

SEGUNDA PARTE

COMPARACIÓN ENTRE LOS CRITERIOS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO (ESPAÑA) Y LOS DEL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS (GUATEMALA, 1993-1995)

IV. Análisis comparativo	45
1. Derecho a la cultura	45
A. Criterios del defensor del pueblo	48
B. Criterios del procurador de los derechos hu- manos	49
C. Análisis comparativo	56
2. Derecho a la educación	59
A. Criterios del defensor del pueblo	61
B. Criterios del procurador de los derechos hu- manos	62
C. Análisis comparativo	64
3. Derecho a la salud, seguridad social y asistencia social	66
A. Tema 1: Historial clínico	68
B. Tema 2: Servicio hospitalario	71
C. Tema 3: Atención integral y dignidad del paciente	81

D. Tema 4: Seguridad social para trabajadores de misiones y consulados	83
E. Tema 5: Jubilados y seguridad social	85
F. Tema 6: Discapacitados mentales y seguridad social	90
 4. Derecho al trabajo	 93
 A. Tema 1: Disposiciones nulas en materia de trabajo	 95
B. Tema 2: Derecho a no ser despedido, sin mediar justa causa	98
C. Tema 3: La presunción de inocencia y la audiencia, en el procedimiento administrativo en materia de trabajo	100

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO²⁵

1. *Derecho a la cultura*

Se inicia esta parte, de acuerdo a la disposición que sobre los derechos económicos, sociales y culturales, establece la Constitución Política de la República de Guatemala. Dos artículos son básicos, por lo que conviene citarlos:

Artículo 57. Derecho a la cultura. Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la Nación. Artículo 61. Protección al patrimonio cultural. Los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el Centro Cultural de Guatemala, recibirán atención especial del Estado, con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales. Estarán sometidos a régimen especial de conservación el Parque Nacional Tikal, el Parque Arqueológico de Quiriguá y la ciudad de Antigua Guatemala, por haber sido declarados Patrimonio Mundial, así como aquéllos que adquieran similar reconocimiento.

Por su parte, la Constitución española indica:

25 A continuación vienen las citas de algunas recomendaciones y sugerencias del defensor del pueblo, y considerandos del procurador de los derechos humanos, con la finalidad de que, basados en casos o supuestos parecidos, después salgan a luz similitudes y diferencias en cuanto a las “doctrinas” sentadas, para luego extraer un “ideario” de criterios —en lo que sea aplicable al caso de Guatemala—, para la salvaguarda y protección de los derechos económicos, sociales y culturales requeridos por un país que ha vivido una guerra de 35 años, y que mediante distintos beneficios sociales podrá satisfacer, en parte, las aspiraciones de paz firmadas en los acuerdos respectivos.

Artículo 44, 1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general. Artículo 46. Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

En el ámbito universal específico, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estatuye:

15. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus obligaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fenómeno y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

En uno de sus informes, el defensor del pueblo mencionó sobre el escaso número de quejas en relación con el tema. Claro, se entiende en cuanto a la cantidad, pero se estima que un solo caso trae consigo numerosas consecuencias, porque la conservación —y en la mayoría de supuestos, la depredación— del patrimonio cultural tiene el efecto expansivo de tocar valores intrínsecos no sólo del país sino de la región específica donde suceda ligada a sus monumentos y sitios, tanto por razones de tipo cultural como las que entrañan una serie de valores de identidad cultural, afectivos y espirituales, que la legislación también tiene que tomar en cuenta hasta donde le sea posible:

Como en años precedentes, ha sido muy escaso el número de quejas relativas a la actividad administrativa en materia de cultura.

Los múltiples servicios que las distintas administraciones prestan en este ámbito no parecen ser objeto de una preocupación inmediata por parte de los ciudadanos, al menos en lo que se refiere a plantear ante esta institución constitucional las deficiencias o disfunciones que en relación con los mismos puedan observarse. Si acaso, hay una mayor incidencia de quejas en los aspectos relativos a la conservación del patrimonio histórico-artístico español.²⁶

En 1993 tuvo lugar en la Antigua Guatemala un caso notable y vergonzoso, más adelante mencionado. Esto fijó la pauta para que el procurador de los derechos humanos sentara varios puntos:

La actuación del procurador de los Derechos Humanos responde a la pregunta del porqué de su intervención en el presente caso, por lo que conviene indicar que, el título II de la Constitución comprende también los Derechos Sociales, dentro de los cuales están, entre otros, el derecho a la cultura, al patrimonio cultural y su protección, especificando que “Los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el Centro Cultural de Guatemala, recibirán atención especial del Estado, con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales. Estarán sometidos a régimen especial de conservación el Parque Nacional Tikal, el Parque Arqueológico de Quiriguá y la Ciudad de Antigua Guatemala, por haber sido declarados Patrimonio Mundial, así como aquellos que adquieran similar reconocimiento”. En tal sentido al denunciarse una violación al Derecho Humano Social a la Cultura y Patrimonio Cultural, el Procurador de los Derechos Humanos está obligado a conocer, investigar y dictar la resolución que en derecho corresponda, en cumplimiento al artículo trece de su Ley Específica.²⁷

26 Defensor del Pueblo, *Informe anual 1994 y debates en las Cortes Generales*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General, Dirección de Estudios I, *Informe*, p. 869.

27 Informe de 1993, Resolución del 18 de junio de 1993 (primer considerando) p. 157.

En este capítulo, los criterios tanto del Defensor como del Procurador no solamente están identificados en su respectivo pie de página sino también con el nombre del monumento o sitio tratado para una fácil ubicación.

A. Criterios del defensor del pueblo

a. Caso: Yacimiento arqueológico del Teatro Romano

La mencionada Corporación comunica a esta institución que, con motivo de la aparición del yacimiento arqueológico del Teatro Romano, se inició expediente por el Ministerio de Cultura de declaración de Conjunto Histórico, Artístico y Arqueológico con carácter Nacional a favor del Teatro Romano y su entorno en Tarragona.²⁸

Respecto a este acuerdo surgen varias dudas, cuya aclaración necesitamos para continuar con nuestras actuaciones.

1. Es preciso tener constancia sobre la existencia real de dicho acuerdo.

2. En el supuesto de que el mencionado acuerdo se llegase a adoptar, es necesario conocer el alcance del compromiso y si consta formalmente en algún documento.

3. En el caso de que el acuerdo en cuestión no conste formalmente en parte alguna, deseamos saber si constituyó un acuerdo adoptado por manifestación de voluntades sin formalizar, ya que tanto el Ayuntamiento de Tarragona como los interesados hacen alusión al mismo pero no la justifican documentalmente. En este último supuesto, estimamos que sería conveniente que se llevase a cabo el compromiso contraído por razones de carácter ético, ya que hay que considerar que la Comunidad de Bienes se encuentra perjudicada por la limitación del derecho de propiedad.²⁹

28 Defensor del Pueblo, *Recomendaciones y Sugerencias 1986*. Recomendación 18/1986, de 7 de mayo (Madrid; 1990), p. 81. Para los efectos de este trabajo, se citará la recomendación y/o sugerencias respectiva y fecha de la misma, en el entendido de que el año que sigue a la fecha, corresponde también al tomo donde se encuentra recopilada.

29 *Idem*, p. 82.

b. Caso: Convento de San Antonio el Real de Segovia

En la queja 9319783 se exponía que el convento de San Antonio el Real de Segovia, declarado monumento histórico-artístico de carácter nacional por Decreto de 3 de junio de 1931, se encontraba en lamentablemente estado de conservación sin que las autoridades administrativas competentes hubieran adoptado medida alguna en orden a su debida protección y recuperación. Trasladada esta queja al Ayuntamiento de Segovia y al Director General de Patrimonio y Promoción Cultural de la Junta de Castilla y León, este último organismo autonómico remitió un informe a cuyo contenido esta institución no pudo dar conformidad, habida cuenta que los únicos datos que se aportaban, acerca de las últimas inversiones en obras realizadas por la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el citado convento, no permitían contrastar los supuestos que el formulante de la queja denunciaba ante esta institución respecto al hipotético deficiente estado de conservación de este monumento... Los datos recabados tras la tramitación de esta queja, así como las obligaciones que a la Junta de Castilla-León incumben respecto al deber de proteger el monumento de referencia, por ser integrante del patrimonio histórico español, motivaron la formulación de una sugerencia a la Dirección General de Patrimonio y Promoción Cultural de la Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León, en orden a que fueran adoptadas de inmediato las precisas medidas de conservación, consolidación y rehabilitación del convento de San Antonio el Real... esta institución valoró positivamente la aceptación de la sugerencia, lamentando no obstante que su cumplimiento no pudiera ser inmediato a causa de los límites presupuestarios, acerca de los cuales, evidentemente, no cabe pronunciamiento alguno.³⁰

B. *Criterios del procurador de los derechos humanos*

a. Caso: Convento de Capuchinas

El Procurador de los Derechos Humanos está consciente del deterioro generalizado que está sufriendo la Ciudad de Anti-

30 *Informe anual 1994 y debates en las Cortes Generales*, pp. 869 y 870.

gua Guatemala, lo que se ha evidenciado a través de problemas sociales y económicos que sufren sus habitantes, especialmente al ser desplazados por diversos factores que paulatinamente hace que la comunidad local pierda su tranquilidad e identidad cultural, de acuerdo a valores, costumbres y preservación de su autenticidad con la falta de respeto al estilo arquitectónico de la Ciudad de Antigua Guatemala, de nuevas construcciones que se están realizando, así como con la falta de cumplimiento en la conservación y resguardo de sus monumentos, con la indiferencia y complacencia de las autoridades competentes para el resguardo de la misma, no obstante haber sido declaradas Patrimonio Mundial, debiendo ser protegida como tal, según lo establece la Constitución Política de la República y la Ley Específica.³¹

La “Ley Protectora de la Ciudad de la Antigua Guatemala”, regula lo concerniente a la protección, conservación y restauración de la Antigua Guatemala y áreas circundantes que integran una sola unidad de paisaje, cultura y expresión artística, y la creación del Consejo Nacional para la Protección de la Antigua Guatemala y áreas circundantes que integran una sola unidad de paisaje, cultura y expresión artística, y la creación del Consejo Nacional para la Protección de la Antigua Guatemala, como el ente estatal que debe velar por su cuidado, protección, restauración y conservación de los bienes situados en dicha ciudad, así como las funciones que debe ejecutar el Conservador de la Ciudad, quien tiene entre otras: estudiar los planos y especificaciones de los proyectos, edificaciones y restauración, formulando las recomendaciones técnicas del caso, para la aprobación de los proyectos por el Consejo, y supervisar la ejecución de las obras. La ley, asimismo prohíbe en su artículo catorce la reconstrucción de, entre otros, los templos, capillas, ermitas, oratorios, monasterios, casas parroquiales y los edificios de uso público, porque la reconstrucción elimina la autenticidad y permite libertades que producen modificaciones de los valores estéticos e históricos. Corresponde también al Ministerio de Cultura y Deportes velar por el Patrimonio Cultural de la Nación, a efecto de que el mismo sea debidamente resguardado.³²

Que desde el punto de vista técnico, los trabajos realizados posiblemente reúnan las características normales de ejecución de una obra de ingeniería civil, pero no de una obra de in-

31 *Informe de 1993*, Resolución del 18 de junio de 1993 (segundo considerando), pp. 157 y 158.

32 *Idem*, p. 158.

intervención en un Monumento Colonial; se ha buscado la consolidación del edificio desde el punto de vista estructural, lo que no garantiza que se hayan respetado los vestigios históricos del monumento, al no haberse empleado los elementos y sistemas estructurales originales, lo que le imposibilita la autenticidad al trabajo de restauración que se pretende, ya que de esa manera, se han alterado sustancialmente los vestigios históricos, además de modificarlos notoriamente; respetándose la apariencia, pero no la esencia de la estructura original, lo que demuestra una intervención cuya finalidad es la reconstrucción del Monumento, a efecto de utilizarlo para diferentes actividades (culturales, sociales, artísticas, etc.), en menoscabo de su categoría al no revelar el valor histórico y estilo original del mismo.³³

No existe un Proyecto de intervención que demuestre que los trabajos que se han realizado en el Convento de Capuchinas tienen por objeto la restauración que permita seguir revelando el valor estético e histórico original, lo que se ha hecho evidente a través de los cambios introducidos a muchas de sus partes y ambientes (colocación de redes telefónicas y eléctricas, soleras en cabezas de muros, reconstrucción de los arcos y techos del templo, y colocación de techos nuevos en el segundo nivel); con lo que se han deteriorado los vestigios históricos del Convento como tal, dados los procedimientos de la obra física que se han empleado, modificando en exceso las estructuras originales, específicamente lo que concierne a los arcos y techos del templo, a los que se les colocó una cubierta de lona vinílica impermeable, sostenida con piezas de sección tubular unidos centralmente mediante un conector octogonal, sobre las cuales se apoya la citada lona con sus respectivos amarres; así como las instalaciones para una batería de baños ubicada en el segundo nivel del edificio; las dovelas de los arcos fueron transformadas y no dejaron ni una sola que sirviera de ejemplo de su original.³⁴

b. Caso: Antiguo Camino Real del Golfo

Es necesario el análisis del informe rendido por el Instituto de Antropología e Historia de Guatemala, cuyas partes conducentes se citan así: “La vía de comunicación en el sector de la zona 6 y zona 18 que pasa sobre el puente colonial, de hecho

33 *Idem* (cuarto considerando), p. 158.

