisprudencial del Estado guatemalteco y el panorama internacional, en el Estado de Guatemala resalta mayormente el papel del elemento probatorio de la jurisprudencia. Esto se refleja en la obligatoriedad de aplicación de criterios que se genera al asentarse la jurisprudencia. La

diferencia enunciada responde al interés de sostener una mayor uniformidad en la administración del sector justicia, brindando mayor orden y sistematización, lo cual aporta seguridad y certeza en las resoluciones en los distintos procesos judiciales.

1.5.5 Doctrina legal

La Corte Internacional de Justicia contempla dentro de su estatuto las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Este precepto posibilita la aplicación a casos concretos de criterios que deriven de investigaciones y colaboraciones aportadas al medio científico por tratadistas en materia internacional.

Esta disposición está planteada con el objeto de un efectivo estudio y comprensión del derecho internacional público. Es así como la doctrina es citada por las partes que entablan un conflicto ante la Corte Internacional de Justicia, utilizado la doctrina como un medio auxiliar interpretativo para argumentar posturas y fundamentar exposiciones.

Siendo posible a su vez, que la misma Corte haga cita de estas para fundamentar la resolución de controversias. Larios expone que, ante la dificultad del conocimiento general, dificultad de interpretación y dificultad de descubrir el derecho internacional, las doctrinas de los publicistas de las diferentes naciones constituyen una fuente importante de derecho internacional. El autor menciona como ejemplo de publicistas a los siguientes:



“(...) Grocio, Vitoria, Puffendorf, Suarez, Zouche, De Vattel, Verdross, Kelsen, Sorensen, Akegurst, Friedmann, Lissitzyn, Pugh, Seara V., Stadmuller, Villagran-Kramer, etc. (...)”²⁰

Asimismo, señala que la doctrina se puede encontrar en textos de docencia, manuales, revistas especializadas generales y específicas, revistas de alta vulgarización, conferencias, tomas de posesión en foros internacionales, entre otros. Tomando como base esto, se establece que hay un claro indicador de la presencia de la doctrina jurídica inmiscuida en distintos medios informativos que generan una incidencia cultural en el ámbito jurídico internacional. Es derivado de esto que la doctrina brinda un valioso aporte al derecho internacional público como una fuente auxiliar o subsidiaria del derecho; sin embargo, se mantiene en la categoría de secundaria por la variedad que existe en el criterio y, que la doctrina ha significado mayormente un medio para alcanzar la evolución del derecho internacional, a comparación de un sistema normativo del cual se pueda extraer la fundamentación necesaria para la argumentación jurídica.

²⁰ Larios Ochaita, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 35.

CAPÍTULO II

2. El derecho de los tratados

Es necesario establecer la importancia de los tratados internacionales, no solo como fuente de derecho, sino como elemento fundamental del derecho internacional público. Dentro de la ramificación que constituye al derecho internacional público se encuentra el derecho de los tratados, dicha rama se compone por el conjunto de principios, preceptos, procedimientos, métodos y doctrinas bajo los cuales se sustenta la codificación de las normas de derecho internacional público.

Según lo establecido en el capítulo precedente, se puede contar con una definición formal de un tratado, complementariamente Jiménez de Aréchaga citado por Meléndez Florentín señala que este se puede definir como: "(...) toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho."²¹

A partir de las definiciones aportadas, es fundamental hacer referencia al negocio jurídico que se formaliza a nivel internacional entre los sujetos de derecho internacional. Esto se confirma debido a que existe la concurrencia de los elementos imprescindibles para el establecimiento de un negocio jurídico, contando con la declaración libre y consciente que deviene de la voluntad, para crear, modificar o extinguir obligaciones.

²¹ Meléndez, Florentín. **Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado**. Pág. 21.

Los derechos y obligaciones que se establecen entre las partes en dichos instrumentos internacionales son oponibles ante terceros y de carácter reclamable, de ahí surge la necesidad de establecer los principios y normas bajo los cuales funcionan los tratados internacionales. El derecho de los tratados encuentra su origen en la búsqueda de establecer el marco jurídico que le permita a los sujetos de derecho internacional el uso y empleo de dichos instrumentos para poder relacionarse, sacando el mejor provecho de estos bajo una serie de reglas establecidas que brinden seguridad jurídica en el desarrollo de las relaciones.

Maldonado Ríos sostiene que: "(...) el derecho de tratados abarca toda una serie de mecanismos de regulación de relaciones jurídicas y compromisos internacionales asumidos por los Estados y demás sujetos de derecho internacional y que hayan sido manifestados en un tratado internacional."²²

Destaca en la exposición anterior, que se denomina al derecho de los tratados como la rama del derecho internacional público que se encargará del estudio y la reglamentación de una serie de mecanismos de regulación de las relaciones jurídicas que se generen entre Estados. Es decir que se debe partir de la existencia de una relación jurídica, que dará como resultado la necesidad de una regulación, siendo esto un marco dentro del cual se deba llevar a cabo dicha relación bajo los términos que las partes contratantes acuerden mutuamente. Es entonces, el objeto principal del derecho de los tratados, elaborar el andamiaje jurídico para el efectivo desarrollo de las relaciones pactadas en

²² Maldonado Ríos, Erick Mauricio. **Derecho Guatemalteco de los Tratados Internacionales**. Pág. 7.

los citados instrumentos en materia internacional, en el cual se puedan desenvolver plenamente los sujetos de derecho internacional.

2.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue celebrada en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969. Este instrumento representa la materialización de el cúmulo de costumbres que imperaban en el derecho internacional hasta ese momento. El derecho internacional alcanza una codificación universalmente aceptada, la cual serviría como pilar para el desarrollo y ampliación en materia de tratados y convenios internacionales en el futuro.

Dentro del preámbulo de la Convención se hace alusión a la función fundamental de los tratados en la historia de las relaciones internacionales. En dicho instrumento se reconoce: "(...) la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales (...)."sic

En la cita anterior se menciona la cooperación internacional, que, como se ha plasmado previamente, esta cooperación se conforma de las múltiples relaciones internacionales generadas por los ámbitos políticos, religiosos o comerciales. En el preámbulo de dicho instrumento se ratifica la existencia de la libre voluntad y determinación de las naciones en cuanto a la concreción de los diferentes tratados como instrumentos internacionales para el desarrollo de sus relaciones.

Esto se verifica ya que se menciona que: "(...) los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma "pacta sunt servanda" están universalmente reconocidos." De igual forma acompañan a estos los principios incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como: "(...) los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades."

Esto acompañado de la afirmación de que la codificación por medio de la Convención de Viena no afectaría la aplicación y el regimiento de dichos principios ni de las costumbres imperantes que no estuvieran incluidas dentro de la mencionada codificación. Por ende, es clara la intención del instrumento de funcionar como un instrumento que favorezca a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados, en búsqueda de la consecución de la paz y la seguridad internacionales, manteniendo relaciones permanentes de cooperación internacional.

La Convención se compone por 85 artículos, estos están divididos en ocho partes y un anexo. Las partes se desarrollan de la siguiente forma:

- I. Introducción
- II. Celebración y entrada en vigor de los Tratados
- III. Observancia, aplicación e interpretación de los Tratados
- IV. Enmienda y modificación de los Tratados



- V. Nulidad, terminación y suspensión de los Tratados
- VI. Disposiciones diversas
- VII. Depositarios, notificaciones, correcciones y registros
- VIII. Disposiciones finales

De forma introductoria se enuncian distintas definiciones de la terminología utilizada a lo largo de la Convención con el objeto de una mejor comprensión del derecho de los tratados, consecuentemente se establecen una serie de normas que rigen la celebración de los tratados, para culminar con su efectivo consentimiento y entrada en vigor.

Parte de la normativa establecida regula lo concerniente a la aplicación e interpretación de tratados. Esta interpretación según el Artículo 31 de la Convención establece que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (...).”

Importante es tomar en cuenta que existe una multiplicidad de funciones dentro de la Convención, no sirviendo exclusivamente para determinar los procesos de la creación de estos y el marco jurídico sobre el cual descansa su existencia, sino, estableciendo los criterios bajo los cuales deberán entenderse e interpretarse para su correcta aplicación. Se puede entender que en dicho instrumento legal se persigue la eliminación de vacíos que puedan existir en cuanto a la interpretación que permita o niegue determinado actuar por parte de los sujetos de derecho internacional, esto permitiendo un mejor desenvolvimiento y cooperación internacional.



La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue firmada por el Estado de Guatemala el 23 de mayo de 1969, incorporándose a la legislación interna el 22 de julio de 1996, mediante el Decreto número 55-96 del Congreso de la República, publicándose en el Diario Oficial el 29 de julio del mismo año. La Convención entra en vigor a partir del 20 de agosto de 1997.

2.2 Formación de los tratados internacionales

La formación y celebración de los tratados internacionales conlleva el seguimiento de una serie concatenada de pasos que conducen a su oportuna ratificación y vigencia. El proceso de creación de estos implica un estudio de necesidades bilateral, tanto desde el lado interno del sujeto contratante, así como externo, que sería la parte o partes contratantes. Esto es necesario debido a la necesidad de conocer las condiciones sobre las cuales entrará a regir dicho tratado o convenio, así como la adaptabilidad a la legislación interna y otros tratados que tengan suscritos las partes.

Alonso Ureba expone que la formación de un tratado internacional está compuesta por la fase inicial y la final. “La fase inicial de formación de un tratado internacional requiere una negociación, la cual conlleva a una adopción y autenticación del tratado. La fase final involucra la manifestación del consentimiento y su perfeccionamiento, lo que implica la manifestación de voluntad para obligarse por el tratado mismo, dejando constancia de ello.”²³

²³ Alonso Ureba, Alberto. **Derecho Internacional**. Pág. 182.

2.2.1 La negociación

La negociación constituye la fase inicial en la formación de un tratado internacional, esta fase inicia con la redacción del texto que contendrá el tratado, esto derivado de la negociación entre los Estados o sujetos involucrados. La etapa de negociación en la fase inicial carece de regulación legal, por lo que el principio imperante durante esta etapa es la buena fe en las relaciones internacionales. El principio de buena fe establece que ningún Estado podrá actuar con intereses contrarios al bien común o con el fin de perjudicar a cualquier sujeto internacional.

Maresca citado por Diez de Velasco Vallejo define esta fase como: “el conjunto de operaciones técnico-diplomática, de diversa naturaleza y amplitud, a través de las cuales los órganos competentes de dos o más Estados se reúnen en un lugar y en una época preestablecida a tal fin; estudian conjuntamente las posibilidades efectivas de llegar a un entendimiento en una determinada materia; buscan de acercar sus posiciones sobre puntos concretos, objeto de la negociación misma, y elaboran un proyecto destinado a pasar a una fase ulterior. (...)”²⁴

Es posible hacer énfasis en la forma en que el autor citado define esta fase como el momento oportuno en el cual las partes contratantes podrán sostener un diálogo, el cual versará sobre una negociación atendiendo a las necesidades, intereses y prioridades de cada parte. Por ende, se puede inferir que el inicio del proceso de formación de un tratado

²⁴ Diez De Velasco Vallejo, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 107.

constituye mayormente una negociación, en la cual cada Estado o sujeto buscará acercar las condiciones hacia los puntos que le sean de más interés sobre una materia específica y que, paulatinamente, existan mayores beneficios o facilidades para dicho Estado o sujeto.

2.2.2 Adopción del texto

Una vez culminada la etapa de negociación se procede con la fase de adopción del texto del tratado, el objetivo es conseguir el consentimiento del texto definitivo por parte de los Estados o sujetos involucrados. El Artículo 9.1 de la Convención de Viena establece que: “un texto se entiende adoptado cuando todos los participantes en su elaboración lo consienten.”

Considerando lo anterior, la Convención es definitiva estableciendo que la premisa para la inclusión del texto es el consentimiento pleno de todos los sujetos participantes, consecuentemente se entiende que, de no haber anuencia por todas las partes contratantes, se entenderá por finalizado o suspendido el proceso de elaboración de un tratado.

La Convención contempla dos presupuestos de adopción: adopción mediante la intervención de todos los participantes en su elaboración y adopción mediante la celebración de una conferencia internacional, en donde será necesario el voto de las dos terceras partes de los Estados presentes y votantes, salvo que estos mismos Estados por igual mayoría decidan aplicar una regla diferente.

Es importante hacer alusión a que, bajo los dos presupuestos citados, la etapa de adopción del texto y la manifestación de voluntad, así como el voto de los sujetos que intervienen, no constituye como tal la adopción del compromiso u obligación en cuanto a las disposiciones que contenga el proyecto de tratado.

Al respecto se pronuncia la Comisión de Derecho Internacional afirmando que: “En esta etapa, los Estados negociadores no tienen otra finalidad que la de redactar el texto del tratado como documento en que se enuncian las disposiciones del proyecto del tratado, y sus votos, aunque al final de las negociaciones se emitan en favor de la adopción del texto en su totalidad, se refieren únicamente a este procedimiento. Por consiguiente, el voto emitido en esta etapa no constituye en sentido alguno una expresión del consentimiento del Estado en obligarse por las disposiciones del texto, consentimiento que tendrá que manifestarse de otra manera. (...)”

Atendiendo a lo anterior, la Comisión esclarece la diferencia puntual entre el consentimiento de un sujeto internacional dentro de una fase de adopción del texto, a un consentimiento y manifestación de voluntad de dar cumplimiento a un tratado – fase de firma, ratificación y adhesión – ya concretada su incorporación a la legislación interna y figurando como parte de dicho tratado.

2.2.3 Autenticación

La autenticación es la última etapa de la fase inicial de la formación de los tratados. En esta etapa se dota de autenticidad y definitividad al contenido del tratado, para la

realización de dicho supuesto, es necesario que se lleve a cabo un procedimiento establecido para dicho efecto en el mismo contenido del tratado o de alguna forma convenido entre las partes, o bien, a falta de un procedimiento, se debe de autenticar mediante la firma, firma ad-referéndum o la rúbrica puesta por los representantes.

En base a lo establecido por la Convención de Viena, se entiende que el espíritu de la misma busca que el procedimiento para la autenticación de un tratado quede a discreción de las partes para que establezcan un acuerdo atendiendo a sus necesidades e intereses. No obstante, regula de forma supletoria que la firma ad-referéndum es válida en cuanto sea supeditada al órgano correspondiente con facultades para ejercer la autenticación en nombre del sujeto internacional en cuestión.

En cuanto a la autenticación de un tratado la Comisión de Derecho Internacional se pronuncia de la siguiente forma: "La autenticación del texto del tratado es necesaria para que los Estados que han participado en la negociación sepan, de modo definitivo, antes de que hayan de decidir si serán parte en el tratado, cuál es el contenido del tratado que han de suscribir (...)."

Según señala la Comisión de Derecho Internacional, esta etapa constituye el procedimiento por el cual se establece el texto definitivo. Realizado dicho acto, se certifica que el texto contenido en el tratado es el correcto y auténtico. Por ende, se entiende que esta etapa es esencial para el revestimiento de autenticidad que deberá tener la redacción del cuerpo del tratado, en otras palabras, es la confirmación de que dicho contenido es acorde a la voluntad de las partes.

2.2.4 Manifestación del consentimiento

Con esta etapa inicia la fase final de la formación del tratado, esta etapa consiste en que se emita una constancia de la manifestación del consentimiento de los sujetos contratantes en el ámbito internacional, a modo de que permita la aplicación del tratado dentro del territorio del sujeto, en el caso de los Estados, o a nivel interno en el caso de que se trate de entidades y organizaciones. Esto representa el elemento consensual que da vida al tratado, dicho consentimiento coloca al sujeto en su calidad plena de parte contratante.

Según el Artículo 11 de la Convención de Viena, la manifestación del consentimiento puede darse mediante firma, canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación en el caso de los Estados o la confirmación formal de parte de las organizaciones internacionales, aceptación, aprobación o adhesión del texto del tratado. Cabe resaltar que la Convención añade otra opción adicional a la enumeración anterior, dejando abierta la posibilidad nuevamente a la voluntad de las partes contratantes, consistiendo en la forma que hubieren acordado las partes.

