



Instituto de la Defensa Pública Penal

16

Revista del Defensor N.º 16

Guatemala, septiembre de 2023

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Director General
Instituto de la Defensa Pública Penal

M.A. Hugo Roberto Saavedra
Coordinador de UNIFOCADEP

Consejo Editorial
M.A. Hugo Roberto Saavedra
M.A. Jeydi Maribel Estrada Montoya
Lic. Marco Tulio Payés Reyes
M.A. Edgar Estuardo Melchor Solórzano

Tratamiento de Contenido
M.A. Hugo Roberto Saavedra
Coordinador de UNIFOCADEP

Revisión de Estilo
Dra. María Eugenia Sandoval
M.A. Georga Magdalena Guzmán García

Diseño y Diagramación
Luis Fernando Hurtarte

Por una defensa oportuna, gratuita y eficaz

Instituto de la Defensa Pública Penal



Revista del Defensor N.º 16

septiembre 2023

Por una defensa oportuna, gratuita y eficaz

Índice

Página

7

Reflexiones sobre la Pena Natural

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

49

¿Tiene el Estado la calidad de víctima en ciertos delitos sin agraviado para reclamar la reparación digna?

M.A. Hugo Roberto Saavedra

73

El Estado puerperal en el delito de parricidio e infanticidio en la legislación guatemalteca

M.A. Jeydi Maribel Estrada Montoya

87

Argumentación Jurídica en la audiencia de Primera Declaración

Dr. José Gustavo Girón Palles

115

Perspectiva doctrinaria de la defensa técnica de los delitos informáticos y uso de las tecnologías de la información y comunicaciones -TICs-

M.A. Edgar Estuardo Melchor Solórzano

141

Algunos problemas de la prisión preventiva oficiosa

M.Sc. Herbert Rocael Girón Lemus

173

La falta de unificación de criterios en los fallos judiciales penales y el principio de legalidad en Guatemala

M.A. Asly Violeta Sandoval Aguirre

203

La pertinencia cultural en la estrategia de defensa

Lic. Carlos Eleazar Caballeros Velásquez

Página

233

Vulneración al principio de intervención mínima en los procesos penales de violencia contra la mujer en su manifestación física

Lic. Henry Alexander Paniagua González

253

La Criminología en el proceso penal de adolescentes

M.Sc. Carlos Ernesto Molina Obregón

277

La intervención del abogado defensor público en el procedimiento específico del juicio por faltas

M.Sc. Jorge Emmanuel Méndez Fuentes

311

Prueba prohibida

Lic. Ever Ariel Orrego Dubón

341

El dolo como elemento subjetivo del delito de violación

M.Sc. Gisela Marisol Cardona Arrega

363

Breve estudio de la reparación digna, en delitos de violencia contra la mujer

Lic. Rigoberto Vargas Morales

387

Juzgar con perspectiva de género

Dra. Zonia de la Paz Santizo Corleto

421

La Defensa estratégica del defensor público, en las audiencias de declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba

Lic. Oscar Moisés López Fuentes

Editorial

En mi calidad de Director General, es satisfactorio presentar la Revista del Defensor en su Edición 16, fruto del esfuerzo de los articulistas de asumir el reto de escribir un artículo inédito, en el que plasman experiencias y buenas prácticas en la litigación estratégica, que realizan día a día. Esas vivencias pedagógicas, incursionan el aspecto doctrinario, legislación, en jurisprudencia, en derecho comparado y por supuesto en praxis, aplicando una metodología de análisis de casos, detectando problemáticas sustantivas o procesales, que afectan garantías convencionales y constitucionales del debido proceso, en perjuicio de los usuarios del Instituto, y lo relevante es que se presentan propuestas de solución técnico legales que inciden en resolver los problemas que se abordan en cada artículo.

Es plausible que estas experiencias se compilen en la Revista del Defensor No. 16, que es un legado invaluable de lectura obligatoria por los defensores y defensoras, inclusive, es factible utilizarla como referencia bibliográfica en trabajos de tesis de pre grado, maestrías o doctorados por la riqueza del aporte académico, que es producto de la labor de investigación bibliográfica o de campo, realizada por los articulistas, esfuerzo que se recompensa, al publicar en la revista los trabajos elaborados por los autores y sobresale que las temáticas actuales que se analizan en cada

artículo escrito prospectivamente han de superarse a futuro, para convertirse en un dato histórico de consulta y queda la satisfacción de haber participado en tan prestigioso texto.

Para Dirección General, es altamente significativo el presentar a ustedes defensores y defensoras, la propuesta académica de la Revista del Defensor No. 16, texto que al igual que sus antecesoras, ha de trascender no solo a nivel nacional, sino que internacionalmente que es lo merecido, por la alta calidad académica, texto que es patrimonio institucional, por lo que se les exhorta a leer los diferentes artículos y continuar nutriendo esta loable revista.

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Director General
Instituto de la Defensa Pública Penal

Los contenidos expresados en la presente Revista es responsabilidad de los autores y no del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Reflecciones sobre la Pena Natural

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

1. Definición de pena natural

Para la comprensión de la pena natural, se ilustra el siguiente ejemplo: En una residencia, todos se habían dormido pues ya era media noche, cuando el padre de familia escucha un ruido en el jardín dentro de su casa, como que si alguien saltó y cayó en el suelo. El dueño de la casa se levanta con una pistola en la mano y ve por la ventana una silueta que se levanta del suelo y camina hacia la puerta de la casa, entonces dispara varias veces, creyendo que es un delincuente que había entrado a la residencia. Posteriormente, enciende la bombilla de luz eléctrica que alumbraba el jardín y ve que yace en el suelo herido de muerte por los balazos provocados por los disparos, su hijo de diecisiete años, que por andar trasnochando y no portar llave de la puerta, tuvo que saltar la pared para ingresar a su casa. Llamaron a la Policía Nacional Civil, y lo consignan al Juzgado de Turno, allí le imputan el delito de parricidio.

En este caso, el padre de familia es sindicado de parricidio, delito que tiene una pena de 30 a 50 años de prisión, y que sufrirá si lo condenan, más el dolor moral grave de haber matado a su hijo, aunque sin saberlo. Además, la censura y desprecio de su familia, los gastos del sepelio, pérdida del trabajo entre otras.

En el ejemplo anterior, además de la pena estatal ¿Habrán una pena natural?, para ello es necesario, comprender jurídicamente el concepto de *poena naturalis*. El concepto de pena criminal

coincide en que la pena natural, en el sentido que ambas son una consecuencia del delito, una secuela del delito que puede tener diversas causas, pero los efectos son para la persona que realizó la conducta ilícita. En ese sentido, el legislador reconoce ese mal, esa consecuencia perniciosa que sufre el autor de un delito y al aplicar los principios de la pena, por ejemplo, el principio de necesidad de las penas, considera que la pena *forensis* o pena criminal no es necesaria, puesto que el autor sufre con las consecuencias de su actuar ilegal, y no le impone la pena que el tipo penal tiene asignado. En ese sentido Zaffaroni, (2001), define la pena natural de la siguiente forma:

Se llama pena natural al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de este, pues de imponerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. Por cierto, que no se puede descartar que, en hipótesis extremas, la *poena naturalis* cancele toda posibilidad de otra pena estatal (vgr. el conductor imprudente que causa la muerte de toda su familia, que queda parapléjico, ciego etc. (Pág. 952)

En esta definición el penalista suramericano, define la pena natural como un mal grave que sufre el autor de un delito, e incluso lo ilustra con el ejemplo en un delito imprudente o culposos, en donde causa la muerte de toda su familia, y ha quedado parapléjico y ciego. Imagine el lector, la gravedad de los males naturales que le han sobrevenido al autor de este delito, y además de ser llevado a juicio con el sufrimiento que le ocasionaron las penas naturales, se le impondrían varias penas estatales. Llama a la reflexión el profesor latinoamericano, en el sentido de que habrá que referirse o tomar en cuenta la pena natural, y evitar la imposición de la pena judicial, para no vulnerar principios de las penas tales como el de humanidad, proporcionalidad entre el delito y la pena, de lo contrario se haría manifiesta la irracionalidad del poder punitivo. Al final deja la posibilidad de no imponer la pena estatal para determinados casos extremos.

Por su parte Bacigalupo mencionado por Ruiz (2018) al referirse a la sentencia 307/2008, en la que fue ponente el profesor español, resuelve:

Se afirma que el mal, sea tanto estatal como natural, que debe soportar el autor del delito como pena, no debe ser superior al mal causado por el mismo [...] El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito —[es decir, la pena natural, definida en el inciso anterior como] aquel mal

sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias concomitantes— ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor. (Págs.11-12)

La pena natural, como un mal que sufre naturalmente la persona que ha cometido un hecho delictivo, como consecuencia inmediata del delito, es para el autor español, una compensación de la culpabilidad, que se debe descontar de la pena estatal. En todo caso hace referencia al principio de proporcionalidad de la pena y el delito al referirse que el mal que causará la pena, no debe ser superior al mal que sufre el delincuente, por lo que la pena natural se debe rebajar o restar de la pena estatal o judicial. Es interesante como en Estados como España, no se regula expresamente la pena natural, y hay jurisprudencia sobre este tema. En Alemania y la mayoría de países latinoamericanos, la *poena naturalis* se desarrolla en la legislación sustantiva o procesal por medio de diversas instituciones para despenalizar conductas en donde merece su aplicación, en observancia de los principios que regulan las penas.

La pena natural es un mal o consecuencia grave que sufre el autor de un delito, producto de su ejecución, o por dilación indebida del proceso, en donde la pena estatal es innecesaria, desproporcional e inhumana, circunstancia que ha quedado plasmada en derechos

humanos, principios constitucionales, en la ley sustantiva o procesal, reconocida por el legislador en aplicación de los principios que rigen las penas, en un Estado democrático de derecho.

Sin embargo, la jurista alemana Sabrina Sprotte, en (Navarro, 2022. Pág.74) no está de acuerdo con la idea que la pena natural sea una pena, pues no tiene un propósito que se incluya dentro de los fines de la pena, según las diversas teorías que la explican, y para ella, es en realidad un causal de modulación de la pena estatal. Opinión que el ponente interpreta, que para Sprotte, la pena natural constituirá una atenuante de la pena estatal, que los órganos jurisdiccionales, tendría que tomar en cuenta en el momento de la fijación o determinación de la pena.

2. Naturaleza jurídica de la pena natural

La pena natural es una institución jurídico penal, que tiene por objeto la no imposición de la pena, dadas las consecuencias sufridas por el autor de un delito, como lo son una afectación grave que puede ser física, mental, psicológica, económica, o por dilación indebida del proceso, y en donde la pena no resulta necesaria ni racional. Como una institución jurídica, tiene que tener un fundamento, denominado naturaleza jurídica. Pero hay varios puntos de vista que sustentan su existencia: a) La pena natural como compensación de la culpabilidad; b) Pena natural como penalidad o punibilidad, c) La pena natural, como excepción al principio de legalidad procesal, y d) La pena natural como clemencia o compasión judicial. Al final,

en este apartado, el ponente propone la pena natural como de una naturaleza jurídica mixta.

2.1. La pena natural como compensación de la culpabilidad

Independientemente que el delito sea doloso o culposo, tiene una consecuencia jurídica que es la pena judicial, la que se impone al establecer la responsabilidad penal. La compensación de la culpabilidad consiste en que sin perjuicio que el autor del delito es responsable del delito, puede sufrir consecuencias graves de índole físico, moral, psicológico, económico por la comisión del ilícito, y al favorecerlo con el beneficio de una pena natural en cualquiera de sus formas, prácticamente se está compensando la culpabilidad. Al respecto Bacigalupo, quien es el ponente de esta naturaleza (1998) explica:

La compensación de culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada y actúa reparando el daño, favoreciendo su propia persecución.

Pero también cabe hablar de una compensación destructiva que tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena. Estos males pueden ser jurídicos

o naturales. Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis* (...). En estos casos, se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él mismo tienen efectos similares a una pena.”. (Pág. 131)

El profesor español, se refiere a la compensación constructiva cuando el autor reconoce el delito, se entrega, repara el daño. Al referirse a la pena natural, ésta se explica por la compensación destructiva, en donde para la imposición de la pena, se aplica el principio de proporcionalidad que debe existir entre el delito, el daño al bien jurídico y la pena a imponer. En el caso de la pena natural, el daño al bien jurídico persiste, pero el autor del delito por causas naturales dentro de la comisión del mismo ha recibido daños graves que constituyen una compensación destructiva por las graves consecuencias para el autor del delito, en donde la pena no tiene razón de ser, puesto que por el principio de racionalidad basta con los daños graves físicos o psicológicos sufridos, y la pena jurídica no es necesaria.

2.2. Pena natural como penalidad o punibilidad

Desde este punto de vista, las consecuencias naturales que ha sufrido el autor del delito durante su ejecución, han producido daños graves a su persona tanto a nivel físico como mental o emocional, y visto de un punto de vista puramente formal, se configura un delito que tiene asignada una pena o consecuencia jurídica, pero

por condiciones de política criminal, la pena que tiene asignada el tipo penal no es necesaria ni racional que se imponga al autor, a pesar de existir una conducta antijurídica y culpable. En ese orden de ideas, la doctrina de la pena natural desarrollada en la ley penal sustantiva, indica que debe de prescindirse de la pena, y se les equipara a las condiciones objetivas de punibilidad. Al respecto Mir (1990) respecto de la naturaleza jurídica de la pena natural, indica:

Ello se explica a veces diciendo que tales condiciones *objetivas de punibilidad* no afectan el merecimiento de la pena del hecho, sino solo a su necesidad de pena. Se quiere expresar con ello que no inciden en la gravedad intrínseca del hecho, sino en la oportunidad político criminal de su punibilidad. (Pág. 160).

De estas dos posiciones, ver la pena natural equiparada a una condición objetiva de punibilidad, en donde la ley penal establece en qué casos, no se puede imponer una pena, estaría ubicada dentro de la punibilidad, en donde por las circunstancias naturales sufridas por el autor producto de la ejecución del delito, no es necesaria la pena. Se considera que la pena natural regulada en la ley sustantiva (Código Penal o leyes penales especiales), se puede ubicar su naturaleza dentro de la punibilidad, atendiendo a los principios de no necesidad de imposición de la pena, sumando para ello el principio de humanidad de las penas y de racionalidad. Esta posición también la adopta Vitale (1998) quien además agrega

el principio de racionalidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales, especialmente en su imposición.

La imposición de una pena para los supuestos de la llamada “pena natural”, violentaría abiertamente el principio de estricta necesidad de la pena. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de prohibición de las penas crueles, inhumanas o degradantes. Por supuesto que, a su vez, ello sería un modo ilegítimo de desconocer el principio de racionalidad de los actos de gobierno y de razonabilidad de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento del fin de “reinserción social” que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución. (Pág. 115)

2.3. La pena natural, como excepción al principio de legalidad procesal

Anteriormente, se ha explicado la naturaleza jurídica de la pena natural, desde el punto de vista de la teoría del delito, toca ahora analizarla desde la óptica procesal, y en ese sentido, se tomará como base el principio de legalidad procesal, en donde los órganos del Estado tienen la obligación de investigar y llevar a juicio todos los delitos, sin embargo, este principio tiene su excepción

denominado principio de oportunidad Jorge, (2019) lo plantea de la siguiente forma:

Por una parte, podemos ver en la Pena Natural una excepción al principio de legalidad, que funciona como una herramienta procesal que permite dispensar de la aplicación de la pena estatal en los casos previstos. Esta solución es planteada en los modernos sistemas procesales, como una facultad asignada al Fiscal Penal, quien, como titular de la acción penal pública, puede aplicar criterios de oportunidad que permitan suspender la investigación. (Pág. 6)

Al consultar la legislación de los países latinoamericanos, se observó que la mayoría regulan la pena natural en la legislación procesal, específicamente como una medida alterna al proceso penal, dentro del criterio de oportunidad. Cuando se beneficia al autor de un hecho punible, por la concurrencia de consecuencias naturales (daños, mentales o emocionales), prácticamente, se está despenalizando su conducta, en casos específicos señalados por la ley, por lo que no es necesario imponer la pena judicial por medio de una sentencia, sino basta con la imposición de una medida desjudicializadora. Por ejemplo, Guatemala regula la pena natural como uno de los supuestos del criterio de oportunidad.

2.4. La pena natural como clemencia o compasión judicial

Además de las teorías dogmáticas de Bacigalupo, Mir Puig, Vitale y otros, también hay autores que consideran que hay una cuarta teoría para explicar la naturaleza jurídica de la pena natural, no basadas tanto en el Derecho penal, sino en la filosofía. Dentro de ellos Ruiz y Serrano (2018) quienes, explican que:

La clemencia es una motivación de la gracia bien distinta de la equidad. Entendida en el estricto sentido “una emoción esencialmente altruista, ya que hace referencia a nuestra susceptibilidad frente a la desdicha ajena y al interés concomitante de mitigarla, o cuanto menos, no aumentarla. (Ruiz, 2018. (Pág. 2)

Como emoción altruista, es un sentimiento que tienen por lo menos la mayoría de seres humanos hacia las personas que sufren por diversas razones, y se tiene algún interés por ayudarles a mejorar su situación o que por lo menos no aumenten sus padecimientos. En el tema de la pena natural, si bien es cierto el sufrimiento, deviene de las consecuencias naturales de la realización de un delito, la persona que sufre puede ser objeto de misericordia, entendida ésta como compasión por los que, incluso no la merecen, por las mismas razones del delito. Si bien es cierto puede que para algunos la pena natural sea el merecido castigo por las conductas delictuosas, pero la clemencia se aplicaría al no estar de acuerdo en la aplicación de la pena judicial o estatal, la que aumentaría la desdicha del autor, acrecentando el mal que recae sobre él, por

el delito cometido, que en todo caso sería la pena natural más la pena criminal.

El problema es que al juzgar, los jueces no pueden fundamentar sus resoluciones en la clemencia o en emociones, sino en normas jurídicas y principios del derecho, sin embargo, jurídicamente se establecen criterios para explicar y aplicar la pena natural, ya sea para cancelarla o disminuirla, y es donde la clemencia encuentra un papel justificativo en el razonamiento judicial, porque se refiere a aspectos de la moral que encuentran justificación en el principio de compasión como una derivación del principio de humanidad, el cual tiene reconocimiento doctrinal y jurisprudencial. Además, porque hay algunos casos donde la compasión influye en los juzgadores para tomar decisiones, especialmente en los casos donde el autor del delito se arrepiente de su actuación reconociendo que lo que hizo no fue lo correcto, y que desea mejorar su situación de vida.

También se puede tomar en cuenta además de la conducta reprochada, el carácter de la persona que se juzga y su historia de vida, por lo que las situaciones que contempla la pena natural, puede ser considerada merecedora de compasión, y en consecuencia la no aplicabilidad de la pena mediante los mecanismos regulados en la ley o una disminución de la pena estatal en la sentencia. Serrano (2021), explica como los jueces en sus resoluciones, pueden aplicar la compasión, especialmente cuando se trata de ponderar la pena.

Los ejemplos que habilitan, como aquellos que niegan la pena natural, permiten reconocer los elementos cognitivos y afectivos de la compasión. Por un lado, el juez puede experimentar el sufrimiento del otro, en cuanto lo reconoce como un sufrimiento importante que debe ser tenido en cuenta en la sentencia y en la mensuración de la pena. Por el otro lado, hay un claro deseo de no empeorar esta situación. De aquí que la mayoría de los jueces apelen a la prohibición de aplicación de penas inhumanas o del doble castigo. En caso de que hicieran caso omiso a esto, estarían castigando en exceso a la persona. (Pág. 334)

2.5. La pena natural con una naturaleza jurídica mixta

Después de analizar las diversas teorías que explican la naturaleza jurídica de la pena natural, el ponente comparte la opinión de Bacigalupo en cuanto, esta pena es una compensación de la culpabilidad, pues la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable es el requisito *sine qua non* para la existencia de una pena natural, y al ser reconocida por el Estado sus efectos pueden ser la no aplicación o disminución de la pena estatal. Por otra parte, el criterio de Mir Puig al incluir la pena natural dentro de la penalidad o punibilidad, es correcto, pues en los casos de pena natural, la pena estatal no es aplicable por ser innecesaria, o inapropiada, y por razones de política criminal, en los casos que regula cada legislación exime la pena judicial.

En ese sentido, la pena natural como excepción del principio de legalidad procesal, tiene que tener una vía procesal para su aplicación, que la mayoría de países latinoamericanos, ha encontrado en el criterio de oportunidad. Y finalmente, al momento de fundamentar las resoluciones judiciales ya sea al autorizar al Ministerio Público abstenerse de ejercitar la acción penal, o no continuar con la ya ejercitada, o bien al momento de dictar la sentencia, y razonar la imposición de la pena, jurídicamente es válido, motivar la resolución judicial en los principios de compasión, humanidad, proporcionalidad de las penas, y evitar a toda costa imponer penas crueles, inhumanas o degradantes.

3. Elementos de la pena natural

Al analizar las diversas definiciones, y la naturaleza jurídica de la pena natural, se pueden construir los elementos que la integran desde su definición, que en la mayoría de las veces aparece como una consecuencia natural del delito cometido por el autor. Es decir, si no existiera el delito no habría pena, *nullan pena naturalis sine crimen*. En ese orden de ideas los elementos de la pena natural son; la proporcionalidad y el arrepentimiento.