34 *Idem* (octavo considerando), p. 159.

formaba una vía pública, pero será la Municipalidad de Guatemala, a través de su Dirección de Planificación Urbana y el Ministerio Obras Públicas y Comunicaciones (*sic.*), a través de la Dirección de Caminos, quienes deberán determinar su carácter legal por ser de uso público. Se ha venido atendiendo la restauración y rescate del puente colonial sobre el Río de Las Vacas, recuperando también el trazo del antiguo Camino Real del Golfo (1,735) como monumento histórico importante en la historia del Valle de la Ermita que originó el asentamiento del Valle de la Virgen del Carmen en la actual Guatemala de la Asunción... Este puente constituye el antiguo camino hacia el oriente de Guatemala con las relaciones comerciales establecidas en esa época. El significado de la Comunicación desarrolló de tal manera características muy particulares como son el empedrado del mismo camino, ya que son caminos inclinados, lo que requería la seguridad de la Vía, tal como se ha venido observando en otros caminos antiguos de la República. Por lo mismo este tipo de construcción de piedra integra el carácter histórico de dicho camino antiguo asociado con el puente colonial conocido también como puente Lavarreda. Se desprende además que el mismo camino sirvió de comunicación hacia la Ciudad de Santiago de Guatemala, capital del Reino de Guatemala, cuando tenía como paso en la recién fundada Ermita del Carmen en 1,620; aunque el puente se construye hasta 1,735. Este antiguo camino se utilizó hasta la inauguración del puente Belice en 1,953. Según los cronistas coloniales la primera estancia de Juan Corz con la Virgen del Carmen, imagen que traía por encargo de Santa Teresa de Jesús desde España, fue precisamente el Rincón de La Leonera. En 1,620 los habitantes de esa aldea dispusieron construir la Ermita a la Virgen en el cerro conocido hoy del Carmen;... LA GARITA DEL GOLFO Y FORTINES MILITARES: La vía de comunicación del antiguo puente colonial de Lavarreda, especialmente la comercial, fue un sector en donde los Oficiales Reales de la época colonial, y la Aduana después de la Independencia, controlaban el ingreso de los productos comerciales hacia el Valle con las leyes fiscales de ese momento; era importante la ubicación de una garita, que se conoce como la Garita del Golfo. Como resultado de ese control fiscal son los vestigios que aún se conservan en la parte poniente del puente sobre los cerros de un fortín militar, según se desprende formaban parte de la defensa de la ciudad durante el régimen de Rafael Carrera (1,838-1,865) contra las milicias morazanecas que mantenían el principio centroamericano de la Federación. Estos vestigios históricos tienen una gran importancia histórica en ese

sector, por lo mismo deben conservarse y protegerse debidamente, por formar parte del Patrimonio Histórico Nacional. Estos tres monumentos históricos en el sector del cementerio Las Bouganvillas forman parte del Patrimonio Histórico Nacional, aunque el puente está regulado por el Acuerdo 1210-70; los otros monumentos están protegidos por los artículos 1 y 2 del decreto 425 del Congreso de la República, por lo mismo se sujetan a áreas de conservación y protección que deberán establecer sus perímetros históricos, ante cualquier tipo de construcción en los entornos y bajo la supervisión del Instituto de Antropología e Historia...” Todo ello hace que el Magistrado de Ciencia estime la urgencia de que los organismos responsables, pongan la atención del caso, para que el rescate del patrimonio nacional sea una actividad permanente, que fortalezca los lazos ancestrales y culturales de todos los guatemaltecos.³⁵

c. Caso: Inmueble de la 7a. Avenida
y 8a. Calle, zona 1

Que todos los monumentos, objetos arqueológicos, históricos y artísticos del país existentes en el territorio de la República, sea cual fuere su dueño, se consideran parte del tesoro cultural de la nación y están bajo la salvaguarda y protección del Estado; son Monumentos Históricos los inmuebles o parte de ellos y los muebles no comprendidos dentro de los monumentos arqueológicos que estén directamente vinculados a la historia política o social de Centro América. En tal sentido se crea el Registro de la Propiedad Arqueológica, Histórica y Artística, que es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación, cancelación y publicidad de los actos y contratos relativos a los derechos que afectan a los monumentos, objetos arqueológicos, históricos y artísticos que sean propiedad del estado, así como los que son propiedad o están poseídos por particulares. Los poseedores y propietarios particulares quedan obligados a inscribir en el registro mencionado, las colecciones y objetos arqueológicos, históricos o artísticos que sean de su propiedad o los tengan en posesión y los trasposos de dominio o posesión que efectúen a favor de otras personas naturales o jurídicas.³⁶

35 Ref. Exp. Gua. 239-93/DES. Resolución del 9 de enero de 1995 (considerando II —sobre los derechos culturales—).

36 Ref. Exp. EIO. 78-95/DS. Resolución del 21 de julio de 1995 (segundo considerando).

Que los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el CENTRO CULTURAL DE GUATEMALA, recibirán atención ESPECIAL DEL ESTADO, con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales; deberá entonces adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalidar y rehabilitar ese patrimonio cultural, en tal sentido la destrucción, deterioro o daño de monumentos u objetos arqueológicos o históricos de poblaciones típicas o pintorescas o zonas de ellas o lugares de belleza natural, constituye delito o falta sancionada inclusive con prisión, debiendo en consecuencia el ente competente de investigación del Estado, iniciar las acciones legales pertinentes con el fin de deducir responsabilidades a quienes resulten responsables.³⁷

Que Guatemala de la Asunción es un ejemplo único en América Latina, producto de una traslación de un Centro Geopolítico de gran envergadura, ANTIGUA GUATEMALA al Valle de la Ermita; se concentran en esta ciudad un sin número de edificaciones religiosas y civiles con estilo neoclásico, manifestándose de esa forma la identidad arquitectónica de la ciudad, que no es otra cosa que el producto de su historia. Con la demolición de este monumento se ha dañado irreversiblemente un testimonio de la Historia Patria que fue construido en el pleno corazón de la Plaza Mayor en lo que antiguamente se llamó la Calle de los Mercaderes, hoy octava calle de la zona uno; era tan importante en su época pues dividía el Norte y el Sur de la Nueva Guatemala de la Asunción, como un eje comercial de gran importancia. Destruído ese monumento, no se puede alegar la construcción o reconstrucción de un nuevo edificio al estilo original, porque sería una falsedad histórica que dañaría irremediablemente el patrimonio histórico de la ciudad, otra cosa hubiese sido limpiar el inmueble de las construcciones agregadas que no son parte de la edificación original para luego proceder a una verdadera y propia restauración, que implicaría rescatar los espacios abiertos (patios) y cubiertos, así como su volumetría, respetando eso sí, detalles construidos tanto en los techos como fachada, con lo que se habría rescatado ese bien histórico y la población tendría un lugar idóneo para admirar y respetar un buen ejemplo de la arquitectura tradicional de los siglos dieciocho y diecinueve.³⁸

37 *Idem* (tercer considerando).

38 *Idem* (cuarto considerando).

Que el inmueble ubicado en la esquina de la séptima avenida y octava calle de la zona uno de esta ciudad capital y que fue declarado MONUMENTO HISTÓRICO NACIONAL por el Decreto cuatrocientos veinticinco del Congreso de la República, fue destruido en todo su interior por personas particulares sin contar con la autorización o licencia respectiva. Además, violaron los sellos colocados por la Municipalidad de Guatemala en tres puertas del inmueble, con los cuales se pretendía evitar que destruyeran el referido Monumento Histórico. Los trabajos de demolición fueron realizados en horas de la noche de días inhábiles, con el propósito de evadir cualquier acción administrativa municipal o judicial; del edificio únicamente queda erguida la fachada. El descombramiento fue suspendido, no por una acción de la Municipalidad de Guatemala o del Instituto de Antropología e Historia de Guatemala, sino por el temor de un proceso judicial que fue solicitado por las autoridades de las instituciones anteriormente referidas al Ministerio Público y al parecer por las noticias aparecidas en el matutino PRENSA LIBRE, que jugó un papel importante con sus publicaciones sobre la destrucción de ese monumento histórico, ubicado en el corazón del Centro Cultural de la ciudad capital.³⁹

Que del análisis de la denuncia de mérito, informes recabados y de las visitas *in situ* realizadas por personal del Área de Derechos Sociales del Procurador de los Derechos Humanos, se constató la importancia de ese Monumento Histórico, por haber sido edificado en el siglo dieciocho y que por su ubicación, séptima avenida y octava calle zona uno de esta ciudad capital, hace suponer que pertenece a una plaza que en su época era el centro de actividades cívicas, culturales, sociales y comerciales, resulta evidente que el Instituto de Antropología e Historia y el Consejo Consultivo del Centro Histórico del Centro Histórico de la Municipalidad de Guatemala, no ejercieron las acciones pertinentes a efecto de preservar ese monumento, motivo por el cual es obligación del Procurador de los Derechos Humanos pronunciarse al respecto, ya que con la negligencia con que se trató el presente caso, se violaron derechos culturales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, referentes al Patrimonio Cultural de la Nación, los que está llamado a tutelar, debiendo en consecuencia emitirse la declaración que en derecho corresponde.⁴⁰

39 *Idem* (quinto considerando).

40 *Idem* (sexto considerando).

C. Análisis comparativo

1. Para que el *Ombudsman* tenga la certeza de que se trata de un caso sobre el patrimonio histórico será necesario contar con el documento en el que conste la declaración o reconocimiento de tal. Al momento de la presentación de la queja correspondiente se girarán las instrucciones y oficios a la administración pública, a quien generalmente se le requiere la documentación justificativa, y deberá remitirla por imperativo legal. Pero nada obsta a que sea el quejoso quien la presente. En el caso del procurador, puede estarse a la colaboración pedida a éste, con el objeto de agilizar el trámite del expediente.⁴¹

Otra situación que deberá tenerse en cuenta, es que la protección de tales sitios y monumentos comienza desde el momento mismo de su inscripción en el registro o archivo correspondiente, porque uno los principios del Derecho Registral, en este caso la inscripción, es determinante.⁴²

Lamentablemente su omisión ha originado “monstruosidades”, porque ante la falta de registro y su inminente desprotección, cualquier depredador y sin sentido histórico, puede actuar contra éstos y también quedan impunes sus acciones, tanto en el ámbito administrativo, como en el penal (similitud, casos: Yacimiento Arqueológico del Teatro Romano; Convento de San Antonio el Real de Segovia, Convento de Capuchinas, y Edificio de la 7a. avenida y 8a. calle).

2. El *Ombudsman* al tener conocimiento del contenido del acuerdo o declaración correspondiente, constatará los alcan-

41 “Cabe considerar que es necesario, cuando el Magistrado de Conciencia lo requiera, que la parte interesada aporte los elementos necesarios, que sirvan de base para emitir una resolución suficientemente fundamentada, independientemente de la investigación que obligatoriamente deba realizarse...” REF. EXP. GUA. 166-95/DES. Resolución del 1 de agosto de 1995 (considerando único —Sobre el Procurador de los Derechos Humanos y la colaboración del quejoso—).

42 Cfr. Artículo 10 de la Ley sobre protección y conservación de los monumentos, objetos arqueológicos, históricos y típicos (decreto 425 del Congreso de la República, del 19 de septiembre de 1947).

ces del mismo, y así tendrá un marco preciso de referencia. Se estima lo anterior, porque de lo contrario podría invadir esferas que no le competen, al momento de gestionar y resolver la queja (similitud, casos: Yacimiento Arqueológico del Teatro Romano y Convento de San Antonio el Real de Segovia).

3. En este tipo de denuncias se alega el estado de abandono descuido o destrucción del sitio. Lo anterior obliga la visita *in situ* del *Ombudsman*, quien a simple vista constatará, muchas veces, el lamentable estado del lugar. Para este supuesto, el acompañamiento de asesores o expertos en la materia contribuirá a dar, además del carácter jurídico de la resolución que emita, el de tipo técnico, que luego orientará a la administración pública, para la eventual solución del problema planteado. En el caso del inmueble situado en el Centro Histórico de la ciudad de Guatemala, en la visita efectuada se apersonó el licenciado en Historia y Cronista de la Ciudad, Miguel Álvarez Arevalo, quien hizo un esbozo, tanto histórico como técnico, del problema que se presentaba en esa ocasión⁴³ (similitud, casos: Convento de San Antonio el Real de Segovia; Convento de Capuchinas; y Edificio de la 7a. avenida y 8a. calle, zona 1).