La firma, como representación del consentimiento del sujeto en obligarse por un tratado, debe de cumplir con determinadas formalidades, las cuales contempla en Artículo 12 de la Convención de Viena; por ejemplo, se considerará manifiesta la voluntad por medio de la firma cuando haya firmado su representante con facultades suficientes y el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto o dicho extremo conste de alguna otra forma, que esa fue la negociación entre las partes.

2.2.5 Adhesión

La figura de la adhesión aparece como una institución por medio de la cual, sujetos internacionales cuyo deseo sea formar parte del tratado en cuestión, puedan hacerlo aún sin haber sido partes firmantes en el momento en que se originó dicho tratado. Es de esta forma, que se puede citar el Artículo 84 de la Convención de Viena, el cual establece que: "(...) Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión."

Del enunciado anterior, cabe mencionar que se hace referencia al elemento temporal que define el presupuesto de la entrada en vigor de un tratado; sin embargo, se sobreentiende la existencia de la posibilidad de una posible adhesión. Se deduce que la figura de la adhesión existe como una posibilidad de formar parte de las disposiciones de un tratado para sujetos que no hayan participado originalmente en la firma, ratificación y adopción de este, pero su intención sea la de entrar a formar parte en un futuro mediato. Esto abre la posibilidad para más sujetos de derecho internacional de expandir sus relaciones y la forma en que puedan regularse y cooperar en el derecho internacional.

2.2.6 Ratificación

Se entenderá como ratificación un acto solemne mediante el cual la autoridad superior o el órgano designado manifiesta su consentimiento y compromiso en obligarse por el

tratado. Ossorio señala que, “dentro de la configuración de un estado, la ratificación suele corresponder al parlamento, donde no lo substituye el poder ejecutivo.”²⁵ La Convención de Viena establece en su Artículo 2.1 literal b, que: “(...) se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado (...).”

En esta etapa de la creación de un tratado en materia internacional se emite una confirmación formal por parte del Estado, o en su caso, el sujeto internacional, mediante el cual hay una manifestación expresa, y un compromiso por el cual el Estado da a entender de forma pública su deseo de obligarse por las disposiciones contenidas dentro del tratado.

Dentro de lo expuesto por el autor citado, se puede resaltar el factor común que distingue esta etapa dentro los Estados, debido a que hay una diferencia entre las atribuciones que tiene el organismo ejecutivo del órgano parlamentario, atribuyéndose dicha facultad, garantizando el elemento volitivo por parte de dicho Estado.

La Comisión de Derecho Internacional con respecto de la ratificación se expresa de la siguiente forma: “El vocablo ratificación, según se indica en la definición dada en el Artículo 2, se emplea aquí, al igual que en todo el proyecto de Artículos, exclusivamente en el sentido de ratificación en la esfera internacional. Desde luego, la ratificación o

²⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Pág. 928.

aprobación parlamentaria de un tratado conforme al derecho interno está relacionada con la ratificación en el plano internacional, ya que sin ella se carecería de la autorización constitucional necesaria para ejecutar el acto internacional de la ratificación. Sin embargo, la ratificación internacional y la ratificación constitucional de un tratado son actos de procedimiento enteramente distintos que se llevan a cabo en dos esferas diferentes.”

Atendiendo a la referencia anterior, se entiende que dentro de una misma etapa existirán simultáneamente dos actos. Esto es posible debido a que un sujeto internacional o un Estado actúa conforme a su regulación y política interna en primera instancia; es decir, atiende a las disposiciones de carácter interno primordialmente.

Es de la forma descrita anteriormente que se posibilita a un sujeto de derecho internacional mantener una postura con relación al contexto exterior y determinarse ante la comunidad internacional. Esto se manifiesta como una ratificación a nivel interior y una ratificación a nivel exterior. Esta dualidad en la expresión de voluntad de un sujeto de derecho internacional genera una mayor confianza a nivel general.

2.2.7 Aceptación

La aceptación se encuentra regulada en el Artículo 14, numeral 2 de la Convención de Viena, la cual establece que: “(...) El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.”



Alonso Ureba menciona que "(...) La aceptación es sinónimo de la aprobación; sin embargo, existe una diferencia que hay que establecer entre la aprobación parlamentaria de un tratado y la aprobación de carácter internacional."²⁶

Esta aceptación de forma análoga, funciona como un sustitutivo a la ratificación expuesta anteriormente. Acto mediante el cual se ha cumplido con la formalidad extendida por el órgano facultado y se manifiesta una aceptación pública sobre la incorporación del tratado.

Una vez finalizadas ambas fases – inicial y final – de la formación de un tratado, se culmina con la etapa de la entrada en vigor, que se traduce en el momento en el que el texto del tratado cobra plena eficacia jurídica. La materialización de dicha eficacia conlleva el cumplimiento obligatorio y otorga derechos y obligaciones al sujeto, convirtiendo en coercible el actuar en determinado sentido de dicho sujeto conforme a las disposiciones adoptadas.

La Convención de Viena regula en su Artículo 24 las diferentes formas en que un tratado entrará en vigor, contemplando principalmente la que voluntariamente se haya pactado dentro del texto del tratado derivado del acuerdo que se haya hecho entre Estados; en su defecto, el tratado entrará en vigor en el momento en que haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores. Asimismo, contempla la posibilidad

²⁶ Alonso Ureba, Alberto. **Op. Cit.** Pág. 209.

de una adhesión posterior, para lo cual se establece que el tratado entra en vigor en el momento de manifestarse el consentimiento y adopción del texto.

El proceso de la creación de un tratado finaliza con el registro y publicación de este posterior a su entrada en vigor. La Convención de Viena señala que los tratados, después de su entrada en vigor, se remitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción y para su publicación final.

2.3 Principios que guían el derecho de los tratados

Los principios que guían el derecho de los tratados son aquellos lineamientos, inspirados en determinados valores, que configuran el sistema de tratados del derecho internacional, considerándose en la aplicación, creación y ejecución de estos últimos. Esto constituye la base en la que se fundamenta la normativa internacional en materia de tratados.

2.3.1 Pacta sunt servanda

El principio de pacta sunt servanda hace referencia a la buena fe derivada de la cual los sujetos en el derecho internacional deberán actuar en cuanto a las obligaciones que han contraído para con otros sujetos, persiguiendo la máxima transparencia que debe regir las relaciones internacionales, partiendo de la premisa de que por la falta de una regulación unánime que sujete a todos los Estados y sujetos de derecho internacional por igual, deba existir una base sobre la que existan las actuaciones que constituyen dichas relaciones.

Este principio se encuentra regulado de forma expresa en la Convención de Viena en su Artículo 26, el cual establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Por ende, podemos entender que este principio se encuentra materializado y plasmado en dicho instrumento que rige el derecho de los tratados, permitiendo que, derivado de la ausencia de un marco jurídico que sujete a los distintos Estados al momento de la negociación y celebración de tratados, las actuaciones de estos puedan regirse por este principio.

La aplicación de este principio en el Estado de Guatemala ha tenido un campo de aceptación significativamente amplio, siendo utilizado en materia judicial en sus diferentes jurisdicciones, es así como se puede destacar la expresión de la Corte de Constitucionalidad, la cual estableció que un compromiso en materia internacional, a la luz del principio de pacta sunt servanda, concebido como un factor clave del ordenamiento jurídico internacional, debe ser honrado por Guatemala.

Lo expresado por la Corte de Constitucionalidad es en atención a que no solo responde conveniente a los intereses y fines del propio Estado, sino porque así lo dispone el Artículo 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La Corte se ha manifestado en el sentido de considerar este principio como parte del orden constitucional, dado que el Artículo 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala se refiere a la obligación de cumplir lo pactado de buena fe.

De esta manera se sienta la base de la aplicación en los diferentes organismos y jurisdicciones de este principio como parte inherente del orden jurídico en el Estado de Guatemala.

2.3.2 Res inter alios acta

El principio res inter alios acta se encuentra plasmado en el Artículo 34 de la Convención de Viena, el cual establece que: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.”

La esencia de dicho principio consiste en que las cosas o actos son para los que intervienen en él, esto se puede entender dentro del derecho de los tratados a modo de que, dentro de los tratados internacionales solo se crearán obligaciones y otorgarán derechos a las partes que los suscriben.

La Comisión de Derecho Internacional expone que esta norma posiblemente tiene su origen en el derecho romano, dentro del cual la institución que figuraba era la máxima pacta tertiis nec nocent nec prosunt: lo cual significa que los acuerdos no imponen obligaciones ni confieren derechos a terceros.

La Comisión aclara que, en el derecho internacional, este principio o norma general no se apoya específicamente en el concepto contractual propiamente, sino que se sustenta en los elementos de la soberanía e independencia que tiene cada Estado que conforma la comunidad internacional.

2.3.3 *Ius cogens*

El principio del *ius cogens* es ampliamente reconocido como el elemento imperativo dentro del derecho internacional. Gómez Robledo se expresa de la siguiente forma: "(...) la expresión jurídica de la comunidad internacional en el momento en que al ¡fin! Toma conciencia de sí misma y de los valores en cuyo reconocimiento descansa y se constituye... es un elemento esencial de todo orden jurídico digno de este nombre."²⁷

El *ius cogens* está incorporado dentro de la Convención de Viena en el Artículo 53, que regula que "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. (...)." Se establece dentro de dicho precepto que una norma imperativa de derecho que tiene aceptación general y reconocimiento por la comunidad internacional es una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

De igual forma en el Artículo 64 de la citada Convención, se establece: "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará."

Este principio establece la imperatividad que tendrán las disposiciones, sean estas positivas o consuetudinarias, en materia internacional cuando estas gocen del

²⁷ Gómez Robledo, Antonio. **El *Ius Cogens* Internacional**. Pág. 191.

reconocimiento y aceptación por la generalidad de los integrantes de la comunidad internacional. Por ende, esto podrá ser utilizado como una disposición erga omnes, ante la pretensión de la utilización o aplicación de una disposición contraria al orden general aceptado. Para el derecho internacional y el derecho de los tratados específicamente, este principio es útil como una base sobre la cual se rigen las actuaciones a nivel internacional, en cuanto haya ausencia de disposiciones positivas específicamente, y mediante el cual se mantenga un orden y una aceptación ante las actuaciones de los diferentes actores en el escenario internacional.

2.3.4 Irretroactividad de los tratados

El principio de irretroactividad en materia internacional, específicamente tratándose del derecho de los tratados, se refiere a la no aplicabilidad y obligatoriedad de un tratado para Estados con efecto retroactivo, en atención a que la eficacia y fuerza normativa de las disposiciones tienen efecto a partir de la entrada en vigor del tratado.

La Convención de Viena regula en su Artículo 4 que: "Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados."

De igual forma, el Artículo 28 del cuerpo normativo citado establece que: "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho



que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni en ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.”

La Convención dispone de forma clara la regla general bajo la cual se guiarán los sujetos partes dentro de una convención sobre las disposiciones y su vigencia; sin embargo, esto no exime de que la voluntad impere sobre dicha regla general, siempre y cuando sea pactado y manifestada dicha voluntad dentro del instrumento celebrado. Es así como lo manifiesta la Comisión de Derecho Internacional, afirmando que para este efecto debe hallarse expresada en el tratado o pueda inferirse claramente de sus estipulaciones.

2.4 Interpretación de los tratados internacionales

El derecho internacional público, como se menciona dentro del primer capítulo, tiene como objeto o fin supremo la regulación y establecimiento de un marco jurídico mediante el consenso, el cual busca sentar las bases sobre las cuales se darán las relaciones dentro del marco internacional. Para el cumplimiento de dicho fin se han desarrollado múltiples fuentes mediante las cuales se nutre el derecho internacional público, siendo la principal, el tratado o convención internacional.

El tratado actúa como una herramienta que contiene un conjunto de preceptos que son desarrollados por partes contratantes, es decir, los sujetos del derecho internacional, que buscan positivar mediante dicho texto, las disposiciones que otorgarán derechos y obligaciones y regirán sus relaciones.

Aunado a los principios que rigen dichos tratados, existen determinadas reglas que auxilian en la interpretación de los tratados. Dichas reglas en todo momento coadyuvan a la correcta aplicación de los tratados internacionales en búsqueda del cumplimiento de su fin y objetivo supremo.

“La labor de la interpretación consiste en desentrañar el sentido de una expresión”²⁸, según el Doctor García Máynez, en su obra *Introducción al Derecho*, con la interpretación se busca descifrar el sentido o significado de las expresiones como un conjunto de signos.

Tarello, citado por Lifante Vidal dentro de la *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, hace alusión a que la interpretación jurídica o interpretación en el Derecho, no puede verse como una categoría unitaria, sino que existen diversas categorías que obedecen a un objeto que presenta peculiaridades según el desarrollo histórico y contextual. Dentro de las que se mencionan están las siguientes: “(...) la interpretación de la ley, la interpretación de las sentencias del Tribunal Constitucional, la interpretación de las circulares, la interpretación de los convenios colectivos, la interpretación de los actos administrativos, la interpretación de los contratos, la interpretación de los tratados internacionales (...).”²⁹

Atendiendo a la clasificación mencionada es fácil destacar la inclusión de una categoría interpretativa, exclusiva a los tratados internacionales, a pesar de que existe una

²⁸ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Derecho*. Pág. 35.

²⁹ Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Volumen dos*. Pág. 1356.

interpretación específica para la ley, donde por contener preceptos jurídicos de dicha naturaleza, podría encajar la interpretación de tratados. Sin embargo, se deduce que por existir una amplia variedad de factores que inciden en el impacto del proceso de la creación, inclusión y aplicación de un tratado, dicho método interpretativo se hace necesario en la rama del derecho internacional.

2.4.1 Reglas de interpretación en la Convención de Viena

El derecho de los tratados contempla un método interpretativo dentro de la Convención de Viena en su Artículo 31, el cual establece que:

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”

Al respecto Gómez Robledo Verduzco señala que: “La Convención de Viena de 1969 se basa en la tesis de que ha de presumirse que el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes y que, por consiguiente, el punto de partida de la interpretación está en elucidar el sentido del texto, y no en investigar ab initio la intención de las partes.”³⁰

Atendiendo a la exposición anterior que analiza el método interpretativo que se pone a disposición dentro de la Convención de Viena, se observa que a pesar de que existe una posibilidad para advertir los factores contextuales y la voluntad de las partes que inicialmente dieron vida a dicho instrumento, se puntualiza en la noción del deber atender al texto en su sentido literal. Esto se prioriza para dar preponderancia a la voluntad de las partes y evitar un mal uso interpretativo que busque escudriñar en cuestiones ajenas al sentido del texto propiamente.

A pesar de lo expuesto, la Convención contempla otros criterios como lo pueden ser prácticas reiteradas y normas aplicables aceptadas generalmente por la comunidad internacional. Es importante hacer la observación de que dichas reglas son subsidiarias, ya que debe permanecer en primer lugar la regla general interpretativa de atender al propio sentido del texto en el contexto del mismo. De esta forma, al momento de aplicar

³⁰ Gómez Robledo Verduzco, Alonso. **Temas selectos de Derecho Internacional**. Pág. 142.

subsidiariamente dichas reglas secundarias es posible apelar al principio del ius cogens, que engloba toda práctica aceptada por la generalidad de sujetos conformantes de la comunidad internacional. Este principio entonces forma parte del método interpretativo de los tratados internacionales en el desarrollo y uso de estos.

En virtud de dicha labor interpretativa, la Comisión de Derecho Internacional se expresa conforme a la utilidad que debe de ser extraída de los artículos y disposiciones que conforman los tratados, a modo de que pueda tener un efecto útil el derecho internacional.

2.5 Estado de Guatemala: procedimiento interno para la adopción de un tratado internacional

El Estado de Guatemala es miembro de la comunidad internacional y parte de tratados internacionales de trascendencia a nivel global y que han tenido incidencia a nivel interno y en el desarrollo de sus relaciones en el transcurso del tiempo. Algunos de los tratados de los cuales el Estado forma parte son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Para la aprobación, ratificación o adhesión a estos instrumentos internacionales el Estado de Guatemala necesita llevar a cabo una serie de etapas y cumplir con determinados requisitos tanto en el exterior como a nivel interno. Dicho proceso se resume en la

celebración y suscripción, la aprobación del tratado o convenio, la ratificación o adhesión al tratado, y el depósito o registro.