3.1. La proporcionalidad

Como se verá más adelante, la doctrina de la pena natural está sustentada en la consecuencia o daño natural que sufre el autor por la comisión de delito, en donde unas veces por reconocimiento legal de este tipo de pena, se puede eximir de la misma, por

considerarla innecesaria. Otras veces como atenuante disminuye la responsabilidad y en consecuencia la pena estatal. En ambos casos, se aplica porque se considera desproporcional, no con el daño causado por el delito, sino porque la pena estatal, o judicial que se impondría al autor del injusto, tendría que además soportar los males que le ocasiona la pena natural. Desde ese punto de vista, un primer elemento de la pena natural es la proporcionalidad, la cual se conceptualiza como el daño sufrido por la comisión del delito en relación a la pena estatal que tiene asignada el tipo penal. Otras veces, se puede atenuar la pena, dada las circunstancias propias de cada caso en particular. En ese sentido, Serrano, (2022), al referirse a la proporcionalidad indica:

Lo que remarcan estos autores es que la imposición de una pena estatal, sin tener en cuenta los daños que ha sufrido el agente -la pena natural- generaría una clara violación al principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. En otras palabras, el Estado no puede hacer oídos sordos ante las circunstancias que rodean un delito. (Pág. 866)

Para establecer la proporcionalidad de los daños sufridos por el autor de un delito durante su comisión, lo primero que debe observarse e incluso probarse en juicio, o para la obtención de un beneficio procesal, como se verá más adelante, es la existencia de ese daño, posterior a la comisión del delito, porque si éste ya estaba antes del delito, no se puede tomar en cuenta, ya que no

corresponde al concepto de pena natural. Asimismo, es importante considerar el significado, la magnitud o gravedad del daño ya sea en su manifestación física, moral, psicológica, económica y otro tipo de daño, porque si este es de una forma insignificante, no se puede incluir dentro del concepto legal. En este sentido la legislación guatemalteca en el artículo 25 inciso 5º del Código Procesal Penal, que desarrolla la pena natural como uno de los supuestos del criterio de oportunidad, se refiere a la gravedad del daño que sufre el autor como consecuencia de la comisión de un delito doloso, en donde de imponerse pena estatal, ésta resultaría inapropiada.

Además de describir el significado o la magnitud del daño, aunque sea de forma general, el artículo anterior, también se refiere a la desproporcionalidad, cuando indica que la pena resulte inapropiada, porque el daño grave sufrido por el autor del delito durante su comisión, representa para él un sufrimiento, y además de esa pena natural, se le aplicaría una pena estatal señalada en el tipo penal. Esto no solo sería cruel, sino hasta inhumano. Por ejemplo, en el caso Espínola, una joven regresaba de un viaje, y al ingresar a su casa, su mamá le abrió el garaje, y una vez adentro del mismo, aceleró el vehículo y atropello a su madre, creyendo que estaba en reversa. La procesaron por homicidio culposo. Afortunadamente la defensa ofreció testigos que declararon en el juicio que el día del accidente mientras esperaba la ambulancia, ella estaba en shock, desesperada y gritaba “me quiero morir”, posteriormente estuvo en tratamiento psicológico y psiquiátrico, de los cuales,

se presentaron los peritajes respectivos y la declaración de los profesionales. Por lo que, en la sentencia, la jueza de la causa fundamentó de la siguiente forma, en la que Serrano (2022), la transcribe:

Por las consideraciones y fundamentos dados respecto de la conducta desplegada por Silvia Beatriz Espínola, el encuentro merecedor de un reproche penal que desemboca indefectiblemente en la imposición de una pena. Mas el inconveniente radica en determinar si el monto a imponer se contradice con los principios constitucionales de proporcionalidad y culpabilidad, esto es por las especiales circunstancias del caso traído a estudio. Asimismo, la imposición de una pena estatal en casos de extrema gravedad como éste, aparecería como innecesaria ya que las pérdidas y sufrimientos padecidos por la imputada a consecuencia del hecho en sí, trasciende con creces la finalidad misma de la pena¹. (Pág. 868)

En Guatemala, el homicidio culposo tiene asignada una pena de dos a cinco años de prisión (artículo 127 del Código Penal), pena que se tendría que imponer, además de la magnitud del daño moral y psicológico, sufrido por la autora del delito, quien resultó directa y gravemente afectada por las consecuencias del ilícito.

1 Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo", 11 de febrero de 2016, pp. 8-9.

Afortunadamente en el caso Espínola, se consideró a la pena estatal como innecesaria, porque de imponerla hubiese sido una pena desproporcional. El elemento proporcionalidad, lo que explica es que además de la existencia del delito, los sufrimientos y daños constitutivos de la pena natural deben ser significativos, a tal punto que obliguen a tenerlos en cuenta al momento de determinar la pena, o bien prescindir de ella por medio del otorgamiento de una medida alterna como el criterio de oportunidad, que es el criterio procesal aplicable en la mayoría de países latinoamericanos, como se desarrollará más adelante en el capítulo de la pena natural en el Derecho comparado.

3.2. El arrepentimiento

Antes de conceptualizar el arrepentimiento, es importante explicar por qué su inclusión en la pena natural, toda vez que tal pesadumbre o contrición se utiliza o menciona en la argumentación jurídica, tanto la defensa, la fiscalía, y los jueces o tribunales para fundamentar las resoluciones judiciales. De tal suerte que, en Guatemala, se regula en el artículo 27 inciso 4º del Código Penal, como una de las atenuantes, denominada arrepentimiento eficaz, en los casos que el autor de un delito, ha tratado o reparado con ahínco, animosidad, dedicación o diligencia el daño causado al bien jurídico, o bien las dañinas y perjudiciales consecuencias del delito. Esta es una forma práctica y eficaz de acercarse al vocablo arrepentimiento

El arrepentimiento es una acción, una actitud, pues no es lo mismo, una persona que comete un delito y después se arrepiente, en comparación de otra que después de haber cometido el delito, no acepa su obrar incorrecto, y sigue su vida sin modificar sus prácticas o mejorar su carácter. El arrepentimiento no solo debe ser del diente a labio, sino demostrar con una conducta de acciones en donde se vean los cambios en la persona que se arrepiente, como intentar reparar el daño producido al bien jurídico de la víctima afectada, para reconciliarse con ella y con la sociedad. Incluso no es requisito indispensable que repare el daño, pero sí que demuestre con su conducta que está arrepentido. El arrepentimiento puede llegar a fines positivos como el pedir perdón a la víctima o sus familiares, aunque en algunos delitos es mucho más difícil como los de homicidio, también es bueno que el autor se perdone él mismo, para poder incorporarse emocionalmente a la sociedad. Entonces el arrepentimiento es reconocer que al realizar el delito se ha obrado mal, o de manera incorrecta. Como indica Serrano (2022):

Este reconocimiento tiene como consecuencia el sentimiento de culpa y, por lo tanto, el arrepentimiento propiamente dicho. En otras palabras, estar arrepentido implica la cancelación del orgullo o de la auto justificación de ese obrar, y la aceptación que la acción cometida era incorrecta y por lo tanto no debió haber sido realizada. (Pág. 875)

El arrepentimiento tiene que ver con remordimiento, en el sentido de reconocer que se ha obrado mal, y emocionalmente se representa como un sentimiento de culpa, sobre la conciencia, que debe llevar a un cambio en la vida del autor del delito, para que ese sufrimiento moral, sea tomado en cuenta por los fiscales y funcionarios judiciales, al momento de resolver utilizando la doctrina de la pena natural.

Para concluir con los elementos de la pena natural, se ilustra con un caso en donde a una persona “Benítez”, se le condenó a siete años por fabricación de estupefacientes, quien interpuso recurso extraordinario de casación, argumentando la pena natural, porque en la casa en donde se fabricaban hubo una explosión en una estufa, perdiendo la vida “Tamay”, pareja de Benítez. Sin embargo, del estudio de las actuaciones procesales, se determinó que, durante el debate o juicio, este indicó que tenía esposa y dos hijos, y no reconoció a Tamay como su conviviente. Además, se recibieron declaraciones que Tamay tenía antecedentes de trata de personas, y que si bien es cierto tenía relaciones con él, era porque éste la sometía violentamente, dada la edad de Benítez de cuarenta y cuatro años, y la de Tamay de veintitrés años con una situación de vulnerabilidad frente a él. (Serrano, 2022. Págs. 875-877). Por lo que la Sala de Casación no casó el recurso, declarándolo improcedente, porque no cumplía los requisitos de proporcionalidad en el sentido de que el sufrimiento de Benítez no fue significativo, y además en ningún momento hubo arrepentimiento.

4. Clases de pena natural

Si la pena natural es un mal, o consecuencia perniciosa, grave que sufre el autor del delito, su clasificación debe ser de acuerdo al daño recibido con ocasión del ilícito penal. De ahí que se propone clasificarla de acuerdo al daño en: pena natural física, moral, psicológica, económica, pudiendo haber penas naturales mixtas por ejemplo físicas, morales y psicológicas. No obstante, pueden existir otras clases de pena corporal, tal como se propone en este apartado, la pena natural por dilación indebida del proceso. Al respecto, Zaffaroni (2001. Pág. 953) refiere que no se pueden limitar los daños o sufrimientos del autor de un delito, pues puede ser de cualquier forma, siempre que se vulneren los principios de irracionalidad mínima y humanidad.

4.1. Pena natural por daño físico

La pena natural física se refiere a consecuencias graves que sufre el autor de un delito en su cuerpo, en su salud física, desde la pérdida de un miembro hasta la parálisis corporal. Este tipo de daño puede provenir de delitos culposos o como los accidentes de tránsito o automovilísticos, en donde el conductor o autor del delito resulte con daños muy graves, como politraumatismos, en los que necesite mucho tiempo de tratamiento para poder recuperarse, hasta fracturas de diversas partes de su cuerpo. Asimismo, también pueden provenir los daños físicos de un delito doloso, por ejemplo, el autor de un robo en donde haya recibido disparos, y éstos le hayan provocado fracturas, o daños en órganos vitales

que necesiten de tratamiento largo, incluso hasta amputaciones de miembros del cuerpo, o que resulte que no podrá valerse por sí mismo.

Es muy conocido en Guatemala el caso de la Rancherita, en el que una muchacha de 32 años edad, por intimidar al piloto de autobús urbano de la ruta número 32 que recorría la colonia Quinta Samayoa en la zona 7 de la ciudad capital de Guatemala, intentó lanzarle una bomba de construcción cacerá, y por el forcejo que hubo entre el piloto y la muchacha la bomba estalló y del impacto resultaron heridas seis personas que iban en el autobús, incluyendo la Rancherita. Los médicos le salvaron la vida, pero del bombazo, perdió las manos y parte de los antebrazos. El tribunal sentenció a la Rancherita a 50 años de prisión por asesinato en el grado de tentativa. A la fecha se encuentra sufriendo prisión y recibió una donación de prótesis, pero fueron rechazadas por su cuerpo. Antes del hecho, la muchacha se casó en la capital y tiene dos hijos menores de edad, actualmente por su ánimo de salir adelante, aprendió a escribir con la boca y con el muñón.

Este es un ejemplo de una pena natural física, en donde la autora en la ejecución del delito perdió las dos manos, sin perjuicio de otros daños que pudiera sufrir. En Guatemala, como se explicará más adelante se regula la pena natural solo para delitos culposos, por lo que además de la pérdida de sus manos (pena natural), la Rancherita tendrá que cumplir la pena de prisión impuesta (pena jurídica estatal).

4.2. Pena natural por enfermedad terminal

Se denomina enfermedad terminal, la que sufre una persona en sus últimas consecuencias, de tipo irreversible, es decir, que no tiene muchas expectativas de vida, y si bien es cierto, no se puede pronosticar la fecha exacta de su muerte, también lo es que no se recuperará. Para ampliar el concepto, el Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario la define como “enfermedad en etapa terminal la que sufre una persona reclusa en sus condiciones orgánicas y de manera extremadamente irremediable. Y no existe ninguna perspectiva de mejorar”. (Artículo 142 del Acuerdo Gubernativo 513-2011)

Aquí no se refiere a un daño físico como consecuencia del delito, sino a una enfermedad que sufre o se ha desarrollado en el imputado por causas propiamente patológicas, y a la hora que le impongan la pena por el delito cometido, por el principio de humanidad puede ser sujeto de una pena natural en cualquier etapa del proceso, antes de llegar a la fase de ejecución penal. Las legislaciones penales de México y el Salvador incluyen la enfermedad terminal como una pena natural. Guatemala, tiene la enfermedad terminal como uno de los supuestos de libertad controlada dentro del régimen progresivo.

4.3. Pena natural por daños aflictivos o morales

Después de los daños físicos sufridos por el autor de un delito, están los denominados daños aflictivos producto de un delito, en

donde el daño físico lo sufre una persona cercana afectivamente, como un familiar del autor, y esto le provoca aflicción moral al agente.

En esta afectación grave que sufre la persona como consecuencia del delito, daño, menoscabo, deterioro inmaterial sufridos por el autor de un delito, e incluyen daño al proyecto de vida. Por ejemplo, desde un punto de vista moral, por la muerte un familiar, o daños físicos que sufra un familiar o persona con quien tiene lazos afectivos muy fuertes, como consecuencia de su conducta ilícita. Moreno (2019), enseña:

La *pena natural moral* deviene de supuestos en los que el efecto lesivo derivado de la conducta del agente está relacionado con una persona distinta a su autor, pero de quien se encuentra *ligado afectivamente*, por lo que el sujeto concibe al perjuicio ajeno como propio, afectando su psiquis de manera definitiva. (Pág. 111)

4.4. Pena natural mixta

Esta pena mixta se da cuando, producto de la comisión de un delito, el daño lo sufre tanto el autor de un delito, así como personas muy allegadas a él, como familiares y amigos. Por ejemplo, un accidente de tránsito en donde el piloto producto del impacto del vehículo que conducía sufre fracturas en las piernas, así como en los huesos de la cara, que le llevarán por lo menos unos seis

meses de tratamiento, además del daño moral que sufre en autorconductor del vehículo en el percance automovilístico fallece su esposa y su hijo de cuatro años de edad.

De imponérsele la pena judicial, por los delitos de homicidio culposo de su esposa y de su hijo, más la afectación moral que tuvo por la muerte de los mismos, resultaría la pena estatal, desproporcionada e irracional. Por lo regular la pena natural, de tipo aflictivo o moral, ocurre producto de los accidentes automovilísticos, pero puede ser producto de otro tipo de hechos en donde el afectado físicamente no es el autor, sino alguna tercera persona que tenga o no la calidad de familiar, como el conductor imprudente que causa la muerte de toda su familia, que queda parapléjico y ciego. No cabe duda que en los casos en donde el autor haya sido afectado moralmente en una forma grave, o con una pena natural mixta, también se verá afectado su proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable.

Serrano (2021. Págs. 25-26) brinda un ejemplo de “un soldado que, luego de una práctica de tiro, se encontraba desarmando y limpiando su arma cuando, sin intención, dispara a la cabeza de su mejor amigo, produciéndole una herida de muerte”. El ejemplo anterior es muy similar a casos que han sucedido en Guatemala, en donde al realizar la actividad de limpiar su arma, un agente de

Policía Nacional Civil, dispara impactando en el cuerpo de su mejor amigo, y producto del disparo este fallece. Por supuesto, en estos casos de pena aflictiva o moral, este tipo de daño no se puede presumir, sino que debe ser alegado y probado por el abogado defensor durante el proceso penal, ya sea para solicitar una medida alterna al proceso penal, o que sea necesario argumentarlo en el juicio. En todo caso se debe contar, además de la declaración del auto como medio de defensa, los testimonios de otros agentes, para demostrar además del hecho, el vínculo de afecto que existía entre el autor del delito y la víctima.

4.5. Pena natural por daño psicológico o psíquico

Esta es una afectación en la psiquis del autor en la cual quedan graves consecuencias en su personalidad, y para probar su existencia se necesita de un peritaje profesional de la psiquiatría o de la psicología. Esta afectación requiere de un tratamiento específico para poder superar los daños sufridos como consecuencia del delito. Se menciona la pena natural psíquica, porque varios países latinoamericanos la incluyen. Los daños psicológicos pueden ser producto de un golpe en la cabeza, o los impactos en psiquis del autor cuando familiares han sufrido la muerte o daños en su integridad física.

4.6. Pena natural económica o material

Este es un daño que pudiera sufrir el autor de delito producto de la afectación material que sobreviene a causa de la ilicitud de

su conducta, por ejemplo, en un accidente de tránsito en donde su automóvil quede inservible o bien que tenga que pagar por la reparación de su vehículo. O bien la pérdida de otros bienes materiales derivados del ilícito perpetrado.

4.7. Pena natural por dilación indebida del proceso

Este tipo de pena natural no está regulada específicamente en alguna norma ordinaria sustantiva o procesal, sin embargo, ocurre en algunos países como Guatemala, en donde las personas se encuentran sometidas a proceso penal, se encuentran ya sea en prisión simple o en prisión preventiva, y el proceso penal no avanza, por diversas razones que no ingresan dentro de las causales de desvirtuar vulneración del derecho al imputado a ser juzgado en un plazo razonable, pues no hay complejidad del caso, ni actitud de las partes en la dilación del procedimiento, sino que es el Estado por medio de sus órganos los que dilatan el plazo razonable. Por supuesto, esta circunstancia afecta gravemente a las personas imputadas, que, aunque no es provocada por ellos mismos, siempre es una consecuencia del delito, esta vez atribuible a los órganos jurisdiccionales. Al respecto Zaffaroni (2001) ilustra este punto de vista de la siguiente forma:

Por ello, nada obsta a que se considere como caso especial de pena natural las dilaciones indebidas en el proceso penal, que afecten el derecho del procesado a un juicio en el plazo razonable, cuyo perjuicio debe ser considerado

también como pena, y de tal modo, en las demoras graves, puede resultar una modificación del límite mínimo de la pena, sin perjuicio de la obligatoriedad de esta referencia en la construcción de la pena como causa de atenuación. (Pág. 253)

La vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, se realiza en todas las etapas del proceso penal, sin que el Organismo Judicial pueda brindar una explicación razonable. La mayoría de las veces los jueces indican que no se celebran las audiencias por imposibilidad material y se tienen que reprogramar las mismas, esto como una de las circunstancias que han provocado el crecimiento de una mora judicial considerable.

Es por ello, que, en la clasificación de la pena natural, no solo se debe observar el daño físico, moral, psicológico, sino también circunstancias que vulneren normas constitucionales, como el derecho a ser juzgado en plazo razonable, regulado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que por vía de los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ingresa como derecho constitucional.

Los diversos tipos de daños en que se divide la pena natural (físico, aflictivo o moral, mixto, económico, dilación indebida del proceso, tienen que ser de una gravedad o magnitud severa, para que pueda calificarse como pena natural, según el tratamiento procesal

que le den las diversas legislaciones. Algunas legislaciones concretamente indican el tipo de daño, por ejemplo, físico, psíquico o moral grave, y comparan el daño con la pena estatal o forense que se le impondría al autor, para que dado el caso que proceda su aplicación se fundamente en los principios como el de necesidad, de proporcionalidad, o de humanidad de la pena. Otras legislaciones no indican sobre el tipo de daño, únicamente que el daño sea grave, tal es el caso de la legislación guatemalteca, en donde se indica que el inculcado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito.

5. El aspecto subjetivo del tipo en la pena natural

En este apartado se desarrolla lo relacionado con la concepción bipartita del tipo penal, es decir tipo objetivo y tipo subjetivo. El primero se refiere a la conducta prohibida u ordenada que aparece en el tipo penal, denominado supuesto de hecho, aquí se encuentran los verbos rectores y la relación de causalidad. El tipo subjetivo tiene que ver con el aspecto interno, si se trata de un delito doloso o culposo, pues depende si el delito es doloso o culposo, tendrá un tratamiento distinto en la imposición de la pena desde que el legislador crea el tipo penal, pues los delitos dolosos tienen asignada una pena de prisión más grave que la pena de los delitos culposos o imprudentes, precisamente porque en los primeros se configuran la voluntad y conocimiento de realizar el tipo objetivo, mientras que en los segundos hay una violación del deber de cuidado. Al revisar, las diversas legislaciones de los

países latinoamericanos, la pena natural se encuentra regulada tanto para delitos culposos o imprudentes como para los delitos dolosos. Aunque hay una mayor inclinación para que se incluya dentro de los delitos culposos, pareciera que es porque en ellos no hay intención de causar un resultado dañoso al bien jurídico, en relación a los delitos dolosos en donde, de entrada, el concepto de dolo se refiere a la intención y voluntad de realizar el tipo objetivo.

Cuando se refiere al aspecto subjetivo del tipo penal, se puede pensar que hay preferencia en legislarla para delitos dolosos porque en éstos, la pena, por ejemplo, la prisión es menor, por ser menor el reproche, sin embargo, en este apartado relacionado con la pena natural y el aspecto subjetivo del tipo penal, es importante señalar que en el tema de la pena natural, no es tan importante que el delito, sea doloso o culposo, sino la proporcionalidad de la pena estatal que conlleva el tipo penal, en relación al daño que se ocasionó el autor del delito. Tal como lo expresa Serrano, (2021) al aclarar el aspecto subjetivo de la pena natural.

Tal como quedó determinado en los apartados anteriores, la pena natural se diferencia del delito y es esta relación la que se debe evaluar. La proporcionalidad permite afirmar que lo importante no es la imprudencia o la intención del acusado en la comisión del delito, sino si el daño o sufrimiento excede, iguala o es insignificante, en relación a la pena que se le debería imponer. (Pág. 85)

En ese sentido parece que algunos autores argentinos como Zaffaroni, Aliaga, y Slokar, y el español Enrique Bacigalupo están de acuerdo. Los tres primeros desde la forma como conceptualizan la pena natural, no toman como en cuenta si el delito es doloso o culposo, sino que su análisis va dirigido en primer lugar a su existencia, y en segundo lugar que, al imponer la pena estatal, sin tomar en cuenta la pena natural, atendería como consecuencia la vulneración al principio de proporcionalidad. Zaffaroni (2001)

Se llama *poena naturalis* al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena. (Pág. 252)

Por su parte el profesor español, cuando se explicó la naturaleza jurídica de la pena natural, en la compensación de la culpabilidad, indicó que la pena no puede pasar por alto los daños sufridos (pena natural), sino que tienen que ser compensados. Se interpreta que además de los daños sufridos por la ejecución del delito, que corresponde a la pena natural, la culpabilidad que trae la ejecución del delito, tiene como consecuencia una pena estatal, que tiene que ser compensada en virtud de los daños naturales sufridos. Como se observó en las opiniones de Zafaroni y Bacigalupo, el dolo o la culpa no son determinantes en el accionar del autor de

un delito, para reconocer a la pena natural, sino que, lo que es determinante es la proporcionalidad entre el daño recibido por la pena natural, y la pena que corresponde aplicar en la ejecución del delito, o pena estatal. Por tal razón, la pena natural en diversos países latinoamericanos, se regula tanto para delitos culposos, como para delitos dolosos. Por ejemplo, en legislaciones como Perú, El Salvador y Venezuela, la regulación de la pena natural expresamente indica para delitos dolosos y para delitos culposos. Mientras que, en la ley argentina, bolivariana, y del Uruguay, no indica si es para delitos dolosos o culposos, por lo que se interpreta que de forma tácita que es para ambos tipos de delitos. Sin embargo, es más aplicable la pena natural para delitos culposos o imprudentes, por lo regular se aplica para hechos de tránsito, o accidentes automovilísticos, en las legislaciones de los Estados o países como Colombia, Ecuador, Guatemala, y Uruguay taxativamente establece que la pena natural es aplicable únicamente para los delitos culposos.