4. El Magistrado de Conciencia, señala a la autoridad responsable, aunque se considera que, para los efectos de la sanción moral perseguida, no basta únicamente con indicar el cargo, sino el nombre de su titular. También, cuáles son las deficiencias, generalmente por omisión, de las autoridades en orden a la debida protección, conservación o resguardo y recuperación de los lugares y objetos históricos, tal el caso de exigir la presentación del proyecto en el que figuren los planos, debidamente autorizados, para llevar a cabo tal o cual actividad de conservación o reparación, respetando al máximo la génesis de su construcción (similitud, casos: Convento de San Antonio el Real de Segovia; Convento de Capuchinas; y Edificio la 7a. avenida y 8a. calle, zona 1).

43 Cfr. cuarto considerando.

5. Al momento de recibir el informe de la autoridad responsable, el Comisionado lo evaluará y mostrará la conformidad o inconformidad con éste, tomará en cuenta los aspectos históricos y técnicos del mismo para resolver (similitud casos: Convento de San Antonio el Real de Segovia; y Antiguo Camino Real del Golfo).

6. Todo el acopio de la documentación pertinente, hará que el *Ombudsman* determine sobre las medidas de conservación, consolidación y rehabilitación del sitio aludido. Incluso cuando existan conceptos ambiguos u oscuros en la legislación correspondiente, se considera que deberá hacer una interpretación que clarifique los términos, tal el caso de Capuchinas, donde indicó que los trabajos realizados, no eran igual a una obra de intervención en un Monumento Colonial, exponiendo las razones en las que se apoyaba tal diferencia⁴⁴ (similitud, casos: Convento de San Antonio el Real de Segovia; Convento de Capuchinas; Antiguo Camino Real del Golfo; y Edificio de la 7a. avenida y 8a. calle, zona 1).

7. Si bien no caben los pronunciamientos sobre cuestiones de orden presupuestario, nada obsta a que el *Ombudsman* interponga sus buenos oficios ante la autoridad correspondiente, para que se lleven a cabo las gestiones administrativas, que faciliten la obtención de los recursos que contribuyan al mantenimiento, conservación y rescate de los monumentos históricos, debido al “*peso político*” que una gestión de este tipo, significaría (criterio del defensor del pueblo, caso; Convento de San Antonio el Real de Segovia).

8. Merece una especial mención, el hecho que la Ley sobre protección y conservación de los monumentos, objetos arqueológicos, históricos y típicos, con más de cincuenta años de vida, sea tan amplia al incluir tales objetos en esta clasificación, “sea quien fuere su dueño”, lo que ensancha el contenido del “tesoro cultural de la nación” y los vincula no sólo a la historia de Guatemala sino a la de Centroamérica también (criterio del procurador de los derechos humanos, caso: Edificio de la 7a. avenida y 8a. calle, zona 1).

44 Cfr. *Informe de 1993* (cuarto considerando), p. 158.

9. Los medios de comunicación social, juegan un papel básico en la denuncia, entre otros casos, de todas aquellas acciones u omisiones que pongan en peligro la conservación del patrimonio cultural. Ello permite iniciar de oficio el expediente respectivo, teniendo como punto de partida el documento escrito, televisado o radiado, que tiene la facilidad de conmover a la opinión pública, no digamos, de aportar elementos muy valiosos —sin perjuicio de su posterior comprobación—, para la investigación y resolución del caso (criterio del procurador, caso: Edificio de la 7a. avenida y 8a. calle, zona 1).

2. *Derecho a la educación*

La Constitución de Guatemala establece:

Artículo 71. Derecho a la educación. Se garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente. Es obligación del Estado proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna. Se declara de utilidad y necesidad públicas la fundación y mantenimiento de centros educativos culturales y museos.

Artículo 72. Fines de la educación. La educación tiene como fin primordial el desarrollo integral de la persona humana, el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal. Se declaran de interés nacional la educación, la instrucción, formación social y la enseñanza sistemática de la Constitución de la República y de los derechos humanos.⁴⁵

La Constitución de España regula:

Artículo 27 1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza... e. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales... 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de

45 Cfr. *Exps.*, 303-90 y 330-90; G. 20, pp. 29-33.

todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

En el ámbito universal específico, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estatuye:

13. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz; 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con el objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) se debe proseguir activamente el desa-

rollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. 3) Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescribe o apruebe en materia de enseñanza, y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en estas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescribe el Estado.

A. Criterios del defensor del pueblo

a. Caso: Recomendación 3/1990, de 30 de marzo

El principio de seguridad jurídica de los estudiantes, quienes no sólo tienen derecho a conocer el marco de su actividad académica, sino que además no deben quedar expuestos a interpretaciones indebidas, en la aplicación de las normas y en el ejercicio de la potestad sancionadora...⁴⁶

b. Caso: Recomendación 15/1990, de 20 de noviembre

Esta institución considera de absoluta necesidad que en lo sucesivo se realicen actuaciones tendentes a conseguir una correcta aplicación de la normativa sancionadora,...por los órganos competentes de los centros docentes...sería necesario establecer la posibilidad y concretar en lo posible los supuestos en que los órganos sancionadores de los centros deban valorar la conveniencia de suspender o posponer el cumplimiento por los alumnos de determinadas sanciones, también particularmente en cuanto afecten al ejercicio de su derecho a la educación o a la escolaridad.⁴⁷

46 Recomendación 3/1990, de 30 de marzo, p. 8.

47 Recomendación 15/1990, de 20 de noviembre, pp. 57 y 58.

c. Caso: Recomendación 5/1991,
de 24 de mayo

Se deduce, a juicio de esta institución, la existencia de un notable desconocimiento jurídico de la materia sancionadora por parte de los órganos a los que están atribuidas competencias de este tipo en los centros docentes y de los instructores nombrados en el ámbito escolar, desconocimiento que se refiere no sólo a la necesidad de observar determinados trámites procedimentales, sino a la razón de ser o sentido último de cada uno de ellos que no es otro que el de garantizar el derecho del alumno a su defensa y asegurar el acierto de la decisión sancionadora.⁴⁸

B. *Criterios del procurador de los derechos humanos*

Caso: Ref. Exp. Gua. 56-95/DS. Resolución
del 6 de abril de 1995

Que la educación se fundamenta en los principios del respeto a la dignidad de la persona humana y el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos; que tiene al educando como centro y sujeto del proceso educativo, orientado al desarrollo y perfeccionamiento integral del ser humano a través de un proceso permanente, gradual y progresivo, siendo los centros educativos esenciales para estos fines, ya que en ellos se ejecutan los procesos de educación escolar. En tal sentido son establecimientos que administra y financia el Estado para ofrecer sin discriminación alguna el servicio educacional a los habitantes del país, de acuerdo a las edades correspondientes a cada nivel y tipo de escuela, en ellos se debe aplicar normas relacionadas con los derechos y obligaciones debiendo el educando participar de manera activa, regular, puntual en las instancias, etapas y fases que lo requieran, cumplir con los requisitos expresados en los reglamentos que rigen a los centros de enseñanza, a la vez debe ser evaluado con objetividad y justicia, recibir orientación integral, ser estimulado positivamente en todo momento de su proceso educativo y sobre todo, ser inscrito en cualquier plantel de conformidad a lo establecido en la Cons-

48 Recomendación 5/1991, de 24 de mayo, p. 14.

titución Política de la República de Guatemala, siendo éste, un derecho inalienable.⁴⁹

Que la educación en nuestro país debe estar basada según nuestras leyes, en principios humanos, científicos, técnicos, culturales y espirituales, que formen integralmente al educando, lo preparen para el trabajo la convivencia social, que le permitan el acceso a otros niveles de vida; es decir, formar hombres útiles para nuestra Nación, de esa cuenta, se les debe brindar todas las oportunidades necesarias para que logren ese fin; asimismo, se les debe fomentar un completo sentido de organización, responsabilidad, orden y cooperación, desarrollando su capacidad para superar sus intereses individuales en concordancia con el interés social. El Estado debe entonces propiciar y facilitar la educación a todos los guatemaltecos sin discriminación alguna.⁵⁰

Se comprobó además que la determinación de no aceptarlo en el ciclo escolar de mil novecientos noventa y cinco, no fue consultada con la Supervisión del Nivel Medio, mucho menos con el Ministerio de Educación, únicamente se dio aviso de esa decisión en una carta fechada el tres de febrero del presente año y dirigida a la Licenciada María Alejandra Barrios, supervisora del Nivel Medio. Tampoco fue notificada la medida disciplinaria a la madre o al alumno, ellos tuvieron noticia de lo que sucedía hasta que llegaron a la inscripción en enero de mil novecientos noventa y cinco y ésta se había tomado a finales del ciclo lectivo de mil novecientos noventa y cuatro. Negarle la reinscripción a los alumnos, se considera una expulsión, ha ocurrido varias veces en el Instituto Nacional de Educación Básica “Justo Rufino Barrios”, Jornada Matutina; obra en el expediente una lista de treinta y siete jóvenes que no fueron recibidos en mil novecientos noventa y cuatro, en ese año se llegó al extremo de que personal del Procurador de los Derechos Humanos tuvo que batallar con las autoridades del establecimiento para que finalmente recibieran a un joven que no era aceptado, sencillamente porque provenía de la Escuela Nacional Central para Varones, porque tenía el pelo largo y consideraban era un chico problema; este alumno egresó el año recién pasado del Tercer Grado Básico de ese centro con buenas notas.⁵¹

49 Ref. Exp. Gua. 56-95/DS. Resolución del 6 de abril de 1995 (tercer considerando).

50 *Idem* (cuarto considerando).

51 *Idem* (quinto considerando).

El Procurador de los Derechos Humanos considera que se ha violado el Derecho a la Educación del menor KENY YOJANS RODRIGUEZ ORTIZ, al no haberlo reinscrito en el Instituto Nacional de Educación Básica “JUSTO RUFINO BARRIOS”, Jornada Matutina, toda vez que al analizar las “faltas” calificadas como graves por el Director y Comité Disciplinario de dicho establecimiento, no ameritaban una decisión como la que se adoptó, por el contrario debieron tomar otras medidas que estuvieran apegadas a las técnicas de la pedagogía moderna, en las que se afirma que antes de represión o castigo como el que se aplicó en este caso, debe haber por parte del educador, orientación, dirección, diálogo y sobre todo comprensión...⁵²

C. Análisis comparativo

1. El principio de seguridad jurídica en favor de los estudiantes, se compone de dos elementos, a saber: a) regulación de su actividad académica [en el caso de España, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación; y en el caso de Guatemala, la Ley de Educación Nacional (Decreto 12-91 del Congreso de la República)], descrita en los principios y fines que proclama el sistema educativo; y b) la recta aplicación normativa en la actividad sancionadora, contenida en los apartados del régimen disciplinario, tanto de las leyes como de los reglamentos de cada establecimiento, público o privado, incluyendo los principios administrativos de “audiencia debida” y “notificación a los interesados” (el alumno y sus padres o tutor); y la calificación objetiva, por parte de la persona u órgano encargado de sancionar, basado en hechos, no en suposiciones.

También existe el derecho-deber reconocido al educando, por una parte, a recibir la educación con todos sus componentes, y la obligación de respetar las normas y reglamentos, establecidos para el efecto (similitud, casos: 3/1990; 15/1990; 5/1991; y 56-95/DS.).

2. Debe ponderarse la conveniencia de suspender o posponer para los alumnos el cumplimiento de ciertas sanciones,

52 *Idem* (sexto considerando).

en cuanto afecten su derecho a la educación o escolaridad. En ambas legislaciones se proclama el desarrollo de la persona, y se entiende que una sanción puede atentar contra este fundamento, entonces, las autoridades educativas al momento de evaluar su aplicación deberán tener siempre en cuenta lo anterior. En caso de duda, se sostiene, habrá que estar al beneficio del educando (criterio del defensor del pueblo, caso: 15/1990).

3. Existe desconocimiento por las autoridades educativas de la actividad sancionadora, tanto de los procedimientos como de los órganos encargados de su realización (criterio del defensor, caso: 5/1991).

4. Los dos pilares sobre los que descansa la educación en el sistema guatemalteco son: el respeto a la dignidad de la persona y el cumplimiento de los derechos humanos. En cuanto al último, aun cuando el texto constitucional proclama la prioridad en la enseñanza de los derechos humanos —para que después sean cumplidos, comenzando desde la edad escolar—, no se evidencia política gubernamental alguna que sistematice la enseñanza de éstos. Supone lo anterior, la insistencia en el tema por el magistrado de conciencia.

El educando es el centro y sujeto del proceso educativo, sin discriminación alguna. Se sostiene, entonces, que no puede ser de otra forma, ya que la Constitución guatemalteca es antropocéntrica, y se incluye también el tema educativo. Los principales responsables de viabilizar lo anterior son los centros encargados de la enseñanza.

Los derechos humanos y los principios científicos, técnicos y espirituales recibidos preparan al educando para el trabajo y la convivencia social teniendo siempre presente la formación basada en la búsqueda del interés social sobre el particular (criterio del procurador, caso: 56-95/DS.).

5. Negarle la reinscripción a un alumno cuando no se ha probado la causa que evidencie tal medida, se considera expulsión del centro docente (criterio del procurador, caso: 56-95/DS.).