2.5.1 Celebración y suscripción

El organismo ejecutivo del Estado de Guatemala es el ente encargado del nombramiento o designación de la persona o comisión que lo representa ante cualquier conferencia diplomática. La celebración y suscripción se encuentra regulada dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala y es función del presidente de la República según el Artículo 183, dentro del cual se establece: “(...) k) Someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional y los contratos y concesiones sobre servicios públicos (...) o) Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución (...).”

La Constitución Política de la República de Guatemala atribuye como una función del presidente y jefe del Organismo Ejecutivo la facultad de celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios, en el entendido de que dicho proceso puede ser auxiliado por el ministro, embajador, vicepresidente o cualquier funcionario designado para dicho efecto.

Cabe destacar que, dentro de dicha función, preliminarmente, se condiciona al organismo ejecutivo a contar con la aprobación del Congreso de la República de Guatemala para poder proceder a la ratificación de un tratado o convenio, estableciendo la intervención de ambos organismos en el proceso de adopción del instrumento internacional.

2.5.2 Aprobación del tratado o convenio

La aprobación o aceptación del tratado constituye una etapa posterior para el Estado de Guatemala, en la cual ya se tiene un conocimiento del instrumento, mediante la participación en una conferencia diplomática y se procede a consignar la firma. Esta etapa significa un paso preliminar a la adhesión definitiva.

Sigüenza Gustavo manifiesta que: "La aprobación es el tiempo oportuno para que, en el ámbito nacional se pueda lograr el consenso en el organismo legitimado para dicho efecto, con lo cual se busca, en principio, promulgar la legislación necesaria para la aplicación interna del Tratado."³¹

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, la etapa de la aprobación constituye el lapso o el plazo en el que se realizarán las diligencias necesarias para que administrativamente se puedan diligenciar las actuaciones necesarias para que el tratado pueda obtener una confirmación preliminar tendiente a la internalización legislativa del instrumento.

Al respecto se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad manifestando que los tratados o convenios pueden tener efecto en Guatemala si son aprobados por el Congreso de la República por medio de la emisión de una ley ordinaria mediante el procedimiento apegado a la Constitución Política de la República de Guatemala.

³¹ Sigüenza Sigüenza, Gustavo. **Implicaciones constitucionales en materia de antejuicio e inmunidades ante la adhesión de los estados al estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, estudio de derecho comparado.** Pág. 73.

2.5.3 Ratificación o adhesión del tratado

Posterior a la aprobación por parte del Congreso de la República de Guatemala, corresponde al presidente realizar la declaración de que el Estado de Guatemala se adhiere mediante un instrumento debidamente firmado. Manifiesta Sigüenza Gustavo que dicha firma consiste en una declaración mediante la cual "(...) es posible realizar declaraciones o reservas que sean pertinentes y oportunas de conformidad con la naturaleza del tratado o convención según los intereses nacionales (...)."

Las obligaciones jurídicas de tipo internacional se generan a partir de ratificación, previa aceptación del Congreso de la República, luego de una fase inicial de celebración, este es el momento en el que nacen a la vida jurídica las disposiciones del tratado y generan obligaciones tanto para el Estado como para sus habitantes.

2.5.4 Depósito y registro

Concluida la ratificación o adhesión del tratado internacional, inicia el rol del depositario. Un depositario será el organismo internacional o el Estado que se designa dentro del instrumento que cumplirá una función de control y garantía, velando porque las disposiciones que las partes hayan pactado se cumplan conforme a la literalidad del texto.

Para el Estado de Guatemala se finaliza el proceso de adopción de un tratado con el registro de este en la Secretaría de las Naciones Unidas, la que tiene a cargo su registro, archivo e inscripción según corresponda para una posterior publicación.

CAPÍTULO III

3. Derecho a la salud y libre contratación de seguros de las personas con discapacidad

Dentro del análisis objetivo del instrumento internacional investigado – Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – se comprobó la calidad de parte adherida del Estado de Guatemala al instrumento mencionado, previo proceso y cumplimiento de los requisitos esenciales para su incorporación al derecho interno, en atención a su calidad como sujeto activo dentro del derecho y la comunidad internacional.

Parte fundamental del presente estudio implica realizar un análisis profundo de los conceptos de discapacidad, así como del derecho a la salud y la contratación de seguros conferido a dicho grupo, atendiendo a su conceptualización clásica, moderna y contemporánea, considerando en todo momento la evolución que ha tenido dicha terminología y su acepción social; aunado a una revisión del rumbo que han tomado los derechos humanos durante las últimas décadas, rama que ha significado una influencia determinante para dichos conceptos y la materialización de la aplicabilidad práctica para sus grupos objetivo.

Ante todo, es primordial aportar una definición de la discapacidad, partiendo de los antecedentes que ha tenido dicho concepto y complementar con la perspectiva social y el desarrollo jurídico que han generado incidencias e influido en el cambio que ha tenido el concepto a través del tiempo.

Complementariamente, la presente investigación se ocupa en determinar la aplicabilidad del principio de no discriminación, así como la viabilidad existente para el grupo de personas con discapacidad con el enfoque del derecho a la salud que gozan estas por mandato jurisdiccional de derecho interno y por aplicabilidad de disposiciones externas en materia internacional, tendiente a alcanzar una conclusión deductiva sobre el panorama jurídico actual del Estado guatemalteco con relación a las obligaciones y compromisos adquiridos como sujeto de derecho internacional.

Posteriormente, se pretende realizar una comparativa entre la legislación del Estado de Guatemala y el instrumento vigente que rige los derechos de las personas con discapacidad a nivel internacional con mayor aceptación y que desde la perspectiva del derecho internacional, es un instrumento aprobado y ratificado por el Estado guatemalteco con carácter de cuerpo normativo de derechos humanos.

Principal atención requiere el aspecto anterior, fundamentalmente por la consideración constitucional del Estado de Guatemala para las disposiciones ratificadas en instrumentos internacionales que versen sobre la materia de derechos humanos y la jerarquía que adquieren las mismas con respecto al resto de la legislación interna.

A modo de conclusión, se esboza en casos análogos al Estado de Guatemala, de países alrededor de la región que forman parte de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, realizando un análisis comparativo de la política y legislación interna en materia de derechos humanos y el derecho a la salud para el grupo objetivo de la citada convención.

3.1 La discapacidad

El concepto de discapacidad es definido atendiendo al contexto social y a la rama de la ciencia que lo estudie; es de esta forma que se han determinado diferentes acepciones según el punto de vista desde el cual se analice dicho concepto; dependiendo dicha definición de variables contextuales que han cambiado a través del tiempo, tales como condiciones culturales, sociales o económicas.

Por ser la discapacidad un concepto cuya finalidad es funcionar como un adjetivo diferenciador que responde a una condición humana cuya causa inmediata se puede atribuir a una determinada calidad física dentro de un contexto social específico, se define habitualmente por la comunidad internacional desde una concepción médica.

La Organización Mundial de la Salud la define dentro de la Clasificación Internacional del Funcionamiento como un fenómeno complejo que se compone tanto de factores personales (englobando tantas diferencias, como limitaciones en la actividad y restricciones en la participación), como de factores contextuales (barreras y obstáculos), que ejercen un efecto sobre la deficiencia personal.

Atendiendo a la evolución histórica, el concepto de discapacidad citado, denominado bio-psico-social, no siempre fue concebido de la misma forma, el desarrollo de distintas teorías sociales y jurídicas dan cabida a el cambio del concepto de discapacidad a través de los años, determinando en la mayoría de las ocasiones la condición que gozaban dichos grupos.

3.1.1 Antecedentes

A lo largo del tiempo, la discapacidad se ha conceptualizado a través de distintos modelos, los cuales, según el contexto han evolucionado y cambiado, tanto en condiciones para las personas con discapacidad, como para la sociedad en conjunto con respecto al tratamiento de dicho tema.

En los inicios del devenir histórico predominó lo que se conoce como el modelo de prescindencia, dicho modelo se caracterizaba por necesitar de dos presupuestos esenciales: la justificación religiosa de la discapacidad, y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad.

Según Palacios, en el primer presupuesto "se asume que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas, concibiendo el nacimiento de una persona con dicha condición como un castigo de Dios o una señal divina de advertencia; mientras que en el segundo presupuesto se parte de la idea que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad, por ser improductivo y además una carga para la sociedad."³²

Cobra relevancia tomar en cuenta que, en la antigüedad clásica, en la cual el Estado era un producto de la actividad de la iglesia, y este adoptaba en su ascenso y preeminencia en la sociedad como una institución infalible e imprescindible, transformando el contexto

³² Palacios, Agustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** Pág. 37.



social y posicionando al Estado y a la iglesia, por sobre cualquier poder dentro de la sociedad, así como de los individuos.

Señala Fustel de Coulanges que, en dicha realidad, el individuo padecía de una condición reducida, actuando solo como un subordinado y padeciendo vejámenes en una situación en la cual: "(...) el hombre quedaba esclavizado en cuerpo y alma."³³

Atendiendo a la observación realizada, es posible deducir la razón por la cual las personas que poseían una condición limitativa en dicha época eran objeto de un trato inferior e inclusive, hasta ser objeto de su eliminación física. En un contexto donde los intereses del Estado, quien ostentaba el poder absoluto, eran superiores en cualquier sentido sobre las personas individuales, dichas personas con discapacidad que no significaban ningún aporte a la consecución de dichos objetivos prioritarios del Estado eclesiástico representaban solamente un estorbo.

Particularmente, es necesario hacer alusión a que el derecho a la vida privada era nulo, y que las costumbres del Estado tenían omnipotencia, definiendo costumbres invariablemente reglamentadas por las leyes del Estado. En ese sentido, era innecesario para el Estado contar con personas con condiciones de discapacidad, que afectaran sus intereses o no fueran de utilidad para las labores que requerían en ese tiempo. De esta forma es posible establecer una noción sobre la significación del modelo de prescindencia de la discapacidad y las consecuencias de este dentro de la sociedad. Se determina que

³³ Fustel De Coulanges, Numa Denys. **La ciudad antigua**. Pág. 268.

la sobrevivencia de las personas con discapacidad conllevaba un reto para dicho grupo, debido a las prácticas que los descartaban, excluyéndolos de la sociedad y dejándolos a la deriva.

La superación del modelo de prescindencia se da cuando las razones por las cuales se alega la justificación de la existencia de la discapacidad dejan de ser de carácter religioso, pasando a ser de carácter científico. El modelo rehabilitador alude que la discapacidad existe por razones de diversidad funcional en términos de salud o enfermedad. Las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles. Según Palacios, "(...) durante el modelo rehabilitador se entiende que las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar, en la medida en que estos puedan ser rehabilitados o normalizados."³⁴

En el escenario del modelo rehabilitador la sociedad busca la rentabilidad de las personas con discapacidad y la potencialidad de los aportes que estas puedan brindar al desarrollo económico; sin embargo, dicha rentabilidad se encuentra supeditada a la rehabilitación o normalización, buscando su asimilación a la mayoría de la sociedad.

Aguado Díaz se manifiesta con respecto a las causas de la condición de discapacidad afirmando que "(...) dichas causas se valoran a través de una explicación científica, pasando a ser consideradas modificables."³⁵ Siendo esta una diversidad funcional considerada como una enfermedad, producto de causas naturales y biológicas, es

³⁴ Palacios, Agustina. **Op. Cit.** Pág. 66.

³⁵ Aguado Díaz, Antonio León. **Historia de las deficiencias.** Pág. 71.

posible pensar en un mejoramiento en la calidad de vida de las personas afectadas, como también en el desarrollo de los medios de prevención, tratamientos de rehabilitación y de métodos de comprensión del significado de la integración social.

Según Palacios, "(...) los primeros síntomas del modelo rehabilitador datan de los inicios del Mundo Moderno. Sin embargo, la consolidación del modelo mismo —sobre todo en el ámbito legislativo—, puede ser situada en los inicios del Siglo XX. En cuanto a las causas que dieron origen a dicha plasmación, podrían ser definidas muy sucintamente: "la guerra" y "los accidentes laborales."³⁶

Conviene hacer referencia a una definición del concepto de discapacidad, la cual se encuentra incorporada en la Ley de Integración social de los Minusválidos de 1982 del Reino de España, la cual establece: "(...) se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales."

Es posible reparar en el enfoque que enfatiza la definición anterior con respecto al aspecto de la deficiencia y como se centraliza en dicha anomalía que impide a las personas a realizar actividades consideradas normales. De este enfoque parte la respuesta de la sociedad de buscar una normalización o reparación de dicho grupo. Palacios identifica dicha respuesta como una actitud paternalista, a través de la cual se

³⁶ Palacios, Agustina. *Ibíd.* Pág. 66.



busca la impartición de un tratamiento en búsqueda de la recuperación de la persona, situando el centro del problema exclusivamente en la diversidad funcional, lo cual genera un menosprecio a las aptitudes con las que cuentan dichas personas y traduciéndose eventualmente en un tipo de discriminación y exclusión.

La tercera etapa se encuentra englobada dentro del modelo social, la cual encuentra su origen en el rechazo a los fundamentos de los modelos expuestos anteriormente. Según señala Palacios, los presupuestos fundamentales del modelo social son dos: En primer lugar, se señala que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino sociales. Conforme dicho presupuesto, se establece que no son las limitaciones de la persona las que generan la discapacidad, sino las limitaciones de la sociedad las que moldean y materializan la discapacidad de una persona que tiene limitaciones físicas.

Dicha materialización se presenta por la ausencia de servicios apropiados para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

De este modo, es posible observar que bajo este presupuesto deja de depender claramente la condición de discapacidad directa y exclusivamente de la condición física o mental de la persona, y comienza a generarse una concepción mediante la cual la sociedad es la responsable de la ubicación de este grupo en determinada categoría, atribuyéndole a la sociedad la facultad de poder situar a dichas personas dentro de una posición de normalidad con respecto a las demás personas.



En cuanto al segundo presupuesto, se parte de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra relacionado de forma estrecha con la inclusión y la aceptación de la diferencia.

Dichos presupuestos significan una repercusión en las políticas adoptadas sobre la discapacidad en distintos Estados, transformando la perspectiva de apuntar a la persona con discapacidad y buscando soluciones por parte de la sociedad.

De esta forma se supera el modelo anterior el cual buscaba una rehabilitación o normalización de las personas con discapacidad, mientras que el presente modelo busca la rehabilitación o normalización de la sociedad, buscando que esta, cada vez sea más apta para las personas con limitaciones físicas o mentales.

Según señala Barnes y Mercer, es a finales de la década de los años sesenta del siglo XX, que las personas con discapacidad que, por su dependencia y anormalidad señalada socialmente, habían sido recluidos en instituciones creadas para el efecto de su resguardo y custodia, inician un proceso al impulsar sus propios cambios políticos. "Dichas personas, convertidas en activistas y un número considerable de organizaciones conformadas por personas con discapacidad se unen para condenar su estatus y reenfochan el fenómeno de la discapacidad hacia el impacto de las barreras sociales, las cuales les impedían un desarrollo normal a ellos."³⁷

³⁷ Bernes Y Mercer. **Discapacidad**. Pág. 5.

Dichas barreras sociales son principalmente las que limitan a las personas con capacidades especiales, según aluden los autores, no es basado en una condición o acción de la persona con discapacidad que esta no puede desenvolverse de una forma plena y normal dentro de la sociedad; en cambio, es principalmente por causa de las dificultades que crea la sociedad para que estos puedan tener un desarrollo normal, limitando los espacios y las condiciones dentro de la infraestructura en la que se desenvuelve la sociedad, creando dichas barreras y dificultades.

Es así como se comienza a tener una perspectiva del origen de la responsabilidad de la discapacidad, y cómo esto es un concepto que se ha moldeado por la sociedad para limitar a las personas con capacidades diferentes.

3.1.2 Concepto

Habiendo explorado las fases mediante las cuales la discapacidad ha evolucionado desde la perspectiva social, médica y jurídica; así como su conceptualización ha tenido una transformación variante desde un punto de vista histórico, es permitido abordar una conceptualización puntual dentro del contexto actual.