6. La pena natural como supuesto del criterio de oportunidad

Al investigar la doctrina de la pena natural, y su desarrollo en diversas legislaciones, se encontró que doce (12) Estados de América Latina, se incluye la pena natural, como una medida alterna del proceso penal, como uno de los supuestos del criterio de oportunidad. En Guatemala, se regula en el artículo 25 inciso 5º del Código Procesal Penal, como uno de los casos de la medida

desjudicializadora en mención. No lleva el título de pena natural, pero en el ambiente judicial así se le denomina. La condición que se encuentra en la norma, es que la persona imputada haya sido afectada directa y gravemente por las consecuencias del delito. Se aplica únicamente para los delitos culposos o imprudentes, y de probarse los daños graves sufridos no se le aplicará la pena, porque ésta se considera inapropiada, o sea inadecuada, inconveniente, e improcedente, porque de acuerdo a los principios de la pena, no es necesaria, ni humana, ni racional para rehabilitar al procesado.

En cuanto al daño o afectación tiene que ser directa en la persona del sindicado, de una forma grave, palabra que deberá interpretarse en sentido amplio de manera extensiva en beneficio del imputado. En ese sentido el imputado puede salir, físicamente afectado, o que no tenga ningún daño físico, pero que sufra de daño psicológico o emocional, moral e incluso hasta un daño de carácter patrimonial. Pueda ser, que el sindicado no resulte con daño físico, por ejemplo, en un accidente de tránsito, pero que producto del percance algún familiar pueda salir con lesiones graves, e incluso hasta fallecer. En este sentido, la pena judicial no es necesaria por varias razones: la existencia de una afectación física, psicológica, moral, o económica, que hacen sufrir al inculpado, por lo que habrá que evitar la criminalización del individuo especialmente por tratarse de delitos imprudentes o culposos, despenalizando el hecho, por medio de esta forma alternativa de solucionar el conflicto.

8.1. Ejemplos de pena natural en donde se ha otorgado el criterio de oportunidad

Los siguientes ejemplos, son producto del relato de funcionarios de justicia en donde no fue posible obtener el número de carpeta judicial, ni copia de la resolución donde se otorgó el criterio de oportunidad.

8.1.1. Daños físicos provocados por el imputado en la comisión del delito

En la autopista que conduce de Retalhuleu a Mazatenango, dos personas armadas con armas de fuego, suben a un autobús extraurbano, y dentro del mismo proceden a asaltar a los pasajeros, cuando dos de ellos, que también iban armados disparan en contra de ellos, uno fallece y el otro, resulta herido en la columna vertebral. Circunstancia que le provocó parálisis en las dos piernas, por lo que no podrá caminar durante el resto de su vida. Este fue capturado y tendrá que enfrentar juicio penal, en donde la fiscalía pretende una condena y que le impongan una pena judicial. Por lo que además del sufrimiento por pérdida de movilidad en sus piernas (paralítico) tendrá que enfrentar la justicia y salir condenado a cumplir una pena de prisión.

8.1.2. Daño físico y patrimonial por la comisión del ilícito

Este caso, se trata de un accidente de tránsito en donde colisionaron dos vehículos, que resultaron con daños materiales cada uno, pero además ambos pilotos resultaron con lesiones, pero a uno

de ellos, al culpable, se le tuvo que amputar una pierna, y debido a sus escasos recursos económicos no podía pagar los gastos ocasionados. El Ministerio Público ya había ejercido la acción penal al presentar acusación en la etapa intermedia, pero se le aplicó el criterio de oportunidad antes de iniciar el debate, con el supuesto de la pena natural. Paz (2022). Brinda un ejemplo de un caso en donde se aplicó criterio de oportunidad, con fundamento en la pena natural.

Carlos Cunero viaja en su vehículo, en la carretera antigua de Escuintla hacia Guatemala, en su carril derecho; al llegar a la curva denominada “El Quetzal” advierte que hay fila (o cola) por exceso de tránsito y no la respeta, decide salir de su fila y rebasar varios vehículos y se pasa al carril izquierdo, pero en ese momento se desplaza en su vehículo el señor Luis Texcoco de Guatemala hacia Escuintla en su carril derecho, al tomar la curva hacia “El Quetzal” súbitamente ve a un vehículo en su carril, el cual obviamente no puede esquivarlo y colisionan ambos vehículos.

Del percance, ambos pilotos resultan con lesiones y los vehículos con daños. El señor Carlos Cunero sufre la amputación de una pierna. Aunado a ello se establece su responsabilidad penal en el hecho de tránsito, en consecuencia, debe resarcir los daños causados al otro

vehículo y pagar los gastos ocasionados por las lesiones causadas al señor Luis Texcoco. El proceso penal llega a la etapa del juicio oral y público y antes de iniciar el debate, se solicita el otorgamiento del criterio de oportunidad, con fundamento en el numeral 5) del artículo 25 del Código Procesal Penal. El tribunal accede a lo solicitado en virtud que el acusado Carlos Cunero, expone que no puede resarcir los daños ocasionados ni pagar los gastos causados por lesiones; aunado a ello debe vivir con el impedimento de lo que fue su pierna. Tal circunstancia es considerada una pena natural. (Pág. 50)

8.1.3. Daño emocional

Una señora conduce un vehículo y lleva en el mismo a su hijo de seis años, tiene un accidente y en el percance fallece su hijo. En este caso, hay un homicidio culposo regulado en el artículo 127 del Código Penal, con una pena de prisión de dos a cinco años, pero, por el daño emocional que sufre la madre derivado de la muerte de su hijo, la pena resulta inapropiada.

En algunas personas, el daño psicológico puede ser tan grave como un caso que un abogado relató en una capacitación en Quetzaltenango, donde un hombre conducía un vehículo y tuvo un accidente de tránsito, del cual fallecieron su esposa y su hijo de tres años. Le afectó tanto, que entró en depresión y mientras estaba en prisión preventiva, no aguantó y se suicidó.

En otros accidentes de tránsito, el conductor no sale lesionado, pero debido al percance, fallece algún miembro de su familia, y eso le produce una afectación psicológica muy grave, e incluso moral porque presencio el hecho ilícito.

8.1.4. Otros ejemplos de aplicación de la pena natural por medio del criterio de oportunidad

- a) El piloto de un camión que distribuía producto para tiendas de consumo diario viajaba junto con su compañero de trabajo, que también era su cuñado, existían lazos de compadrazgo, laboraban juntos desde hace años; en una calle donde repentinamente se atraviesa un motociclista, al tratar de esquivarlo, sale del carril y se empotra de frente en un poste de alumbrado público, muriendo su compañero, cuñado y compadre a la vez; al momento de la audiencia inicial se evidenció la afectación emocional y psicológica por la pérdida de su compañero por una circunstancia que salió de su control.
- b) Un padre de familia bastante joven, llega de su trabajo a su casa, su bebé de meses de nacido estaba con mucha fiebre, por lo que deciden con su esposa viajar a su lugar de origen para que una curandera lo revise y les ayude; el viaje lo emprenden entrada la noche, en una vuelta cerrada, por el estado de salud de su hijo iba a la alta velocidad, vuelca el vehículo y muere su hijo. Además, él y su esposa resultan con serias lesiones.

Referencias bibliográficas

- Bacigalupo, Enrique. (1998). *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el derecho penal actual*. Buenos Aires, Argentina. AD- OC. Jorge Royo María Fernanda. (2019) La pena natural. El sentido de la Pena Natural en relación con las teorías de los fines de la pena. Revista Argentina de derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Repositorio Institucional Universidad Austral. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1358>
- Mir Puig, Santiago. (1990). *Derecho Penal Parte General. 3ª edición corregida y puesta al día*. Barcelona, España. Promociones y Publicaciones Universitarias. S.A.
- Navarro Vásquez, Melissa (2022). *¿Puede la llamada pena natural a la luz de la idea? de la humanidad, tener repercusiones en la conmensuración de la pena judicial?* Tesina de Derecho. Universidad de Valparaiso. Chile.
- Paz y Paz. (2022) *Medidas alternativas al proceso penal*. Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala.
- Ruiz Miguel, Alfonso. (2018) Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (Entorno a la pena natural). Revista para el análisis del derecho InDret Universidad de Madrid. WWW. INDRET.COM
- Serrano, Manuel Francisco. (2021). *El concepto de pena natural en la doctrina y en la jurisprudencia penal*. Tesis de Maestría en Filosofía. Universidad Nacional de Uilmes. Buenos Aires Argentina. <https://ridaa.unq.edu.ar>

- Serrano, Manuel Francisco. (2022) *Los elementos constitutivos de la pena natural*. Revista de Política Criminal. Volumen 17, No 34, Santiago. [<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2022/12/Vol17N34A16.pdf>]
- Vitale, Gustavo. L. (1998) *Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal*, Ouviaña, G. et al., Teorías actuales en el derecho penal, 75º Aniversario del Código Penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2001) *Derecho Penal Parte General*. Primera reimpresión. México. Porrúa.
- Jorge Royo María Fernanda. (2019) *La pena natural. El sentido de la Pena Natural en relación con las teorías de los fines de la pena*. Revista Argentina de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Repositorio Institucional Universidad Austral. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1358>

¿Tiene el Estado la calidad de víctima en ciertos delitos sin agraviado para reclamar la reparación digna?

M.A. Hugo Roberto Saavedra

Es recurrente en el ámbito de la praxis penal que el defensor, objete al fiscal o al juez que en ausencia de víctima natural en determinados delitos el Estado no tiene la calidad de víctima, sin embargo, la judicatura considera que el Estado sí es el agraviado, fijando determinada cantidad dineraria en concepto de reparación digna. El presente estudio, se centra en analizar el concepto víctima cualitativamente, para concluir si el Estado tiene esa calidad o si es una invención arbitraria, para justificar la reparación digna.

Se espera satisfacer las expectativas del defensor con este estudio, realizado desde una óptica más práctica que teórica y por supuesto, el lector debe superar el enfoque victimológico del análisis que se realizó, estudio que se espera impacte en una mejora continua del razonamiento crítico y nivel cognitivo de las defensoras y defensores públicos y si así lo consideran, hagan suyos algunos argumentos plasmados en este artículo, para exponerlos ante los otros actores del sector justicia.

1. Victimología y víctima

El presente análisis parte desde el enfoque Victimológico, para delimitar el concepto víctima, que aparece por primera vez en un estudio a nivel teórico en 1948 con la obra de Von Hentig *"The Criminal and his victim"* (El criminal y su víctima) y a partir de los años 70 es cuando comienzan a realizarse estudios con autonomía sobre el agraviado. Von Hentig (alemán) y Benjamín Mendelsohn (rumano-israelí) están considerados como padres

de la Victimología, la cual tiene como objeto de estudio a la víctima y el delincuente (pareja penal) así mismo el nivel conductual conformado por la victimización primaria, secundaria, terciaria y la Victimidad integrada por los factores bio-psico-sociales de la persona natural que constituyen los factores endógenos y exógenos. La contribución de Mendelshon en su obra Victimología fue elaborar una clasificación de tipologías victímales: la inocente, provocadora, imprudente, voluntaria, por ignorancia, agresora, entre otras, por lo que el estudio de esta disciplina tiene como centro al ser humano individual o colectivo.

La línea del pensamiento victimológico tiene un enfoque de derechos humanos convencional, verbigracia la Declaración sobre principios fundamentales de Justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, la que estipula:

“Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. En la expresión “víctima” se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata

con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

En este sentido es innegable, hoy en día, que a la víctima directa de un delito le asisten determinados derechos humanos universales, interdependientes, indivisibles, inalienables e interseccionales y el encargado de garantizar el disfrute de esos derechos es el Estado que debe brindar protección integral, así lo establece la mandata de la Carta Iberoamericana de derechos de las víctimas, en su artículo 3, sobre el Derecho de acceso a la justicia que estipula: “Las víctimas tienen derecho a que los Estados tengan una política articulada, integral y sostenible de acceso a la justicia que tome en cuenta sus diferencias e identidad cultural, eliminando todo tipo de práctica discriminatoria, que proporcione procedimientos judiciales y administrativos, estos servicios deben ser oportunos, expeditos, accesibles y gratuitos”, por lo que la atención integral a la víctima es fundamental en el proceso de sanación y reincorporación al cuerpo social.

Importante es conocer que, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se listan las diferentes clases de víctimas:

- Víctimas de delitos
- Víctimas de abuso de poder
- Víctimas de desapariciones forzadas
- Víctimas en el Derecho Internacional Humanitario

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos evolucionó y aportó el criterio plausible de expandir el reconocimiento de la condición de “víctima” a personas que en su jurisprudencia inicial no eran consideradas como tales, conquista plasmada en el caso Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala, en sentencia del 19 de noviembre del año 1999, al reconocer la condición de víctimas a los familiares de ellas, por lo que se agrega a la clasificación victimal a:

- Víctimas colaterales o familiares de la víctima

Por su parte el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 2, numeral 25, establece que: “La expresión presunta víctima significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención o en otro tratado del Sistema Interamericano”, por lo que el concepto víctima no solo tiene consecuencias a nivel doméstico en un Estado, sino que ella es sujeto de derechos humanos internacionales y le asiste el *Ius Standi* o acceso a la justicia internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, generando responsabilidad internacional al Estado, en caso de condenarse por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al ente político por vulnerador de derechos humanos de la víctima.

2. Derecho comparado en materia procesal penal en relación a víctima

Se exploran algunas legislaciones de países latinoamericanos para conocer el contenido y exención del concepto víctima:

- **Colombia.** En el Código de procedimiento penal en el artículo 132, se define legalmente que “Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos, que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto”.

- **Argentina.** El código procesal penal federal en su Capítulo 1, sobre Derechos fundamentales, en el artículo 79, preceptúa: “Calidad de víctima. Este Código considera víctima:

- a) a la persona ofendida directamente por el delito;
- b) al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieran tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos”.

- **Chile.** En el código procesal penal chileno, en el artículo 108, se transcribe literalmente el concepto víctima:

“Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese

ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge y a los hijos;
- b) a los ascendientes;
- c) al conviviente;
- d) a los hermanos;
- e) al adoptado o adoptante.”.

• **Costa Rica.** En el código procesal penal en el artículo 70 preceptúa que:

“Serán consideradas víctimas:

- a) La persona directamente ofendida por el delito.
- b) El cónyuge, la persona conviviente con más de dos años de vida en común, el hijo o la hija, la madre y el padre adoptivos, los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad y el heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.

El Estado es el principal garante en la tutela, promoción y difusión de los derechos humanos en general y en particular de las víctimas de delitos, protección que se debe realizar a través de políticas públicas, programas y acciones que debe implementar, esta obligación se deriva de una responsabilidad internacional adquirida por los Estados al signar un Convenio o Tratado internacional en materia de Derechos Humanos, por ejemplo:

- a) Declaración Universal de Derechos Humanos en el sexto considerando al indicar que” los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre;
- b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el cuarto considerando al indicar que “la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos”,

La paradoja intrínseca es que el Estado en lugar de garantizar el disfrute y goce de los derechos humanos, no lo hace y por el contrario es el principal vulnerador de los mismos, por lo que está etiquetado de “victimario” lo que se refrenda con un ejemplo en el caso *García Rodríguez y otros versus México*, tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO *GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO VS. MÉXICO*. SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2023.

El 6 de mayo de 2021 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte el caso “Daniel García Rodríguez y Reyes Alpízar Ortiz respecto de los Estados Unidos Mexicanos. La Comisión indicó que el caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por las alegadas torturas, violaciones a las garantías judiciales, a la presunción de inocencia y a la libertad personal en contra de Daniel García

Rodríguez y Reyes Alpízar Ortiz, quienes permanecieron en prisión preventiva por más de 17 años. Alegó que habrían sido detenidos sin una orden judicial expedida con anterioridad y que solo conocieron formalmente las razones de su detención cuando fueron puestos a disposición de un juez, respectivamente 47 y 34 días luego de su privación de libertad. Además, estableció que la aplicación de la figura del arraigo constituyó una medida de carácter punitivo y no cautelar, y por lo tanto una privación de la libertad arbitraria y violatoria de la presunción de inocencia. En el presente caso, la Corte debe analizar los alcances de la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación a diversos derechos convencionales por la detención, la aplicación de las figuras del arraigo y de la prisión preventiva oficiosa, los alegados hechos de tortura y el proceso penal en contra de Daniel García Rodríguez y Reyes Alpízar Ortiz. La Corte pudo comprobar que Daniel García y Reyes Alpízar: a) fueron detenidos ilegalmente; b) sin que se les informara sobre las razones de su detención; c) no fueron presentados sin demora ante una autoridad judicial; d) carecieron de una defensa técnica en los primeros días posteriores a su detención, y e) fueron privados de la libertad arbitrariamente al aplicarse la prisión preventiva oficiosa. A raíz de ello, se vulneraron los derechos a la libertad personal, la integridad personal, a las garantías judiciales, y a la vida privada, en su perjuicio. En ese sentido, para esta Corte no cabe duda de que esos hechos fueron atribuibles al Estado por acciones y omisiones de varios funcionarios policiales y operadores de

justicia lo cual derivó en la responsabilidad internacional del Estado”. Párrafos 287 y 288.

3. Víctima en el proceso penal en Guatemala

Corresponde ahora, analizar la problemática recurrente que cuestiona el defensor o defensora ante el argumento de ciertos fiscales y juzgadores que afirman que el Estado es agraviado en ciertos delitos que carecen de víctima natural, no obstante, esa ausencia, se realiza audiencia de reparación digna obligando al condenado a pagar una determinada suma dineraria.

No se excluye que en ciertos delitos el Estado sea el perjudicado, como sucede con los tipos penales del régimen tributario, verbigracia: la defraudación tributaria o apropiación indebida de tributos (Artículos 358 A, y 358 C, Código penal) pero técnicamente no es factible hablar de que el ente político es “víctima”, si bien es cierto que determinadas figuras delictivas por su naturaleza afectan al Estado, no se generaliza que en todos los delitos del código penal y de leyes penales especiales, el Estado sea el damnificado.

Resulta interesante que, en la Ley contra la narcoactividad, en el artículo 26 se establece que, por la comisión de estos delitos de narcoactividad se debe reparar el grave daño material y moral ocasionado a la sociedad, que es otra óptica y ello se justifica pues el bien jurídico tutelado es la salud colectiva, ello se transforma en reparación digna a la sociedad no al Estado.

En la Ley orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención de la Víctima del Delito, Decreto 21-2016, puntualmente los artículos 1 y 2, que tienen claridad meridiana en cuanto al elemento teleológico de esa institución, se establece lo siguiente:

“Artículo 1. Objeto. Esta Ley tiene por objeto crear el Instituto de la Víctima con la finalidad de brindar asistencia y atención a las víctimas del delito, para lograr la reparación digna a la cual tienen derecho. Artículo 2. Sujetos de aplicación. El Instituto de la Víctima atenderá a las víctimas que describe el artículo 117 del Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República, con especial interés en las víctimas directas afectadas”. No se requiere de una profunda interpretación de los anteriores preceptos para concluir que el Instituto de la Víctima, atiende a usuarios víctimas de delitos, constituyéndose en querellantes en el proceso penal, respetando la dignidad de la víctima que tiene el derecho a que se le informe de todas las incidencias procesales y de estar presentes en las mismas, a que se les preste atención integral médica y psicológica, a la no revictimización y derecho a una reparación digna y transformadora, entre, otros derechos victimológicos, que el Instituto exige ante el juez.

Hipotéticamente si se considera al Estado víctima de un delito debiera ser asistido por el Instituto de la Víctima, situación que no está contemplada en esa ley orgánica, sin embargo, es la Procuraduría General de la Nación (PGN), la que comparece

en representación del Estado, así lo preceptúa el artículo 7, numeral 1, de su ley orgánica, intervención que es para discutir la reparación digna en favor del ente político, por tener la “calidad de víctima”, a sabiendas de que no existe asidero legal que considere a la organización política como víctima o agraviado.

La lógica del rol del Estado es formular políticas públicas articuladas con diversas instituciones de gobierno o de la sociedad civil, generando acciones afirmativas integrales en favor de víctimas de delito, verbigracia, la existencia del Departamento de Protección a la Niñez y Adolescencia Víctima de Violencia Sexual con Enfoque de Género, de la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia de la República o el Modelo de Atención Integral para las Mujeres víctimas de Violencia l'kem –MAIMI- que aglutina a varias instituciones, entonces el ente político es el obligado a brindar prevención y protección a víctimas de delito, es responsable de la investigación y sanción a los presuntos responsables, esa es una de sus funciones y no la de autocalificarse víctima de un delito.

El anterior criterio tutelar se reafirma en el documento denominado Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala 2015-2035, elaborado por el Gobierno de Guatemala, Congreso de la República, Ministerio Público y Organismo judicial, que establece: “La perspectiva victimológica, visibiliza a las personas víctimas del delito como sujetas de derecho, lo cual permite que las decisiones de planificación y ejecución

de medidas político criminales por parte de las instituciones del Estado sean eficaces, eficientes y efectivas. Además, contribuye al diseño de modelos de atención que respondan a las necesidades de las víctimas, así como a la restitución de sus derechos y del daño ocasionado por el delito, tanto en el sistema de seguridad y justicia, como en el sistema de salud. La atención a las víctimas del delito debe ser inmediata, con calidad y calidez, pertinente y con pertinencia cultural, garantizando y respetando sus derechos humanos”. Se reitera que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y sociedad, así lo postula la teoría personalísima del Estado al afirmar que el Estado está hecho para el hombre y no el hombre para el Estado y que de conformidad con el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el fin supremo del mismo es la realización del bien común.

Esa logicidad se plasma en el estándar internacional de Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, que conceptualiza en el punto 8, que “se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas

internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”.