6. La medida disciplinaria debe considerarse como extrema, después de agotada la orientación, la dirección y el diá-

logo; todo lo anterior dentro de un margen de comprensión al estudiante (criterio del procurador, caso: 56-96/DS.).

3. Derecho a la salud, seguridad social y asistencia social

La Constitución Política de la República indica:

Artículo 93. Derecho a la salud. El goce de la salud es un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

Artículo 94. Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

Artículo 100. Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional unitaria y obligatoria. El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución —exenciones y deducciones a las universidades— tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo. La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada. El Organismo Ejecutivo asignará anualmente en el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, una partida específica para cubrir la cuota que corresponde al Estado como tal y como empleador, la cual no podrá ser transferida ni cancelada durante el ejercicio fiscal y será fijada de conformidad con los estudios técnicos actuariales del Instituto. Contra las resoluciones que se dicten en esta materia, proceden los recursos administrativos y el de lo contencioso-administrativo de conformidad con la ley. Cuando se trate de prestaciones, conocerán los tribunales de trabajo y previsión social.

La Constitución de España establece:

Artículo 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Artículo 43. 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Artículo 149. 1. El Estado tienen competencia exclusiva sobre las siguientes materias:... 17a. Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas...

En el ámbito universal específico, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estatuye:

9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social...

12. 1 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesidades para: a) la reducción de la mortalidad y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

A. Tema 1: Historial clínico

a. Criterios del defensor del pueblo

1) Caso: Recomendación 2/1986, de 24 de enero

En primer lugar a la necesidad de obtener el consentimiento previo y expreso de todo paciente antes de proceder a cualquier acto quirúrgico o exploración compleja, fundamentalmente en los supuestos en que se requiere anestesia. Ello parece obvio puesto que, a excepción de supuestos excepcionales, de extrema urgencia, o de incapacidad, en que la información procederá al familiar más cercano, en el resto de los casos es el propio paciente el que debe decidir libremente en este ámbito. Lo contrario, será convertirle en un simple objeto. No obstante, hemos podido verificar que existen Centros y Servicios donde esta información previa al paciente no se produce, ni siquiera en el supuesto de operaciones de alto riesgo. Es obvio señalar que el simple consentimiento nunca sería capaz de legitimar cualquier tipo de tratamiento, como son las prácticas experimentales abusivas o el comercio con órganos del cuerpo humano, que atentan contra la dignidad humana. En segundo lugar y como complemento del derecho anteriormente expuesto, ha de aludirse al deber por parte de la administración sanitaria de informar previamente, también al paciente o a sus familiares, en su caso, de las consecuencias y riesgos posibles del tratamiento propuesto que ha de sustentarse en toda una disciplina de información clínica y de las posibles alternativas que pudieran existir. Lógicamente, esta información habrá de ser tanto más precisa, cuanto mayor sea el riesgo del tratamiento correspondiente. Todo ello, por supuesto, ponderando adecuadamente las condiciones del enfermo o su familiar, desde el punto de vista cultural, familiar y social. No dudamos en poner especial énfasis en este aspecto de mejora de la información del paciente en muchos Centros y Servicios.⁵³

53 Recomendación 2/1986, de 24 de enero, pp. 20 y 21.

2) Caso: Recomendación 33/1993, de 20 de julio

La ley General de Sanidad en su artículo 10, apartado 11, establece el derecho del enfermo o sus familiares a recibir el informe de alta una vez finalizada la estancia en la institución hospitalaria, sin que en el precepto se recoja matización alguna en función de la causa por la que se produce la finalización de la asistencia, siendo, por tanto, predicable de todos los supuestos posibles de alta (prescripción facultativa, voluntaria o fallecimiento).⁵⁴

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

Caso: Ref. Exp. 99-92/F. Resolución
del 1 de agosto de 1994

Que al analizar la denuncia presentada e investigaciones realizadas, se hace difícil señalar si existió error al efectuar la intervención quirúrgica en el pie derecho y no en el izquierdo, quedando únicamente evidenciado que el doctor Jorge Waldemar García Aldana, era el responsable de hacer las anotaciones de la evolución del paciente y no lo hizo, por lo que no consta en el expediente médico la evolución del examen de la afección del pie operado, por lo que se catalogan las anotaciones como deficientes, al no anotarse que el pie a operar sería el derecho, igual que el hecho grave de no haberles indicado a los padres del paciente, con la debida anticipación, que el miembro a operar sería el derecho y no el izquierdo como éstos esperaban y más aún, cuando la afección del pie derecho no era observable a simple vista, por lo leve de la misma.⁵⁵

Que no habiendo sido posible determinar la responsabilidad de los Doctores Jorge Waldemar García Aldana y Mynor Rodolfo Chevez Posadas, por el supuesto error en la operación del pie derecho del menor Herlim Estuardo Aquino Barrios, puede evidenciarse negligencia médica por parte del Doctor Jorge Waldemar García Aldana, al no cumplir con llevar correctamente las anotaciones en el expediente médico, sobre la

54 Recomendación 33/1993, de 20 de julio, p. 123.

55 *Informe de 1994*, Ref. Exp. Gua. 99-92/F. Resolución del 1 de agosto de 1994 (primer considerando), p. 146.

evolución del paciente y más grave aún, no indicar a su debido tiempo a los padres del menor, la posible necesidad de operar el pie derecho, lo que provocó el problema de mérito, actitud que constituye un comportamiento administrativo lesivo a los intereses de los denunciantes, censurando en consecuencia su actuación.⁵⁶

c. Análisis comparativo

1. Es imprescindible el consentimiento del paciente, en cualquier acto quirúrgico o exploración, fundamentalmente en los casos en que se requiera anestesia. Este supuesto se considera, está íntimamente ligado a la dignidad de la persona, obviamente partiendo del respeto a su vida, vinculado éste con su integridad y seguridad (arts. constitucionales. 10 1. España, y 3o. Guatemala) (criterio del defensor del pueblo, caso: 2/1986).

2. Sin embargo, el criterio anterior no es absoluto, porque se presentan supuestos de extrema necesidad, en los cuales por el propio estado del paciente o su incapacidad, no es posible contar con su consentimiento; entonces deberá suplirse por el del familiar más cercano, tomando en cuenta siempre (médicos y familiares), todo aquello que potencialice al máximo, el respeto a la vida y a la salud del enfermo (criterio del defensor, caso: 2/1986).

3. En lo que a la responsabilidad médica refiere, la información clínica previa deberá advertir los riesgos del tratamiento u operación, así como sus consecuencias. A lo anterior se añade, siempre y cuando el paciente o familiar estén en posibilidad, la presencia de un médico de su confianza para que le oriente sobre los aspectos ya descritos, lo que permitiría tener en cuenta una segunda opinión (similitud, casos: 2/1986; y 99-92/F.).

4. La información clínica, también deberá tomar en cuenta la situación del enfermo (cuando pueda atenderla) o de su familiar, desde el punto de vista cultural, familiar y social. Dicho en otras palabras: el informante deberá ser lo más claro

56 *Idem* (tercer considerando).

(y menos técnico) posible, para que su interlocutor entienda lo mejor posible, la explicación dada, por lo que se insiste en la presencia del médico citado (criterio del defensor, caso: 2/1986).

5. Todos los supuestos anteriores, son aplicables al caso del informe de alta del paciente, sin excepción alguna, que va desde el normal egreso del centro médico respectivo, hasta las causas de su fallecimiento (criterio del defensor, caso: 33/1993).

6. Si bien es cierto que el sistema de seguridad social, es el responsable de la atención del paciente *in genere*, al momento de su situación en concreto (estancia en el centro de salud u hospital), debe existir un encargado específico y eficiente, para llevar las anotaciones del historial médico respectivo, con la finalidad de localizarlo para las consultas que otro médico, el enfermo o sus familiares puedan efectuarle. (criterio del procurador de los derechos humanos, caso: 99-92/F.).

7. Las deficiencias en el tratamiento del paciente y su historial (expediente) respectivo al no determinarse con total certeza la responsabilidad de los médicos, entraña un comportamiento administrativo lesivo, que se estima como algo que no llega a constituirse en violación a los derechos humanos, pero tampoco existen las causas que eximan de sanción moral, al presunto o presuntos responsables (criterio del procurador, caso: 99-92/F.).

B. Tema 2: Servicio hospitalario

a. Criterios del defensor del pueblo

Caso: Recomendación 32/1988,
de 28 de diciembre

Además de la visita girada a cada uno de los Centros, se han recabado de los organismos competentes diversos datos sobre la actividad asistencial, relativos a aspectos tales como el volumen de la asistencia prestada; la presión de las urgencias

sobre los ingresos en el hospital; el funcionamiento o no del principio organizativo de sectorización; y la intervención o no de los servicios de atención primaria en el acceso a los servicios de urgencia del Hospital, todos los cuales quedan recogidos en el presente estudio... Esta situación de déficit de camas se corroboró, asimismo, en la visita efectuada a la Unidad de Coordinación interhospitalaria de Madrid, en donde pudo apreciarse, en base al análisis de la documentación facilitada por la citada Unidad, la frecuente inexistencia de camas libres en los hospitales... No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, y como más adelante se indicará, la valoración acerca de la fiabilidad de la permanente información sobre las disponibilidad de recursos sanitarios, está condicionada por el hecho de que, al carecer de recursos informáticos, la mecánica seguida por la citada Unidad se limita al diario contacto telefónico, recabando información sobre la situación de las camas existentes... A su vez, el apreciable porcentaje de los ingresos por vía del Servicio de Urgencia inclina a pensar que, en algunos casos, este Servicio sustituye, de hecho, a la Unidad de Admisión y es utilizado para acceder al centro hospitalario por parte de personas que se encuentran en “listas de espera”... Aun siendo conscientes de la multiplicidad de factores que inciden en esta situación y de la dificultad de su objetivación, la trascendencia que, sobre el funcionamiento del Área de Urgencia hospitalaria, tiene esta circunstancia, nos obliga, aunque sólo sea a título de aproximación, a profundizar en sus causas. Con la salvedad señalada, pueden considerarse, entre otras, las siguientes causas: Deficiencias en la atención no urgente en el nivel de asistencia primaria. La falta de elementos de diagnóstico (radiología y analítica) en los Servicios extrahospitalarios de Urgencia. La inadecuada coordinación del hospital con la atención primaria. En la misma línea que el apartado anterior, la nula o deficiente interrelación entre los diferentes Servicios de Urgencia. La falta de una eficaz campaña de educación sanitaria de la población... Infraestructura y equipamiento. La infraestructura y equipamiento de estos Servicios depende en gran medida, como de otra parte es obvio, de las diferentes épocas de construcción de los respectivos Hospitales, así como de su grado de conservación... Esta situación ha motivado la confección de proyectos de reforma de varios Servicios, que, sin embargo, no se han llevado a cabo todavía, hasta el extremo de que el Servicio de Urgencia de “La Paz” tiene una ubicación provisional, prevista para seis meses, desde hace dos años... Ubicación y accesos. La ubicación idónea del Servicio de Urgencia requiere un acceso fácil desde el exterior y su

proximidad a los demás servicios del Hospital. Aunque estos parámetros se cumplen en la mayor parte de los hospitales visitados, sin embargo hay que anotar que los accesos presentan, en algún caso, graves dificultades al existir un túnel cuyas dimensiones impiden la llegada de las ambulancias... La entrada, por otra parte, se encuentra en algún caso bloqueada por la insuficiencia de las salas de espera, como se describe más adelante, lo que da lugar a que los visitantes se encuentren en pasillos y vestíbulos, dificultando las operaciones de transporte de los enfermos... Salas de observación. Esta unidad no existe como tal en varios centros... En otros Centros, en los que existe este servicio, resulta totalmente insuficiente y reúne unas condiciones deficientes de habitabilidad: carecen de luz natural, sin ventilación adecuada... Exploración. Los déficit estructurales (*boxes* de exploración; salas de observación) anteriormente comentados, dan lugar, en determinados centros, a una precaria atención al enfermo. Desde una falta de respeto a su propia intimidad, a las largas esperas para poder ser explorado, dado su estado, en lugares inadecuados (pasillos, salas de espera comunes, etc.)... Personal. No existe con carácter general una plantilla específica de personal para los servicios de urgencia. Este servicio se nutre normalmente, en turnos de guardia, de la plantilla del Hospital. En algunos hospitales, sin embargo, se contrata personal eventual destinado únicamente al servicio de urgencia... Hospitalización. El internamiento, como indicación terapéutica, plantea numerosos problemas en un alto porcentaje de los centros hospitalarios... Algunos hospitales han paliado este conflicto añadiendo camas provisionales... Otros aspectos de la asistencia de urgencia del Sistema Sanitario Público. Si bien el objeto principal del presente estudio se circunscribe al análisis y evaluación de las áreas de urgencia generales de los hospitales y, en el ámbito de la atención primaria, de los servicios especiales de urgencia, en el curso de la investigación desarrollada se han visitado, en algunos hospitales, los centros materno-infantiles, en los que, dada la naturaleza de las asistencias dispensadas, así como la infraestructura existente, la situación del área de urgencia es distinta a la planteada en los centros general y de traumatología y rehabilitación... Algunas observaciones en relación a los servicios de Pediatría y Maternidad... Los servicios de urgencia de los centros infantiles visitados se encuentran, en general, en mejor estado que el área de urgencia de los centros generales... En cuanto a los servicios de Obstetricia y Ginecología, destacaremos simplemente la buena dotación del correspondiente hospital... Conclusiones.... El elevado porcentaje de uti-

lización de los centros visitados conlleva, en muchos de ellos, la frecuente inexistencia de camas libres, circunstancia que distorsiona el funcionamiento del Área de Urgencia... El notable volumen de los ingresos realizados a través del servicio de Urgencia de los hospitales visitados, condiciona fuertemente la actividad asistencial programada... Un elevado porcentaje de las asistencias dispensadas en el Área de Urgencia Hospitalaria, debería, por su patología, haber sido atendido en el nivel de atención primaria... La mayoría de las Áreas de Urgencia de los hospitales visitados, adolece de diversas deficiencias en cuanto a su infraestructura y equipamiento... Con alguna excepción, la capacidad de las Salas de Espera de los Servicios de Urgencia de los hospitales es insuficiente... Respecto de la hospitalización, resulta preciso señalar lo siguiente: a) La falta de camas en un alto porcentaje de los centros hospitalarios, especialmente de aquellos de mayor capacidad. b) Como consecuencia de lo anterior, la ocupación de camas por encima de la teórica capacidad de los hospitales...⁵⁷