El modelo social imperante en la actualidad brinda una noción de persona con discapacidad que trasciende la diversidad funcional de las personas, y tiene un alcance en las limitaciones de la propia sociedad. Es de esta forma que en la actualidad se distingue entre lo que es una deficiencia y una discapacidad. Según se indica por la Unión de Personas con Discapacidad Física contra la Segregación, por sus siglas en

inglés UPIAS, la deficiencia es la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo; mientras que la discapacidad es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad.

Con base en lo anterior, resulta pertinente destacar que se hace referencia a una discriminación imperante dentro de la sociedad que, como consecuencia de las limitaciones físicas que una persona pueda tener, se le excluye de forma definitiva de las actividades corrientes de la sociedad; estas últimas se entenderán como todas aquellas tareas o labores que conduzcan a la contribución del sistema económico y operativo social. En consecuencia, se entiende que las personas con discapacidad son excluidas de la economía y la vida en sociedad.

El modelo social aspira a demostrar que todas las personas tienen derecho a un cierto estándar de vida, a un mismo espacio de participación ciudadana y a ser tratado con igual respeto que el resto de la sociedad. Dichas condiciones y estándar de vida, incluye inevitablemente que se le considere para aportar a la comunidad en igual medida que el resto, aunque dicho aporte se origine de una forma distinta a la de otros miembros.

Ignacio Campoy, citado por Palacios, apunta que: "(...) no se puede concebir a las personas pertenecientes a esos colectivos tradicionalmente discriminados solamente como personas que han de beneficiarse de las acciones de la colectividad, sino que les ha de considerar también como necesaria parte activa de esa colectividad. Esas



personas, como cualquier persona de la sociedad, ha de contribuir al objetivo último aquí señalado, su aportación es absolutamente necesaria, y como tal ha de ser valorada y favorecida por todos los otros miembros de la colectividad.”³⁸

Es indispensable añadir la observación citada por la autora a la definición del concepto de discapacidad, ya que un elemento imprescindible es la aportación que una persona que vive en sociedad puede hacer a esta, de forma que no solamente percibe beneficios, sino que añade valor a la comunidad.

Padilla Muñoz hace referencia a la forma en que la Organización Mundial de la Salud, entidad rectora en el ámbito de la salud, elabora la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, hoy Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, que hace la distinción entre deficiencia, discapacidad y minusvalía, definidas por dicha organización de la siguiente forma:

“a) La deficiencia es: “Toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Las deficiencias son trastornos en cualquier órgano, e incluyen defectos en extremidades, órganos u otras estructuras corporales, así como en alguna función mental, o la pérdida de alguno de estos órganos o funciones.”

b) La discapacidad es: “La restricción o falta (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se consideran normales

³⁸ Palacios, Agustina. **Op. Cit.** Pág. 79.



para un ser humano. Engloba las limitaciones funciones o las restricciones para realizar una actividad que resultan de una deficiencia.”

c) La minusvalía es: “Situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad, que lo limita o le impide desempeñar una función considerada normal en su caso.”³⁹

En conclusión, en la actualidad se busca definir la discapacidad como la condición de la cual padece un sujeto en un contexto social determinado que, por razón de una diversidad funcional provocada por una deficiencia congénita o adquirida, es víctima de una exclusión y discriminación provocada por el conglomerado social.

Esta consecuencia limita de forma continuada su participación, desarrollo y potencial a la persona con discapacidad como ser humano, privándolo de la oportunidad de desenvolverse y aportar mediante sus capacidades y habilidades a la comunidad.

3.2 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad es el tratado internacional regente en materia de discapacidad, este surge con base en el reconocimiento de la discapacidad como concepto evolutivo, resultante de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras provocadas por la actitud y el entorno que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad. La Convención tiene como

³⁹ Padilla-Muñoz, Andrea. **Discapacidad: contexto, concepto y modelos.** Pág. 381.

propósito: “(...) promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”

3.2.1 Ratificación y adhesión por el Estado de Guatemala

El Estado de Guatemala suscribió la Convención el 30 de marzo de 2007, ratificando su adhesión el 5 de diciembre de 2008, entrando en vigor sus disposiciones de forma indefinida a partir del 7 de mayo de 2009. A partir de ese momento, el Estado de Guatemala adquirió el compromiso de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna.

Esta disposición incluye la adopción de medidas legislativas y administrativas y políticas, acciones y prácticas pertinentes para hacer efectivos los derechos incluidos en la Convención, incluyendo la modificación o derogación de disposiciones internas que hubiesen contrariado los referidos derechos.

3.2.2 Normativa interna aplicable

Es oportuno realizar un abordaje a la protección legislativa que en Guatemala se otorga a las personas con discapacidad, principiando por la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual establece en su Artículo 53: “Minusválidos. El Estado garantiza la protección de los minusválidos y las personas que adolecen de limitaciones físicas,



psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad. La ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios.”

Es de esta forma que el mandato constitucional establece la protección del grupo vulnerable y resalta la disposición del interés médico-social, en búsqueda de la rehabilitación y reincorporación, elemento característico del modelo rehabilitador de la discapacidad.

Adicionalmente, dentro de la Constitución Política de la República Guatemala, el Artículo 46 posibilita la integración de las disposiciones contenidas en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos a la Constitución Política de la República de Guatemala, perfeccionando el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad dentro del Estado de Guatemala.

Derivado de la disposición constitucional emanada en 1986 en la República de Guatemala, en el año 1996 surge el Decreto 135-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Atención a las Personas con Discapacidad.

El decreto mencionado fue producto de la dispersión de las disposiciones normativas ordinarias y administrativas que reconocían para las personas con discapacidad una serie de servicios fundamentales de rehabilitación, disposiciones que dentro de la ley se califican como carentes de orden, coordinación interinstitucional y multidisciplinaria.



La Ley de Atención a las Personas con Discapacidad se crea a partir de la consideración de la necesidad imperante de un instrumento jurídico que contemplara una moderna política nacional sobre la discapacidad.

De igual forma fue latente la necesidad de constituir una ley que se utilizara como herramienta eficaz al servicio de las personas con discapacidad y sus familias, que permitiera el pleno ejercicio y goce de sus derechos humanos a partir de la creación de condiciones óptimas para el mejor cumplimiento de obligaciones ciudadanas y erradicando en la mayor medida posible la exposición, amenaza y materialización de cualquier forma de discriminación para este grupo en condiciones de vulnerabilidad.

La ley en la materia se estructura mediante dos títulos; el primer título desarrolla en el primer capítulo las disposiciones generales; en el segundo, las obligaciones del Estado y de la sociedad civil frente a las personas con discapacidad; en el tercer capítulo se dispone la creación del Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad; en el cuarto, lo relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidad; en el quinto, lo atinente al derecho al trabajo del grupo mencionado; en el sexto, lo relacionado al derecho a la salud de las personas con discapacidad; en el séptimo, el acceso de las personas con discapacidad al espacio físico y a medios de transporte; en el octavo, el acceso a la información y a la comunicación; y en el noveno, lo relativo al acceso a las actividades culturales, deportivas o recreativas.

El segundo título únicamente desarrolla lo relativo a las disposiciones generales, finales y transitorias de la ley.

3.2.3 Concordancia entre el Capítulo VI de la Ley de atención a las personas con discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Conforme al presente estudio, se busca realizar un análisis que permita comparar el apartado del capítulo VI conforme a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, atendiendo a la obligación imperativa que establece dicho tratado con respecto a la adecuación de la política y legislación interna del Estado de Guatemala, a efecto de que exista una congruencia entre la regulación nacional y las disposiciones en materia de derechos humanos que establece el tratado.

Dentro de los aspectos que regula el capítulo VI se encuentran:

- a) la prestación de servicios de salud evitando actos discriminatorios, tales como la negación a prestar servicios de salud a personas con discapacidad, proporcionándolos con inferior calidad o no prestarlos en el hospital público que corresponda;
- b) la coordinación para garantizar que los centros públicos o privados de salud presten servicios especializados de rehabilitación hacia las personas con discapacidad;
- c) el reconocimiento que las instituciones públicas o privadas prestadoras de servicios de salud garanticen que estén disponibles oportunamente en todos los niveles de atención;
- d) la obligación de las instituciones públicas que brindan servicios de rehabilitación de contar con medios de transporte adaptados a las necesidades;
- e) la responsabilidad del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de certificar la calidad y cumplimiento de especificaciones de ayudas técnicas que se otorguen en instituciones;



- f) el acceso de la persona con discapacidad y que esté hospitalizada a obtener ayudas técnicas o servicios de apoyo para realizar sus actividades habituales; y
- g) la obligación de los centros de rehabilitación públicos o privados de establecer, para los usuarios y sus familias, preceptos normativos específicos para promover y facilitar el proceso de rehabilitación de las personas con discapacidad, así como de garantizar que sus instalaciones cuenten con las medidas de seguridad, comodidad y privacidad según se necesite.

Atendiendo a la síntesis realizada anteriormente, es posible destacar que el capítulo VI, el cual hace referencia a la salud de las personas con discapacidad, desarrolla disposiciones encaminadas a la mejora y mantenimiento de condiciones de salud de este grupo, enfocándose en establecer limitaciones y obligaciones en el ámbito hospitalario y de centros de rehabilitación que presten servicios a las personas con discapacidad, así como garantizar la permanencia en cuanto a la atención de una persona con discapacidad en dichos centros.

Las disposiciones contenidas dentro de este capítulo constituyen un claro rasgo del modelo rehabilitador de la discapacidad, donde se percibe la discapacidad como una limitación de salud que la sociedad debe solucionar y que, atendiendo a la medida en que se pueda encontrar una solución a dicho problema, así será la utilidad y provecho que la persona con discapacidad tenga valor social.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla en su Artículo 25 el apartado referente a la salud de las personas con

discapacidad. Dentro de los preceptos que establece este Artículo para los Estados parte se encuentran:

- a) la obligación de proporcionar programas y atención de salud gratuitos o asequibles, inclusive en temas de salud sexual y reproductiva;
- b) la obligación de proveer servicios de salud a las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad;
- c) la obligación de que los servicios mencionados anteriormente sean prestados lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, inclusive en zonas rurales;
- d) la obligación de exigir a profesionales de salud a dar la atención en la misma calidad que a las demás personas sobre la base de los principios y la sensibilización atinente a los derechos humanos;
- e) la obligación de prohibir la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud, velando por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; y
- f) la obligación de impedir que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o atención de salud, así como alimentos por motivos de discapacidad.

Atendiendo a la síntesis realizada, es posible advertir diferencias puntuales entre la regulación ordinaria guatemalteca y las disposiciones que establece la Convención. Tomando como base el conjunto de presupuestos, es notable la diferencia entre el enfoque y finalidad de cada conjunto normativo. La Convención establece un enfoque en base al modelo social referido dentro de la presente investigación, mediante el cual se busca que los Estados parte del tratado tiendan a eliminar los obstáculos existentes entre

las personas con deficiencias y la posibilidad de alcanzar un desarrollo y una vida social con normalidad y bajo las mismas condiciones que el resto de la población.

No así, la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad, la cual tiene un enfoque fuertemente caracterizado por el modelo rehabilitador; las disposiciones de dicha ley tienden a la garantía que debe prestar el Estado como ente encargado de la rehabilitación y atención de las personas con deficiencias, estableciendo parámetros para que dichos servicios sean prestados y dichas personas sean atendidas exclusivamente por razones de sus deficiencias. Esto permite ver que la percepción de las personas con discapacidad atendiendo a esta ley es la de una persona con necesidad de atención, excluyendo su participación, inclusión y colaboración dentro de la sociedad.

Aunado al planteamiento anterior, en la Convención, destaca la inclusión de los principios sobre los cuales se basa una prestación de servicios y atención médica, ya sea en el ámbito público o privado, estableciendo una exigencia formal en “el consentimiento libre e informado (...) la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía (...)” Esto con la finalidad de acentuar el espíritu normativo en cuanto a la prohibición y eliminación de cualquier forma de discriminación.

Por último, es trascendente para los fines de la presente investigación, destacar que la Convención establece puntualmente que los Estados parte: “Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional (...)”. Lo cual es un vacío existente en la ley ordinaria guatemalteca, en la cual no se establece ninguna prohibición

relacionada ni se hace referencia alguna a los contratos de seguros y su accesibilidad para las personas con discapacidad.

De igual forma es notoria la ausencia de cualquier precepto a nivel interno que ordene el fortalecimiento de la legislación contra la discriminación en el sector privado y puntualmente una prohibición por ley a la denegación de un seguro médico o de vida a personas con discapacidad.

A modo de conclusión, se puede establecer que existen diferencias sustanciales entre ambos cuerpos normativos, teniendo una línea y un propósito completamente diferentes, a pesar de regular las garantías y protección que las personas con discapacidad deben tener, atendiendo al análisis hecho dentro de la presente investigación, los modelos de percepción social que dan origen a ambos cuerpos normativos reflejan una marcada divergencia en sus fundamentos y enfoques, a pesar de converger en el objetivo de asegurar la protección de las personas con discapacidad. Conforme al análisis se evidencian diferencias que reflejan un claro contraste en cada planteamiento y su aplicación.

Conviene esbozar brevemente, en la obligación que recae sobre el Estado de Guatemala de atender a las disposiciones contenidas dentro del referido tratado internacional, y que, habiendo transcurrido una cantidad significativa de tiempo entre la ratificación y adhesión, el Estado de Guatemala no ha adecuado dicho apartado referente a la salud de las personas con discapacidad; compromiso formalizado dentro del Artículo cuarto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.3 El derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad y su aplicación en la contratación de seguros

Referidas las condiciones que atravesó el grupo de las personas con discapacidad, que en la mayoría de las ocasiones fue vulnerado en sus derechos y en su calidad de seres humanos, concluyendo con un análisis sobre la transformación del concepto de discapacidad y cómo este mismo ha evolucionado en el devenir del tiempo, estableciendo cada vez más las diferencias entre los conceptos: deficiencia, discapacidad y minusvalía.

Habiendo realizado un análisis del tratado internacional que rige los derechos de las personas con discapacidad y la concordancia con la legislación guatemalteca, específicamente en materia de salud, es posible abordar específicamente la transgresión al derecho de igualdad y a la no discriminación, fenómeno que amenaza la integridad y el desarrollo de las personas con discapacidad.

3.3.1 La discriminación

La discriminación, según la Comisión de los Derechos Humanos en México, "(...) constituye un fenómeno social que vulnera la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Esta se genera en los usos y las prácticas sociales entre las personas y con las autoridades, pudiendo esta ser de forma consciente o no."⁴⁰

⁴⁰ Comisión Nacional de Los Derechos Humanos. **El derecho a la no discriminación**. Pág. 5.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México precisa que se entiende como discriminación: "(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades (...)."41

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México hace hincapié en que dichas acciones son realizadas, conjunta o de forma aislada, indistintamente, por motivos de origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales, profesión u oficio, entre algunos otros.

Atendiendo a los conceptos citados previamente, se puede deducir que la discriminación consiste en dar un trato distinto a una persona que, en teoría, goza del mismo derecho a la igualdad, y sus condiciones como ser humano son las mismas que el resto de la sociedad. Este trato genera una desventaja o restringe un derecho fundamental para el desarrollo de la vida en sociedad, limitando las posibilidades de convivencia y sociabilidad de las personas cuyos derechos son vulnerados. Este fenómeno no se considera arraigado a región geográfica alguna, teniendo incidencia en cualquier parte del mundo.

⁴¹ *Ibíd.* Pág 5.

3.3.2 El derecho a la no discriminación

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Todos serán iguales ante la ley y gozarán de su protección sin distinción. El derecho a la no discriminación es una disposición común a los principales tratados de derechos humanos y a instrumentos de normación interna dentro de los Estados, tales como constituciones, leyes y reglamentos.

La función principal de dicho principio es procurar que todas las personas puedan gozar de sus derechos humanos en condiciones de igualdad. La vulneración de este principio conlleva la vulneración de otro derecho fundamental, por lo que esto supone una múltiple violación.