Finalmente, se termina este recorrido legal, desde el derecho comparado, de estándares internacionales y legislación nacional citando el 117, numeral 1, del Código procesal penal, que no menciona al ente supremo como víctima de un delito:

“Se entenderá por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente. Se incluye, además, en su caso, al cónyuge, a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa...”, estas tipologías de víctimas si merecen la reparación digna en caso de condenarse al o los autores de delitos imputados, filosofía Victimológica plasmada en los ya citados Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones, que en el punto 15 reitera la finalidad de la reparación digna: “Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las

normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario”. Esa armonía convencional se refleja en las Guías de Santiago sobre atención y protección de víctimas y testigos, del año 2020, estableciendo que las víctimas tendrán derecho al acceso, a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

Con un razonamiento crítico, se concluye que, si en el caso concreto no existe víctima individualizada, no debe proceder la reparación digna tal como resolvió el Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente, en el caso 01077-2019 -00486, de fecha 31 de enero 2023, que dictó sentencia de condena en el procedimiento especial de aceptación de cargos, en contra de los acusados AAA, BBB, CCC, DDD, EEE, FFF, por el delito de Asociación ilícita, artículo 4, numeral 1, de la Ley contra la delincuencia organizada, acusándolos de formar una estructura criminal denominada “Las cachorras” con operaciones desde el año 2019 en los departamentos de Guatemala, Quetzaltenango, Sacatepéquez y Centro preventivo para hombres,

zona 18, realizando actividades ilícitas para la compra de drogas e ingresarlas a centros carcelarios, no logrando sus objetivos por intervención de la policía nacional civil. Los acusados aceptaron los cargos con el consentimiento informado, de forma libre, consientes y voluntariamente, debidamente asesorados por sus abogados defensores públicos, en modo, tiempo y lugar y calificación jurídica. Se procedió a valorar los medios de prueba aportados por el Ministerio Público. El fiscal pidió 6 años de prisión inconvertibles, pero por este procedimiento se rebajó la pena en una tercera parte, fijada en 4 años de prisión convertibles a Q.5.00 diarios. De la reparación digna. Atendiendo al criterio de equidad y de conformidad con la Sana crítica razonada se resuelve improcedente la reparación digna por parte de los sentenciados por no existir víctima determinada, en armonía con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es del criterio de que la reparación digna no debe constituir un enriquecimiento ilícito. Caso Veliz Franco vs. Guatemala, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de mayo 2014, párrafo 244.

El anterior fallo está apegado al debido proceso justo, pues sin existencia de víctima en un delito, no debiera discutirse la reparación digna y lo sobresaliente es la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tilda de que esa reparación no debe transformarse en enriquecimiento ilícito y que puede catalogarse como un abuso y exceso del ejercicio de un derecho, de conformidad con el artículo 18, de la Ley del

Organismo Judicial, por lo que el tribunal Décimo de Sentencia Penal, actuó dentro del marco garantista y sobre todo con un criterio jurisprudencial supra nacional de Derechos humanos.

4. Efecto del expansionismo del Derecho penal ¿El Estado como víctima de delito?

En un examen *prima fase* se concluye que víctima es la persona humana, por excelencia, de conformidad con las diferentes normativas supra citadas, que están en sintonía con el enfoque victimológico convencional en materia de derechos humanos, pero la dinámica del expansionismo del Derecho penal y su lógica de ingresar a espacios que antes el Derecho penal no trastocaba, está presente, relativizando garantías penales como sucede en el Derecho penal del enemigo que nutre ese expansionismo que cambia paradigmas en la persecución penal y para muestra de ese retroceso, se tiene como ejemplo, lo regulado el Código Orgánico Integral Penal –COIP- de Ecuador, que victimiza al Estado, en el artículo 441, numeral 6 que estipula:

“Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas:

6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción”.

Esta inclusión novedosa del Estado en calidad de víctima, se aparta de los postulados de la Victimología, de los parámetros internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que es

cuestionable al brindarle al ente político la calidad de agraviado en el proceso penal, sin embargo, el juez tiene asidero legal para conceptualizar al Estado como víctima, por ende, aplicar la reparación digna, esa es la realidad jurídica de aquel país.

En la ley sustantiva o procesal penal de Guatemala, no está incluido el Estado como víctima, no existe fundamento legal y a sabiendas de esa ausencia de regulación legal, ciertos juzgadores y fiscales, tergiversan la reparación digna al solicitar su realización en delitos que carecen de víctima individualizada, sobreponiendo al ente político como agraviado y que es representado por la Procuraduría General de la Nación, citando el artículo 2 numeral 3, de la ley orgánica de esa institución, ley que es de carácter general, desconociendo el principio *favo rei* contenido en una ley especial, que es el Código procesal penal, artículo 14, que preceptúa que la normativa procesal se debe interpretar en favor del sindicado por lo que el pago de la reparación es perjudicial para los procesados en delitos sin víctima, eso es como lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos un “Enriquecimiento ilícito”.

El fin de la reparación digna es reestablecer el Proyecto de vida de la víctima el que fue dañado por el delito, en condición de vulnerabilidad. En el caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 27 de noviembre de 1998, se menciona por primera vez proyecto de vida, pero no se aceptaba del todo el resarcimiento y es en la

sentencia dictada por ese organismo supranacional en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, del 3 de diciembre de 2001, que se acepta el resarcimiento a las víctimas, como un derecho autónomo, pues se ordena al Estado de Perú a asumir los gastos de los estudios universitarios de la víctima para que pudiera rehacer su proyecto vital. En la referida sentencia del caso Loayza Tamayo, se establece que “La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras). Párrafo 85 del fallo supranacional.

Restablecer el proyecto de vida, es una realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas. Se trata de un daño que impide o menoscaba gravemente la realización de las expectativas de desarrollo personal, familiar y profesional factibles en condiciones normales. La interrogante que se plantea para descalificar al ente político como víctima, es ¿El Estado tiene proyecto de vida? La respuesta es un rotundo no, entonces, por qué exige reparación digna. Además, el Estado no se encuentra en una condición de vulnerabilidad como sucede con la persona víctima del delito. Otro punto, descalificador es que, desde la Teoría del Estado, el ente político está integrado por un territorio, sociedad, poder soberano, orden jurídico y bien común. Surge pues la duda ¿Por el delito cometido cuál de los

cinco elementos que integran el Estado fue afectado para merecer reparación digna?, verbigracia por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas. Entonces se podría responder que el Estado fue afectado en sus cinco elementos, lo que es un absurdo.

En resumen, el Estado no es víctima de ciertos delitos que no contemplan agraviado individualizado, esa tesis no soporta el análisis con rigor académico y práctico, lo que se agrava al no existir fundamento legal como sucede en Ecuador, sin embargo, el juzgador niega la máxima *lura novit curia* (el juez conoce el derecho) y resuelve arbitrariamente así:

En el Juzgado Cuarto Pluripersonal de Primera Instancia penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Guatemala, en sentencia del 11 de mayo del 2023, se tramitó procedimiento especial de aceptación de cargos, en contra de AAA, y se admitió como agraviada a la Procuraduría General de la Nación en representación del Estado. Se acusa por el delito de Portación ilegal de armas hechizas o de fabricación artesanal, tipificado en el artículo 124 de la Ley de Armas y Municiones, que tiene una pena de 10 a 15 años de prisión. Se cumplió con todas las formalidades requeridas por el procedimiento de aceptación de cargos, rebajándose la pena a 5 años de prisión conmutables a razón de Q.5.00 quetzales diarios. En cuanto a la reparación digna, se citó el artículo 124 del código procesal penal y se le condenó al pago de Q.3,000.00, en calidad de donación

a la entidad Hospicio San José, advirtiéndole que en caso de no hacer efectiva la reparación digna, se revocará el beneficio de la aceptación de cargos.

Se finaliza este círculo virtuoso normativo convencional y nacional, concluyendo que en la legislación de Guatemala no se contempla al Estado como víctima de delitos sin víctima, por ende, no debiera exigir reparación digna, pues no tiene proyecto de vida afectado y que todo el andamiaje jurídico tanto sustantivo como adjetivo analizado, coincide en el *definiendis* de víctima, que es una persona humana individual o colectivo de personas, víctimas de delito, desde una óptica Victimológica.

Referencias bibliográficas

- Caso Cantoral *Benavides vs. Perú*, del 3 de diciembre de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Carta Iberoamericana de derechos de las víctimas
- Caso García Rodríguez y Otros vs. México, sentencia del 25 de enero de 2023, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 27 de noviembre de 1998, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala, en sentencia del 19 de noviembre del año 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso Veliz Franco vs. Guatemala, Sentencia del 14 de mayo 2014, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Código Orgánico Integral Penal –COIP- de Ecuador,
- Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República
- Código procesal penal federal de Argentina
- Código de procedimiento penal de Colombia
- Código procesal penal de Chile
- Código procesal penal de Costa Rica
- Constitución Política de la República de Guatemala
- Declaración Universal de Derechos Humanos

- Declaración sobre principios fundamentales de Justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985
- Guías de Santiago sobre atención y protección de víctimas y testigos, del año 2020
- Ley contra la narcoactividad
- Ley del Organismo Judicial
- Ley orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención de la Víctima del Delito
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones
- Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala 2015-2035
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Estado puerperal en el delito de parricidio e infanticidio en la legislación guatemalteca

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

M.Sc. Jeydi Maribel Estrada Montoya

En Guatemala se substancian procesos penales relacionados con determinados delitos de mujeres victimarias, sin embargo, en este artículo abordaremos aquellos hechos delictivos que de manera voluntaria o involuntaria una persona (mujer) termina con la vida de otra u otras derivado de la situación de mujer, que es muy importante abordar desde el derecho penal cuales son las razones, los motivos, las causas que llevan a las mujeres a cometer determinados delitos, más aún cuando al adentrarnos en su contexto de vida vemos que su vida ha estado alejada del crimen, sin embargo por situaciones físicas, psicológicas y emocionales; de la noche a la mañana sus vidas cambian y se encuentran en una prisión.

Entre estos delitos encontramos el parricidio, el cual se encuentra tipificado en el artículo 131 del Código Penal: “Quien conociendo el vínculo matare a cualquier ascendiente o descendiente...” y el infanticidio artículo 129: “La madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración síquica matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haya cumplido tres días...” Podemos notar que el artículo 131 del Código Penal establece la muerte de un descendiente sin tomar en cuenta alguna alteración psíquica, para poder argumentar esta situación debemos recurrir a la parte general del Código Penal, por otro lado, el artículo 129 del Código Penal establece taxativamente la alteración psíquica en la madre. Apropiado es preguntarnos, ¿Por qué el delito de infanticidio si

tiene contemplada esta alteración psíquica, relacionada con un periodo de perturbación? las respuestas pueden ser varias, la primera de ellas es que, en la época que se promulgó el Código Penal guatemalteco hace cincuenta años (1973) lo que protegía este tipo penal era el honor de la familia, razón suficiente para justificar la comisión de este delito, toda vez que generalmente se consideraba que la mujer que cometía este delito era porque había concebido un hijo en circunstancias, en ese entonces eran inmorales. Una segunda respuesta sería que al momento de promulgar esta norma (infanticidio) no se contaba con dictámenes médicos para poder establecer la duración de la depresión post parto y de allí que probablemente al azar se contempló el período de tres días de afectación psíquica, tampoco en esa época existía la perspectiva de género para establecer cuáles son las causas psicológicas, biológicas y médicas que llevan a las mujeres a dar muerte a sus hijos, a efecto de establecer un plazo para la alteración psíquica de las mujeres debido al periodo puerperal.

Según estudios médicos actuales del año 2020 para esta época la depresión posparto puede suceder de inmediato luego del parto o hasta un año después y se define como depresión moderada o severa en una mujer que acaba de dar a luz. Por lo general se da dentro de los primeros tres meses posteriores al parto.

Las causas exactas de la depresión posparto aún son desconocidas. El estado de ánimo de una mujer puede verse afectado por los cambios hormonales tanto durante como después

del embarazo. Además de los factores hormonales, otros factores pueden afectar el estado de ánimo durante este tiempo, como los efectos del parto y el embarazo en el propio organismo, alteraciones en las relaciones sociales y laborales, menos tiempo e independencia para sí misma, dormir mal, incertidumbres sobre su capacidad para ser una buena madre y el rechazo social.

El sitio web Medlineplus (<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007215.htm>) indica que las probabilidades de sufrir depresión posparto aumentan en las siguientes circunstancias:

- Se es un adulto joven (menor de 20 años)
- Fumadoras, bebedoras o usuarias de drogas ilegales las cuales además presentan riesgos graves para la salud del feto.
- Tener emociones conflictivas durante el embarazo o no haberlo planeado
- Haber padecido de trastorno bipolar, trastorno de ansiedad o depresión antes de quedar embarazada o durante un embarazo anterior.
- Haber pasado por un evento estresante durante el embarazo o durante el parto, como un parto difícil o de emergencia, un parto prematuro o el descubrimiento de un trastorno congénito o anomalía en el feto.
- Tener un pariente cercano que ha luchado contra la ansiedad o la depresión
- Tener una mala relación con la pareja o estar soltera

- Experimentar problemas financieros o de vivienda
- El no recibir ayuda de amigos familiares, cónyuge o pareja.

Es así que en el delito de infanticidio según José Manuel Hurtado Pozo (1995): “La atenuación se explica por los trastornos psíquicos que ocasionan en la mujer los significativos cambios físicos propios del embarazo y del parto.”

Al analizar la doctrina vemos que la interpretación de lo que se entiende sobre el estado puerperal no ha sido igual, pudiéndose diferenciar las siguientes interpretaciones: a) en su sentido naturalístico: indicando que el estado puerperal debe entenderse como presunción de presencia de patología psicológica; b) los que le asignan un juicio de valor jurídico tomándolo como criterio cronológico-temporal; c) los que lo consideran como un elemento circunstancial.

Los que consideran el estado puerperal como patología psicológica indican que este estado lleva a la mujer a condiciones psicológicas que coadyuvan a que aparezcan situaciones como el honor, la miseria, las dificultades de la vida o las torturas morales que disminuyen la capacidad de entendimiento y de auto inhibición de la mujer. Quienes están a favor de esta interpretación consideran que la psicosis puerperal de acuerdo a su profundidad puede ser causa de inimputabilidad o por lo menos de semiimputabilidad en la mujer, agregando que esta perturbación debe presumirse sin

probarse dado que la prueba en estos casos es difícil de aportar por sus características.

Otro criterio es el cronológico-temporal sus seguidores no consideran el criterio psicológico sino el de orden fisiológico o temporal-cronológico, consideran que el legislador no toma en cuenta el criterio psicológico sino el de tipo fisiológico (temporal-cronológico) concluyendo que bastaría la comprobación del estado puerperal en la mujer, y que la acción homicida se lleve a cabo durante ese período.

Esta interpretación considera que los cambios fisiológicos que suceden en la mujer producto del estado puerperal la hacen tener ciertos desequilibrios que sin llegar a constituir un estado de inimputabilidad si son tomados en cuenta por la ley en el sentido de aumento de sensibilidad. Esta corriente se contradice pues indica que el estado puerperal produce un aumento de sensibilidad, enfatiza la circunstancia psicológica del estado de la mujer, sin embargo, considera que no se trata de un estado de inimputabilidad.

Por último, existe otra corriente que considera al estado puerperal como elemento circunstancial, indicando que la ley no exige que el puerperio haya producido trastornos psíquicos en la mujer para aplicar la atenuante, pues esta posibilidad ya fue tomada en cuenta por el legislador, aunque sin más pretensión que delimitar el

estado dentro del cual se debe producir la acción. Esta corriente considera que no se trata ni de una presunción ni de un criterio temporal sino de un particular elemento circunstancial que puede significar un límite temporal, considerando que la atenuante es inaplicable cuando la acción se realiza una vez que ha cesado el puerperio.

Ricardo Núñez (1961. Págs. 133-134) define al estado puerperal como el estado psicológico en que se encuentra la mujer a raíz del parto y que, a excepción, por lo general de la actividad de las glándulas mamarias, tiende a desaparecer en sus causas en un lapso relativamente corto.

Para Sebastián Soler (1976. Pág. 93), el estado puerperal es considerado solamente como un conjunto de síntomas fisiológicos que se prolongan en el tiempo después del parto.

En conclusión, al estado puerperal lo podemos definir como el conjunto de alteraciones psicológicas y físicas sufridas por la mujer en la fase del parto y posterior a éste, que no tiene límite determinado respecto a su tiempo de duración.

En cuanto al tiempo podríamos decir que es aquel que se desarrolla desde que nace el niño hasta que la situación física y el estado psicológico de la mujer regresan a la normalidad anterior a la gestación. Medicamente la alteración psicológica de

la madre, es consecuencia del parto, ocasionando una afectación en el entendimiento, por razones físicas como el momento traumatizante del parto, la debilidad como resultado de la pérdida de sangre, y aunado a estas circunstancias las emocionales como al sentimiento de la mujer de no querer al neonato ya sea por circunstancias personales como una violación o circunstancias económicas. Todas estas circunstancias físicas y psicológicas dan como resultado un estado “psicológico”, que definitivamente incide en el juicio de culpabilidad, que al analizar cada caso en particular puede significar una completa o incompleta alteración de la conciencia, y determinar una inexistente o disminuida respuesta penal.

En virtud de que el estado puerperal se basa en un gran porcentaje de aspectos orgánicos, la doctrina es coincidente respecto a que el tiempo que dura es incierto y varía de una mujer a otra, su fijación se determinará en cada caso concreto, situación que será determinada según Salinas Sicha con el apoyo de expertos en la ciencia médica y psicológica, y sobre la base de las circunstancias en que ocurrieron y rodearon a los hechos. Los criterios propuestos para delimitar al estado puerperal en horas, días, semanas son relativos pues el proceso de recuperación no es igual en todas las mujeres.

La ciencia médica indica que el *puerperio o período puerperal* es el lapso en que se produce la involución completa o casi completa

y persistente de todos los órganos modificados por la gestación, con excepción de las mamas. La duración del período puerperal puede extenderse entre 40 o 50 días posteriores al parto, concluyendo con la aparición del primer ciclo menstrual. Según los tratados de Medicina legal, este estado finaliza con la aparición de la primera menstruación o con la total recuperación del útero. El influjo del estado de puerperio varía según cada caso particular y su duración es difícil de determinar; ello depende del estado de depresión de la mujer, como consecuencia de los sufrimientos físicos por los cuales ha pasado, de sus preocupaciones y de su estado de agotamiento producidos por el parto.

Es necesario considerar que el estado puerperal representa un “estado” psico-físico y no un “*período obstétrico*”. En cuanto al periodo de duración deben ser los médicos (peritos), quienes en el marco del proceso penal, deberán dar su opinión al respecto.

En otras legislaciones como la peruana, la razón esencial de la atenuación de la pena en el delito de infanticidio no es otra cosa que el estado puerperal en que se encuentra la madre, el cual sigue el sistema helvético, que consiste en incluir en los supuestos del tipo, que la conducta homicida de la madre para configurar infanticidio debería llevarse a cabo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal.

A este respecto Ramiro Salinas Siccha (2000. Págs. 81-82) indica que: “resulta como efecto natural del parto, la alteración

psicológica de la madre, ocasionando una disminución en su capacidad de entendimiento y sus frenos inhibitorios ello como consecuencia del sufrimiento físico vivido durante el parto y la debilidad al haber perdido abundante líquido sanguíneo y cuando no, el latente sentimiento de no querer al recién nacido ya sea por circunstancias éticas o económicas”.

En la práctica, dentro del Instituto de la Defensa Pública Penal se dio el caso en el departamento de Huehuetenango de una usuaria sindicada por el delito de parricidio por haber dado muerte a su hijo dentro del cuarto día de su nacimiento: (C-13002-2020-181). Al realizar el peritaje de género se determinó que el neonato era producto de una violación, lo cual generó en la sindicada un sentimiento temporal de no querer al recién nacido, así como que se vio forzada por agentes externos a cometer el delito, concluyendo el peritaje de género que se había cometido el delito por el miedo que enfrentó al ser madre sin haberlo deseado y como resultado de una violación y por las relaciones de poder que ejercía su pareja actual para deshacerse de su hijo.

Vemos en este caso que la diferencia de un día de nacido del hijo de la sindicada hacia la diferencia entre el delito de infanticidio que contempla una pena de prisión de 2 a 8 años y el delito de parricidio que tiene una pena de 25 a 50 años. Creemos entonces que existe la necesidad de actualizar nuestra legislación a las corrientes médicas, psicológicas y de género que existen

actualmente para adaptar nuestra legislación y contemplar esta atenuante del estado puerperal de la madre tal como lo indica la ciencia médica que no existe un periodo exacto de tiempo sino que este va a variar dependiendo del estado físico y psicológico de cada mujer y en cada caso concreto evaluar si la sindicada cometió el delito en ese estado puerperal que disminuye su capacidad de entendimiento. En tanto no se dan estas reformas en nuestro país el defensor debe argumentar de acuerdo a la doctrina el período puerperio de las sindicadas.

Referencias bibliográficas

- Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho penal. Parte especial. T.I. Juris; Lima, 1995.
- Núñez, Ricardo. Derecho penal argentino. Parte especial. T. III. Bibliográfica, Buenos Aires, 1,961
- Salinas Siccha, Ramiro. Curso de Derecho penal peruano. Parte especial II. Palestra, Lima, 2000.
- Salinas Siccha, Ramiro. Derecho Penal. Parte especial. 3ra. edición, Grijley, Lima, 2008.
- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. T. III. Tea, Buenos aires, 1976.
- <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007215.htm>

Argumentación Jurídica en la audiencia de Primera Declaración

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

Dr. José Gustavo Girón Palles

Durante el 2023, la Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos, realizó capacitaciones, en forma virtual y en forma presencial, sobre el tema de Argumentación jurídica en primera declaración. Asimismo, se entregó el Módulo Primera Declaración y Medidas de Coerción, sin embargo, por ser una audiencia de las más importantes del proceso penal, en este artículo se trata el tema argumentación jurídica en primera declaración, pues, aunque se tenga mucha o poca experiencia en defensa penal, es importante conocer los tópicos básicos para asistir a una persona que requiere del servicio de defensa, para atenderla de forma técnica y profesional.

1. Argumentar

Cuando el defensor o defensora argumenta en primera declaración debe indicar las razones por las que considera que las afirmaciones que propone son las correctas. En otras palabras, debe explicar, justificar, convencer para sostener o refutar su punto de vista, que es su tesis o teoría del caso. Es por ello que Atienza en Galindo, (2013. Pág. 22) enseña que argumentar “Es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, que se trata de sostener o refutar”.