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

1) Caso: Ref. Exp. EIO. 16-93/DS. Resolución del 20 de septiembre de 1993

Reconoce expresamente en su artículo 93, que el goce de la salud es un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna. Indica en su artículo 95, la salud de los habitantes de la Nación es un bien público y que todas las personas e Instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento. Por otra parte, en su artículo 94, atribuye al Estado la obligación de velar por la salud y la asistencia social de todos los habitantes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social. Con gran amplitud la Constitución reconoce el derecho a la salud o derecho a la protección de la salud, derecho que tiene todo ser humano a disfrutar de un equilibrio biológico y social que constituya un estado de bienestar en relación con el medio que lo rodea. Este derecho, como otros reconocidos en el texto, pertenecen a todos los habitantes, a los que se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los

57 Recomendación 32/1988, de 28 de diciembre, pp. 162, 165, 167, 170, 171, 177, 179, 180, 193, 194, 197 y 198.

mientos. Constituye la prerrogativa de las personas de disfrutar de oportunidades y facilidades para lograr su bienestar físico, mental y social. Y corresponde al Estado la responsabilidad de garantizar su pleno ejercicio, con las modalidades propias de cada país de conformidad con su propio sistema. El ejercicio del derecho implica que el Estado debe tomar medidas adecuadas para la protección de la salud individual y colectiva y que se pongan al alcance de todos, los servicios necesarios para satisfacer las básicas necesidades en orden a la salud. También, que se adopten las providencias adecuadas para que los habitantes puedan ejercer su derecho y colaborar en la solución de los problemas de la salud general. El reconocimiento de este derecho responde a una concepción del Estado como prestador de servicios, al Estado social que está reconocido en el “techo ideológico” de la Constitución. La búsqueda de una mejor calidad de vida de los habitantes está en la base de su configuración; posibilidad de disfrutar de servicios sociales que mejoren y humanicen su existencia. Para que este derecho sea efectivo, es necesario que se proporcionen los medios necesarios para que pueda realizarse. El Estado tiene la potestad y la obligación de proteger la salud de la población, como un auténtico servicio público y la ejerce a través de los órganos establecidos en la ley. Por esto, está legitimado para regular la actividad y ejercer los controles correspondientes, potestad de control de la que no puede renunciar. Las declaraciones constitucionales establecen que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Los objetivos constitucionales al reconocer el derecho a la salud son mejorar y prolongar la calidad de vida de todos los sectores sociales especialmente de las “comunidades menos protegidas” (arto. 96 de la Constitución Política de la República); disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan adecuadamente las necesidades de la población y realización de un estricto control sobre la calidad de los productos que puedan afectar su salud y bienestar.⁵⁸

El Derecho a la Salud se considera, como un derecho humano básico. Si bien resulta evidente, que no es posible garantizar a nadie ni la salud perfecta, ni la observancia del derecho a la salud como tal, en general, resulta más correcto hablar del derecho a la atención de la salud, la cual comprende una variada gama de servicios, dentro de los cuales encon-

58 *Informe de 1993*, Ref. Exp. EIO. 16-93/DS. Resolución del 20 de septiembre de 1993 (segundo considerando), p 178.

tramos la atención médica hospitalaria que ha sido considerada con frecuencia como la respuesta al derecho a la salud, servicio éste que el Estado debe brindar a sus habitantes a través de sus instituciones, sin costo excesivo.⁵⁹

El respeto del derecho a la salud es prioritario en nuestro país, en donde los problemas sanitarios son el elemento más sensible de una sociedad compleja, abocada a crisis sociales y económicas de difícil solución. Este derecho demanda acciones positivas por parte del Estado y sus instituciones, así como de todos los habitantes del país. La única forma de que el poder político se legitime será emprendiendo estas acciones y propiciando en general el respeto de los demás derechos humanos, sin embargo, la situación general de salud del país es muy precaria, pues se encuentra por debajo de las condiciones prevalecientes en la mayor parte de países latinoamericanos, ya que la tasa de mortalidad en general, tiene el nivel más alto de Centroamérica y uno de los niveles más altos del continente.⁶⁰

En la actualidad, dentro del sector Salud, desde el punto de vista de la atención médica existen tres niveles, que se diferencian por su grado de complejidad y su distribución en el país: En el primero, están los Puestos de Salud, cuya función es brindar asistencia mínima simplificada; son el primer contacto con la comunidad, la prestación de este servicio es preventiva. En el segundo, se ubican las unidades de asistencia intermedia, identificadas como Centros de Salud, sus acciones son preventivas y curativas, los cuales se encuentran situados en diferentes poblaciones del país. El tercer nivel es integral y está compuesto por la red hospitalaria, con servicios de prevención de la enfermedad, fomento de la salud, curación y rehabilitación. Son los establecimientos de salud más completos y los que mayor asignación presupuestaria poseen para brindar una atención especializada. Es importante mencionar que éstos se encuentran ubicados en las Cabeceras Departamentales. Se considera que uno de los problemas esenciales dentro del Sector Salud, se debe a la ausencia de una planificación y coordinación de alcance sectorial, que deja como consecuencia importantes vacíos de cobertura, duplicando frecuentemente gastos en inversiones o haciendo un uso poco productivo de éstas. Por otro lado, el gasto estatal en salud ha sido históricamente muy bajo e insuficiente para atender las necesidades básicas de la población. Esto ha sido en parte,

59 *Idem* (tercer considerando), pp. 178 y 179.

60 *Idem* (cuarto considerando), p. 179.

por decisiones políticas de los gobiernos centrales y en parte por la propia incapacidad institucional de elaborar y justificar técnicamente su presupuesto. Aunado al problema de la baja asignación presupuestaria, existe una distribución desproporcionada de los recursos, que favorece a los Centros Urbanos y el nivel terciario de atención; y aspectos administrativos y gerenciales que facilitan una ineficiente inversión de los mismos y dificultades para la ejecución presupuestaria, hechos que reducen aún más la capacidad de funcionamiento de los servicios. Tampoco, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, cuenta con una política salarial moderna y un proceso de capacitación, que estimulen y den estabilidad al personal, según sus niveles de responsabilidad y ubicación geográfica.⁶¹

Según pudo establecerse los problemas esenciales del sector entre otros, radican en: a) insuficiente asignación financiera con distribución no equitativa de los recursos en el país, aunado a dificultades para la ejecución presupuestaria y reducida capacidad para la movilización de recursos; b) deterioro de la infraestructura de equipo por falta de mantenimiento, encontrándose actualmente en estado caótico con un pronóstico de fatalidad a corto plazo, si no se toman las medidas correctivas adecuadas. La mayoría de los hospitales se encuentran en la actualidad en un lamentable estado físico, en cuanto a su estructura, servicios e instalaciones, debido a tantos años de trabajo sin el cuidado y servicios adecuados, y a la no renovación de sus insumos; los problemas son generalizados y para los equipos no se consiguen repuestos por no ser muchos de ellos de marcas conocidas. Se puede afirmar que la red hospitalaria nacional carece de un mantenimiento preventivo-operativo y únicamente en situaciones de emergencia se emplea el correctivo; además, al personal no se le ha concientizado sobre el cuidado de los servicios hospitalarios, que con su mal uso y mal trato los han semidestruido o los ha sustraído, lo cual redundará en perjuicio de los usuarios de la red hospitalaria; c) falta de planificación del desarrollo de los recursos humanos, con severas deficiencias de personal auxiliar y falta de coordinación en la formación; d) deficiente administración por parte de las personas que tienen a su cargo estos centros, estableciéndose que no poseen una capacitación técnica y profesionalizada para dirigir un hospital, ya que la mayoría de éstos, ante la necesidad tienen que combinar la función de dirección con las actividades clínicas, lo cual afecta y restringe

61 *Idem* (sexto considerando), pp. 179 y 180.

la gestión administrativa que es importante para la buena marcha de los centros; e) falta de medicamentos; en muchos casos, los existentes no son los esencialmente indispensables para satisfacer las necesidades de atención de salud. Las situaciones anteriormente descritas, se traducen en violaciones al derecho humano a la salud, por no impulsarse un proceso de planificación y programación que permita el desarrollo integral y armónico de los servicios de salud, tanto en los aspectos técnicos, como administrativos, para evitar que adopten acciones paliativas que sólo sirven para solucionar temporalmente la problemática existente, siendo necesario asumir políticas y directrices, que permitan mejorar los programas de salud, principalmente en la red hospitalaria nacional que tanto lo necesita, lo cual redundará en beneficio de los habitantes del país.⁶²

No obstante, los presupuestos asignados al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social han sido insuficientes para cubrir las demandas poblacionales, a ello deben añadirse, las dificultades operativas derivadas de la administración pública, que con sus lentos y complejos procesos burocráticos, dificultan tanto la negociación presupuestaria, como la ejecución eficiente del gasto asignado. Dentro de la problemática existente en la red hospitalaria, se constató que la incapacidad del Ministerio de Finanzas Públicas, en situar los fondos asignados a los Hospitales, ha impedido a éstos cumplir con el pago de las deudas y compromisos adquiridos para su funcionamiento y normal prestación de servicios. Esta actitud también está contribuyendo a que se viole el derecho humano a la salud, en perjuicio de la población guatemalteca.⁶³

2) Caso: Ref. Exp. EIO. 56-94/DS. Resolución del 22 de febrero de 1994

Que al derecho del ser humano a la salud corresponde un deber de prestación por parte del Estado que va más allá de las simples funciones de naturaleza promocional... La salud como un bien público, concepto que implica una obligación o deber general de personas e instituciones de velar por la conservación y restablecimiento de la salud, así como un derecho y un deber de las comunidades de participar activamente en la planificación, ejecución y evaluación de los programas de

62 *Idem* (séptimo considerando), p. 180.

63 *Idem* (octavo considerando).

salud... La forma como la Constitución Política regula el derecho a la salud, puede calificarse de suficientemente amplia, actual y ajustada a la realidad social, política y económica del país. Todo dependerá de la voluntad política con que se ponga en vigencia la Constitución y de la aplicación a la realidad que se haga de las numerosas disposiciones que se refieren a la salud y especialmente, del contenido que se reconozca al derecho a la salud; es decir, que para que este derecho sea efectivo, es indispensable entre otros, que se proporcionen los recursos necesarios a efecto de que pueda realizarse y brindarse a la población como un auténtico servicio público, debiendo ejercerse a través de los órganos establecidos en la ley.⁶⁴

La caótica situación de la red hospitalaria nacional, continúa y cada día se agrava más, por la carencia de insumos indispensables para prestar una atención debida y por otro lado, por las precarias y deficientes condiciones de las estructuras del sistema de salud, que no permiten dar a los usuarios la eficiente atención que merecen, y además porque sólo se adoptan acciones paliativas que sólo sirven para solucionar temporalmente la problemática existente, con lo cual se pone en duda la eficiencia de las autoridades de este sector para asumir políticas que permitan mejorar los programas de salud, principalmente en lo que se refiere a la red hospitalaria.⁶⁵

Que en el caso que nos ocupa, queda evidenciado que los lentos y complejos trámites burocráticos de dicho Ministerio (de Finanzas Públicas), han dificultado la ejecución del gasto asignado al área de salud, lo que denota incapacidad por parte de sus autoridades, en situar los fondos asignados a los Hospitales, lo cual ha impedido a éstos cumplir con el pago de sus deudas y compromisos adquiridos para su funcionamiento y normal prestación de servicios, redundando en perjuicio de la población que demanda la atención de estos servicios.⁶⁶

c. Análisis comparativo

1. Las visitas *in situ* a los diferentes centros y hospitales, implica, entre otras cosas, la recabación de datos, ya sea en el mismo instante o después de efectuada la visita, solicitan-

64 *Informe de 1994*, REF. EXP. EIO. 56-94/DS. Resolución del 22 de febrero de 1994 (segundo considerando), p. 104.