Las manifestaciones de discriminación son de forma individual o colectiva, según se ha señalado, las personas con capacidades especiales, llamadas discapacidades, han sido marginadas en una estructura de prejuicios y estereotipos que limitan sus derechos. Díaz Velásquez expone que la discapacidad: "(...) puede ser un factor condicionante o de vulnerabilidad a la exclusión social del individuo. Sin embargo, la frecuente atomización del análisis de la exclusión social a diferentes dimensiones (...) puede ser un obstáculo para el necesario análisis estructural de la desigualdad (...)." ⁴²

⁴² Díaz Velásquez, Eduardo. **Ciudadanía, identidad y exclusión social de las personas con discapacidad.** Pág. 128.

Por ende, podemos inferir del análisis del autor citado que la discriminación de las personas con discapacidad consiste en un problema de carácter estructural, por pertenecer a situaciones repetitivas dentro del sistema cotidiano. Este grupo se encuentra limitado por barreras que le impide gozar plenamente de sus derechos, que por su carácter ordinario resultan de carácter estructural.

Como respuesta a la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad y a la sistemática discriminación a la que estos habían sido expuestos de forma sistemática, en el año 2007, surge en el seno de las Naciones Unidas la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual tiene como objetivo principal sentar las bases para el reconocimiento y la protección de las personas con discapacidad a la luz de los principios de libertad, justicia y paz.

De igual forma la mencionada Convención, tiene como uno de sus fundamentos el reconocimiento de que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes al ser humano.

En consecuencia, el principio y derecho a la no discriminación y el derecho inherente de la igualdad, se encuentra reconocido universal y regionalmente, especialmente para el Estado de Guatemala, por ende, se cuenta con la existencia de un compromiso que genera obligatoriedad, para el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, y el acondicionamiento de las circunstancias para que estos puedan gozar de sus derechos plenamente sin obstáculos o limitaciones.

3.3.3 El acceso a la contratación de seguros de las personas con discapacidad

Bajo la premisa de que, las personas con limitaciones y diversidad funcional, encuadradas socialmente como discapacitadas, por su condición, han sido sujeto de prácticas discriminatorias, las cuales se han llevado a cabo por la generalidad de una forma sistemática teniendo incidencia en la vida cotidiana de dicho grupo y repercutiendo en sus derechos fundamentales, viéndose vulnerados varios de estos, se puede dar cabida a la temática de la contratación de seguros de dichas personas y evaluar con base en los instrumentos normativos existentes, cómo este fenómeno ha tenido una mayor o menor significación dentro el acceso que tienen las personas con discapacidad a dichos seguros en el ámbito privado.

3.3.3.1 El seguro privado

El seguro privado es aquel que es gestionado por entidades privadas, quienes negocian con los asegurados las coberturas que sean de su interés o necesidad. El contrato de seguro se encuentra regulado ampliamente dentro del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala –Código de Comercio– y el Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala –Ley de actividad aseguradora– cuerpos normativos que engloban el conjunto de elementos, características, principios y disposiciones que rigen dicho contrato. El Código de Comercio establece en el Artículo 874 que: “Por el contrato de seguro, el asegurador se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al realizarse la eventualidad prevista en el contrato, y el asegurado o tomador del seguro, se obliga a pagar la prima correspondiente.”



De igual forma, Villegas Lara se refiere al seguro de la siguiente forma: “Por el contrato de seguro, el asegurador, que deberá ser una sociedad anónima organizada conforme la ley guatemalteca, se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al ocurrir el riesgo previsto en el contrato, a cambio de la prima que se obliga a pagar el asegurado o el tomador del seguro (...).”⁴³

Conforme a lo citado se determina que la razón de los seguros deriva de la existencia de un riesgo y la necesidad de disminuir los efectos y repercusiones negativas del siniestro o accidente que materialice un daño específico. Esto bajo el supuesto del pago de una suma en concepto de contraprestación, denominada prima, que deriva en el cumplimiento de la obligación de asegurar y atender las consecuencias de forma económica ante el siniestro o accidente.

Concorde a lo expuesto previamente, el Artículo 36 de la Ley de la Actividad Aseguradora regula que: “(...) Cada una de las coberturas y planes de seguros que las aseguradoras deseen comercializar deberán estar sustentados técnicamente y los cálculos para determinación de las tarifas, las reservas y cualquier otro valor que genere el plan deberán estar respaldados por los estudios actuariales correspondientes (...).”

De lo referido anteriormente se puede recoger que la disposición busca regular la forma en que las aseguradoras en el territorio guatemalteco deberán comercializar los planes de seguro, para lo cual establece una obligación concreta mediante la cual las

⁴³ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco** tomo III. Pág. 249.

aseguradoras deberán sustentar técnicamente las condiciones que estén incluidas dentro de cada plan, tales como los riesgos, las primas, las coberturas, entre algunas otras. Esto permite sentar parámetros mediante los cuales se establezcan criterios para la aplicabilidad de los planes de seguro para los candidatos de los mismos.

La Corte de Constitucionalidad, dentro de la sentencia del expediente 3350-2019, manifiesta sobre el contrato de seguro su carácter consensual que permite a las entidades aseguradoras, dentro del marco de la autonomía de la voluntad, establecer la conveniencia de la celebración del contrato. De igual forma es permisible que dichas entidades tomen sobre sí todos o algunos de los riesgos a los que se encuentre expuesta la cosa asegurada. Derivado de lo anterior, se abre la posibilidad de que las entidades aseguradoras asuman políticas que imposibiliten la adquisición de algunos de los seguros de personas a quienes representen algún grado de siniestralidad.

Como base de representación de siniestralidad para los seguros de personas, se entenderán preexistencias de enfermedades o lesiones que se hubieran adquirido antes de la vigencia de la cobertura del asegurado. Adicionalmente se puede hacer referencia al Artículo 999 del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, el cual establece que: "No podrá contratarse seguro para el caso de muerte de una persona declarada en estado de interdicción."

Es trascendental hacer hincapié en el hecho de que una persona con alguna deficiencia constitutiva de una discapacidad puede ser o no declarada en estado de interdicción; conforme a la legislación civil guatemalteca dicha declaración legalmente ejercitada



significa la incapacidad civil de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones. Según el Artículo 9 del Decreto Ley número 106, Código Civil, “Los mayores de edad que adolezcan de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción (...).”

Atendiendo a la referencia citada se puede afirmar que las discapacidades, con base en la clasificación aportada por la Organización Mundial de la Salud, “(...) pueden ser sensoriales y de la comunicación, motrices, mentales, múltiples y claves especiales (...).⁴⁴

Esto presupone que, una enfermedad mental, constituiría un motivo para la declaración de interdicción por la supuesta incapacidad de la persona, sin atender a los niveles en que se genera la deficiencia y en qué proporción inhibe a la persona de poder realizar determinadas acciones. Por lo tanto, de forma determinante, dicha declaración de interdicción conduce a la prohibición expresa dentro del Código de Comercio que imposibilita legalmente a una persona con dicha discapacidad a la contratación de un seguro de vida.

De igual forma, el Artículo 13 del Código Civil establece que: “Quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia, y los sordomudos tienen incapacidad civil para ejercitar sus derechos, pero son capaces los que puedan expresar su voluntad de manera indubitable.” Dicho supuesto legal permite inferir que las deficiencias

⁴⁴ Organización Mundial De La Salud. **Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud.** Pág. 8.

sensoriales que se mencionan automáticamente producen incapacidad civil; sin embargo, se hace la salvedad de que la facultad para la expresión de la voluntad de forma indubitable permite que la persona que adolece de dicha deficiencia pueda gozar de su capacidad civil con entereza, y, por ende, la facultad para la contratación plena de seguros de vida o de salud.

De la recopilación de las citas legales y el análisis sobre estas, es posible afirmar que, a pesar de que la ley es expresa en prohibir la contratación de un seguro a una persona declarada en estado de interdicción, existe la salvedad de que no todas las personas que tienen algún tipo de deficiencia serán declaradas en interdicción.

El ejemplo que se adecúa mejor a la conclusión anterior es el de las personas con deficiencia ocular, ceguera, o deficiencia auditiva, sordomudo, quienes siempre y cuando presenten su capacidad volitiva eficaz, serán capaces de gozar de la capacidad civil plenamente y por ende capacidad para optar a contratos de seguros de vida según la legislación mercantil guatemalteca.

Será menester entonces en lo subsiguiente, si dichas disposiciones legales, son constitutivas de un tipo de discriminación en contra de las personas con discapacidades y si hubo un sesgo a la hora de legislar en dicho sentido.

A modo de conclusión, a excepción de la declaratoria de interdicción, la legislación guatemalteca no preceptúa que una discapacidad o limitación física congénita o adquirida conlleve a la prohibición de otorgar o la imposibilidad de optar a un seguro de salud para

las personas con discapacidad. Sin embargo, la normativa permite que las entidades mercantiles establezcan políticas internas que excluyan de cobertura a personas con alguna discapacidad, aduciendo la preexistencia de una enfermedad o lesión.

Es menester determinar si dentro del escenario planteado con anterioridad, se materializa un comportamiento discriminatorio, violatorio de derechos fundamentales de la comunidad con discapacidades y si dicho comportamiento limita el desarrollo pleno como seres humanos de las personas con discapacidad.

3.3.3.2 Acceso a la contratación del seguro privado

Idealmente, desde el punto de vista de las personas con discapacidad, dentro de la comunidad a la que pertenecen deberían de gozar de un entorno incluyente, en el cual todos los sujetos conformantes de dicha comunidad velaran por ajustar las condiciones para erradicar la discapacidad y adecuar el entorno para un libre desarrollo de las personas que adolecen de alguna deficiencia congénita o adquirida. Dicho ajuste conduce a que las personas con discapacidad puedan gozar de sus derechos en todas las situaciones y en una posición de igualdad.

Puntualmente, lo expuesto anteriormente permite establecer los ajustes necesarios que debe realizar una sociedad para permitir que las personas con discapacidad puedan tener accesibilidad al entorno en el que se desenvuelven, esto contempla habilitar los espacios físicos para una completa accesibilidad, así como adecuar servicios de educación, asistencia sanitaria, transporte, acceso a la salud, tanto de forma pública como en el

ámbito privado; específicamente, el acceso a la contratación de seguros, tema que atañe a la presente investigación.

Atendiendo a la situación compleja en que se encuentran las personas con discapacidad con relación al acceso a los seguros, González Carrasco señala que: "(...) conlleva un cambio de enfoque que exige pasar del concepto de discapacidad como enfermedad al concepto de discapacidad como deficiencia física, sensorial, intelectual o mental que puede presentar una persona, y las barreras físicas y sociales y que limitan su participación y el ejercicio de derechos, aspectos por lo tanto no necesariamente relacionados con el estado de salud previo a la contratación de la póliza."⁴⁵

La autora citada expone que el aseguramiento de personas con discapacidad no puede ser denegado o limitado a la previsión de productos específicos, esto ocurre desde la perspectiva del modelo rehabilitador de la discapacidad, en el cual se puede concebir la imposibilidad de caminar, la cual de hecho es una deficiencia, como una enfermedad, entendiéndose esto como una alteración del estado de salud que debe de ser curada o rehabilitada, suponiendo para cualquier entidad aseguradora una desventaja al momento de la contratación de un seguro.

Sin embargo, no necesariamente una deficiencia implica una enfermedad; si se entiende que el problema de la deficiencia es consecuencia de la discapacidad provocada por la falta de adecuación de condiciones para un desarrollo pleno.

⁴⁵ González Carrasco, Carmen. **Discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria**. Pág. 414.

No obstante, las personas con discapacidad, al margen de sus deficiencias, pueden gozar de una buena salud o no. La autora expone que: "(...) equiparar discapacidad con enfermedad lleva a concluir, equivocadamente, que las personas con discapacidad no pueden ser aseguradas. Un cambio de enfoque, diferenciando entre la condición de salud de la persona y su situación de discapacidad, exige determinar qué enfermedades o deficiencias podrán ser aseguradas o no, tras un examen adecuado de su situación previa al aseguramiento, como ocurre con cualquier persona que no tiene discapacidad."⁴⁶

Un análisis de los extractos citados permite establecer que existe una dificultad en la contratación de seguros por parte de las personas con discapacidad, la cual se debe a la confusión que existe por parte de las entidades aseguradoras y la mayoría de las personas entre los términos discapacidad y enfermedad, concibiendo estos como sinónimos.

Esto produce inevitablemente una visión caracterizada por estereotipos discriminatorios, concibiendo retrógradamente una deficiencia como una enfermedad, estigmatizando dicha condición y produciendo la discapacidad de carácter social.

Es conveniente apuntar a que, ante dicho fenómeno, el modelo social orienta a un diseño y adaptación de circunstancias, para que la persona con discapacidad pueda tener condiciones igualitarias, bajo las cuales su deficiencia no se traduzca como una

⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 417.

enfermedad y, por tanto, su salud no pueda asumirse como un riesgo que no pueda ser asegurado por parte de las aseguradoras.

Aunado a lo anterior, Pérez Bueno resalta conveniente mencionar que, “(...) alrededor del mundo las personas con discapacidad se ven afectadas por la discriminación en el ámbito del acceso a los seguros, encontrando dificultades a la hora de gestionar coberturas en el ámbito de la salud o seguros de vida.”⁴⁷

Son varios los estudios que se han realizado en diferentes países para determinar y poder explicar de forma precisa este fenómeno; tal es el caso del estudio realizado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Dicho estudio evaluó la contratación de servicios a personas con discapacidad en España y determinó que los seguros de vida y de asistencia sanitaria presentaban mayores dificultades ante las personas con discapacidad.

El estudio revela que en España la no consideración de forma realista en la evaluación de riesgos sobre las personas con discapacidad por parte de las entidades aseguradoras es a causa de 3 situaciones: a) La ignorancia y el deficiente conocimiento de las implicaciones de una discapacidad y la relación concebida socialmente de la discapacidad con la generación de otras enfermedades; en el sector se identifica y confunde a la persona con discapacidad como una persona enferma; b) La ignorancia y deficiente conocimiento de la evolución de la situación de las personas con discapacidad

⁴⁷ Pérez Bueno, Luis Cayo. **La Discriminación por razones de Discapacidad en la Contratación de Seguros**. Pág. 147.

en el sentido de las mejoras experimentadas en la esperanza de vida de los distintos grupos, así como de la mejora en sus condiciones físicas; y c) La existencia de prejuicios sobre las características estructurales de la discapacidad.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, es posible concluir en que la existencia de una discriminación en el ámbito de la contratación de seguros privados, específicamente en los seguros de vida y de salud, ha tenido impacto en la vida de distintas personas con discapacidad. En este campo se ha radicado el concepto de discapacidad como un equivalente a una enfermedad, conllevando a una segmentación en las coberturas y parcialización en la prestación de servicios para las personas con discapacidad.

3.3.4 Viabilidad de las personas con discapacidad al acceso a seguros

En atención a que: a) La discriminación es una amenaza permanente que puede menoscabar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad; b) Históricamente las personas con discapacidad han sido excluidas y marginadas de la sociedad vedándoles sus derechos humanos; y c) La legislación actual en el Estado de Guatemala, a pesar de ser un Estado parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no contempla determinados derechos otorgados a las personas con discapacidad.

Es evidente el vacío legal en el ámbito de la contratación de seguros de vida y de salud por parte de dicho grupo, de igual forma es imperativo desarrollar los fundamentos y el modelo fáctico a través del cual sea posible direccionar la estructura jurídica-social a un

libre acceso a los seguros de vida y salud para las personas con discapacidad y verificar dentro del contexto actual la existencia de dicha estructura.

Es necesario que, para el establecimiento de las condiciones necesarias para el desarrollo de los derechos de igualdad y libre acceso a los seguros que dentro de la sociedad haya una adopción de medidas efectivas que garanticen en la práctica el goce y disfrute de esos derechos.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que implica una obligación por parte de un Estado el asegurar la igualdad en el disfrute de los bienes y servicios ofrecidos a la sociedad, incluyendo específicamente el acceso a los seguros de vida y los seguros de salud, que por la tendencia compleja en el acceso por las personas con discapacidad, se hace necesaria la adopción de un enfoque activo y amplio que garantice la igualdad en dicho disfrute de bienes y servicios por parte del sector privado.