1.1. Clases de argumentación

La argumentación puede ser de dos formas, oral y escrita. Durante las audiencias del proceso penal se utiliza la argumentación oral, y la escrita, en la presentación de recursos en donde la ley procesal penal, exige que sean presentados por escrito.

Otra clasificación de la argumentación, es la informal y la formal. Durante las audiencias los justiciables presentan su argumentación informal, la cual no está sujeta a ningún tipo de normas, por ejemplo, de la lógica, pero si debe tener una estructura que se explicará más adelante. La argumentación formal, si está sujeta a ciertas reglas de la lógica formal, y se manifiesta por medio de silogismos o estructuras de pensamiento, que se integran por dos premisas y una conclusión. En el proceso penal, se utiliza la argumentación formal cuando se presentan argumentos para exponer la prueba indirecta o indiciaria, por medio de un silogismo denominado indiciario.

Este silogismo se integra de dos premisas, denominadas, la primera mayor y en ella se expone una regla de la experiencia, o sea los conocimientos que se tienen acerca del mundo que nos rodea, conocida también como sentido común. En la presentación de esta premisa, siempre debe estar acompañada de las palabras “por lo regular”, pues de lo contrario se estaría cometiendo un error de razonamiento denominado “falacia por generalización imperfecta”.

La siguiente premisa se llama menor, y en ella se expone un dato, información que se obtiene de un medio de prueba que se incorporó al debate, o bien en la primera declaración, un dato que se haya incorporado por un elemento de investigación; y finalmente la conclusión, que debe ser una inferencia de las

premisas y tiene que tener relación con ellas. Como prueba para el debate no necesita ser ofrecida en audiencia de ofrecimiento de prueba.¹ Se desconocen casos en los que la defensa, presenta sus argumentos formales por medio de premisas, para llegar a una conclusión, pero sobre todo utilizando la estructura de la argumentación formal.

2. Audiencia de primera declaración

En el procedimiento común del proceso penal, es la primera audiencia judicial, en la que se pueden dar dos formas de realizarse, primero en la justicia retributiva y segundo en justicia restaurativa. En el primero, la fiscalía realizará la intimación de los hechos y el órgano jurisdiccional, resolverá si liga o no a proceso a la persona sindicada. Si se dicta auto de procesamiento en su contra, se discutirá en esa audiencia, lo relativo a las medidas de coerción, y finalmente la discusión del plazo razonable para que la fiscalía presente el acto conclusivo. Es por ello que se dice que en esta audiencia el juez o jueza, resuelven la situación jurídica del imputado.

Para la defensa, es la primera audiencia en donde tiene participación y tendrá el ejercicio del derecho de defensa técnica, para ello, presentará sus argumentos jurídicos en beneficio de la persona sindicada, que va desde obtener la libertad por falta de mérito, y en los casos que proceda una medida sustitutiva de

¹ Para más información y ejemplos sobre el silogismo indiciario, consultar la Revista del Defensor No 01 Instituto de la Defensa Pública Penal, año 2002. Artículo "El silogismo indiciario", página 19. En www.idpp.gob.gt

privación de libertad. En los casos en donde el juez dicte auto de prisión preventiva o esté sufriendo prisión preventiva por impago de una caución económica, el defensor tiene la oportunidad de provocar el examen de la prisión y de la internación, o de cualquier otra medida de coerción personal que hubiere sido impuesta. Según el resultado, de la audiencia de revisión de la medida de coerción, la ley procesal faculta al imputado o defensor de apelar la decisión judicial, para que decida la Sala de la Corte de Apelaciones sobre las medidas de coerción.

En todo este proceso de defensa, derivado de la primera declaración el defensor o defensora, tendrá que entrevistarse con el usuario del servicio y estructurar una teoría del caso, y presentar sus argumentos o contra argumentos necesarios para obtener buenos resultados. Para ello es necesario conocer aspectos mínimos de argumentación jurídica.

En justicia restaurativa, en la audiencia donde esté presente la víctima o agraviado, o en delitos con víctima indeterminada, pudiera darse una conciliación entre las partes, y aplicar una medida alterna al proceso penal, como un criterio de oportunidad o una suspensión condicional de la persecución penal. Casos en los que la víctima y sindicado llegan a un acuerdo, y como resultado se le repara en lo humanamente posible su derecho al agraviado, o se le impone una medida de abstención al imputado. Para todos los casos de audiencia en primera declaración, el defensor

o defensora, debe construir una teoría del caso y presentar sus argumentos para persuadir al juez.

3. Entrevista con el usuario del servicio

Para, la entrevista afortunadamente existe un formato que proporciona el Instituto de la Defensa Pública Penal, y en el mismo se consignan los datos de identificación personal del imputado, así como otros aspectos que se indican en este formulario. Durante la entrevista con el usuario, el defensor o defensora deben poner mucha atención en tres puntos fundamentales como son: el aspecto físico, el aspecto mental y lo relacionado con lo económico social del usuario. En el plano físico se debe observar su cuerpo, en el sentido que tenga sus extremidades tanto superiores como inferiores completas, manos, pies y dedos. Así como si adolece de alguna forma de discapacidad visual, auditiva, verbal, o física. Si tiene golpes visibles en su cuerpo, para preguntar ¿Cómo se los hizo u ocasionaron? Si es mujer, ¿Está embarazada? O bien, ¿Padece de alguna enfermedad?

En el tema mental, si puede expresarse, si comprende lo que se le pregunta y si está en capacidad de comprender y expresarse durante la audiencia de primera declaración. Si sabe leer y escribir, y cuál es su grado de escolaridad. En el aspecto económico, preguntar cuál es su profesión u oficio, cuánto devenga por mes, por quincena, semanal o diario. Si la casa en donde vive es propia o alquilada y cuánto tiempo tiene de vivir en ella. Cómo se integra su núcleo familiar, si pertenece a alguna comunidad LGBTIQ+ o

si tiene algún sobre nombre. Toda esta información será muy importante, para establecer la teoría del caso a seguir.

En cada pregunta, se debe escuchar atentamente al imputado, y si la defensa considera que está en condiciones mentales para declarar, debe hacer una prueba con algunas preguntas, para escuchar cómo contesta, y orientarlo cómo debe responder. Lo mejor será que el imputado declare, para que éste ejerza su derecho de defensa material, al menos que el usuario tenga algún impedimento, o que ejerza su derecho al silencio, parte de su teoría del caso.

4. La teoría del caso

El defensor o defensora, no pueden llegar a improvisar a la audiencia de primera declaración, sino que tiene que preparar un planteamiento estratégico, o plan de trabajo, encaminado a defender a la persona que el Ministerio Público indica de la comisión de un delito, basado en el análisis de los aspectos fáctico, jurídico y probatorio. O utilizado alguna causa que exima de la responsabilidad, dentro de ellas las causas de justificación como: legítima defensa, estado de necesidad o legítimo ejercicio de un derecho; y en los casos que proceda causas de inculpabilidad como: miedo invencible, fuerza exterior, error, obediencia debida, u omisión justificada. (Artículos 24 y 25 del Código Penal)

Al contar con un plan de trabajo, un planteamiento estratégico, teoría del caso, o tesis, la defensa tiene que comunicarlo, por

medio de un argumento que presentará, según el caso, al fiscal (si solicitará una medida alterna al proceso penal), o bien al juez, ya sea para respaldar la petición del fiscal, o bien para presentar su contra argumento a lo solicitado por la fiscalía. Eso es lo bueno de contar con una teoría del caso, que permitirá no solo ejercer el derecho de defensa más técnico, sino tendrá la satisfactoria experiencia de sentir agradable su trabajo de ejercicio de derecho de defensa técnica.

4.1. ¿Cómo preparar una teoría del caso para la audiencia de primera declaración?

El defensor o defensora debe tener acceso a la carpeta judicial, y obtener como mínimo copia de la prevención policial, así como de los elementos de convicción que obren en el expediente, especialmente en los municipios en donde hayan juzgados de turno, pues la fiscalía y Policía Nacional Civil realizan una investigación preliminar, a la primera declaración. Con una lectura a la prevención policial Y demás documentos, más la entrevista con el sindicado, se puede empezar a estructurar una teoría del caso, cuyos elementos son los hechos, el aspecto jurídico o teorías jurídicas, y la evidencia (elementos de investigación o prueba). A algunos le agregan la palabra plataforma (plataforma fáctica, plataforma jurídica, y plataforma probatoria), pero el significado es el mismo:

4.1.1. Análisis del hecho

El hecho en el tema de Derecho penal, se refiere a una conducta humana de acción u omisión dirigida a una finalidad, que está con anterioridad descrita en la ley penal sustantiva como delito o falta, y que lesiona o pone en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, que se le denominará por el momento tipo penal.

Para el análisis del hecho, se tomará como base el tiempo, que en este caso se refiere a la fecha y la hora en que sucedió el hecho que le imputan al sindicado. Hay hechos que principian a una hora y terminan tiempo después del principio, debe responder a la pregunta ¿Cuándo?

El lugar, significa el espacio físico en donde ocurrió el hecho o los hechos, puede ser abierto, cerrado, privado, público, citadino, o del campo, pero debe ser identificable o por medio del sistema de direcciones urbanas, y en los casos del área rural se debe identificar por aldea, caserío, o con señalizaciones naturales, por ejemplo, camino de terracería, frente a un árbol, una piedra, entre otros. La descripción del lugar responde a la pregunta ¿Dónde? Y por último el modo en que ocurrió el hecho, o sea la forma en que sucedió el suceso que reporta la prevención policial, responde a la pregunta ¿Cómo?

4.1.2. Análisis de la evidencia

En lo que respecta a la evidencia o aspecto probatorio, en este momento se le denomina elementos de convicción, y lo constituye

toda clase de evidencia que vincula a la persona imputada en la comisión del hecho que se le atribuye, por lo que se debe analizar e inferir, si existen elementos de convicción que en determinado momento puedan orientar a probar los elementos del tipo penal por el cual hizo imputación el Ministerio Público y la probabilidad de la participación del imputado en el hecho que se le sindicó. Si no existe evidencia o elementos de convicción no se puede ligar a proceso a la persona, porque el órgano jurisdiccional no podrá fundamentar posibilidad de participación en el auto de procesamiento.

4.1.3. Análisis de lo jurídico o teoría jurídicas

El tema jurídico, o teorías jurídicas está conformado por toda la legislación, que puede utilizarse, desde convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes ordinarias como Código Penal o leyes penales especiales, tanto sustantivas como procesales, reglamentos, acuerdos, entre otros. Para iniciar, se analizará si el hecho que se le atribuye al imputado, subsume un tipo penal (delito o falta). Por lo que, si fuere afirmativa la respuesta, se tendrían que analizar los elementos propios del tipo penal en particular. Si la conducta que se señala al sindicado no subsume tipo penal alguno, estamos ante una acción u omisión atípica, y no se puede dictar auto de procesamiento, porque el hecho por el cual se recibe la declaración no encuentra ninguna calificación legal, de acuerdo al artículo 321 incisos 2º y 3º del Código Procesal Penal.

En este tema de las teorías jurídicas, hay que examinar el tipo penal por el que le realizarán la intimación al procesado, por ejemplo, ¿Cuáles son los verbos rectores del tipo penal? ¿Si el imputado realizó con su conducta alguno de esos verbos rectores?, ¿Si ese tipo penal es objeto de alguna medida alterna al proceso común como criterio de oportunidad o suspensión condicional de la persecución penal?, o ¿si el tipo penal, es objeto de alguna medida sustitutiva de privación de libertad, o tiene prohibición?

4.1.3.1. Analizar la detención

Antes de analizar el hecho, la prueba y las teorías jurídicas, es necesario analizar la detención de la persona a la que se le está prestando el servicio. Para ello, en la prevención policial se indica la hora de la detención y los motivos de la misma. Cuando ocurre un hecho delictivo, la persona puede ser detenida por agentes de la Policía Nacional Civil u otras del orden público, e incluso por personas particulares, en flagrancia, es decir, en el momento mismo de cometer el hecho, tal como lo describe el artículo 258 del Código Procesal Penal, o en cuasi flagrancia, o sea, instantes después de realizar el hecho, pero con huellas, instrumentos o efecto del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. Otra forma de detención es cuando existe una orden de juez competente.

Si la persona es detenida, sin llenar los requisitos anteriores (orden de juez competente, flagrancia o cuasi flagrancia), hay una detención ilegal, y habrá que realizar una primera teoría del caso, dentro del campo de la violación a los derechos humanos de la persona, pues la Convención Americana sobre Derechos Humanos preceptúa en el artículo 7 inciso 3º, que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. Derecho que se desarrolla en el artículo 6 constitucional.²

Por ejemplo, en el caso que una persona haya sido detenida sin orden de juez competente, nueve horas después de la hora de la comisión del hecho que se le endilga, lo mejor es, principiar el argumento indicando que los jueces, fiscales y defensores públicos son funcionarios garantes de los derechos humanos de las personas. En el presente caso, por ejemplo, la persona XX fue detenida el día XX del mes de XX del año XX a las XX horas, por los agentes de la Policía Nacional Civil A y B, aproximadamente nueve horas después de la comisión del hecho que se le sindicó, o sea que no se encuentra dentro de los supuestos del artículo 257 del Código Procesal Penal, porque no hay flagrancia ni cuasi flagrancia en su detención. Además cuando fue detenida

2 Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente. (Artículo 6 CPRG)

no existió orden de juez competente, por lo que existe una detención ilegal o arbitraria violando los agentes de Estado el derecho humano de la libertad del señor XXXX, por lo que para restaurarle los derechos vulnerados, en el artículo 7 inciso 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 inciso 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se solicita que al resolver la situación jurídica del señor XX, se ordene su libertad por falta de mérito. Sin perjuicio de certificar lo conducente en contra de los agentes A y B de la Policía Nacional Civil.

4.1.3.2. Personas detenidas por faltas

En los casos que una persona haya sido detenida en flagrancia por una falta o contravención penal, si ésta se puede identificar con documento personal de identificación, o que no lo porte o no lo tenga, puede ser identificada por el testimonio de persona de arraigo o por la propia autoridad. En este caso, los agentes captores de Policía Nacional Civil, deberán presentar la prevención policial al juez de paz, y prevenir al infractor para que comparezca ante el juez dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, no puede quedar detenido. Si no se puede identificar por ninguna forma, quedará detenida, pero, los agentes captores tendrán que presentar la prevención policial dentro de la hora siguiente a su

detención. Tal disposición la regula el artículo 11 de la Constitución Política de la República de Guatemala.³

4.1.3.3. Si el imputado padece de alguna discapacidad intelectual o psicobiosocial

De acuerdo a la entrevista que el defensor o defensora le realizó al imputado, puede darse el caso que éste tenga problemas en su conciencia, de orientación en tiempo, espacio, y situaciones en la que tenga dificultad para comprender los cargos que se le formularán, el acto procesal de la primera declaración, y capacidad para contribuir en su defensa. No es necesario que el defensor conozca de psicología, sino basta con que sospeche que la persona detenida no comprende los aspectos anteriores, e incluso, quizá no comprendió su actuar al momento de la realización del hecho que se le sindicó. En este caso, el defensor con fundamento en el artículo 2 inciso 1º, de la Circular No 21-2013 CP de la Corte Suprema de Justicia⁴ debe solicitar al juez o jueza que suspenda la audiencia de primera declaración, y pedir que se llame a un

3 Detención por faltas o infracciones. Por faltas o por infracciones a los reglamentos, no deben permanecer detenidas las personas cuya identidad pueda esta establecerse mediante documentación, por el testimonio de persona de arraigo o por la propia autoridad.

En dichos casos, bajo pena de sanción correspondiente, la autoridad limitará su cometido a dar parte del hecho a juez competente y a prevenir al infractor, para que comparezca ante el mismo dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles siguientes. Para este efecto son hábiles todos los días y horas del año, y las horas comprendidas entre las ocho y dieciocho horas.

Quienes desobedezcan el emplazamiento serán sancionados conforme a la ley. La persona que no pueda identificarse conforma a lo dispuesto en este artículo, será puesta a disposición de la autoridad judicial más cercana dentro de la primera hora siguiente a su detención. (Artículo 11 CPRG)

4 Acuerdo Interinstitucional para la atención integral de personas sometidas a procesos penales con trastornos mentales o retraso mental y personas con estas condiciones sujetas a medidas de seguridad o internamiento sujetas a centros de atención especial, con el fin de que el Estado garantice sus derechos humanos.

perito del Instituto de Ciencias Forenses de Guatemala –INACIF-, para que evalúe a la persona e indique verbalmente si está, en condiciones de declarar. En ese momento no es necesario que el perito sea psiquiatra o psicólogo, pues de acuerdo al artículo 6 inciso 1º de la Circular antes indicada, puede ser un médico forense. También se puede fundamentar en los artículos 76 y 77 del Código Procesal Penal, para que el juez envíe al imputado a internación para su observación al Hospital de Salud Mental Carlos Federico Mora, emitan dictamen, asimismo podrán hacerlo los psiquiatras del INACIF.

Si el juez suspende la audiencia de primera declaración, habrá que esperar el dictamen por escrito del perito del INACIF. Si está en condiciones de declarar, habrá que asistirlo y preparar una teoría del caso para su defensa. En el caso que no esté en condiciones de prestar su primera declaración, el juez podrá ordenar su internación provisional en un centro adecuado, con fundamento en el artículo 273 del Código Procesal Penal.

4.1.3.4. Cuando el procesado no habla el idioma español, o tiene alguna discapacidad

De la entrevista que se realiza con el imputado, el defensor o defensora, se podrá dar cuenta que no habla el idioma español, o lengua oficial en la que se realizan el procedimiento penal. Se deberá preguntar, y si el Instituto de la Defensa Pública Penal, o el órgano jurisdiccional no cuentan con intérprete en el idioma que habla el procesado, tanto para la entrevista como para la

audiencia, con fundamento en los artículos 12 y 143 del Código Procesal Penal, se debe solicitar que el juez o jueza nombre un traductor del idioma que hable la persona que va a realizar su primera declaración.

La misma situación para los casos de discapacidad auditiva, o verbal, por ejemplo, una persona sordomuda, se debe solicitar a los jueces, que gestionen ante las redes de derivación un intérprete en el lenguaje de señas, para que pueda, entrevistarse con la defensa y declarar si fuere el caso. De no cumplirse estos requisitos, la audiencia de primera declaración adolecerá de nulidad, por no cumplir con los requisitos o rituales establecidos en la ley. Artículo 281 del Código Procesal Penal.

4.1.3.5. Cuando el imputado tiene golpes en su cuerpo

Hay veces que el imputado tiene golpes visibles en su cuerpo, y se ven escoriaciones o hematomas en algunas partes de su cuerpo. Otras veces en partes no visibles, como espalda, estómago, o en algunas extremidades. El defensor deberá preguntar al patrocinado ¿Cómo ocurrieron esos golpes? Ante esta pregunta puede haber muchas respuestas, dentro de ellas, pudiera ser que el imputado diga que los agentes captores se las provocaron. Si así fuere, y si el imputado desea, lo puede manifestar en su declaración, entonces ¿Cuál deberá ser la actitud del defensor o defensora pública?

El defensor público, deberá pedir al juez que conoce la primera declaración que lo envíe a un hospital público para que reciba asistencia médica, y al Instituto Nacional de Ciencias Forenses –INACIF- para la evaluación del tipo de lesiones que corresponda, pues de ello dependerá si los agresores cometieron un delito de acción pública o un delito de acción pública dependiente de instancia particular, y si lo considera oportunamente que el juez de oficio certifique lo conducente en contra de los presuntos agresores. De esta forma el defensor público, protege los derechos humanos del imputado.

4.1.3.6. Cuando el imputado ha decidido declarar y el juez o jueza realiza interrogatorio

La declaración del imputado o imputada, es un medio de defensa, y no un medio de prueba. Si ha decidido declarar en primera declaración, es conveniente que la defensa lo oriente cómo hacerlo. Lógicamente después de que éste declare, el órgano jurisdiccional le otorgará la palabra a la fiscalía para que interroge, pregunte o examine al imputado. En este caso la defensa debe estar pendiente que el fiscal realice preguntas claras y precisas, pues las preguntas oscuras, ambiguas, están prohibidas, al igual que las preguntas capciosas, y sugestivas, y las respuestas no serán instadas perentoriamente, tal como lo indica el artículo 86 del Código Procesal Penal. Preguntas capciosas son las que tratan de engañar o confundir a la persona, sugestivas las que sugieren las respuestas, y la fiscalía no puede, por ejemplo, decir:

¿En dónde estuvo el día ... a las ... horas. “Tiene un minuto para contestar”. En estos casos, la defensa deberá objetar las preguntas inmediatamente indicando el motivo.

En el nuevo sistema acusatorio adversarial, las preguntas sugestivas están permitidas, pero sólo para testigos y peritos (artículo 378 del Código Procesal Penal). Asimismo, los jueces no pueden preguntar, ya que el artículo anterior que permitía preguntas a los jueces, fue reformado.⁵ Además, lo prohíbe el artículo 1 literal a) del Acuerdo Marco Interinstitucional,⁶ que establece: “Respecto al artículo 82 del Código Procesal Penal. a) Los jueces no están facultados para interrogar al imputado” Por lo que, si algún juez o jueza, pregunta, la defensa tendrá que objetar e indicarle que está prohibido, toda vez que el órgano jurisdiccional es un árbitro imparcial en el proceso.

5. Argumentación para justicia restaurativa

En este tema, la argumentación también es necesaria, y aunque difícilmente haya contra argumentos, la defensa tendrá que explicar las razones técnico jurídicas, para que el juez o jueza autorice al Ministerio Público abstenerse de ejercitar la acción penal, y como consecuencia, declare con lugar el criterio de oportunidad, o la

5 Por el artículo 11 del Decreto 7.2011 del Congreso de la República.

6 Acuerdo Marco Interinstitucional para la implementación efectiva de las Reformas al Código Procesal Penal, suscrito entre la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ministerio Público e Instituto de la Defensa Pública Penal. De fecha 31 de agosto de 2009.

suspensión condicional de la persecución penal, según la medida que se le haya solicitado a la fiscalía.

Por ejemplo, en un caso de Posesión para el consumo (Artículo 39 Ley contra la Narcoactividad), el cual tiene prohibición de medida sustitutiva (Artículo 264 CPP), habrá que solicitar a la Fiscalía de Ejecución una constancia, si al imputado ya le concedieron suspensión condicional de la persecución penal, asimismo obtener la constancia de antecedentes penales extendido por la Unidad de Estadística Judicial, y en la audiencia de primera declaración, pedirle al fiscal la suspensión condicional de la persecución penal, con fundamento en el artículo 27 del Código Procesal Penal, y el artículo 5 del Acuerdo número 4-2013 de la Corte Suprema de Justicia.