65 *Idem* (tercer considerando), pp. 104 y 105.

66 *Idem* (cuarto considerando), p. 105.

dolos a los responsables, quienes por imperativo legal deberán suministrarlos (similitud, casos: 32/1988; EIO. 16-93/DS.; y EIO. 56-94/DS.).

2. Un estudio básico sobre la situación general de la red hospitalaria, puede incluir los requerimientos siguientes: a) volumen de la actividad asistencial prestada; b) presión de las urgencias sobre los ingresos en el hospital; c) funcionamiento o no, del principio organizativo de sectorización; d) intervención o no, de los servicios de atención primaria en el acceso a los servicios de urgencia del hospital; e) atención médica y humana al paciente; f) asignación financiera para el cumplimiento de las funciones asignadas; g) infraestructura para la movilización de recursos, instalaciones, servicios y equipo, así como su respectivo mantenimiento; h) planificación en el desarrollo de los recursos humanos; i) administración de los centros y capacitación de sus administradores; j) situación de la existencia o no, de medicamentos y el estado de éstos; k) agilización de los mecanismos para la situación de los fondos que coadyuvan a la normal prestación de servicios; y l) las causas de los problemas detectados (similitud, casos: 32/1988; EIO. 16-93/DS; y EIO. 56-94/DS).

3. Al reconocerse el derecho a la salud por el texto supremo, conlleva en beneficio de la persona, se le permita disfrutar de un equilibrio biológico y social, en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna (Principio de igualdad: artículos 14 de la Constitución de España y 4o. de la Constitución de Guatemala).

Por otra parte, el principal responsable de hacer efectivo el derecho a la salud es el Estado a través de personas e instituciones, quienes deben velar por la conservación y restablecimiento de ésta. Es imperioso que se proporcionen los recursos necesarios, a efecto de que pueda realizarse y brindarse a la población, como un auténtico servicio público, a través de los órganos legalmente establecidos (criterio del procurador, casos: EIO. 16-93/DS; y EIO. 56-94/DS).

4. De acuerdo a su propio sistema (tanto el español como el guatemalteco, se enmarcan en el de: “Estado social de derecho”), el Estado debe tomar las medidas adecuadas para

hacer efectivo el derecho a la salud, individual y colectivamente, como un auténtico servicio público, desde lo preventivo hasta las prestaciones más completas para los aspectos de recuperación.

La salud debe ser prioritaria en la agenda política de cualquier gobierno, y la “voluntad política” resulta necesaria en el caso específico de Guatemala para superar los alarmantes índices de mortalidad y desatención a los aspectos de salud (criterio del procurador, casos: EIO. 16-93/DS; y EIO. 56-94/DS).

5. Resulta mucho más apropiado hablar del derecho a la atención a la salud con una variada gama de servicios, entre los que se encuentra la atención médica hospitalaria, como respuesta (inmediata según se estima) a este derecho (criterio del procurador, caso: EIO. 16-93/DS).

6. Los tres niveles de atención a la salud, en el caso de Guatemala, son: a) puestos de salud (preventiva); b) unidades de asistencia (intermedia a los centros de salud); y c) hospitales (nivel integral), con servicios de prevención a la enfermedad, fomento de la salud, curación y rehabilitación, con atención especializada.

La *autoritas* del *Ombudsman* guatemalteco, referida en otro capítulo, se pone de manifiesto en el impacto que sobre las cuestiones presupuestarias pueda causar, cuando señala que el bajo monto e incapacidad para la ejecución, inciden manifiestamente en la atención a la salud (criterio del procurador, caso: EIO. 16-93/DS).

C. Tema 3: Atención integral y dignidad del paciente

a. Criterios del defensor del pueblo

Caso: Recomendación 12/1992,
de 2 de abril

La necesidad de evitar situaciones como las comentadas exigen, en el criterio de esta institución, la adopción de las medidas

oportunas, tendentes a dispensar la atención de carácter integral que precisen los pacientes atendidos en el área hospitalaria de urgencias, especialmente dirigida a aquellos que, bien por la naturaleza del proceso de enfermedad, bien por su especial desamparo, exigen una mayor protección. En esta línea, debe recordarse que el personal de los centros hospitalarios, cada uno dentro del ámbito de sus respectivas competencias, debe prestar la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a los enfermos internados, según aconseje la naturaleza de la enfermedad, el estado del paciente y las demás circunstancias.⁶⁷

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

Caso: Ref. Exp. EIO. 56-94/DS. Resolución del 22 de febrero de 1994

Que todos los Profesionales y Empleados del Estado, especialmente del área de Salud, deben tener presente que el objeto principal de su trabajo, gira alrededor de seres humanos, poseedores de una especial dignidad que los hace titulares de una serie de derechos inviolables, imprescriptibles, fundamentales y supremos que les llamamos derechos humanos; pero desafortunadamente, en algunas situaciones como la presente, se olvidan de tan elementales principios, ignorándose la intrínseca dignidad de la persona humana, poniéndose en riesgo en algunos casos, la vida. Que en el presente caso, el Procurador considera que los trabajadores del Estado principalmente del Sector Salud, deben hacer valer sus derechos, a través de los mecanismos legales, a efecto de lograr sus justas pretensiones, sin descuidar la prestación de los servicios públicos esenciales, como lo es, la atención a la salud. Que dada la caótica situación por la que atraviesa la red hospitalaria, con estas actitudes se contribuye a que el deterioro de dicho servicio se acelere, situación con la cual, el Procurador de los Derechos Humanos estima necesario hacer un serio llamado de reflexión a todos los profesionales y trabajadores del área de salud, para que a la mayor brevedad, normalicen sus actividades, reiniciando la atención de la consulta externa y demás servicios de los mencionados centros, ya que la negación a estos servicios constituye una conculcación al derecho humano a la salud.⁶⁸

67 Recomendación 12/1992, de 2 de abril, p. 54.

68 REF. EXP. EIO. 56-94/DS (sexto considerando), p. 105.

c. Análisis comparativo

1. Dentro del marco de la dignidad de la persona, en el caso específico del paciente, la atención integral por el personal a su cargo debe tomar en cuenta los diversos supuestos; tal es el supuesto de quienes ingresan por las urgencias (emergencias), y especialmente los que por su enfermedad o situación de “desamparo”, así lo requieran (criterio del defensor del pueblo, caso 12/1992).

2. Ya que el trabajo en materia de salud gira en torno a seres humanos con una intrínseca dignidad, se conculca su derecho cuando a pesar de los justos reclamos laborales, por los trabajadores del ramo de salud, dejan en estado de abandono al paciente. Con lo anterior se concluye también, que se violenta el postulado de la Constitución guatemalteca que proclama la prevalencia del interés social sobre el particular (artículo 44) (criterio del procurador de los derechos humanos, caso: EIO. 56-94/DS.).

D. Tema 4: Seguridad social para trabajadores de misiones y consulados

a. Criterios del defensor del pueblo

Caso: Recomendación 7/1985,
de 7 de marzo

El principio de reciprocidad. Al no existir en el Ordenamiento español normativa interna alguna que otorgue la inmunidad de jurisdicción a los actos *jure gestionis*, habrá que indagar sobre la existencia de convenios bilaterales o de regímenes de reciprocidad expresa o tácitamente reconocidos...habrá que concluir que los contratos de trabajo suscritos por las representaciones diplomáticas con trabajadores por cuenta ajena no nacionales del país acreditado, están sujetos a la legislación laboral y de Seguridad Social española, cuya normativa ha de ser absolutamente cumplida y respetada por los Estados extranjeros en España, a través de sus misiones y consulados.⁶⁹

69 Recomendación 7/1985, de 7 de marzo, pp. 35, 38.

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

Caso: Ref. Exp. 393-94/DES. Resolución del 11 de septiembre de 1995

El texto Constitucional establece la naturaleza de las leyes de trabajo al indicar que estas son conciliatorias, tutelares para los trabajadores y atenderán a todos los factores económicos y sociales pertinentes. Asimismo, está estipulado que los derechos consignados en favor de los trabajadores son irrenunciables; susceptibles de ser superados a través de la contratación individual y colectiva y que serán nulas *ipso jure* y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un Contrato Colectivo e Individual de Trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación a los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la propia Constitución, en la Ley, en los Tratados Internacionales ratificados por Guatemala, en los Reglamentos u otras disposiciones relativas a trabajo.⁷⁰

c. Análisis comparativo

1. La seguridad social está afecta al cumplimiento de todos los Estados extranjeros en el territorio español, a través de sus misiones y consulados (cabría aquí aplicar la norma 153 de la Constitución de Guatemala, sobre el imperio de la ley a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República). Lo anterior, sin perjuicio de los tratados y convenios respectivos, siempre y cuando no contradigan al texto Supremo; y en su caso, para disipar cualquier duda de constitucionalidad, existe el Tribunal Constitucional. Artículos constitucionales, 161 de la española, y 268 de la guatemalteca (criterio del defensor del pueblo, caso: 7/1985).

2. Conviene hacer una aclaración: Se incluye aquí este caso y no en el capítulo del trabajo, porque la reclamación ante el procurador de los derechos humanos fue presentada por

70 REF. EXP. GUA. 393-94/DES. Resolución del 11 de septiembre de 1995 (considerando I).

un grupo de trabajadores del Parlamento Centroamericano (PARLACEN), organismo regional, en relación con distintos aspectos laborales —no se incluyó la seguridad social—, pero dado el caso, lo sostenido por el defensor español señala el posible camino a seguir ante una queja en materia de la seguridad social, bajo la responsabilidad del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) (procurador de los Derechos Humanos, caso: 393-94/DES).

E. Tema 5: Jubilados y seguridad social

a. Criterios del defensor del pueblo

Caso: Recomendación 31/1985,
de 7 de noviembre

Sin duda, el legislador y la Administración Pública habrán de tener en cuenta los penosos condicionamientos dimanantes de una coyuntura socioeconómica desfavorable y las posibilidades mismas de financiación en el sistema de la Seguridad Social y en la aportación del Estado, pero sin que ello pueda redundar en quebranto de los referidos derechos fundamentales de los ciudadanos y precisamente de aquellos que más requieren protección y progreso en la calidad de su vida, por exigencia de los valores de igualdad que nuestra Constitución consagra... convergente con el establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 81/1982, de 21 de diciembre (Fundamento Jurídico 3o., que se repite en la sentencia 98/1983, de 15 de noviembre, Fundamento Jurídico 2o.): “Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas... debe entenderse que no se puede privar al trabajador, sin razón suficiente para ello, de las conquistas sociales ya conseguidas.”... No obstante, es patente que la puesta en práctica de este nuevo criterio de revalorización únicamente para las pensiones sujetas a los requisitos de la nueva Ley, pero no para todas las otras, originará, como ya se ha dicho, situaciones realmente injustas y gravemente perjudiciales para los antiguos pensionistas si no se adoptan, con urgencia, medidas correctoras, sin duda posibles,

como “autolimitación” del Poder Ejecutivo... la Institución del Defensor del Pueblo entiende que las pensiones de la misma clase, del mismo sistema de previsión, de la misma cuantía y que se perciben en el mismo momento deben ser revalorizadas con criterios idénticos, pues la diversidad origina un mayor quebranto económico a unos perceptores que a otros sin justificación jurídica suficiente. De ahí la necesidad, que es motor principal de esta recomendación, de propugnar medidas encaminadas a que en las futuras revalorizaciones periódicas de las pensiones,... no se origine un injusto deterioro en su poder adquisitivo, y a tal efecto es necesario que las pensiones causadas al amparo de la legislación anterior... sean revalorizadas con la misma periodicidad... y que, en todo caso, una misma pauta de revalorización alcance a todas las pensiones mediante fórmulas que hagan compatible el criterio de proporcionalidad con el principio de solidaridad y se conserve, y, si fuera posible, se incremente, el poder adquisitivo de todas las pensiones, sin distinción alguna... nuestra institución ha venido insistiendo, desde el comienzo de sus actividades, en la necesidad de flexibilizar los requisitos exigidos para el acceso a los mecanismos asistenciales de protección social... Es patente que el actual Sistema de Seguridad Social, como ha declarado el propio Tribunal Constitucional (en su sentencia de 2 de noviembre de 1983), no responde en sus mismos fundamentos a tal finalidad, y resultan importantes unos mecanismos de asistencia social que no han alcanzado el desarrollo adecuado para cubrir las fisuras del sistema contributivo de protección social... Por todo lo expuesto, esta institución considera que es apremiante adoptar una serie de medidas que den mayor efectividad a la cobertura derivada de los mecanismos asistenciales, acentuando de este modo la solidaridad con los ciudadanos más débiles y vulnerables.⁷¹

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

1) Caso: Ref. Exp. Gua. 55-92/C. Resolución del 4 de mayo de 1994

Que de conformidad con la Constitución Política de la República, el Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad

⁷¹ Recomendación 31/1985, de 7 de noviembre, pp. 183, 185, 191, 192, 197, 199 y 200.

social para beneficio de los habitantes de la nación. Su régimen está instituido como función pública, en forma nacional, unitaria, obligatoria en donde el propio Estado, los empleadores y los trabajadores, tienen la obligación de contribuir al financiamiento de dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo. La aplicación del régimen de Seguridad Social, corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, cuyo objetivo final es el de dar protección mínima a toda la población del país a base de una contribución proporcional a los ingresos de cada uno y de la distribución de beneficios a cada contribuyente o a los familiares que dependan económicamente de él. La seguridad social engloba al conjunto de medidas adoptadas por la sociedad, con el fin de garantizar una protección suficiente que permita afrontar ciertas contingencias desfavorables que privan a los individuos o quienes de ellos dependan, de su salud o de los medios económicos de subsistencias, por enfermedad común, accidentes, maternidad, invalidez; o situaciones de lógico advenimiento, como la jubilación, a través de contribuciones efectuadas en el transcurso del tiempo. Todo el sistema de la seguridad social puede resumirse, para su debido funcionamiento, en estos aspectos, que marcan su contenido: a) riesgos, contingencias o necesidades previstas o que hayan de cubrirse; b) personas comprendidas o amparadas; c) prestaciones o beneficios concesibles; d) financiación, sea mediante impuestos, aportes o contribuciones públicas, de los interesados o mixtas; e) inversión transitoria y productiva de los fondos reunidos, para evitar con esto resultados antieconómicos y el elevado costo del sistema administrativo. Resumidamente, el contenido de esta organización social está constituido por la serie de medidas adoptadas a fin de conjurar ciertos riesgos a que se hallan sometidos los situados en inferioridad de condiciones en la vida de sociedad. En lo científico y en lo positivo, la seguridad social se integra por las instituciones peculiares que origina y por los Organismos que la promueven, orientan y propulsan.⁷²

72 Informe de 1994, Ref. Exp. Gua. 55-92/C. Resolución del 4 de mayo de 1994 (considerando II) [Seguridad Social], p. 120.