De este modo, la forma de viabilizar el acceso a los seguros dentro de la sociedad es posible mediante la adopción de medidas efectivas y pertinentes que faciliten a las personas con discapacidad el goce sin restricciones de sus derechos y la inclusión para su participación en la comunidad.

El Comité añade en su Observación General número 5 que "(...) la accesibilidad de las instalaciones, bienes y servicios de la comunidad, así como el ejercicio del derechos la educación, la atención de la salud y el empleo inclusivos y accesibles son condiciones



esenciales para la inclusión y la participación de las personas con discapacidad en la comunidad.”⁴⁸

Los servicios que menciona el Comité no se limitan únicamente al ámbito público, es necesario que existan medidas de carácter administrativo y legal que establezcan de forma permanente la garantía por parte del sector privado a la prestación de servicios en condiciones de igualdad para las personas con discapacidad, permitiendo su participación e inclusión paulatina dentro de la sociedad.

De igual forma se hace referencia a que dentro de la adopción de dichas medidas, se adopta asimismo el deber de proteger que incluye: “(...) la prohibición de prácticas discriminatorias, como excluir a las personas o grupos de la prestación de determinados servicios.”⁴⁹ Es así como dentro de la sociedad, el Estado debe prohibir e impedir que terceras partes creen barreras prácticas o de procedimiento que impidan vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad.

El conjunto de señalamientos citados permite apreciar las medidas y disposiciones que, mediante su adopción, permiten la materialización de condiciones por las cuales se pueda dar el contexto para que las personas con discapacidad tengan un desarrollo integral, que incluya el ejercicio de sus derechos y un acceso libre a servicios sin tintes discriminatorios o excluyentes.

⁴⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de las Naciones Unidas. **Observación General 5.** 2017. Párrafo 33.

⁴⁹ **Ibíd.**

Devandas Aguilar, Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, indica que: “La discriminación en relación con el seguro médico es otra barrera importante para acceder a la atención sanitaria. Las tasas de cobertura suelen ser bajas porque las aseguradoras a menudo se niegan a ofrecer seguro médico a las personas con discapacidad debido a enfermedades preexistentes. La discriminación puede manifestarse también en el diseño de las pólizas de seguro, que limitan las prestaciones o la cobertura que pueda recibir una persona con discapacidad”.⁵⁰

Es evidente que dentro del pronunciamiento citada se manifiesta el prejuicio de forma sobresaliente sobre la discapacidad vista como una enfermedad, este elemento dificulta de sobremanera el acceso que pueden tener las personas con discapacidad a una vida digna donde gocen de condiciones de igualdad, principalmente por el estigma enraizado dentro de la sociedad y la falta de diligencia estatal en atender un problema jurídico-social que afecta la vida en común.

La Relatora Especial enfatiza sobre la discriminación que existe en el acceso a la contratación de seguros que: “(...) los Estados deben prohibir la discriminación de las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y combatirla. Se debe prohibir por ley la denegación de seguro médico a personas por su discapacidad (...).”⁵¹ La finalidad de prohibir busca generar oportunidades en las mismas condiciones para la inclusión de las personas con discapacidad.

⁵⁰ Devandas Aguilar, Catalina. **Informe anual de 2018**. Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Párrafo 36.

⁵¹ Devandas Aguilar, Catalina. **Ibid.** Párrafo 59.



El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas emitió un conjunto de observaciones sobre la situación de las personas con discapacidad en Guatemala en el cual se manifiesta que las personas con discapacidad —especialmente con discapacidad intelectual y psicosocial, niños y niñas, mujeres y pueblos indígenas— se vean sometidas sistemáticamente a múltiples formas de discriminación y que sus derechos humanos estén limitados o restringidos por la ley.

Según lo expuesto se establece que existe una inutilización de los mecanismos de protección de derechos humanos, se manifiesta la preocupación latente sobre una situación sistemática y generalizada de falta de acceso a los seguros por parte de las personas con discapacidad y la desatención de un Estado que se entiende que tiene la obligación de garantizar el respeto al conjunto de derechos de dichas personas y a establecer las prohibiciones necesarias para evitar la discriminación en todo ámbito.

La Comisión manifiesta que la legislación del Estado de Guatemala no reconoce la discriminación múltiple e interseccional y la denegación de ajustes razonables como formas agravadas de discriminación hacia las personas con discapacidad, al igual que la existencia de dificultades en el acceso a los servicios de salud. De igual forma se recomienda al Estado de Guatemala la revisión de su legislación y políticas en materia de igualdad y no discriminación con el fin de asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Se concluye a modo de afirmar que existe una ausencia en las políticas estatales y la legislación nacional en cuanto a la regulación que posibilite un acceso efectivo a sistemas

de salud y a una contratación de seguros de vida o salud en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad; se evidencia de forma enfática dentro de los pronunciamientos de organismos internacionales las dificultades y obstáculos que encuentran las personas con discapacidad.

3.4 Derecho comparado

Es oportuno analizar los pronunciamientos, medidas y acciones tomadas por parte de otros Estados pertenecientes a la comunidad internacional que han adquirido compromisos en materia internacional en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad. De este modo se presenta un breve estudio de derecho comparado que pueda ser utilizado como aportación para poder comprobar la hipótesis dentro de la presente investigación.

3.4.1 Ecuador

En la República de Ecuador existe una protección marco dentro de la Constitución de la República, la cual otorga a las personas con discapacidad una serie de derechos y protecciones en búsqueda de garantizar sus derechos y libertades fuera de cualquier acto discriminatorio y excluyente que los distancie de la sociedad y el desarrollo pleno de sus vidas. El Artículo 47 del mencionado instrumento establece que: "(...) el Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, procurará la equiparación de oportunidades (...) y su integración social, reconociendo sus derechos (...)." La norma constitucional reconoce entre otros, derechos como rebajas en servicios públicos y



privados, exenciones en el régimen tributario e igualdad de condiciones en el acceso a oportunidades laborales y académicas.

Aunado a lo dispuesto, el Artículo 48 del mismo cuerpo normativo regula que el Estado ecuatoriano deberá adoptar medidas que aseguren la inclusión social, la obtención de créditos y rebajas o exoneraciones tributarias, el incentivo y el apoyo para proyectos productivos.

De esta forma se refleja la alta inclusión dispuesta constitucionalmente por el Estado ecuatoriano, que busca una integración mayor de la persona con discapacidad, a modo de que pueda desarrollarse en el ámbito social y comercial inclusive, otorgando apoyo para un desarrollo e inclusión en el ámbito económico, superando las garantías mínimas establecidas dentro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado del cual forman parte desde el año 2006.

De igual forma la Ley Orgánica de Discapacidades establece en su ámbito de aplicación a los sectores público y privado, lo cual determina la obligación para la sociedad y el sector comercial para la atención en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad.

Dentro de la Ley Orgánica de Discapacidades, el Artículo 25 establece que las compañías de seguro y/o medicina prepagada será fiscalizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros a fin de que incluyan en sus contratos coberturas y servicios de seguros de vida y/o salud a las personas con discapacidad. Dichos modelos de contratos deberán ser de



adhesión y estar previamente aprobados por la institución fiscalizadora, corroborando que no existan cláusulas de exclusión por motivos de preexistencias.

De esta forma se observa como el Estado ecuatoriano es tajante en las medidas que dispone en cuanto al acceso a seguros de salud y vida para las personas con discapacidad, estableciendo medidas y disposiciones legales de carácter imperativo y prohibitivo, de forma que se garantice una completa cobertura de protección de derechos humanos y exclusión de prácticas discriminatorias.

3.4.2 México

El caso de la Federación de Estados Unidos de México resalta de igual forma por contener dentro de sus disposiciones, presupuestos normativos imperativos y prohibitivos, que abarcan en su ámbito de aplicación las instituciones públicas y privadas y reiterando la obligación de la comunidad en el respeto hacia los derechos humanos inherentes a las personas con discapacidad y a proveer de condiciones de igualdad a las mismas.

La protección a las personas con discapacidad se fundamenta en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, la cual establece la prohibición de toda discriminación motivada por origen de discapacidades, al igual que sienta las bases del respeto de los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, afirmando el compromiso por los Estados Unidos Mexicanos de garantizar el goce de los derechos humanos reconocidos en su



Constitución así como en tratados internacionales, lo cual incluye la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde el año 2007.

En atención a lo anterior, el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos decretó la Ley General Para la Inclusión de las Personas con Discapacidad la cual establece en su Artículo 3 que la observancia de dicha ley es de observancia para entidades públicas, gubernamentales, federativas, municipios, así como para personas físicas o morales de los sectores social o privado que presten servicios para las personas con discapacidad.

De este modo se puede observar el ámbito de aplicación de la ley, el cual abarca los servicios que se prestan a las personas con discapacidad, con lo cual se busca que existan disposiciones que obliguen a las entidades del sector privado a ofrecer sus servicios y productos a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de la población. De igual forma, el Artículo 9 establece que: "Queda prohibido cualquier tipo de discriminación contra las personas con discapacidad en el otorgamiento de seguros de salud o de vida".

Se puede resaltar entonces que existe dentro de la regulación mexicana una disposición expresa que establece la prohibición de cualquier tipo de discriminación contra las personas con discapacidad en el ámbito específico de los seguros, precisando en cuanto a la materia de salud y de vida.

Se puede concluir así, que por parte de los Estados Unidos Mexicanos si se ha contemplado una limitación en el actuar de las aseguradoras, que responde al

compromiso adquirido y obligación generada internacionalmente contenida dentro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, evitando la desprotección y acentuando la prohibición de la discriminación.

3.4.3 Costa Rica

La República de Costa Rica integró a su ordenamiento la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a través de la Ley 8661 emitida en el año 2008. Dentro de su legislación interna el Estado de Costa Rica ha hecho las reformas necesarias con el fin de que las disposiciones ordinarias que regulan en materia de derechos de personas con discapacidad se adecuen a los estándares mínimos de protección hacia la comunidad con discapacidad.

Es así como la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad contempla en su Artículo 37 la imposibilidad de negar seguros de vida o pólizas por razones de discapacidad, el cual establece que: “No podrá negarse la adquisición de un seguro de vida o una póliza de atención médica, basándose exclusivamente en la presencia de una discapacidad”.

Atendiendo a la anterior disposición se refleja el cumplimiento del compromiso adquirido junto con la ratificación de la Convención marco en materia internacional de los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo una prohibición expresa para las entidades aseguradoras en cuanto al acceso que deben tener las personas con alguna deficiencia, menos cuando involucre una argumentación en cuanto al tratamiento de la

discapacidad como una enfermedad, señal inequívoca de la evolución y adaptación a un modelo social de la discapacidad.

3.4.4 Nicaragua

El Estado nicaragüense regula lo relativo a las personas con discapacidad dentro de la Ley de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley número 763 de la Asamblea Nacional, la cual tiene por objeto establecer el marco legal y de garantía para la protección y aseguramiento del pleno goce y en condiciones de igualdad de los derechos humanos de las personas con discapacidad, en búsqueda de equiparar sus oportunidades de inclusión a la sociedad, sin discriminación para mejorar su nivel de vida.

La legislación en el Estado de Nicaragua abarca tanto el sector público como privado, estableciendo como condición especial que el sector privado y la sociedad en su conjunto deberán velar por un desarrollo cultural de respeto íntegro a los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Es relevante hacer la observación de que la legislación cuenta con la inclusión de conceptos como las barreras físicas y actitudinales, dando cabida a la aceptación y reconocimiento de un modelo social, en el cual se acepta la discapacidad como condición impuesta socialmente a las personas con deficiencias y diversidad funcional, adoptando un conjunto de disposiciones que formalicen el marco legal y permitan un cambio cultural en cuanto a las prácticas sociales que limitan el acceso a los servicios de las personas con discapacidad. De igual forma se encuentra caracterizada por la búsqueda de la



equiparación de oportunidades, mediante la cual se inicie un proceso de ajuste del entorno, servicios, actividades, información, comunicación, entre otros, para que las personas con discapacidad gocen plenamente de sus derechos y oportunidades.

Con relación a la actividad aseguradora, el Artículo 51 el cuerpo normativo citado regula que: "(...) las personas con discapacidad, al igual que el resto de las personas, tienen el derecho de acceso a todos los tipos de seguro. En caso de los seguros de salud y vida, las sociedades aseguradoras, bajo el principio de no discriminación ajustarán sus políticas de siniestralidad, determinando con claridad y precisión los mecanismos de evaluación a aplicar a las personas con discapacidad; la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras velará por el cumplimiento de esta disposición legal."

Nuevamente se puede observar dentro de la regulación y disposiciones de uno de los Estados comparados la estipulación del control que se debe mantener por la institución encargada de fiscalizar y dar control al cumplimiento de las entidades aseguradoras con respecto a la obligación generada dentro de la misma ley sobre la adecuación de los planes de seguros. La disposición contenida dentro de la ley nicaragüense se puede entender en el sentido de que se busca estandarizar un modelo contractual mediante el cual los cambios o variabilidad sea mínima, esto a través de la incorporación de elementos que sirvan como medidores para establecer los riesgos reales y poder establecer un servicio justo y equitativo para la comunidad con discapacidad.

Puede apreciarse dentro de los Estados mencionados que estos han implementado acciones, medidas y disposiciones legales relativas a la prohibición de discriminación a



personas con discapacidad en la contratación de seguros, de la misma forma se evidencia que se establece una estructura sólida y determinante para el acceso a los seguros de salud y de vida de las personas con discapacidad. Resulta relevante destacar que la prohibición de discriminar a las personas con discapacidad que deseen acceder a seguros de vida y salud está contenida en los cuerpos normativos analizados, de forma que todos los Estados responden de manera uniforme ante dicha obligación, estableciendo como una garantía permanente dicha prohibición a la discriminación.

Derivado del estudio comparativo y el análisis del acceso a los seguros por las personas con discapacidad en el Estado guatemalteco, es posible afirmar que comporta una discrepancia en cuanto a las obligaciones fundamentales adquiridas por el Estado, derivado de la ausencia de disposiciones que garanticen el cumplimiento de derechos humanos de las personas con discapacidad.

Lo anterior en atención especial a la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la inacción que se ha reflejado en cuanto a la adecuación de políticas y disposiciones legales internas.

Es posible concluir en que existe la posibilidad latente de una permanente vulneración hacia un sector poblacional por falta de diligencia en el actuar del aparato estatal, confirmando la presencia de un fenómeno crónico como lo es la discriminación hacia las personas con discapacidad; sin embargo, será menester en lo subsiguiente determinar y analizar las posibles responsabilidades e incumplimientos en materia internacional del Estado de Guatemala y sus implicaciones.



CAPÍTULO IV

4. Ausencia de principios de igualdad y no discriminación en la contratación de seguros de personas con discapacidad en la legislación del Estado de Guatemala

Derivado del abordaje realizado dentro de los capítulos precedentes de la presente investigación y habiendo realizado un análisis profundo sobre los aspectos que conforman las instituciones objeto de estudio, es posible ensamblar dichos aspectos con la finalidad de realizar un análisis jurídico sobre el latente problema que tiene su posible causa en la omisión de la obligación del Estado de Guatemala en la toma de decisiones a nivel administrativo y legislativo procedente de la obligación contraída a través de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La situación generada por dicho incumplimiento provoca distintos puntos que se sujetan al análisis jurídico: la determinación de la existencia de una obligación por parte del Estado de Guatemala como sujeto de derecho internacional; el posible incumplimiento ante las obligaciones contraídas y la responsabilidad generada; y las consecuencias materializadas derivadas de dicho incumplimiento.

4.1 Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión

Conviene realizar el análisis desde la perspectiva constitucional primeramente para poder establecer la aplicación de los conceptos control de convencionalidad y control de

constitucionalidad y verificar la aplicación de dichas instituciones como parte del ordenamiento jurídico fundamental que permite y valida una estructura jurídica legítima dando lugar al estado de derecho. La importancia de dicho análisis recae en la necesidad de determinar en qué medida existe una obligación en cuanto a establecer la obligación de velar por la estricta aplicación y protección de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales ratificados por el Estado de Guatemala y cómo estos adquieren una jerarquía dentro del ordenamiento constitucional del Estado, comúnmente denominado como bloque de constitucionalidad.