En este caso, habrá previamente que hablar con el sindicato para explicarle los requisitos para que le otorguen este beneficio, los cuales son: a) que acepte o admita la veracidad de los hechos que se le imputarán, como en este delito no hay víctima determinada, el juez le puede imponer una medida de abstención de las indicadas en el artículo 25 Bis del Código Procesal Penal, y, b) la voluntad de someterse a un período de prueba de dos a cinco años, en los que se compromete a no cometer un nuevo delito, es decir a observar buena conducta.

Si el procesado está de acuerdo, y el Ministerio Público le otorga la suspensión condicional de la persecución penal, la fiscalía presentará su argumento al juez competente, y luego le preguntará al imputado si acepta la comisión de los hechos que se le sindicán, si acepta una medida de abstención y el período de prueba. El juez le puede preguntar al imputado lo anterior antes de la presentación del argumento de la defensa. Cuando se le otorgue la palabra a la defensa, como en justicia restaurativa no hay contradictorio, no presentará contra argumento oponiéndose a lo que pidió la fiscalía, asimismo tampoco es conveniente que diga que se adhiere a lo manifestado por el Ministerio Público, sino que lo mejor es que en su argumentación refuerce lo manifestado por la fiscalía, respecto de los requisitos que exige el artículo 27 del CPP, y 1, 6, 7 8 y 9 del Acuerdo 4-2013 de la Corte Suprema de Justicia, en los principios de legalidad, mínima intervención, *in dubio pro libertatis*, justicia restaurativa, celeridad, resocialización del sindicado, racionalidad y control efectivo de la medida, relacionarlos con el caso concreto. En la petición de fondo, se le solicita al juez que autorice al Ministerio Público abstenerse de ejercitar la acción penal en contra del señor XXXX, y en consecuencia declare con lugar la suspensión condicional de la persecución penal del señor XXXX, y ordene su libertad a donde corresponde su libertad.

En otros tipos penales, cuando el imputado está en condiciones de pagar a la víctima los daños ocurridos como consecuencia del

delito, y ésta acepta la reparación, se le puede solicitar al fiscal, un criterio de oportunidad, especialmente en los delitos cuya pena no pasen de cinco años de prisión. El argumento debe reforzar lo solicitado por la fiscalía y la petición será similar: Que se autorice al Ministerio Público abstenerse de ejercitar la acción penal, y en consecuencia se declara con lugar el criterio de oportunidad a favor del señor XXXX, y se ordene a donde corresponde su libertad.

6. Argumentos para casos de justicia retributiva

Luego que el fiscal haya presentado su argumento en donde solicita que se ligue a proceso al imputado, el juez le otorga la palabra a la defensa, para que presente su contra argumento, se le denomina de esta forma, porque en el mismo se opondrá a lo solicitado por la fiscalía. La defensa presenta su alegato, y después de exponer las razones por las que no está de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Público, presenta su conclusión final, y pide que no se dicte auto de procesamiento, y se ordene la libertad del procesado por falta de mérito. (Artículo 272 CPP)

Según su teoría del caso, pudo haber encontrado falencias en los hechos, en las teorías jurídicas, o en la evidencia, o en dos o tres de los elementos anteriores. Pueden darse múltiples situaciones, por ejemplo, que la conducta no subsuma ningún tipo penal, entonces ésta será atípica y desde ese punto de vista no se configuran dos de los elementos del delito. Otro ejemplo, que

el hecho no encuadre en el tipo de pena que pretende la fiscalía, pero si hay evidencia que vincula al imputado, entonces la teoría del caso ira orientada a un cambio de calificación jurídica del hecho, de preferencia uno que tenga medida sustitutiva.

Si el imputado, argumenta que él no se encontraba presente en la fecha, hora y lugar del hecho, entonces se invierte la carga de la prueba y éste le tiene que proporcionar elementos de convicción para probar esa tesis. Puede ser que, si es el tipo penal, y aprehendieron al sindicado en el lugar del hecho, pero no hay ningún medio de investigación que lo vincule para considerar razonablemente que él pudo haber participado en el hecho, entonces, no se podrá dictar auto de procesamiento en su contra. Aquí puede haber infinidad de circunstancias, pero el defensor o defensora las debe exponer, como contra argumento, para lograr que no se ligue a proceso a la persona, y que se le otorgue su libertad por falta de mérito.

Casos muy específicos, delitos de lesiones leves en donde la fiscalía no presenta el informe médico forense, para determinar el tiempo que el agraviado permanecerá con incapacidad para el trabajo, pérdida o inutilización de un miembro principal, o si quedará cicatriz visible o permanente en el rostro, (artículo 148 Código Penal), en la misma forma se puede argumentar en otros tipos de lesiones. Si es un homicidio o asesinato, supone el certificado de la partida de defunción, ya que de acuerdo al

artículo 182 del Código Procesal Penal, hay libertad de prueba, excepto el estado civil de las personas, el informe médico forense para establecer la causa de la muerte.

Es por ello que el análisis del caso, debe hacerse a partir de los elementos de la teoría del caso. Sin embargo, hay procesos en donde el hecho endilgado, la conducta del imputado, encuadra en el tipo penal que indica el Ministerio Público, y además hay evidencia que se presentó como elementos de investigación, y aun presentando contra argumentos han ligado a proceso al imputado, es bueno recordar que el auto de procesamiento no es apelable, sino solo reformable a petición de parte, e incluso de oficio, únicamente durante la etapa preparatoria. (Artículos 320 del Código Procesal Penal). En este, caso la audiencia seguirá su curso, a la siguiente parte, para discutir la necesidad de imponer medidas de coerción al procesado, en donde el fiscal, y el defensor por separado deben de demostrar y argumentar sus proposiciones fáctica o pretensiones.

En estos casos, la defensa aplicará el plan “B” de la teoría del caso, pues con anticipación había previsto que el delito sea excarcelable, o sea objeto de una medida sustitutiva de privación de libertad. Ya se tienen los antecedentes penales del imputado y los documentos para acreditar el arraigo, para desvanecer el peligro de fuga o que pueda obstaculizar la investigación. El juez o jueza, dará la palabra primero a la fiscalía y después a la defensa para que presenten sus argumentos respecto de las medidas de

coerción, y la defensa tendrá que presentar su argumento para lograr que el juzgador, le otorgue la medida sustitutiva solicitada, este es el momento en donde utilizará toda la información obtenida durante la entrevista con el procesado, para lograr una medida de coerción más favorable. Si es un delito patrimonial, se debe tener cuidado que la medida guarde una graduación proporcional con el daño ocasionado, como lo estipula el artículo 264 del Código Procesal Penal.⁷

7. Argumento escrito, recurso de apelación

Si el delito no tiene medida sustitutiva, le dictarán al procesado auto de prisión preventiva, en donde habrá que revisar la resolución judicial, pues podría ser que tenga algún elemento para apelar este auto, como la vulneración de un derecho, o de la ley sustantiva o procesal, que afecte al procesado. Oportunidad donde la defensa presentará su argumento por escrito, siendo el fundamento legal el artículo 404 inciso 9º o inciso 10º según la Sala de la Corte de Apelaciones que conocerá del caso.

Es bueno recordar, que el escrito se debe interponer ante el mismo juez que dictó la resolución, dentro del plazo de tres días contados a partir de la notificación, indicando que el sindicado tiene interés en recurrir, debe contener el motivo en que se funda, la expresión de agravios, y además de todas las peticiones cajoneras, en la

⁷ En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

petición de forma que no deben faltar las siguientes: Que se otorgue el presente recurso de apelación y se eleven las actuaciones a la Sala jurisdiccional respectiva. Que en caso de haber errores de forma o de fondo en el escrito, se le otorgue el plazo de tres días para subsanarlos. Y en la petición de fondo, es importante, saber cuál es la pretensión del recurrente, qué es lo que quiere, que la Sala de la Corte de Apelaciones resuelva cuando conozca el recurso, pues los efectos de este, son: confirmar, revocar, modificar, o reformar. En el caso de apelar, se espera que el tribunal *ad quo*, revoque el auto de prisión preventiva. La petición de fondo, podría ser: Que se declare con lugar, el presente recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución de fecha (...) dictado por el juez (...) , y en consecuencia, se revoque el auto de prisión preventiva, y se ordene la libertad del señor XXXX.

Si, presentó su argumento por escrito en el recurso de apelación, fue declarado sin lugar, y no desea acudir a la vía constitucional, tendrá que realizar las visitas carcelarias mensuales, y si el usuario, le proporciona nueva información, o medios de investigación, antes que finalice la etapa preparatoria, tendrá que solicitar una audiencia para revisar la medida de coerción, con fundamento en el artículo 277 del Código Procesal Penal, y presentar sus argumentos y medios de investigación para probar que han variado las circunstancias primitivas que dieron origen a la prisión preventiva. El juez escuchará su argumento, y le dará audiencia a la fiscalía para que presente su contra argumento. De eso se trata el proceso penal, en cada audiencia, en cada etapa o fase,

habrá que presentar sus razones por las que considera que las afirmaciones que propone son las correctas. En otras palabras, debe explicar, justificar, convencer para sostener o refutar su punto de vista, que es su tesis o teoría del caso. Este artículo, se refirió a la audiencia de primera declaración, y de esa forma, el proceso avanza, por eso la importancia de preparar un plan de trabajo para cada audiencia, denominado teoría del caso, y presentarlo por medio de argumentos en forma verbal o escrita.

Referencias bibliográficas

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos
- Constitución Política de la República de Guatemala
- Código Penal, Decreto Legislativo 17-73 del Congreso de la República de Guatemala
- Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala
- Acuerdo Marco Interinstitucional para la implementación efectiva de las Reformas al Código Procesal Penal, suscrito entre la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ministerio Público e Instituto de la Defensa Pública Penal. De fecha 31 de agosto de 2009.
- Circular Número 21-2013 CP de la Corte Suprema de Justicia

Perspectiva doctrinaria de la defensa técnica de los delitos informáticos y uso de las tecnologías de la información y comunicaciones -TICs-

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

M.A. Edgar Estuardo Melchor Solórzano

La incorporación de las tecnologías en todos los ámbitos de nuestras vidas se hace cada vez más visible y por ello se han convertido con el transcurso del tiempo en herramientas indispensables para nuestro desarrollo. Los legisladores a nivel mundial iniciaron hace tres décadas aproximadamente todo un proceso para el reconocimiento de las mismas en las legislaciones de los países.

El término delito informático se acuñó a finales de los años noventa, a medida que Internet se expandió por toda Norteamérica. Después de una reunión en Lyon, Francia se fundó un subgrupo del grupo de naciones que conforman el denominado "G8" con el objetivo de estudiar los problemas emergentes de criminalidad que eran propiciados por el inicio de migrar a Internet como modalidad actual.

En la actualidad, las distintas sociedades del mundo se encuentran inmersas en un proceso de modernidad y actualización de las tecnologías de la información y comunicaciones, y es por ello que se generan avances informáticos que coadyuvan en la búsqueda de esos mecanismos de control; las distintas tecnologías informáticas cada vez más se encuentran involucradas en nuestro diario vivir, convirtiéndose en herramientas indispensables para el desarrollo de la humanidad en sus distintos escenarios de la vida, incluyendo el sector justicia cuando se pretende establecer la participación en un supuesto delito informático.

Así como se convierte en una herramienta de desarrollo también debe resguardar los distintos derechos de la sociedad creando requisitos técnicos y legales para su resguardo incluyendo los aspectos relacionados con garantías y principios del proceso penal.

Entre los derechos que posee la humanidad se encuentra el del debido proceso y por ende el desarrollo de una defensa especializada exige que los defensores públicos deban poseer las herramientas legales y técnicas adecuadas para plantear estrategias de defensa y teorías del delito de manera adecuada.

Es por ello importante reflexionar sobre los aspectos generales sobre el uso de la tecnología como una herramienta y la debida actuación de los defensores públicos en materia de delitos informáticos, presentes en nuestras vidas y en especial cuando se encuentra sujeta a una valoración judicial para deducir la posible responsabilidad penal por una acción específica y la existencia de una defensa técnica especializada durante el desarrollo de su discusión.

El uso responsable y del conocimiento de las distintas normas penales de naturaleza informática que debemos poseer en el momento de participar en un proceso como defensor público, decidir utilizar alguna de las aplicaciones o programas en

nuestros dispositivos, nos generará seguridad hacia nuestros datos e información personal.

Los usos de las tecnologías en el ámbito de salud representan un gran avance en la búsqueda de nuestro bienestar personal y familiar, aspecto de por sí de suma importancia.

La seguridad en el ámbito digital ha dejado de referirse únicamente a aspectos personales, sino que en éste caso se ha ampliado a todos los ámbitos de interacción en las tecnologías de la comunicación; con ello logramos utilizar eficientemente las bondades de las tecnologías y con el resguardo de nuestra información personal de manera inadecuada.

Los Estados deben generar políticas de protección de los ciudadanos y de sus datos e información que se encuentran en el ámbito de las tecnologías de la información, y con ello coadyuvar a la protección y resguardo de su integridad en los distintos aspectos.

Guatemala fue parte de ese proceso globalizador de incorporación de acciones legales de protección de bienes jurídicos “recientes” que debían ser protegidos por el Estado, como lo hace con el resto de bienes afectados por la comisión de hechos delictivos; todos los avances tecnológicos en las sociedades modernas desarrollan una serie de acciones y

consecuencias que deben ser incluidas en el catálogo legal de protección en algún momento de la historia legislativa de los países. En nuestro medio estas primeras acciones contendidas en el Derecho penal, se dieron cuando se observó la necesidad de normar ámbitos de protección a bienes jurídicos tutelados que anteriormente no existían o no se consideraban merecedores de defensa estatal, misma que inició desde un punto de vista restrictivo centrándose inicialmente en la protección de acciones contenidas en delitos contra la propiedad intelectual, siendo delimitado a ocho tipos penales que son los que en la actualidad abordan la protección de ese bien jurídico tutelado.

En la actualidad en la esfera jurídica, estamos bregando únicamente según el bien jurídico tutelado de derechos de autor, de propiedad industrial y delitos informáticos; contenido en nuestra legislación penal sustantiva a partir del artículo 274 A y siguientes; sin embargo se ha gestado una corriente de desarrollo constante que demuestra la implementación a nivel mundial del uso de las tecnologías y por ende su protección; con ello se generó una corriente de actualización de las acciones legislativas que debían proteger los bienes jurídicos tutelados de reciente incorporación a los códigos penales de los países; en Guatemala, la ampliación de penalización de acciones que utilizan a la tecnología como un medio para su comisión, se inició no con una reforma a la norma ya existente sino a la incorporación de nuevos tipos penales que protegen un bien jurídico, distinto al contemplado anteriormente; es el caso

de la incorporación de delitos contra libertad e indemnidad sexual que fueron incorporados a la norma penal, entre otros encontramos los siguientes: a) ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a menores de edad; b) violación a la intimidad sexual; c) comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad; d) pánico financiero y e) comercialización de datos personales; el elemento común de todos ellos se encuentran basados que como medio de comisión se hace necesario el uso de la tecnología, equipos informáticos, uso de plataformas y servidores informáticos.

El marco normativo se amplió exponencialmente con estos tipos penales que para su comisión dependen del uso de las tecnologías de la información y comunicaciones -Tic's- como un elemento relevante para su encuadre en la norma, a falta de esos insumos informáticos sería impensable iniciar alguna acción penal en contra de una persona sindicada por la posible comisión de un delito de ésta naturaleza y el defensor público debe estar atento para preparar la estrategia de defensa y teoría del caso de manera efectiva y enmarcada en el ámbito legal.

Naturaleza y definición jurídica de los delitos informáticos

La naturaleza y el abordaje de los delitos informáticos en el momento de ser discutidos en el ámbito judicial debe ser tratado desde una perspectiva multicausal; lo anterior por los aspectos

jurídicos, tecnológicos y digitales que deben ser abordados para su análisis, es aquí donde la función del defensor debe como siempre ser jurídica y además tecnológica para poder realizar eficiente la defensa técnica en un caso sometido a su conocimiento.

En el momento de definir las acciones delictivas de esta naturaleza, es imperante analizar las distintas posturas de los autores en esta materia, arribando a una que reúne la totalidad de elementos normativos y técnicos que puede facilitar su comprensión siendo la siguiente: “Acción típica y antijurídica, que se sirve o utiliza de una computadora para su realización, o bien va dirigida a obtener el acceso no autorizado a registros o programas de un sistema informático, o a producir un resultado de daño en ésta o en los sistemas que posee”. (IDPP, 2011).

Como se puede establecer, el elemento común en la definición se centra en la existencia de un ataque intencional de daño al sistema operativo de la computadora, la intromisión a base de datos o archivos que las mismas contengan por medio de las tecnologías, adelantando la visión del presente artículo, se puede mencionar que se nota la ausencia del elemento culpa como parte de la comisión del delito que si exige que exista todo un proceso de preparación para su comisión; esto en el momento de estar discutiendo la posible participación de una persona en la comisión del mismo.

Elementos del tipo penal

Se visualiza una discusión doctrinaria en el momento de establecer qué elementos integran las distintas acciones contenidas en el título de los delitos informáticos por su naturaleza jurídica y tecnológica-informática, sin embargo, se debe tener presente lo establecido en la doctrina y principios generales del derecho.

Es en este momento de determinar los elementos de este tipo cuando el defensor público tiene el reto de establecer la existencia de estos en la plataforma fáctica que presenta el representante del Ministerio Público y su falta representan una línea de defensa estratégica en su participación dentro del proceso penal.

Los autores delimitan y establecen los siguientes elementos en materia informática con los componentes específicos siguientes:

- **Elemento descriptivo:** considerado como tal a la exposición y narración total de los distintos hechos que puedan ser incluidos en alguno de los tipos penales, objeto de análisis; es este momento procesal cuando inicia la función del defensor público de exigir al funcionario fiscal que cumpla con los preceptos contenidos en la ley procesal en el momento de realizar la imputación, misma que debe contener la parte

jurídica y tecnológica para poder cumplir con los requisitos propios de estos tipos penales.

En ese momento procesal, el defensor público debe realizar una acción intelectual, en la cual debe establecer la presentación exacta y definitiva del tiempo, modo y lugar, los hechos que se imputa al usuario del Instituto de la Defensa Pública Penal, cumpliendo desde ese momento una defensa técnica basada en los principios de legalidad y debido proceso para el usuario de la institución.

- **Elemento normativo o valorativo:** Continuando con el análisis de los delitos informáticos, nos encontramos en el estadio de analizar el momento de materialización del elemento normativo o valorativo; mismo que tiene su origen desde el momento interno que el juzgador inicia el proceso de valoración de la exposición de hechos que se realizan en el proceso penal, cumpliendo con los aspectos de fundamentación y razonamiento de las resoluciones; en la presentación de resoluciones, los juzgadores deben incluir elementos técnicos-informáticos que permita la exposición y comprensión de la resolución para las partes.

Este elemento se materializa cuando en el interior del juzgador se produce todo un proceso de análisis y valoración de los hechos que le fueron puestos a su conocimiento y se traduce en una resolución en donde se indican los motivos de

la misma y su fundamentación, combinando la experiencia, el conocimiento y razonamientos propios que se dan a conocer y generan efectos procesales para las partes; todo ello se produce a nivel intelectual con efectos en el sistema de justicia. (IDPP, 2011).

Debe entenderse entonces que dicho elemento se aprecia intelectualmente, en el caso particular de los delitos informáticos, es necesario auxiliarse de la informática u otra ciencia para comprenderlos, en ese sentido dentro de los elementos normativos de este tipo de ilícitos tenemos los daños producidos a los equipos, programas o base de datos, todos ellos considerados como pérdida patrimonial.

Como retos del defensor público, se encuentran varias acciones que deben ser resueltas, no sólo tomando en consideración los parámetros legales, sino que también con los aspectos tecnológicos y herramientas informáticas. En esta materia el profesional del derecho que realiza la función de defensa pública, debe desarrollar ciertas competencias en materia de uso de tecnologías de la información y comunicaciones y por ende agregar ese conocimiento a sus estrategias y argumentaciones de defensa técnica, estableciendo por lo menos los siguientes aspectos previo a iniciar la elaboración de una estrategia de defensa:

1. La existencia del archivo, programa o base de

datos: el primer paso es determinar que si existe un bien jurídico que está protegido por el Estado y que en el supuesto momento de realizar la acción delictiva fue vulnerado o afectado; en el ámbito de la comisión de delitos de material informático, se debe recordar la afectación que se realiza en el ámbito digital (ámbito informático, ciberespacio y base de datos de servidores) que debe ser demostrado que existe y que posee la información que se pone en riesgo o peligro social. La evidencia material en esta especialización se queda en un segundo plano de demostración, en virtud que las acciones que materializan los verbos rectores en los delitos informáticas se generan en el ciberespacio, generando complejidad para establecer el lugar exacto del delito;

2. Acción de materializar el verbo rector: En este momento se debe concretar la comisión de la acción contenida en el tipo penal y que debe consistir en la afectación del bien jurídico tutelado por medio de la realización de la acción y que afecta el bien correspondiente; el fiscal debe demostrar con exactitud el tiempo, modo y lugar del hecho delictivo y su ausencia proporciona la oportunidad de guiar la estrategia de defensa, haciendo ver esa deficiencia. La realización de la acción prohibida por la norma se considerará el encuadré entre lo normado y su vulneración por la acción realizada.

3. Individualización de los responsables de la

acción: En este apartado de nuestro análisis llegamos al momento relevante de la posible deducción de responsabilidad de los supuestos hechos delictivos, como lo es determinación de la persona responsable; en materia de delitos informáticos, se convierte en un proceso más complejo que el resto de los delitos comunes; en virtud que aquí la determinación de acceso a base de datos, el momento exacto de vulneración de bienes jurídicos y el uso de los equipos informáticos, se convierten en aspectos que se deben establecer con exactitud para determinar al autor material de estos hechos. Todos estos aspectos deben ser demostrados técnicamente para lograr determinar quién es el autor real de la acción, determinando la trazabilidad en el ciberespacio de las acciones y determinación del momento exacto y del responsable de vulnerar en el ciberespacio los controles que protegen los bienes jurídicos informáticos establecidos en la normativa.