2) Caso: Ref. Exp. Gua. 421-94/DES. Resolución del 6 de enero de 1995

La persona tiene un periodo de tiempo, en el cual económicamente se le puede calificar de “productiva”, ya que con el resultado de su trabajo se puede sostener, tanto él como las personas bajo su dependencia. Obviamente las circunstancias cambian con el transcurrir de los años y es por ello que se necesita de figuras o entes que protejan al individuo, cuando de la actividad laboral pasa a la cesantía. En términos generales la jubilación forma parte del régimen de seguridad y previsión social, “que engloba el conjunto de medidas adoptadas por la Sociedad, con el fin de garantizar una protección suficiente que permita afrontar ciertas contingencias desfavorables que privan a los individuos o a quienes de ellos dependan, de su salud o en los medios económicos de subsistencia, por enfermedad común, accidentes, maternidad, invalidez; o situaciones de lógico advenimiento, como la jubilación, a través de contribuciones efectuadas en el transcurso del tiempo... Resumidamente, el contenido de esta organización social está constituido por la serie de medidas adoptadas a fin de conjurar ciertos riesgos a que se hallan sometidos los situados en inferioridad de condiciones en la vida de sociedad. En lo científico y en lo positivo, la Seguridad Social se integra por las instituciones peculiares que origina y por los Organismos que la promueven, orientan y propulsan”.⁷³

3) Caso: Pronunciamiento del 22 de noviembre de 1995

El Congreso de la República, en ejercicio de sus facultades y atribuciones, al emitir el Decreto 59-95 que unifica el salario base de los trabajadores en activo y las pensiones de los jubilados con la respectiva bonificación de emergencia, a su criterio subsanó una grave deficiencia que los gobiernos han mantenido respecto de los Convenios Internacionales que en materia de salarios el Estado de Guatemala ha suscrito y se ha comprometido a respetar. Sin embargo, ha recibido peticiones de diversos sectores de trabajadores del Estado, especialmente de aquellos próximos a jubilarse, a efecto de que esta Oficina se pronuncie en relación a una posible desprotección

73 REF. EXP. GUA. 421-94. Resolución del 6 de enero de 1995 (considerando II —De los aspectos básicos de la jubilación—).

que vendría de la vigencia y aplicación de dicho Decreto. Preocupa a dichos sectores que, al no prever el mencionado Decreto una etapa de transición entre el actual y el nuevo sistema, la bonificación de los servidores públicos próximos a jubilarse en la actualidad y al inicio de la vigencia de la ley, no tendrá ningún valor en el promedio de salarios requerido para el cálculo del monto a recibir y al no gozar ya de la bonificación adicional que hoy tienen las pensiones, se encontrarán en situación de desventaja respecto del sistema actual... emite el siguiente PRONUNCIAMIENTO: 1o. Recomendar al Congreso de la República la respectiva reforma del Decreto número 59-95, para que los trabajadores del Estado que están por jubilarse actualmente o lo hagan en los inicios de la vigencia de la ley, no queden en desventaja respecto de los jubilados actuales o de los trabajadores que se jubilarán con algunos años de posteridad...⁷⁴

c. Análisis comparativo

1. No puede privarse al trabajador de las conquistas sociales conseguidas, en el caso específico, la seguridad social y las pensiones. La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (decreto 295, del 30 de octubre de 1946) refleja algo similar, al citar en el tercer considerando: “*Que dicho régimen de Seguridad social obligatoria debe estructurarse inspirándose en ideas democráticas...*”.

También debe tomarse en cuenta, que el paso de un antiguo a un nuevo sistema en materia de jubilación, no debe dejar en situación de desventaja a quienes vayan a ser sujetos de esa disposición (similitud, casos: 31/1985; y pronunciamiento del 22/11/95).

2. La pensiones deben revalorizarse periódicamente, para que no pierdan su “valor adquisitivo”; así como flexibilizar los requisitos de acceso a las mismas, tomando en cuenta que quienes acceden a éstas, generalmente son los ciudadanos más débiles y vulnerables, sujetos a inferioridad de condiciones en la vida social (similitud, casos: 31/1985; y 55-92/C.).

⁷⁴ Informe de 1995, pronunciamiento del 22 de noviembre de 1995, p. 391.

3. El régimen de seguridad social está instituido como función pública en forma nacional, unitaria y obligatoria (financiado por el Estado, patronos y trabajadores). Permite afrontar contingencias desfavorables, entre ellas la jubilación, a través de contribuciones efectuadas por el beneficiario, a lo largo del tiempo. Lo anterior permite a quien tuvo un periodo de vida “productiva”, de ésta para la cesantía, acogerse a institutos y figuras protectores como la jubilación, dentro del régimen de seguridad social (criterio del procurador de los derechos humanos, casos: 55-92/C.; y 421-94/DES).

F. Tema 6: Discapacitados mentales y seguridad social

a. Criterios del defensor del pueblo

Caso: Recomendación 8/1993,
de 15 de marzo

En efecto, en aquellos supuestos en que enfermos beneficiarios de la Seguridad Social son remitidos, para su oportuno tratamiento, a los hospitales psiquiátricos, son los propios pacientes quienes se ven obligados a sufragar los gastos de hospitalización aun cuando, como consecuencia de la inexistencia de camas en las instituciones del sistema, hayan sido remitidos por facultativos de la Seguridad Social... Sobre ello, parece oportuno traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, que establece que cuando son los propios facultativos de la Seguridad Social quienes prescriben el internamiento, por ser este necesario para el tratamiento del proceso que los beneficiarios padecen, y no pueda llevarse a cabo dicho internamiento por la entidad gestora, ha de concluirse que se trata de una prestación comprendida dentro de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que debe correr a cargo de la misma,... estando, en consecuencia, obligada la Seguridad Social a reembolsar los gastos ocasionados por el internamiento del beneficiario.⁷⁵

75 Recomendación 8/1993, de 15 de marzo, p. 23.

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

Caso: Ref. Exp. Gua. 24-93/DS. Resolución del 13 de enero de 1995

Que la OLIGOFRENIA, se define como un retraso mental debido a insuficiencias congénitas del desarrollo de la inteligencia y como deterioro de ésta, que había evolucionado normalmente; es opuesta a la demencia; los estados de retraso corresponden pues a un enlentecimiento, posterior a una detención de ese desarrollo a un nivel más o menos deficitario, sin que la noción de edad mental implique una correspondencia real con un niño de la misma edad; se considera que una persona con este padecimiento no puede desenvolverse por sí sola, dependerá toda su vida de un adulto para sobrevivir; el tratamiento que se debe proporcionar tendrá que estar basado en una orientación psicoterapéutica, que procura entrar en contacto con el paciente y no considerarlo como un objeto, la que deberá ser impartida primordialmente en centros hospitalarios, procurando siempre la participación y colaboración de médicos, educadores y familiares en trabajos de grupo, que redundarán en beneficio del paciente. Haciendo un estudio comparativo sobre las tendencias legislativas, se concluye que esta deficiencia de muchos seres humanos, ha motivado a los Estados a crear primeramente una ayuda social para los pacientes y familiares que les permita hacerle frente al tratamiento que será de toda la vida; también se ha normado sobre la seguridad social, no solamente para el adulto sino también para el niño; educación especializada o una formación apropiada acompañada de curación ambulatoria que es otro de los recursos que se han utilizado para contribuir a disminuir la carga a la familia del paciente y se ha llegado hasta la creación de los seguros de supervivencia que aseguran al oligofrénico hasta el fin de su vida, una renta que se les hará efectiva tras la muerte de sus padres. Desafortunadamente la legislación guatemalteca no contempla ni siquiera una ayuda social menor a un seguro de supervivencia, por lo tanto el Estado de Guatemala, incumple lo estipulado en la norma constitucional contenida en el Artículo 53 de nuestra Carta Magna.⁷⁶

76 Ref. Exp. Gua. 24-93/DS. Resolución del 13 de enero de 1995 (segundo considerando).

Se evidencia que la denuncia planteada, enfoca aspectos generales sobre un problema social que afecta a un número cada vez mayor de la población guatemalteca, quienes no reciben ninguna atención especial por parte del Estado y en otros, ésta es deficiente y aunque la misma encierra una violación de Derechos Humanos, ésta no puede ser atribuible a un gobierno determinado. Sin embargo, el Procurador de los Derechos Humanos estima que en cumplimiento al Artículo 53 de la Constitución Política de la República, el Estado tiene la obligación de garantizar la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, declarando la misma ley, de interés nacional la atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad; el gobierno de turno con apoyo de los diferentes sectores del país, debe crear los organismos técnicos ejecutores que sean necesarios para promover políticas sociales en favor de la población con problemas de discapacidad... para mejorar las condiciones de vida y atención que debe brindarse a este sector de la población que necesita de atención especial.⁷⁷

c. Análisis comparativo

1. La seguridad social deberá reembolsar los gastos ocasionados, por internamiento de uno de sus beneficiarios en un centro psiquiátrico (criterio del defensor del pueblo, caso: 8/1993).

2. La oligofremia requiere un trato psicoterapéutico, asumido dentro de la legislación de algunos Estados, en materia de seguridad social. Es evidente y patética esta carencia en la legislación guatemalteca, conculcándose con ello el derecho a la salud, y a la atención del discapacitado (criterio del procurador de los derechos humanos, caso: 24-93/DS.).

3. Ya que constitucionalmente se ha declarado la urgencia de atención médico-social de los minusválidos y discapacitados, en este caso de los psíquicos, el *Ombudsman* recomienda la promoción de políticas y servicios para su atención, rehabilitación y reincorporación a la vida social, a través de los

77 *Idem* (tercer considerando).

distintos organismos ejecutores (criterio del procurador, caso: 24-93/DS.).

4. *Derecho al trabajo*

El tema del trabajo es de suyo extenso. Aquí se citan las normas supremas y la universal, en relación con los temas sujetos al análisis comparativo.

La constitución de Guatemala estatuye:

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

Artículo 14. Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata.

Artículo 101. Derecho al trabajo. El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social.

Artículo 102. Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo. Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y de la actividad de los tribunales y autoridades: a) Derecho a la libre elección de trabajo y a condiciones económicas satisfactorias que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna;... c) Igualdad de salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad;... ñ) Fijación de las normas de cumplimiento obligatorio para empleadores y trabajadores en los contratos individuales y colectivos de trabajo. Empleadores y trabajadores procurarán el desarrollo económico de la empresa para beneficio común;... s) Si el empleador no probare la justa causa del despido, debe pagar al trabajador a título de daños y perjuicios un mes de salario si el juicio se ventila en una instancia, dos meses de salario en caso de apelación de la sentencia, y si el proceso durare en su trámite más de dos meses, deberá pagar el cincuenta por ciento del salario del

trabajador, por cada mes que excediere el trámite de ese plazo, hasta un máximo, en este caso, de seis meses; t) El Estado participará en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones. En tales casos, lo establecido en dichos convenios y tratados se considerará como parte de los derechos mínimos de que gozan los trabajadores de la República de Guatemala.

Artículo 106. Irrenunciabilidad de los derechos laborales. Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva. Serán nulas *ipso jure* y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo. En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable a los trabajadores.

La Constitución española indica:

Artículo 35. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.