4.1.1 Control de Convencionalidad

El control de convencionalidad se entenderá como una herramienta que sirve para hacer una revisión, según García Ramírez y Morales Sánchez la función de esa herramienta es "(...) establecer si la conducta de los Estados se encuentra de acuerdo con lo establecido en tratados internacionales en materia de derechos humanos."⁵² Dicho instrumento sirve para valorar los actos de la autoridad interna a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado por los órganos que poseen dicha atribución.

Se puede extraer del concepto aportado que el control de convencionalidad constituye el instrumento por medio del cual se va a ejercer un control sobre la correcta aplicación e implementación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,

⁵² García Ramírez Y Morales Sánchez. **La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)**. Pág. 208.



buscando el cumplimiento de las obligaciones contraídas y tendiendo a la estandarización de disposiciones mínimas a nivel interno de cada Estado.

Afirma Miguel Carbonell que “El control de convencionalidad es una consecuencia directa del deber de los Estados de tomar medidas necesarias para que tratados que han firmado se apliquen cabalmente.”⁵³

Principalmente el sistema de control de convencionalidad está diseñado para que las autoridades judiciales sean quienes lo ejerzan, es así como en la sentencia del Caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile establece por primera vez el concepto de control de convencionalidad de tipo difuso –por ser el control aplicable fuera de organismos internacionales y pasando a manos de autoridades internas dentro de cada Estado– el cual preceptúa que: “(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional (...) sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.”

Derivado de la sentencia citada se verifica que la función esencial del control de convencionalidad será ejercer una verificación continua tanto en normas aplicadas en casos concretos, como normas vigentes que afectan de forma abstracta, que por su propia existencia afecta directamente derechos protegidos por convenciones y tratados

⁵³ Carbonell, Miguel. **Introducción General al Control de Convencionalidad**. Pág. 69.

internacionales en materia de derechos humanos especialmente. En virtud de lo expuesto, el Estado de Guatemala por formar parte de instrumentos que reconocen y sujetan a la aplicación de dicho control y en atención a la ratificación y adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por el Estado guatemalteco está sujeto a la aplicación de dicho control y mantener una fiscalización constante en las disposiciones normativas internas y las disposiciones adoptadas en materia internacional en materia de Derechos Humanos.

4.1.2 Bloque de Constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad está conceptualizado en la comunidad internacional como un estándar mínimo creado con la finalidad de incorporar a un conjunto normativo disposiciones que, por aceptación y trascendencia, formarán parte del mismo marco jerárquico que la norma suprema o constitucional dentro de cada Estado.

La Corte Constitucional de Colombia, dentro de la sentencia C-067 dentro del expediente D-4111, define el bloque de constitucionalidad como “(...) aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (...)”.

Conforme a lo expuesto, se puede determinar que el bloque de constitucionalidad será el conjunto de normas que estarán incorporadas a la constitución y gozarán del mismo

grado jerárquico para que estas puedan ser aplicadas a la comunidad en general, ampliando de esta forma la delimitación de la protección constitucional, ya que deja de ser únicamente el texto contenido dentro de la constitución, y engloba preceptos interpretativos de tratados y demás instrumentos que protegen los derechos humanos.

Por ende, el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad son instituciones adoptadas por el Estado de Guatemala en la ratificación de tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El control de convencionalidad será el instrumento por medio del cual se velará por la correcta implementación e integración de las disposiciones adoptadas a nivel internacional y el bloque de constitucionalidad será la institución por medio de la cual se integrarán dichas instituciones directamente a la normativa fundamental, gozando de preponderancia con el fin de estandarizar y establecer los derechos humanos otorgados de forma universal.

Para el caso específico del Estado de Guatemala el fundamento legal se encuentra en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Dicho artículo establece que: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen a otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana (...)”

Por otro lado, el Artículo 46 del mismo cuerpo legal dice: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno (...)” Esto

evidencia claramente la aplicabilidad de las instituciones explicadas y da cabida a deducir que existe una obligación internacional y constitucional del Estado de Guatemala en cuanto a la aplicación y efectivo cumplimiento de estas.

4.1.3 Mandato constitucional y convencional de prohibición a la discriminación por parte del Estado de Guatemala

Es posible sostener que existe una obligación de orden constitucional para el Estado de Guatemala y por ende se está incurriendo en una omisión, esto derivado de que, dentro de la normativa aplicable interna en materia de derechos con discapacidad, se prescinde de disposiciones que son de carácter obligatorio para cualquier Estado parte dentro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Estado de Guatemala derivado de las disposiciones fundamentales alegadas dentro del presente punto tiene la obligación por mandato constitucional de brindar protección a las personas con discapacidad, aunado a eso, conforme al control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad se debe añadir lo contenido en el Artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dicho Artículo señala que: "(...) adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud. En particular (...) e) prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán porque esos seguros se presten de manera justa y razonable".



Esta disposición se puede considerar como un mandato convencional expreso incorporado al bloque de constitucionalidad guatemalteco que genera una obligación inequívoca, y por la ausencia de disposiciones legislativas que tiendan a cambiar o a superar las condiciones normativas dentro de la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad atendiendo a que esta prescinde de dicha protección obligatoria en forma de precepto prohibitivo, existe una omisión en dicha obligación lo que genera una inconstitucionalidad e inconvencionalidad evidente por el aparato estatal y sus funcionarios a cargo.

4.2 Violación al principio de igualdad y no discriminación

Es posible determinar luego del análisis efectuado de la situación del Estado de Guatemala con respecto a los compromisos adquiridos ante la comunidad internacional a través de la adopción de diversos tratados en materia de derechos humanos, principalmente en materia de derechos de personas con discapacidad, que hay una serie de omisiones efectuadas en cuanto a las obligaciones que se tienen de protección especializada y adecuación de políticas internas y disposiciones legales pertinentes para el efectivo cumplimiento y garantía de la protección y derechos otorgados a la comunidad con discapacidad.

Dentro de los instrumentos internacionales que contienen fundamentalmente los principios de igualdad y no discriminación y que han sido ratificados y adoptados por el Estado guatemalteco formando parte del bloque de constitucionalidad se encuentran: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Declaración



Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Derivado del incumplimiento del Estado de Guatemala referido con anterioridad, existe una vulneración a la base sobre la cual descansa el conglomerado de principios y derechos que sustentan los derechos humanos.

El extremo anterior se puede fundamentar atendiendo al pronunciamiento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su sexta observación general, en la cual manifiesta que “El principio de igualdad y no discriminación (...) constituyen la piedra angular de todos los derechos humanos y constituyen el núcleo sobre el cual descansa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.”⁵⁴

A pesar de lo considerado por el Comité, este culmina en que la regulación doméstica dentro de cada Estado es imperfecta, incompleta o ineficaz, o bien, hay un conocimiento insuficiente del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos, tal como el caso del Estado de Guatemala, que dentro de la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad aún se contempla una estructura legislativa basada en un modelo médico o de rehabilitación de la discapacidad, lo cual impide material y formalmente que se aplique un principio de igualdad a las personas con discapacidad, demostrando la necesidad de evolucionar y transformar localmente el concepto de discapacidad.

⁵⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General número seis.** 2018.



Con base en la exposición del Comité en la observación general referida, existe una obligación inmediata derivada de la ratificación y adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como los tratados internacionales referidos en el presente punto relacionados a los derechos humanos, sobre la adecuación de medidas administrativas y legislativas para dotar de una protección especial y entablar una prohibición terminante a los patrones de discriminación y vulneración del principio de igualdad inmiscuidos en el sistema jurídico, político y social.

De tal manera, la ausencia de desarrollo legal de la prohibición de no discriminación en cuanto al acceso a los seguros de las personas con discapacidad en la ley marco de carácter ordinario en el Estado guatemalteco disminuye la posibilidad de las personas con discapacidad para acceder a los beneficios de un seguro de vida o de salud.

Lo anterior posiciona a estas personas en una condición de desigualdad respecto a la comunidad que no está sujeta al mismo grado de vulnerabilidad, generando una situación en la cual se evidencia la permisibilidad generada por parte el Estado a las aseguradoras a definir criterios discriminatorios para el otorgamiento de pólizas y establecimiento de primas desproporcionales a los riesgos existentes.

Se puede concluir el presente punto en que dicha ausencia de regulación normativa conlleva a una violación a los principios de igualdad y no discriminación por parte del Estado de Guatemala, a pesar de la obligación constitucional de garantizar la igualdad y la no discriminación a cualquier persona y compromiso convencional adquirido por el Estado de Guatemala.



Esto vulnera lo establecido en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala y los enunciados normativos relativos a la igualdad y la no discriminación incluidos dentro de los múltiples tratados ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos, faltando a la igualdad en dignidad y derechos, reduciendo la igualdad en oportunidades y responsabilidades por mantener una exclusión a un segmento poblacional de carácter meramente formal en cuanto a la obligación de carácter internacional de garantizar una protección ante un trato discriminatorio que se ve reflejado en la amenaza y posible vulneración a garantías y derechos fundamentales.

4.3 Deber de protección especial a las personas con discapacidad

Atendiendo a que existe dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala el Artículo 53 que preceptúa la obligación del Estado de brindar una protección especial a las personas con discapacidad, la cual dispone que el Estado debe garantizar la protección de los minusválidos y personas que adolecen limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, el cual constituye un sector vulnerable, es imperante afirmar que hay una responsabilidad estatal en cuanto a adecuar las condiciones necesarias para que dicha protección sea efectiva de forma integral.

Las personas con discapacidad poseen el derecho a no ser discriminadas en el acceso a seguros, por lo que dicho derecho puede ser efectivo únicamente contemplando una protección legislativa especial, atendiendo a la posición vulnerable y desventajosa en la que se encuentran por existir sistemas estructurales de discriminación dentro de la sociedad. El fin de alcanzar una vida digna, así como condiciones de igualdad para las



personas con discapacidad, tal y como se reconoce dentro del Artículo 53 constitucional, implica una intervención estatal que genere incidencias significativas en la estructura jurídico social, condiciones que, en la actualidad, el Estado de Guatemala se ha visto en la imposibilidad de alcanzar.

La limitante señalada obedece a la omisión en cuanto a una adecuada legislación y actualización interna, conforme a los principios y estándares vigentes en cuanto a derechos humanos y derechos de las personas con discapacidad, contemplados dentro de los instrumentos existentes dentro de la comunidad internacional.

El Estado de Guatemala por formar parte de la comunidad internacional y adquirir obligaciones derivado de la ratificación y adopción de dichos instrumentos internacionales, tiene la responsabilidad de garantizar dicha protección en vela de cumplir con el mandato constitucional y convencional de brindar una adecuada protección que evite la discriminación hacia el grupo vulnerado.

Atendiendo a lo analizado dentro de la presente investigación, se estima que el Estado de Guatemala está incurriendo en una responsabilidad pasiva, la cual se configura a partir de las omisiones previamente citadas en cuanto a la toma de medidas administrativas y legislativas que adecuen el aparato estatal a modo de que se pueda garantizar una condición de igualdad y equiparación plena en conjunto con la erradicación de la discriminación para las personas con discapacidad, que actualmente ven atentado su derecho constitucional de protección especial y preferente por la falta de actuar de los funcionarios públicos de turno dentro del Estado.



Tomando en cuenta las disposiciones señaladas dentro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que son de obligatorio cumplimiento para los Estados parte –y que son objeto de la presente investigación– actualmente no existe dentro de la legislación guatemalteca una protección diferenciada de las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación de seguros de vida o de salud, y que, en contraste con dicha ausencia, sí existe un marco legal que permite a las aseguradoras gozar de plena libertad de comercio, lo que provoca la discriminación.

Es necesario traer a cuenta la sentencia C-131-14 de la Corte Constitucional de Colombia, dentro de la cual dicho órgano hace una referencia especial a la protección especial o adicional que se requiere por parte del Estado para poder equiparar las condiciones de las personas con discapacidad y colocarlos en un plano de igualdad objetivo con respecto al resto de la población.

En ese orden de ideas la Corte señala: “(...) también la jurisprudencia ha reconocido que cuando se trate de la población en condición de discapacidad, la garantía del derecho a la igualdad exige un esfuerzo por parte del Estado para superar la marginación a la que pueden verse expuestas estas personas afectando el goce efectivo de sus derechos.”

Conforme a lo expuesto anteriormente se puede verificar que la Corte hace referencia a un esfuerzo que debe realizar el Estado para poder garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Se puede inferir que dicha expresión deriva de las dificultades y la obstaculización existente dentro de la sociedad, así como las prácticas reiteradas de discriminación para las personas con dicha condición, por lo tanto,

es el Estado el encargado de proveer dicha protección especial y adicional a las personas con discapacidad.

De igual forma es oportuno traer a cuenta la sentencia C-131-14 del mismo órgano jurisdiccional, dentro de la cual la Corte se pronuncia de la siguiente forma: "(...) resulta indispensable que el Estado proteja de manera directa y eficaz a aquellas personas a quienes su condiciones físicas o mentales les imponen barreras o las aíslan drásticamente, impidiéndoles desarrollar sus actividades diarias fundamentales de manera funcional (...) y debido a sus circunstancias, carecen de la capacidad para proveerse por sí mismas las prestaciones necesarias para afrontar autónomamente su condición (...)”

La Corte enfatiza en que las prestaciones de salud adquieren un carácter fundamental como consecuencia del deber estatal de proteger la vida de manera integral, relacionando esto intrínsecamente con el valor de la dignidad humana.

Como conclusión de lo citado y de la apreciación realizada dentro del presente punto es posible determinar que la vulneración del Estado de Guatemala en cuanto a la responsabilidad en que incurre actualmente por la omisión de la observancia de las disposiciones a las cuales obliga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, repercute directamente en el derecho constitucional y convencional de gozar de una protección especial por parte del Estado. Dicha protección resulta exigible especialmente tratándose de aquellas personas que por su condición se encuentran en circunstancia de debilidad o desventaja manifiesta.

4.4 Incumplimiento de la obligación de adoptar medidas legislativas internas conforme a los principios del Derecho Internacional

Es pertinente iniciar el segmento final del presente capítulo realizando una puntual reflexión sobre las implicaciones internacionales que conlleva la vigencia de disposiciones contenidas dentro de la legislación ordinaria aplicable a la salud, específicamente la falta de regulación en el ámbito de la contratación de seguros de vida y de salud de las personas con discapacidad, tras la adhesión del Estado de Guatemala a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual entró en vigor el 7 de mayo de 2009.

Conforme a lo expuesto, la adhesión al tratado internacional mencionado configuró la introducción de los preceptos normativos incluidos dentro de dicho instrumento en la legislación interna, específicamente dentro del bloque de constitucionalidad a causa de la naturaleza de Derechos Humanos que lo identifica, conviene hacer referencia a la incongruencia existente por la falta de accionar del Estado guatemalteco tendiente a la adaptación de la legislación ordinaria conforme a lo dispuesto dentro de la Convención, faltando a los principios fundamentales del derecho internacional e incumplimiento a los deberes contraídos como sujeto de derecho internacional.

Existe actualmente una falta de armonía entre la normativa de derecho interno con los principios pacta sunt servanda y de buena fe; dentro del marco de la investigación desarrollada es posible visibilizar la posición contundente por parte del sistema interamericano de derechos humanos sobre la primacía que debe de existir respecto a la



consideración con las personas con discapacidad, quienes son vulnerados a través de prácticas y disposiciones discriminatorias que involucran a la estructura estatal-social.

Por los pronunciamientos de órganos y entidades internacionales, se verifica que dentro del Estado guatemalteco se está cometiendo una vulneración al compromiso internacional adquirido junto con la ratificación y adhesión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y consecuentemente, una vulneración al sistema internacional de derechos humanos implantado dentro de los instrumentos internacionales en la materia.

El silencio normativo evidenciado en el marco internacional sujeta a una responsabilidad directa al Estado de Guatemala y genera una responsabilidad, asimismo, a los funcionarios públicos encargados de los órganos adecuados e idóneos para la aplicación de políticas y medidas de carácter legislativo que entablen el proceso necesario para la transformación del marco legal regulatorio de los derechos de las personas con discapacidad en Guatemala, ubicándolo dentro de los estándares internacionales requeridos.