En la actualidad judicial se pueden observar una serie de acciones poco prácticas y efectivas que realizan los fiscales en el momento de encontrarse realizando diligencias para el esclarecimiento de algún hecho delictivo, de los contemplados como informático o acciones delictivas en las cuales se utiliza el equipo informático como una herramienta más para su comisión; tal es el caso que por desconocimiento en los sistemas y programas informáticos, se ordena el secuestro de

la totalidad de los componentes de los equipos de computación para ser objeto de investigación, bajo el concepto que todo los componentes poseen información de la acción que se investiga y esto es por inexperiencia tecnológica, por desconocer que la información que se necesita para dilucidar la situación jurídica se encuentra en un componente específico, generando con ello la pérdida de objetividad y tiempo en la búsqueda de la verdad histórica del supuesto hecho delictivo. Si relacionamos los elementos descriptivos y valorativos, se puede afirmar que, ante una excelente descripción de hechos y forma de participación, así será el razonamiento de la resolución judicial. El desfase de estos elementos es lo que genera la problemática entre los hechos y la tipificación de los delitos informáticos.

En el presente apartado se hace indispensable abordar la temática de la relación de causalidad, misma que se encuentra contenida en la teoría del delito y en la dogmática penal; los defensores públicos deben tomar en consideración que, en estos tipos penales la “acción idónea” los legisladores establecieron como vínculo jurídico para el encuadre de las acciones humanas y los verbos rectores de los tipos penales.

En los delitos informáticos cobra mayor relevancia el cumplimiento de esa acción idónea, en virtud que se basa en la existencia competente y adecuada de conocimientos y experiencia tecnológica para concretar la comisión del hecho

delictivo. En este tipo penal las condiciones previas y posteriores de la comisión del delito exigirá un conocimiento y preparación para los supuestos responsables de su comisión, constituyendo una acción idónea dolosa y no culposa, realizada por una persona altamente sofisticada en aspectos telemáticos, por ello el delito informático podría ser un delito de cuello blanco. La existencia de un vínculo directo que permite alcanzar los efectos causales de la acción suficiente para ligar a una persona con el resultado. El conocimiento y la experiencia en el manejo de los programas informáticos de última generación serán los elementos esenciales en el perfil del supuesto responsable. Como resultado de esa acción u omisión apta y el resultado que la misma posee en el ámbito jurídico surge o constituye la totalidad de los elementos para demostrar una relación estrecha entre los hechos, medios idóneos y el resultado de la acción, demostrando de esa manera la relación causal del hecho delictivo.

Naturaleza del bien jurídico tutelado:

En los delitos informáticos se hace indispensable realizar una actualización de los criterios y doctrinas para definir con exactitud el bien jurídico protegido por los tipos penales, ello en virtud de encontrarse en una constante evolución del uso de plataformas informáticas y tecnologías de la información, creando con ello una serie de nuevos bienes que merecen ser protegidos por las legislaciones de los países. El uso de la

tecnología y el uso del internet generaron nuevos bienes jurídicos que la comunidad internacional pretendió proteger en el ámbito internacional y local de cada uno de los Estados partes, creando la obligación de actualizar las normativas para el resguardo integral de los referidos bienes.

Es por ello que, hoy en día es importante considerar que, en esta área del derecho existen una pluralidad doctrinaria y legal de bienes que deben ser protegidos, generando obligación para los defensores públicos de conocerlos para llevar a cabo de manera especializada la defensa técnica adecuada, que garantiza que la posible imputación de estos tipos penales sea de conformidad con los aspectos técnicos actuales y los legales establecidos, sin generar ninguna vulneración de algún derecho, garantizando la totalidad de principios y garantías que conforman la aplicación de un debido proceso. (IDPP, 2011).

Existen discusiones sobre la pluralidad doctrinaria de los bienes, entre los cuales se encuentran personas especializadas, que desde el análisis realizan ponencias en donde consideran que el bien protegido varía, cuando la afectación real se cometa en contra de un bien, un derecho protegido por el Estado:

- Un primer plano es la información, que se posee en los distintos sistemas informáticos, información que debe revestir importancia y que represente un daño para su propietario en el momento de

utilizarla anómalamente; debemos de tener presente que hoy en día la existencia de bases de datos de la mayoría de actos de la sociedad se encuentran en servidores y resguardadas por las tecnologías de seguridad creadas, con ello se generan una serie de acciones por los gobiernos que buscan generar una ciberseguridad para la información existente;

- En un segundo plano también se considera como bien jurídico los softwares y programas invadidos y puestos en peligro, la exclusividad de los fabricantes de estos programas se podría considerar afectados por su destrucción o alteración de los mismos y generar daños en su patrimonio;
- Un tercer plano el mismo uso anómalo del internet o línea ancha de conectividad, pensando que en la actualidad ya se considera parte de los distintos derechos humanos que poseen las personas. Se puede notar la existencia de varios puntos de vista que generan que la temática de los delitos informáticos posea un grado de complejidad.

Considerada la pluralidad de los bienes jurídicos tutelados en los delitos informáticos se hace indispensable agotar otros temas relevantes para la determinación de aspectos propios de una estrategia de defensa técnica, como lo son el tiempo, modo y lugar de la comisión del hecho; para poder determinar estos elementos importantes de la teoría del caso, se debe exigir al fiscal que logre indicarlos efectivamente en el momento de la imputación.

La información se convierte en un bien jurídico tutelado de especial relevancia en su protección, por ello se debe analizar los distintos niveles de protección que tiene la información y los distintos mecanismos que deben ser vulnerados para acceder a los servidores que la poseen por ser objeto de protección.

El defensor debe tener presente que existen distintos niveles de acceso al internet y que la mayoría de acciones supuestamente delictivas se realizan en el ciberespacio en donde se requiere demostrar por parte del fiscal la existencia de vulneración exacta (tiempo, modo y lugar) de los controles y contraseñas para poder acceder a esos archivos y realizar la acción que atenta contra los bienes jurídicos tutelados por el Estado; esos escenarios digitales serían una parte de la supuesta escena del delito que debería ser procesada para demostrar una posible participación del supuesto responsable. La comisión de hechos delictivos informáticos y aquellos que como requisito material para su comisión exige el uso de la tecnología, no se realiza en un nivel accesible de información pública de internet. (Mayer Lux, 2017 Santiago de Chile)

Por ello se hace importante indicar los niveles de accesibilidad que se tiene de la información que existe en internet y las limitaciones y registros que existen para acceder a cada uno de ellos:

Surface Web: En este primer nivel se encuentra toda la información que localizamos fácilmente a través de los buscadores de Google, YouTube, Gmail y otros; información general que no produce afectación alguna sobre un bien jurídico tutelado, en este nivel se encuentra abierto al público a nivel mundial, no posee limitación alguna para ser compartida y consultada.

Deep Web: Este nivel de acceso de información se encuentra limitado a ciertas empresas, instituciones y entidades privadas para el resguardo de información institucional, no se encuentra disponible para la totalidad de la generación, únicamente puede ser consultada para un número restringido de usuarios; en nuestro caso el sistema informático de apoyo a la Defensa Pública Penal (SIADPEP), es un ejemplo de este nivel de accesibilidad de la información, misma que es resguardada en servidores y bases de datos no disponibles en internet como el nivel anterior.

Dark Web (Darknet): Es en este último nivel de internet, en donde se localiza información y por ende el lugar donde se pueden realizar acciones delictivas, por su dificultad de acceso a ese nivel por el uso del anonimato de los autores de los mismos. Este es un nivel complejo de accesibilidad por sus distintas capas de acceso y registro que posee para su ingreso. Es por ello que los sujetos activos deben poseer todas las destrezas de

conocimientos para lograr su ingreso a la información que en él se encuentra.

El método, el procedimiento y los mecanismos de accesibilidad a éste último nivel de información en ese mundo digital, debe ser demostrado por el fiscal en el momento de imputar y será estrategia del defensor el exigir la relación de causalidad entre los hechos, la localización de la evidencia y su tratamiento (trazabilidad) hasta ser objeto de valoración.

Legislación nacional e internacional en materia informática y uso de las tecnologías de la información y comunicaciones: Cómo fue expuesto en su momento la evolución y protección de bienes jurídicos ha sido una constante en la totalidad de los países, la incorporación de la informática, plataformas, servidores y la incorporación de la tecnología en la vida de los ciudadanos generó la incorporación de nuevos tipos penales que protegieran bienes jurídicos que años anteriores no se consideraban como tal.

En nuestro **ordenamiento nacional** encontramos que en un inicio los legisladores incluyeron a los delitos informáticos en el título VI de los delitos contra el patrimonio, capítulo VII de los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos, siendo adicionados en el año 2012 los

artículos 274 A y siguientes, según Decreto número 31-2012 del Congreso de la República.

En este primer nivel de legislación que aborda la protección del bien jurídico, se puede determinar que la visión política en su momento era de considerar la protección del patrimonio específicamente de registros, programas, información y alteración de números de origen de dispositivos digitales; por ello su reforma y su incorporación en el título VI del código penal.

Es de considerar que ese momento legislativo el uso y expansión del uso de la informática y tecnologías se encontraba en desarrollo sin generar acciones que afectaran otros bienes jurídicos protegidos por los Estados como lo que sucede en la actualidad; éste primer momento de reconocimiento e incorporación de los delitos informáticos en el Código Penal fue superado y actualizado por la influencia internacional de Estados parte de organismos internacionales que ampliaron los estudios sobre las consecuencias de la comisión de los delitos informáticos y el uso necesario de las tecnologías para su materialización y fue así como inicio todo un proceso de ampliación y protección de otros derechos y bienes jurídicos a nivel internacional.

En Guatemala continuaba el proceso de legislar para lograr la protección de otros bienes jurídicos distintos a los considerados en aquel primer momento de legislar sobre materia informática;

logrando incluir en la legislación penal otros tipos que protegen bienes jurídicos como son: la indemnidad sexual, la comercialización de material pornográfico por medios tecnológicos, uso de plataformas digitales, la difusión de información que pueda generar afectación en sistemas bancarios y genere afectación en la estabilidad comercial del Estado, comercio de datos personales entre otros en leyes específicas algunos y otros como reformas a la norma penal.

El principal objetivo de este progreso legislativo en nuestro país fue lograr la totalidad de protección efectiva de bienes jurídicos protegidos, entre los cuales encontramos los artículos siguientes:

- Comercialización o difusión de pornografía de menores de edad, contenido en el artículo 195 Bis del Código penal;
- Delito de pánico financiero, contenido en el artículo 342 B del código penal;
- Comercialización de datos personales, contenido en al artículo 64 de Ley de acceso a la información pública.

En el **ámbito internacional** se puede establecer que se generó por parte del Estado de Guatemala acciones diplomáticas de suscripción y posterior ratificación de Convenios y Tratados Internacionales en materia informáticas, que generaron obligación para los Estados partes de actualizar las normas nacionales; con ello lograr la armonía jurídica entre las leyes nacionales y las internacionales y así cumplir con el deber de protección de derechos de los ciudadanos en materia informática.

Relevante considerar que los delitos informáticos trascienden fronteras y continentes y es por ello el esfuerzo de unificación de las normativas para regular los criterios penales no sólo de persecución, sino también los aspectos técnicos que deben existir y garantizar un debido proceso, cumplimiento de la totalidad de principios y garantías procesales que poseen las personas a quienes se les podría imputar la posible comisión de un delito de esta naturaleza informática y que como defensoras y defensores públicos en base en la ley orgánica del instituto de la defensa pública penal se asume a cumplir con objetividad.

Entre algunos instrumentos internacionales que generaron actualización nacional en materia informática se encuentran los siguientes:

- **Convenio de Cibercriminalidad**, Hungría 2001, Estados miembros del Consejo de Europa, coordinación de persecución penal delitos informáticos;
- **Onceavo Congreso de la Organización de Naciones Unidas**, compromiso de elaborar leyes nacionales en materia informática;
- **Convención de Palermo**, 2000, resolución 55/25 de la Organización de Naciones Unidas, formulación de programas y legislación delitos informáticos;

- **Declaración de Viena**, resolución 55/59 Organización de Naciones Unidas, políticas de prevención delitos informáticos;
- **Estrategia sobre seguridad informática**, resolución 1939 junio 2003, de la Organización de Estados Americanos –OEA-

Al finalizar el presente análisis sobre los delitos informáticos, el rol de la defensa técnica y el uso de las tecnologías en la actualidad jurídica se arriba a las siguientes conclusiones:

- La relación de causalidad se basará en la existencia idónea de conocimientos, experiencias y destrezas tecnológicas en las etapas previas y posteriores de la comisión delictiva;
- La existencia de la acción informática delictiva de carácter doloso, ejecutada por el sujeto activo con preparación altamente en programas informáticos de última generación;
- El tiempo se establece por medio de la huella digital para definir el momento preciso de la comisión de un delito informático; el modo se demostrará por los procedimientos y vulneración de enlaces tecnológicos realizados en su comisión y; el lugar variará tantas veces como herramientas tecnológicas se posean, se logra por medio de la huella que dejó su preparación.
- La incorporación de la totalidad de delitos cometidos utilizando la tecnología es aún un tema que nuestra legislación nacional tiene pendiente de incorporar.

Referencias bibliográficas

- Módulo de Delitos Informáticos. (2011) Programa de formación del defensor público. Instituto de la Defensa Pública Penal. 1era edición. Guatemala
- Mayer Lux, Laura. (2017). El bien jurídico protegido en los delitos informáticos. Revista de Derecho. Volumen 44 número 1. Santiago de Chile. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000100011>.
- Campoli, Gabriel Andres. (2003). Nuevas tendencias criminológicas y victimológicas en la sociedad de la información. Revista de derecho informático. No.6. Editorial Alfa Redi. Perú.

Legales

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Código Penal Guatemalteco. Decreto 17-73 Congreso de la República de Guatemala
- Código Procesal Penal Guatemalteco. Decreto 51-92 Congreso de la República de Guatemala
- Ley de Acceso a la información Pública. Decreto 27-2008 Congreso de la República de Guatemala

Algunos problemas de la prisión preventiva oficiosa

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

M.Sc. Herbert Rocael Girón Lemus

La prisión preventiva oficiosa es una medida coercitiva que limita la libertad del sindicado durante el proceso como consecuencia de un análisis abstracto realizado por el legislador al enlistar ciertos delitos respecto a los cuales se impide la aplicación de medidas cautelares sustitutivas a la prisión. Esta medida se ha cuestionado por no ser acorde a los caracteres propios de las medidas cautelares, lo cual le ha valido para ser considerada como un resabio de los sistemas procesales penales inquisitivos, en los cuales no se garantiza la presunción de inocencia ni la libertad del sindicado en el transcurso del proceso. Esta situación hace cuestionable la convencionalidad de la prisión preventiva oficiosa, toda vez que la misma implica una limitación a derechos fundamentales que no cumple con los parámetros internacionales de derechos humanos.

1. La naturaleza jurídica de la prisión preventiva como medida cautelar

La prisión preventiva oficiosa no es más que aquella que se impone obligatoriamente por mandato legal con base en un catálogo taxativo de delitos. Para comprender la prisión preventiva oficiosa y los problemas que esta implica, previamente se requiere identificar la naturaleza jurídica que se le ha atribuido a la prisión preventiva en general. Entender, esto facilitará el análisis de los principios que son propios a esta última y, sobre todo, permitirá contrastar qué ocurre con tales principios en el contexto de la prisión preventiva oficiosa.

Existe un consenso general, en el sentido que la naturaleza de la prisión preventiva es ser una medida cautelar. Si bien en el proceso penal guatemalteco la prisión preventiva se cataloga como una medida de coerción, la naturaleza de dichas medidas en general, incluyendo la prisión preventiva, es la de ser medidas cautelares. “La prisión preventiva es una medida cautelar, es decir, es una medida de prevención o aseguramiento que se impone por determinación judicial (...) que tiene como finalidad garantizar la comparecencia del imputado al proceso, asegurar el adecuado desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad” (Arteaga, 2020. Pág. 5).

Que la prisión preventiva sea una medida cautelar implica que la misma debe cumplir con los fines a los cuales tienden dichas medidas. Caso contrario sería desnaturalizar la prisión preventiva, sin perjuicio de vulnerar con ello las garantías que revisten al proceso penal en el seno de los sistemas procesales penales de índole democrática. Una medida cautelar, en términos generales, es un acto procesal dictado por un órgano jurisdiccional que está encaminado a conservar el estado de las cosas durante el proceso y mitigar los riesgos que devendrían de la alteración del mismo.

Cuando se está frente a un proceso penal, ese estado de las cosas se extiende principalmente a los medios de investigación, que permitirán sustentar los hechos sobre los cuales versa el proceso y a la presencia del sujeto procesado para evitar la ineficacia en la ejecución de la sentencia, especialmente cuando ésta sea de índole condenatoria. En ese sentido, las medidas cautelares en el proceso penal están dirigidas a mitigar los riesgos que derivan de los llamados peligros procesales, en concreto, el peligro de fuga y el de obstaculización para la investigación.

Conviene aclarar que tanto la prisión preventiva como el resto de las medidas cautelares que son sustitutivas de la prisión preventiva, guardan la misma naturaleza. Todas son medidas cautelares y por ello están dirigidas a mitigar el impacto de los peligros procesales. Por tal razón todas las medidas cautelares tienen una naturaleza excepcional y en tal sentido es factible prescindir de ellas cuando las circunstancias del caso lo hagan razonable.

De existir una vinculación al proceso penal la decisión judicial debería enfocarse en primer lugar, si dictarse o no medidas de coerción y de ser este último el caso, proceder a decidir si es necesaria la prisión preventiva o alguna medida sustitutiva. Desafortunadamente en la mayoría de casos el análisis parece dirigirse directamente al segundo paso, es decir si es procedente

la prisión preventiva o alguna medida sustitutiva, lo cual es contrario a la naturaleza excepcional de las medidas cautelares.

Respecto a la prisión preventiva oficiosa el problema se agrava. Por mandato legal se impide razonar en cuanto a la necesidad y conveniencia de la prisión preventiva como medida cautelar. Por esta razón, un importante sector de la doctrina ha considerado que la prisión preventiva oficiosa no responde a los caracteres propios de las medidas cautelares y además vulnera garantías procesales mínimas, como lo es la presunción de inocencia del procesado.

Con relación a la presunción de inocencia existe consenso que su naturaleza es la de un principio característico del proceso penal democrático. Por ello, este principio tiene diversas manifestaciones, según sea el enfoque que se persiga. Una de estas manifestaciones es considerarla como una regla de trato para el imputado durante el proceso. Es decir, el procesado debe ser considerado como inocente hasta que no exista una sentencia que contradiga dicha presunción.

No obstante, la prisión preventiva oficiosa al no acoplarse a los caracteres que son propios de las medidas cautelares riñe con el principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento para el imputado. Para ejemplificar esta situación se recurre a la siguiente cita:

En su vertiente de regla de tratamiento del imputado, éste tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe del hecho que se le atribuye. En este caso, comporta la prohibición de que las medidas cautelares y en especial, la prisión preventiva, sean utilizadas como castigo -utilizar la prisión para impulsar la investigación del hecho, obtener pruebas o declaraciones, entre otras, excede los límites constitucionales-, esta calidad opera solo en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, ahí donde existan indicios racionales de criminalidad, de lo contrario vendría a garantizarse a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse (Sandoval, 2020. Pág. 140).

Al ser una garantía fundamental para el proceso penal, la presunción de inocencia debe salvaguardarse sin importar el grado de certeza que las partes procesales puedan tener respecto a la responsabilidad penal del imputado. “De ahí que, en un Estado Constitucional de derecho, es preferible que existan culpables absueltos, pero no se puede tolerar que exista un inocente sufriendo pena” (Loza, 2013. Pág. 4). Es hasta luego de agotarse el proceso penal y alcanzar una sentencia condenatoria que se hace posible afectar la esfera de derechos del individuo.

Dado que las penas implican una afectación a los derechos fundamentales del procesado, es indispensable que aquellas no sean impuestas sino hasta luego de haberse concluido el proceso correspondiente. Es de esta manera como la presunción de inocencia y el debido proceso están interrelacionados, lo cual sucede en general entre todos los principios y garantías del proceso penal democrático. Lo que se pretende con tales garantías es racionalizar el ejercicio del poder punitivo del Estado precisamente por los riesgos que un poder ilimitado representa para la dignidad humana.

Conforme a la anterior perspectiva puede cuestionarse la prisión preventiva y el resto de medidas cautelares, ya que todas implican afectaciones a los derechos fundamentales. Sin embargo, dichas medidas se han justificado por la naturaleza cautelar a la cual responden. Lamentablemente la prisión preventiva oficiosa no puede justificarse desde esa óptica, toda vez que según se tratará, su naturaleza no coincide con la de las medidas cautelares. De ahí derivan muchos de los problemas que implica para el proceso penal democrático y que serán objeto de análisis en este trabajo.

Atribuirle a la prisión preventiva la naturaleza de una medida cautelar ha sido indispensable para justificarla desde el enfoque del proceso penal democrático y el principio de presunción

de inocencia. Respecto a ello Valenzuela (2020) menciona lo siguiente:

La prisión preventiva suele justificarse en los sistemas occidentales bajo el supuesto que de concurrir indicios o datos que permitan considerar plausible que existe un peligro de fuga del imputado debemos aplicar una medida cautelar de prisión preventiva pues, de otro modo, no tendría sentido desarrollar un procedimiento que puede terminar con una sentencia condenatoria respecto de un ausente (Pág. 53)

Las medidas cautelares, por los fines a los cuales están dirigidas, gozan de una serie de caracteres y principios que permite diferenciarlas de las penas. Desde el enfoque de los efectos producidos tanto las medidas cautelares como las penas limitan los derechos fundamentales. Sin embargo, mientras que las penas solamente pueden imponerse hasta la conclusión del proceso penal con una sentencia condenatoria, las medidas cautelares pueden limitar tales derechos sin necesidad de una sentencia. Para comprender las diferencias entre penas y medidas cautelares es oportuno tratar los caracteres y principios que revisten a estas últimas.

El primero de estos caracteres es la racionalidad que debe revestir toda decisión judicial dirigida a resolver sobre medidas

cautelares en el proceso penal. Es decir, las medidas cautelares solamente pueden dictarse cuando sean justificables con base en los elementos facticos del caso. La racionalidad implica un ejercicio argumentativo a cargo del órgano jurisdiccional para decidir si es razonable o no limitar derechos fundamentales para mitigar los riesgos que se producirían en perjuicio del proceso penal en caso de no hacerlo (Valenzuela, 2020).