Artículo 37, 1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios...

En el ámbito universal específico, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prescribe:

6. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo

libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho...

7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporciones como mínimo a todos los trabajadores: i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinción de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto...

A. Tema 1: Disposiciones nulas en materia de trabajo

a. Criterios del defensor del pueblo

Caso: Recomendación 24/1984,
sin fecha

“Habrá que entender, pues, como nulas y sin efecto alguno las cláusulas convencionales, cualesquiera que fueren los ámbitos funcional y territorial de los convenios, que introduzcan exclusiones, preferencias o prioridades en materia de empleo y contratación”.⁷⁸

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

Caso: Ref. Exp. 364-94/DES. Resolución
del 3 de enero de 1995

Que conviene esbozar algunas generalidades del trabajo, previo a confrontarlas con la realidad del caso que nos ocupa, y empezaremos diciendo que trabajar es ocuparse en algo, con el objeto de adquirir las cosas necesarias para los diversos usos de la vida y sobre todo, para la propia conservación y de la de quienes dependen del trabajador, dos son las notas esenciales del trabajo: 1) Personal, porque la fuerza con que se trabaja

78 Recomendación 24/1984, sin fecha, p. 65.

es inherente al hombre. Nadie más que el hombre realiza el trabajo en sentido amplio, que implica la toma de conciencia y la búsqueda de la propia dignidad y superación; y 2) Necesario, porque el fruto del trabajo sirve al hombre para mantener su vida; y serán nulas de pleno derecho (nulas *ipso jure*) todas aquellas estipulaciones o convenciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos en favor de los trabajadores, por la Constitución, ley, tratados internacionales ratificados por Guatemala y en cualesquiera otras disposiciones referentes a materia laboral, incluyendo los pactos colectivos. Hemos tomado conciencia que siempre los criterios precitados, deben estar orientados hacia la búsqueda del bien común, teniendo que ser éste el bien supremo a que aspiren todos (los patronos y trabajadores no escapan de tal prosecución). Nuestra Constitución establece que el trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. Esto quiere decir que el conglomerado, integrado por un sin número de personas, está obligado a respetar esta garantía social reconocida en favor de todos.⁷⁹

c. Análisis comparativo

1. La legislación del trabajo presenta dos características esenciales: a) los derechos enunciados son mínimos, susceptibles de ser negociados —siempre en favor de los trabajadores—, y b) irrenunciables, aun cuando figuren en algún documento o pacto de trabajo. Una de las formas de socavar los principios del trabajo, consiste en introducir cláusulas preferentes o prioritarias, que coloquen a unos, en desventaja frente a otros (similitud, casos: 24/1984; y 264-94/DES.).

2. Se extrae de las notas esenciales del trabajo, lo siguiente: a) de la personalidad. Nadie más que el hombre realiza el trabajo en sentido amplio, que implica la toma de conciencia y la búsqueda de la propia dignidad y superación; mientras que las bestias no asumen un papel creativo, sino más bien impulsivo y obediente, sin tener la capacidad de la deliberación y otros atributos de la persona humana, y b) de la necesidad. Porque imperiosamente debe hacerlo, con el fin

79 Ref. Exp. 364-94/DES. Resolución del 3 de enero de 1995 (considerando II) [generalidades sobre el trabajo].

de procurarse en primer lugar la subsistencia, y después el sustento y el de los suyos (criterio del procurador de los derechos humanos, caso: 364-94/DES.).

3. Las normas del trabajo también pretenden el bien común, que “parte de la búsqueda individual de la felicidad hacia la protección de los intereses sociales que, llevados en forma equilibrada, logran la armonía deseada para la realización del Estado”.⁸⁰ En este caso, su artífice son los trabajadores y patronos (criterio del procurador, caso: 364-94/DES.).

4. El respeto a las normas laborales en favor de todos, prácticamente corresponde al “conglomerado social”, lo que necesariamente desemboca en la justicia social.

Esta equivale a la realización del bien común, ya que como el término lo define, consiste en “justicia para la sociedad”;... debe tomar en cuenta que los intereses llamados a satisfacer debe abarcar a la mayoría de personas, porque en caso contrario únicamente se beneficiarían los intereses de algún sector... puede resumirse en tres simples postulados; a) todo acto individual nocivo incide en la esfera de libertad de otros; b) sobre los intereses particulares están los comunitarios o generales, y c) los actos individuales debe trascender hacia la solidaridad humana.⁸¹ (criterio del procurador, caso: 364-94/DES.).

80 Arce Gordillo, Juan Pablo, *Pensamiento social cristiano y garantías fundamentales*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, noviembre de 1992, p. 135.

81 *Informe de 1994*, Ref. Exp. EIO. 104-93/DES. Resolución del 25 de abril de 1994 (considerando IV) [justicia social], p. 117.

B. Tema 2: *Derecho a no ser despedido, sin mediar justa causa*

a. Criterios del defensor del pueblo

Caso: Recomendación 21/1985,
de 22 de julio

en lo concerniente a relaciones de empleo ya constituidas, el mencionado precepto admite una proyección de presente de la que dimana el derecho a no ser privado del trabajo sin justa causa. El Estado deberá, pues, tanto a través de los poderes públicos en que se constituye, como en las relaciones contractuales en que intervenga como empresario, tutelar y respetar el derecho del trabajador a no ser despedido, sin justa causa, del puesto de trabajo que desempeña.⁸²

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

Caso: Ref. Exp. Gua. 243-93/DES. Resolución
del 17 de julio de 1995

En el presente caso, del análisis de la denuncia de mérito, de las diligencias practicadas, informes y documentación que obra en autos, se establece que las autoridades de GUATEL, en su proceder, no demostraron fehacientemente mediante procedimientos disciplinarios internos, las causas que motivaron la segunda destitución del interesado, toda vez que en el respectivo Acuerdo de Gerencia únicamente se adujo “faltas en el servicio”; y en todo caso, si estas se referían a la falta que se hizo constar en Acta F. Monterroso SIA-095-092, no consta que sobre este aspecto se haya substanciado un procedimiento administrativo que permitiera al denunciante oportunidad de defensa para pronunciarse o hacer sus descargos sobre las anomalías ya expuestas. En este contexto es importante indicar que sobre los hechos mencionados, la empleadora también inició proceso penal, dentro del cual se ordenó la libertad simple del denunciante según consideraciones anteriores. Por otra parte, no puede obviarse lo manifestado por el señor Maximiliano Lucas Fi-

82 Recomendación 21/1985, de 22 de julio, p. 135.

gueroa en cuanto a la negativa de GUATEL de extenderle Cartas de Recomendación o Constancias que amparen su relación laboral con la empresa, actitudes de la parte patronal que a criterio del Procurador constituyen un comportamiento administrativo lesivo a los derechos del interesado principalmente su derecho al trabajo al vedarle la posibilidad de continuar desarrollando sus labores en forma normal y devengar un salario justo que le permita, conforme lo establece la Constitución Política de la República, condiciones económicas satisfactorias que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna.⁸³

c. Análisis comparativo

1. Dentro de la fase de sanciones a nivel laboral, la más drástica (sin perjuicio de las penales y civiles que pueda iniciarse contra el trabajador) es el despido. Para que opere, tiene que estar lo suficientemente probada la “justa causa”, revestida su comprobación de todas las formalidades procedimentales, aplicando el principio generalmente aceptado: *in dubio pro laborante*. Tanto así, que la carga de la prueba (en lo administrativo y en lo judicial), está a cargo de la parte patronal (similitud, casos 21/1985; y 243-93/DES).

2. El respeto del derecho a no ser privado del trabajo, sin que medie causa justificada, tiene por parte del Estado, la doble función de hacerse a través de los poderes públicos (vía indirecta), así como en las relaciones contractuales, en las que intervenga como empresario (vía directa) (criterio del defensor del pueblo, caso: 21/1985).

3. Cuando ha terminado una relación laboral, en la que finalmente no se demostró la causa aducida por la patronal, es obvio que el trabajador buscará trabajo en distinto sitio. Lo anterior supone que se le extienda una carta de recomendación, o por lo menos de referencia, cuando la solicite. La negativa a extenderla, entraña un comportamiento administrativo lesivo, en perjuicio del laborante. Lo anterior se convierte en un obstáculo, que finalmente repercutirá en la di-

83 Ref. Exp. Gua. 243-93/DES. Resolución del 17 de julio de 1995 (considerando III) [Negativa a extender cartas de recomendación].

ficultad o imposibilidad para encontrar nuevo trabajo, y no podrá darse y dar el sustento necesario (criterio del procurador, caso: 243-93/DES.).

C. Tema 3: La presunción de inocencia y la audiencia, en el procedimiento administrativo en materia de trabajo

a. Criterios del defensor del pueblo

Caso: Recomendación 30/1990,
sin fecha

El Tribunal Constitucional, desde una de sus primeras resoluciones, la sentencia 18/1981, de 8 de junio, ha venido reiterando que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”. Asimismo, a la hora de aquilatar y concretar estos matices, el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de febrero de 1989, tras abundar en que “unos mismos principios básicos han de presidir la potestad punitiva del Estado”, afirma que ello “no implica de por sí que todas y cada una de las técnicas jurídico-penales hayan de trasladarse sin más al campo de las sanciones administrativas, sino que las garantías básicas hay que considerarlas comunes en lo que constituye su núcleo fundamental. La presunción de inocencia es una de estas garantías básicas (artículo 24.2 de la Constitución Española), debiendo, según el artículo 53.1 de la Constitución, ajustarse todo desarrollo legislativo al contenido esencial de este derecho fundamental.”⁸⁴

84 Recomendación 30/1990, s/f., pp. 111 y 112.

b. Criterios del procurador de los derechos humanos

Caso: Ref. Exp. Gua 122-93/DES. Resolución del 12 de julio de 1995

La Constitución establece la inviolabilidad de los derechos de la persona; sin que ninguno pueda ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido mediante procedimiento que no esté establecido legalmente. “La relevancia del derecho de defensa asume la doble condición de ser un derecho subjetivo, y de constituir garantía de los demás derechos y libertades. La falta de audiencia debida, cuando es indispensable, produce... que la contraparte... se vea imposibilitada de tener acceso bilateral... y, que, por ello, ante esa circunstancia, quede en estado de indefensión...”. Por otra parte, en la legislación laboral se estipula que la suspensión del Trabajo sin goce de salario, no debe decretarse por más de ocho días, ni antes de haber oído al trabajador y a los compañeros de trabajo; y la Ley de Servicio Civil también es conteste al estatuir que, para la suspensión del trabajo “deberá oírse previamente al interesado”. Por lo tanto el Instituto no siguió el debido proceso administrativo interno correspondiente, ya que en ningún momento les concedió audiencia a los trabajadores Luis Fernando Quix Chávez y Víctor Manuel Barrios, previo a la suspensión laboral. Ello entraña una lesión al debido proceso (lo que entraña lesión al texto constitucional), en el cual es necesario escuchar a todas las partes involucradas en determinado trámite judicial y/o administrativo, lo que permite al juzgador, después de conocer los argumentos en que se basa cada uno, emitir el pronunciamiento, dictamen o resolución del caso.⁸⁵

c. Análisis comparativo

1. Estamos ante un supuesto en el que se interrelacionan dos ramas del derecho: el penal y el laboral; específicamente en la “presunción de inocencia”, elevada a rango supremo

85 Ref. Exp. Gua. 122-93/DES. Resolución del 12 de julio de 1995 (considerando II —sobre el derecho de defensa en el procedimiento administrativo en materia de trabajo—).

(artículo 14 de la Constitución guatemalteca), con la observación extraída de la Jurisprudencia Constitucional española, sobre que no todas las técnicas jurídico penales se trasladan, sin más, al campo de las sanciones administrativas (criterio del defensor, caso: 30/1990).

2. Es necesario traer a colación, lo sustentado por la Corte de Constitucionalidad y el procurador de los derechos humanos, en relación con el principio del debido proceso. La Corte indicó que el derecho de defensa asume la condición doble, por una parte como derecho subjetivo, y por otra, como garantía de los demás derechos y libertades. Si no hay audiencia, la contraparte se ve limitada en la contrapartida ante el órgano jurisdiccional, lo que le dejaría en estado de indefensión.⁸⁶

El *Ombudsman* guatemalteco añadió a lo anterior, la necesidad de la existencia de una declaración expresa, para que las partes interesadas cuenten con el testimonio, donde consten sus actuaciones y puedan, en su caso, acudir a los recursos y defensas contra lo fallado.⁸⁷

Estamos, ante un caso en que un principio doctrinal sentado por la Corte, es completado posteriormente por el procurador, integrando con ello (con la salvedad hecha sobre la formación de la doctrina del *Ombudsman* guatemalteco) un verdadero *corpus* doctrinal, sobre el debido proceso integrado en éste, la audiencia a las partes (criterio del procurador, caso: 122-93/DES).

86 Cfr. expediente 317-87, G. 7, p. 171.

87 Cfr. Ref. Exp. Gua. 164-94/DES. Resolución del 28 de julio de 1995 (considerando II —Sobre el debido proceso—).