El Congreso de la República de Guatemala, organismo legislativo en la estructura de la República de Guatemala, en la actualidad omite la inclusión dentro de la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad los contenidos exigibles de conformidad con las pautas establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo cual demuestra una flagrante infracción por omisión al deber constitucional impuesto al Estado en cuanto actuar a nivel interno conforme a los compromisos adquiridos ante las



relaciones internacionales de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales, encontrándose dentro de estos el de pacta sunt servanda y buena fe.

Al respecto cabe mencionar el pronunciamiento hecho por la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de inconstitucionalidad 1555-2002 y 1808-2002, mediante la cual se reafirma que el Estado de Guatemala no es capaz de introducir dentro de su ordenamiento jurídico interno disposiciones que sean adoptadas mediante la simple ratificación o adhesión de un tratado, sino que es esencial la aprobación del Congreso de la República; aprobación que debe realizarse a través de una ley ordinaria.

El silencio normativo efectuado por el Estado de Guatemala, vulnera el compromiso adquirido como parte de la adhesión a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; además de dispensar, normalizar, perpetuar y legitimar prácticas discriminatorias que suelen presentarse en el ámbito de seguros contra las personas con discapacidad, violentan los derechos adquiridos por medio del bloque de constitucionalidad, en virtud de haberse incorporado las disposiciones contenidas dentro de la Convención relativas a los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno en un grado jerárquico constitucional.

Es notoria la falta de compatibilidad que existe entre postulados convencionales y legislación ordinaria, lo cual genera múltiples secuelas que incluyen situaciones de inseguridad jurídica e inestabilidad en el ámbito internacional. Dicha incongruencia e incompatibilidad normativa dan lugar al acceso por parte de la población del Estado de Guatemala para acudir a instancias internacionales argumentando las violaciones a



principios fundamentales constitucionales y convencionales, esto en detrimento de la función principal de los instrumentos internacionales, restándoles valor y efectos útiles.

Conforme a lo previsto dentro del contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es determinante el papel de los derechos humanos dispuestos dentro del instrumento, haciendo verificable el reconocimiento del alcance normativo de dichos derechos humanos, que de forma indirecta imponen deberes específicos de hacer (promover, respetar, proteger y garantizar) a las autoridades estatales. El reconocimiento de estos derechos en el ámbito nacional e internacional confirma dicha imposición; sin embargo, existen situaciones que limitan su efectividad, debiendo por dicho motivo existir mecanismos que garanticen su ejercicio pleno.

Es esencial traer a cuenta que es necesario que los órganos dentro del Estado velen por un preciso estado de derecho, dentro del cual prevalezca el principio de supremacía constitucional, bajo la premisa de la incorporación del catálogo normativo internacional que el Estado de Guatemala ha reconocido o que establece el derecho internacional general. Aunado a esto, el deber internacional de adecuar el orden interno al internacional y de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar los derechos humanos reconocidos constitucionalmente y en tratados internacionales, son deberes generales que no admiten alegar la falta de legislación interna.

La inconstitucionalidad por la omisión de la adecuación del marco jurídico interno del Estado de Guatemala genera a su vez, la responsabilidad internacional objeto de desarrollo en el presente apartado, esto en virtud de las normas internacionales respecto



de las cuales el Estado está obligado a adecuar su derecho interno y adoptar las medidas necesarias para hacerlas efectivas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestó al respecto que, en atención al Artículo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos, con independencia de su jerarquía, en violación de los derechos internacionalmente consagrados.

Según lo previsto, la responsabilidad generada, puede recaer de tres formas, según señala Ferrer McGregor estas pueden ser: "(...) administrativas o ejecutivas, legislativas y judiciales, determinando que las omisiones derivan de incumplimientos de obligaciones constitucionales conferidas a los funcionarios en las ramas mencionadas."⁵⁵ Específicamente, dentro del señalamiento objeto de la presente investigación, se puede verificar que existe una responsabilidad sobre el órgano legislativo del Estado, ya que de forma indeterminada se ha aplazado la revisión de la normativa interna conforme a parámetros impuestos por las obligaciones contraídas por el Estado.

Según el Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos, Nava Gomar: "(...) las omisiones inconstitucionales o inconvenacionales suponen la generación, indebida o injustificada, de una situación de falta de efectividad o eficacia constitucional. En algunos casos esta falta de efectividad o eficacia puede responder a contextos específicos de transición normativa

⁵⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. **Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad**. Pág. 305.

o a incertidumbre del propio texto constitucional, (...) se advierten una vez interpretando el texto constitucional y el alcance de las obligaciones de los órganos responsables.”⁵⁶

En atención a lo expuesto anteriormente, se reúne la conceptualización de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, estableciendo la preposición y existencia simultánea de una con otra; adicionalmente, se puede extraer el hecho de que el autor menciona el alcance de los órganos responsables, aduciendo que las omisiones recurridas dentro de la presente investigación, generan una responsabilidad directa e inmediata sobre los órganos responsables de la toma de acciones para subsanar dichos omisos.

Para concluir, es importante hacer mención de la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de la cual la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel.

La Corte es tajante al aseverar las responsabilidades generadas por el incumplimiento de las disposiciones relativas a los derechos humanos dentro tratados suscritos y ratificados, desvelando las implicaciones que producen sobre los Estados parte como resultado de su accionar derivado de los compromisos internacionales adquiridos.

⁵⁶ Nava Gomar, Salvador O. **La omisión legislativa inconstitucional frente a la jurisdicción electoral**. Pág. 5.



Asimismo, la Corte ha establecido dentro de su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se sean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin.

En principio, el control de convencionalidad debe de ser aplicado dentro del ejercicio de las funciones de los órganos jurisdiccionales, siendo responsables los titulares de dichos órganos; sin embargo, existe una responsabilidad sucesiva en los demás órganos que componen el Estado parte dentro del tratado.

Se puede concluir en que la estructura orgánica interna de cada Estado debe de atender a la aplicación directa o subsidiaria de dicho control convencional, velando por la correcta aplicación e implementación normativa que se adecue a los estándares establecidos en materia de derechos humanos a nivel internacional. Por lo tanto, dicha inobservancia genera responsabilidad para cada funcionario titular de los órganos encargados de la aplicación del control convencional para el cumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente.

Para finalizar se puede establecer que derivado de la acción u omisión por parte de los Estados parte que contraríen, ignoren o vulneren las disposiciones contenidas dentro de los tratados en materia de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está facultada para determinar y sancionar dichas responsabilidades de una



forma complementaria al sistema normativo interno de cada Estado, en búsqueda del restablecimiento de los derechos vulnerados y la aplicación de sanciones respectivas.

La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es precisamente determinar la responsabilidad internacional de los Estados parte por las violaciones de los derechos humanos consagrados dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ventura Robles señala que “Producto de dicha función se da una formulación de estándares internacionales con base en su jurisprudencia y la consecuente interpretación que ésta hace de la Convención.”⁵⁷

Dentro de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 20 de marzo de 2013, se asevera que dentro de los conflictos que se sometan a su jurisdicción esta podrá emitir sentencias internacionales dictadas con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado, incluyendo todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, quienes también estarán sometidos al tratado y a la sentencia de dicho tribunal. Estos órganos están en la obligación de que las disposiciones de la Convención, y posteriormente, las decisiones de la Corte Interamericana, no sean mermados por la aplicación de normas contrarias.

Queda evidenciado de esta forma que desde ese momento se genera una responsabilidad con posibles sanciones dentro del espectro internacional, específicamente el sistema interamericano, del cual el Estado de Guatemala forma parte

⁵⁷ Ventura Robles, Manuel E. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Necesidad y Tipos de Sanción Aplicables en los Procesos de Justicia Transnacional**. Pág. 1.



íntegramente. Las decisiones de la Corte generan la presencia de cosa juzgada internacional, por lo tanto, el Estado está obligado a cumplir y aplicar las disposiciones convencionales y en su caso, las disposiciones de la Corte.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Estado de Guatemala viola los derechos humanos, los principios del derecho internacional, y sus obligaciones como parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Carta de las Naciones Unidas y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La violación ocurre en el marco de la adhesión a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la cual, según su Artículo 4, obliga a la adaptación legislativa interna para que la regulación de la salud de las personas con discapacidad alcance los estándares mínimos establecidos en dicho instrumento.

El Decreto 135-96 del Congreso de la República omite la prohibición de discriminación a las personas con discapacidad en la contratación de seguros de vida y salud, dejando vulnerables a estas personas. Dicha omisión, según el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es una vulneración a las obligaciones contraídas como Estado parte de la Convención referida y, adicionalmente, supone la violación de derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad según Artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es competencia del Congreso de la República de Guatemala la revisión de la normativa vigente y es recomendable una reforma que cumpla con las necesidades actuales del Estado, a través de la inclusión de estipulaciones prohibitivas que garanticen el acceso a la libre contratación de seguros de la persona con discapacidad y que proscriban comportamientos discriminatorios; subsanando de esa forma la responsabilidad en la que incurre el Estado de Guatemala, reestableciendo la juridicidad y el estado de derecho.





BIBLIOGRAFÍA

ALONSO UREBA, Alberto. **Derecho Internacional**. Madrid, España, Editorial McGraw-Hill, 1997.

ACCIOLY DO NASCIMENTO E SILVA, Hildebrando. **Manual de Derecho Internacional Público**. Sao Paulo, Brasil, Saraiva Educacao, 2019.

AGUADO DIAZ, Antonio León. Historia de las deficiencias. Madrid, España, Escuela Libre Editorial Fundación Once, 1995.

ARIAS, Luis. **Fundamentos de Derecho Internacional Público**. Santo Domingo, República Dominicana, Editora Universitaria -UASD-, 1988.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. **Derecho Internacional Público**. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

BERNES Y MERCER. **Discapacidad**. Londres, Inglaterra, Blackwell, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Introducción General al Control de Convencionalidad**. México, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

CARVAJAL, David. **El rol de los sujetos típicos y atípicos del derecho internacional público en la comunidad internacional, a la luz del mundo contemporáneo**. Chile, Universidad de las Américas, 2010.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la no discriminación**. México, s.e. 2018.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Observación general 5**. 2017.



COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD,
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Observación general 6.** 2018.

DEVANDAS AGUILAR, Catalina. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad.** 2018.

DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo. **Ciudadanía, identidad y exclusión social de las personas con discapacidad.** Madrid, España, Política y sociedad, Universidad Complutense de Madrid, 2010.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. **Instituciones de derecho internacional público:** Tomo I. Madrid, España, Tecnos, 1988.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denys. **La ciudad antigua.** Barcelona, España, Diamante, 1971.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al Derecho.** Ciudad de México, México, Editorial Porrúa, S.A., 1978.

GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ. **La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011).** México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. **El Ius Cogens Internacional.** México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Circuito Maestro de la Cueva, 2003.

GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. **Temas selectos de Derecho Internacional.** México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.



- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen. **Discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria.** Toledo, España, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2015.
- HERDEGEN, Matthias. **Derecho Internacional Público.** México, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho Internacional Público.** Guatemala, Maya Wuj, 2010.
- MALDONADO RÍOS, Erick Mauricio. **Derecho Guatemalteco de los Tratados Internacionales.** Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2013.
- MELÉNDEZ, Florentín. **Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado.** Bogotá, Colombia. Fundación Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- NAVA GOMAR, Salvador O. **La Omisión Legislativa Inconstitucional frente a la Jurisdicción Electoral.** Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Número 3. 2009.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud.** Madrid, España, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, 2001.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2001.
- PADILLA-MUÑOZ, Andrea. **Discapacidad: contexto, concepto y modelos.** Colombia, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, 2010.



- PAGLIARI, Arturo Santiago. **El derecho internacional público, funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los estados**. Argentina, s.e. 2004.
- PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid, España, Cinca, 2008.
- PÉREZ BUENO, Luis Cayo. **La Discriminación por razones de Discapacidad en la Contratación de Seguros**. Madrid, España, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad CERMI, 2004.
- PODESTÁ COSTA, L. A. y RUDA, José María. **Derecho Internacional Público**. Buenos Aires, Argentina, Tipografía Editora Argentina, 1996.
- ROCA TOCCO, Carlos Alberto (2006). **Origen y evolución del Derecho Internacional Público**. *Revista Electrónica IUSHISTORIA*. No.3. 1-17. www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm
- ROMAY, Lissette. **Derecho internacional público**. Maracaibo, Venezuela, Servieduca, 2010.
- ROUSSEAU, Charles. **Derecho Internacional Público**. Barcelona, España, Ariel, 1966.
- SIGÜENZA SIGÜENZA, Gustavo. **Implicaciones constitucionales en materia de antejuicio e inmunidades ante la adhesión de los estados al estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, estudio de derecho comparado**. Guatemala, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2021.
- TERÁN CEVALLOS, Mauro. **Manual de Derecho Internacional Público Contemporáneo**. Ecuador, Universidad Central, Editorial Universitaria, 1976.



VENTURA ROBLES, Manuel E. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Necesidad y Tipos de Sanción Aplicables en los Procesos de Justicia Transnacional**. Cartagena de Indias, Colombia, s.e. 2015.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco tomo III**. Guatemala, Editorial Universitaria, 2000.

ZAMORA, Jorge Luis y RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, tomo dos. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Legislación:

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

Declaración Universal de los Derechos humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, Naciones Unidas, Doc A/CONF.39/27 (1969), Viena, 23 de mayo de 1969.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de mayo de 2008.

Carta de las Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945, San Francisco California, Estados Unidos de América.

Código Civil, Decreto Ley 106. Enrique Peralta Azurdia, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. Enrique Peralta Azurdia, 1963.

Código de Comercio, Decreto 2-70. Congreso de la República de Guatemala, 1971.



Ley de Atención a las Personas con Discapacidad, Decreto 135-96. Congreso de la República de Guatemala, 1996.

Ley de Actividad Aseguradora, Decreto 25-2010. Congreso de la República de Guatemala, 2011.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Congreso Constituyente, 1917.

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad. Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2011.

Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 2008.

Ley Orgánica de Discapacidades de Ecuador. Asamblea Nacional de Ecuador, 2012.

Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Ley número 7600. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1996.

Ley de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley número 763. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, 2011.

Estatuto de la Unión de la Discapacidad Física en contra de la Segregación de Estados Unidos de América, 1974.

Jurisprudencia:

Auto de Ejecución de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, **expedientes acumulados 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630-2010**, de 10 de junio de 2010.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala: **Opinión Consultiva expediente 482-98** de 4 de noviembre de 1998.



Corte Interamericana De Derechos Humanos: **Opinión Consultiva expediente OC-18/03** de 17 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Opinión Consultiva expediente OC-21/14** de 19 de agosto de 2014.

Corte Interamericana De Derechos Humanos: **Opinión Consultiva OC-24/17** de 24 de noviembre de 2017.

Sentencia de Corte Constitucional de Colombia, **C-067 expediente D-4111** de 4 de febrero de 2003.

Sentencia de Corte Constitucional de Colombia, **C-131-14 expediente D-9786** de 11 de marzo de 2014.

Sentencia de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, **expediente 3846-2007**, de 5 de junio de 2008.

Sentencia de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, **expediente 1555-2002 y 1808-2002**, de 13 de agosto de 2003.

Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, **expediente: Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México**. Excepción Preliminar de Fondo. Reparaciones y Costas, de 16 de noviembre de 2009.

Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, **expediente: Caso Mendoza y otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, de 14 de mayo de 2013.

Sentencia de Corte Interamericana De Derechos Humanos, **expediente: Caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia** de 15 de septiembre de 2005.



Sentencia de Corte Interamericana De Derechos Humanos, **expediente: Caso Ramírez Escobar y otros contra Guatemala**, 9 de marzo de 2018.

Sentencia de Corte Interamericana De Derechos Humanos, **expediente: Caso Ximenes Lopes contra Brasil**, de 4 de julio de 2006.

Sentencia de Corte Interamericana De Derechos Humanos, **expediente: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**, de 26 de septiembre de 2006.