Como puede observarse el carácter de la razonabilidad está íntimamente relacionado con la excepcionalidad de las medidas cautelares, misma que forma parte de los caracteres propios de tales medidas. Debido a que las medidas cautelares implican la limitación de derechos fundamentales sin sentencia, las mismas no pueden ser aplicadas como regla general en el proceso penal sino más bien como una excepción. Esta excepción se justifica con la existencia de los peligros procesales, cuyo análisis redundaría en la racionalidad de dichas medidas. Caso contrario existiría una vulneración a la presunción de inocencia y el debido proceso.

La proporcionalidad es otro carácter propio de las medidas cautelares. Con esto se pretende que exista una relación coherente entre la medida cautelar, el riesgo que se pretende mitigar y la afectación que se provocará al derecho fundamental. Sería inaceptable aplicar una medida cautelar cuando la afectación al derecho fundamental sea notoriamente mayor en comparación con el beneficio que dicha medida representa para

los fines del proceso (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Guía Práctica para reducir la prisión preventiva, 2017).

La prisión preventiva, si bien es una medida cautelar, es la que mayor afectación produce a la esfera de los derechos fundamentales. Esta medida directamente implica coartar la libertad ambulatoria del imputado, lo cual indirectamente afecta al resto de derechos que dependen de la libertad para un goce adecuado. En ese sentido, dicha medida debe limitarse a aquellos casos estrictamente indispensables que hagan conveniente y proporcional la limitación de la libertad ambulatoria dado que los beneficios para el proceso serán mayores.

Con base en la proporcionalidad se ha sustentado que la prisión preventiva es una medida cautelar de *ultima ratio* y excepcional. En el informe intitulado “La aplicación de la prisión preventiva en Guatemala: un problema de derechos humanos”, la Procuraduría de los Derechos Humanos (2016) indicó que incluso en los casos en los cuales exista una presunción razonable de los peligros procesales de fuga o de obstaculización a la investigación, el Código Procesal Penal hace énfasis en que es necesario aplicar la medida menos restrictiva a los derechos del sindicado si la prisión preventiva puede ser evitada con las medidas sustitutivas. Sin embargo, con la prisión preventiva oficiosa dicha excepcionalidad no existe, ya que la misma se aplica obligatoriamente para ciertos delitos, lo cual en algunos casos

también puede ser desproporcional dadas las circunstancias del caso.

El análisis de los elementos fácticos del caso es indispensable para que toda decisión sobre medidas cautelares sea razonable y proporcional. Basarse únicamente en el tipo penal provisionalmente dado por el órgano jurisdiccional al momento de emitir un auto de procesamiento no es suficiente para cumplir con dichos cometidos. Por ello se ha hecho tan cuestionable la prisión preventiva oficiosa, toda vez que esta no toma en consideración tales circunstancias de hecho y en cambio se basa en una evaluación en abstracto realizada por el legislador. En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022) en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México* ha dicho:

[e]l peligro de fuga no puede medirse únicamente sobre la base de la gravedad de la posible pena a imponer. Debe evaluarse con referencia a una serie de otros factores relevantes que pueden confirmar la existencia de un peligro de fuga, como por ejemplo aquellos relacionados con el hogar, ocupación, bienes, lazos familiares y todo tipo de vínculos con el país en el que está siendo procesado. También ha afirmado que el peligro de que el acusado obstaculice la conducción adecuada de los procedimientos no se puede inferir *in abstracto*, tiene que estar respaldado por evidencia objetiva, por ejemplo, el

riesgo de presión sobre testigos o la pertenencia a una organización criminal o una pandilla (párrafo 109)

El carácter de la proporcionalidad, lo que pretende es evitar que una medida cautelar llegue a producir mayores efectos negativos para el imputado, en comparación con los resultados que podrían esperarse a la conclusión del proceso, sea a través de una sentencia absolutoria o condenatoria (Ramírez, 2018). Por esta razón se ha considerado necesaria la ponderación y análisis que el juez debe realizar con base en las circunstancias propias de cada caso para evaluar la conveniencia de dictar medidas de coerción, en especial la prisión preventiva.

Cuando es la propia ley la que impone oficiosamente la prisión preventiva no cabe espacio para la ponderación y análisis a cargo del juez, por lo que el riesgo que dicha medida resulte desproporcional o irracional aumenta. Debido a la presunción de inocencia que reviste al imputado, toda incertidumbre debe favorecerle al mismo, lo cual también es congruente con el principio *in dubio pro reo*. Lo anterior justifica la excepcionalidad de la prisión preventiva y para evaluar su procedencia no es posible hacerlo sin tomar en consideración las incidencias del caso.

No obstante, la prisión preventiva oficiosa se aplica de forma obligatoria sin la oportunidad de tomar en consideración las

incidencias de cada caso. Así, la presunción de inocencia y sus distintas manifestaciones se ven coartadas sin perjuicio de las demás consecuencias negativas que ello puede implicar. Como indica Valenzuela (2020. Pág. 59) “[l]a fenomenología del encierro muestra que el error al conceder una medida cautelar de prisión preventiva, que no debía concederse es de un alto peso y por tanto debe entenderse así su aplicación restrictiva”.

Otro carácter relevante de las medidas cautelares es su naturaleza provisional. “Esto quiere decir, en la mayoría de los casos, que se trata de decisiones judiciales desprovistas de una pretensión de persistencia en el tiempo. Las medidas cautelares subsisten mientras las razones que les justifican permanezcan en el tiempo” (Valenzuela, 2020. Pág. 52). Si las medidas de coerción dependen de los peligros procesales, resulta lógico que cambien las medidas cautelares impuestas en la medida que los peligros procesales desaparecen o son mitigados por el avance del proceso.

Por esta razón las medidas de coerción son susceptibles de revisión en cualquier etapa del proceso, ya que las mismas dependen de las circunstancias del caso y estas últimas por su propia naturaleza son cambiantes. No obstante, con la prisión preventiva oficiosa no es posible acceder a tales revisiones, toda vez que la ley de forma abstracta y obligatoria impone la prisión preventiva sin importar las circunstancias del caso y cómo estas evolucionan a lo largo del proceso. Poca relevancia tiene que

los peligros procesales se reduzcan o incluso desaparezcan, ya que por disposición legal la prisión preventiva deberá continuar, lo cual contradice su carácter provisional.

Derivado de los caracteres anteriores se entiende que la prisión preventiva debe ser excepcional. Sin embargo, la prisión preventiva oficiosa contradice dicha característica. Mientras más amplio sea el catálogo de delitos que contemplan la referida medida, mayor el riesgo que la prisión preventiva se convierta en la regla. Investigaciones recientes han evidenciado que el porcentaje de personas privadas preventivamente de libertad en Guatemala supera el 44% en comparación con el total de personas privadas de libertad. Es decir, casi la mitad de personas detenidas en Guatemala lo están en virtud de una medida cautelar que se supone debería ser excepcional (Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, 2018).

La regla general es que nadie puede ser encarcelado, sino mediante una sentencia condenatoria, en la que más allá de toda duda razonable se tiene la total certeza de la culpabilidad de la persona sentenciada como responsable de un delito (Martínez, 2016). Sin embargo, las estadísticas muestran que aproximadamente la mitad de la población carcelaria aún está a la espera, que su presunción de inocencia sea quebrantada mediante una sentencia condenatoria.

Como se indicó, la prisión preventiva se asimila a la pena de prisión porque ambas implican el encarcelamiento de un individuo. La única diferencia que permite justificar a la primera es que se supone que la misma responde a los fines y caracteres propios de una medida cautelar (Rovatti, 2021). No obstante, según se ha tratado, la prisión preventiva oficiosa no cumple con los caracteres que les corresponden a las medidas cautelares, lo cual afecta su justificación y la hace cuestionable desde el enfoque de los principios de presunción de inocencia y el debido proceso.

2. La importancia de la argumentación y el control para imponer la prisión preventiva

Fundamentar la procedencia de la prisión preventiva es indispensable y la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana lo ha sustentado. Además, la fundamentación resulta congruente en especial cuando se considera que la prisión preventiva debe ser una medida cautelar excepcional, racional, proporcional y no una pena anticipada que contradice la presunción de inocencia y el debido proceso. Por ello el control judicial y argumentación a cargo de las partes procesales es de vital importancia. Tristemente ello no es posible con la prisión preventiva oficiosa.

Debido a que la libertad es la regla en los sistemas procesales penales democráticos y la presunción *iuris tantum* que reviste

al sindicado de inocencia, es necesario que la parte procesal que pretende la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar la justifique adecuada y suficientemente a través de la argumentación (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013). La imposición de una medida cautelar se basa en razonamientos predictivos y evidencias respecto a los resultados del proceso penal y los peligros procesales. De ahí el interés que la petición de prisión preventiva sea justificada y auditada para evitar su imposición cuando no sea razonable, necesaria o proporcional (Valenzuela, 2020).

La prisión preventiva oficiosa descarta la posibilidad de argumentar respecto a la justificación de la medida, toda vez que se aplica en virtud de una disposición legal que así lo obliga. Esta situación limita la función hermenéutica del juez y el control que debe ejercer sobre los actos procesales. Además, restringe a los sindicados de su derecho de libertad durante el proceso. Lo peor del caso es que dichas limitaciones ni siquiera pueden ser debatidas y analizadas para tomar decisiones debidamente motivadas (Aldrete, 2019).

Hasta cierto punto la prisión preventiva oficiosa irrespetea la independencia judicial, toda vez que a este órgano se le impide valorar las circunstancias de cada caso para motivar de forma razonable sus decisiones sobre la imposición de aquella medida (Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala,

2018). La Corte Interamericana ha sentado el criterio que en un sistema procesal penal democrático la evaluación para imponer la prisión preventiva corresponde a las autoridades judiciales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022). Sin embargo, con la prisión preventiva oficiosa es el legislador quien de forma abstracta y anticipada realiza la valoración basándose únicamente en el tipo penal. En ese mismo sentido, Salcedo (2021) indica:

Tenemos entonces que, quien en realidad decreta la prisión preventiva en esos casos es el legislador, quien la decreta sin conocer los hechos, sin apreciar las pruebas y sin competencia jurisdiccional. Lo hace violando flagrantemente el derecho de la persona acusada, a que sea un juez, y solo un juez, quien conozca y resuelva la acusación que la señala como partícipe en la comisión de uno de los delitos (...), lo hace ignorando su derecho a la presunción de inocencia (Pág. 477).

Si el sistema procesal penal democrático se basa en la presunción de la inocencia y la libertad durante el proceso como una regla general, es cuestionable que la prisión preventiva oficiosa coarte dichas garantías mínimas sin existir argumentación y análisis previo. Si bien ningún derecho es absoluto, se sabe que las limitaciones a la libertad a través de medidas cautelares deben ser fundadas, razonables y proporcionales (Sandoval, 2020).

El problema es que la prisión preventiva oficiosa no admite la oportunidad para controlar si la medida cumple con tales caracteres que son imprescindibles para limitar la libertad del sindicado previo a una sentencia.

Por su carácter excepcional, para la aplicación de la prisión preventiva debe preceder una evaluación sobre las circunstancias específicas de cada caso, lo cual excede del mero análisis del tipo en abstracto (Procuraduría de los Derechos Humanos, 2016). Las medidas cautelares se enfocan en aumentar las probabilidades de éxito de las sentencias y disminuir el error judicial. Sin embargo, como toda decisión, la imposición de una medida cautelar es susceptible a error. Por ello es razonable que las decisiones respecto a estas medidas sean evaluadas y justificadas adecuadamente, lo cual no es posible con la prisión preventiva oficiosa (Valenzuela, 2020).

3. La prisión preventiva oficiosa y algunas de sus contradicciones

La prisión preventiva oficiosa hace referencia a aquella medida de coerción que implica la privación de libertad del imputado durante el proceso en virtud de una disposición legal que impide prescindir de las medidas de coerción o al menos la imposición de medidas sustitutivas. En otras palabras, la prisión preventiva oficiosa es aquella que se impone obligatoriamente debido a que la calificación jurídica con la cual se liga a proceso al sindicado

se encuentra dentro del catálogo legal de delitos que obligan al juez a imponer la referida medida.

La prisión preventiva es oficiosa porque se impone por el juez automáticamente luego de haberse dictado el auto de procesamiento para ciertos delitos establecidos en la ley. Salcedo (2021) de forma crítica explica algunas razones por las cuales se ha empleado el término oficiosa para referirse a esta medida de coerción.

Se le denomina oficiosa, forzosa o automática porque basta que el Ministerio Público ejercite la acción penal en dicho grado (gravedad), para que el juez —sin esperar a que alguien se lo solicite, sin aguardar el examen de evaluación de riesgo, sin analizar los hechos, sin valorar las pruebas, sin estudiar la proporcionalidad entre los hechos y la sanción, sin analizar la conveniencia de la medida, sin posibilidad de aplicar otras medidas cautelares sustitutas, sin debido proceso— convalide la prisión preventiva del indiciado, que en realidad fue impuesta por el legislador desde antes que los hechos que se sancionan hubieren ocurrido (Pág. 100).

En el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022) ha criticado la

prisión preventiva oficiosa al señalar que la misma es resuelta, basándose específicamente en los presupuestos materiales del delito que se está investigando, sin tomar en consideración las circunstancias particulares del caso que hagan razonable la imposición de una medida cautelar, como debería ser la prisión preventiva. La crítica, por tanto, se enfoca en la desnaturalización como medida cautelar que sufre la prisión preventiva oficiosa, ya que es impuesta sin evaluar la existencia de peligros procesales y la posibilidad de mitigarlos de otra manera.

La prisión preventiva oficiosa provoca que, un listado delimitado de delitos establecidos por el legislador, usualmente conocidos también como no excarcelables, sean excluidos del control judicial para decidir si existen los motivos razonables para optar por la prisión preventiva como la medida cautelar idónea. Ello en virtud que existe una prohibición legal para la aplicación a dichos delitos de otras medidas de coerción sustitutivas a la prisión preventiva. Por ello, en estos delitos el análisis del juez se limita a verificar si los hechos encuadran o no en los verbos rectores del tipo y la prisión preventiva se aplica de forma automática (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013).

Algunos sectores de la doctrina consideran que, la prisión preventiva oficiosa es característica de los regímenes autoritarios cuyo sistema procesal penal es de naturaleza inquisitiva, y en los cuales “no hay diferencia entre las autoridades que investigan y

las autoridades que sentencian, donde no hay independencia judicial y todas las personas están expuestas a las terribles consecuencias de un ejercicio arbitrario del poder” (Arteaga, 2020. Pág. 11). El propio hecho que esta medida cautelar impida el control judicial promovido por las partes procesales pone de manifiesto las características de un sistema no democrático.

La prisión preventiva oficiosa, también se ha criticado por violentar el principio de presunción de inocencia, toda vez que la medida no cumple con los caracteres de las medidas cautelares. Respecto a estos argumentos, Arteaga (2020) señala:

La prisión preventiva oficiosa claramente se aparta de este principio toral y contradice este derecho fundamental, además de oponerse a la naturaleza cautelar de esta medida, en tanto que inobserva las características y principios orientadores de las medidas cautelares, puesto que implica, de facto, un juicio legal apriorístico en el que se veda cualquier posibilidad de defensa para el imputado, a quien se le anticipa el sufrimiento de una pena probable y se elimina cualquier ámbito valorativo del juez de control para su imposición (Pág. 7).

Debido a que la prisión preventiva oficiosa opera de forma automática sin posibilidad de revisarla, se excluye la posibilidad de discutir sobre la existencia de los peligros procesales, la excepcionalidad de la medida, su proporcionalidad e incluso su temporalidad (Rovatti, 2021). Tal situación no es compatible con los principios y caracteres que rigen las medidas cautelares, lo que ha valido para que la mayor parte de los sectores consideren a dicha medida como una pena anticipada, lo cual contradice la presunción de inocencia y el debido proceso.

Otro de los principios que se ven afectados con la prisión preventiva oficiosa es el *in dubio pro reo*, mismo que se complementa con la presunción de inocencia. Bajo circunstancias idóneas, la duda sobre la participación del sindicado en el delito, es motivo razonable para limitar el uso de la prisión preventiva, precisamente por el riesgo que derivaría de aplicar dicha medida a una persona cuya inocencia será declarada eventualmente al concluir el proceso (Loza, 2013). Empero, la prisión preventiva oficiosa impide realizar dicho análisis, lo cual acarrea consecuencias negativas para los derechos fundamentales del sindicado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022) ha sido conteste en sostener el criterio que, la prisión preventiva como medida cautelar debe cumplir con los requisitos del denominado test de proporcionalidad, para evitar que la misma

sea una medida arbitraria. Así, dicha medida debe perseguir un fin compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, ser idónea, necesaria, estrictamente proporcional y además sustentarse en una motivación suficiente para evaluar si se acopla a los relacionados requisitos. Sin embargo, con la prisión preventiva oficiosa, dicho análisis y motivación no se realiza, toda vez que opera automáticamente.

4. Análisis de la convencionalidad de la prisión preventiva oficiosa

Para Moreno Sánchez (2021) es evidente la contradicción de la prisión preventiva oficiosa con el debido proceso y los demás principios que de este se derivan, toda vez que la misma implica una pena anticipada y no una medida cautelar. Obligar la imposición de la prisión preventiva, únicamente tomando en cuenta un listado de delitos considerados como graves por el legislador, implica un retroceso hacia el proceso penal inquisitivo en el cual no se toman en consideración las particularidades objetivas de cada caso ni las condiciones personales del imputado (Arteaga, 2020).

Algunos autores consideran que, la prisión preventiva oficiosa, al vulnerar principios y garantías mínimas del proceso penal de índole democrático, atenta también contra la democracia y favorece la dictadura (Salcedo, 2021). Esto debido a que el poder coercitivo del Estado no se sujeta a los límites de razonabilidad

y proporcionalidad al momento de imponerse dicha medida, lo cual puede incentivar los excesos y por ende la arbitrariedad. Es más, la Procuraduría de Derechos Humanos (2016) en su informe intitulado “La aplicación de la prisión preventiva en Guatemala: un problema de derechos humanos”, señala, como esta situación ha incentivado al Ministerio Público para dictar instrucciones generales dirigidas a solicitar obligatoriamente la prisión preventiva para ciertos delitos basándose específicamente en el criterio de la gravedad de la pena que contemplan en abstracto.

La prisión preventiva oficiosa riñe con otros derechos fundamentales más allá de la libertad. En primer lugar, toda vez que la misma no es una pena, es incapaz de promover la resocialización del sindicado, lo cual es otra de las garantías del proceso penal democrático (Ramírez, 2018). Además, la privación de libertad dificulta y entorpece el derecho a preparar una defensa adecuada, toda vez que el aislamiento complica la comunicación con familiares y defensores técnicos, lo que puede repercutir en demoras innecesarias en el proceso (Procuraduría de los Derechos Humanos, 2016).

Todas estas limitaciones a derechos fundamentales serían justificables si la prisión preventiva fuera impuesta con base en los parámetros propios de una medida cautelar. Como es sabido, ningún derecho fundamental es absoluto y puede ser limitado siempre y cuando exista un fin legítimo para ello. Además, la limitación debe realizarse de forma razonable y proporcional. El

problema es que en la prisión preventiva oficiosa se excluye la posibilidad de justificar y motivar la imposición de la misma. En otras palabras, implica una limitación a derechos fundamentales que no cumple con los requisitos necesarios conforme a los parámetros normativos.

Para Solares (2019), la prisión preventiva oficiosa es incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados para el respeto de los derechos humanos.

(...) al imponer una política criminal de restricción de la libertad durante el procedimiento penal, sin darle la oportunidad de demostrar ante el juez, que no es un riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad; al impedir que el juzgador pueda ponderar en cada caso, si es factible o no, medir el peligro de sustracción y obstaculización del desarrollo de la investigación, lo que de suyo resulta inconvencional (Págs. 308-309).

La inconvencionalidad se hace manifiesta cuando se observa que la prisión preventiva oficiosa, lejos de procurar un fin legítimo de forma razonable y proporcional, lo que promueve es una solución simplista en una democracia debilitada que promueve la protección del mayor número de integrantes a costa de sacrificar aquel a quien se le considera sospechoso de un

delito grave (Pérez, 2022). Por esta misma razón, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022) en el caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México resolvió que la prisión preventiva oficiosa es contraria a diversos derechos establecidos en la Convención Americana de derechos humanos.

(...) como lo son el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente (Artículo 7.3), al control judicial de la privación de la libertad (Artículo 7.5), y a la presunción de inocencia (Artículo 8.2). En esa medida, la Corte concluye que el Estado vulneró su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de la Convención Americana en relación con el derecho a la libertad personal (Artículo 7) y la presunción de inocencia (Artículo 8.2) del mismo instrumento (...) (Párr. 165).

Es así como la prisión preventiva oficiosa, no cumple con los parámetros convencionales para justificar la limitación a los derechos fundamentales que sufre el sindicado durante el proceso. Toda vez que la misma opera automáticamente, no existe la oportunidad para que las partes procesales puedan justificar y auditar la idoneidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Esto hace que la prisión preventiva oficiosa no cumpla con los requisitos de razonabilidad que ha

sentado la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos para justificar la limitación a la libertad y la presunción de inocencia antes de dictarse una sentencia.

La prisión preventiva oficiosa es una medida que carece de justificación desde el enfoque del proceso penal democrático. Lejos de ser una medida cautelar encaminada a mitigar los efectos de los peligros procesales, está concebida como una pena anticipada, lo cual pone de relieve una política criminal de índole inquisitiva y utilitarista. Esta situación provoca una vulneración irracional y desproporcional de los derechos fundamentales del sindicado, concretamente a la libertad, la presunción de inocencia y el debido proceso. Por tanto, la prisión preventiva oficiosa adolece de inconvencionalidad y así lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Referencias bibliográficas

- Aldrete Solares, Adolfo. (2019). La prisión preventiva oficiosa como límite a la facultad de ponderación del juez en México. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. 1(48), 301-310.
- Arteaga, M. Ángel. (2020). La prisión preventiva en el sistema acusatorio mexicano. *Iuris Tantum*, 34(32), 3–14.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). (2013). Prisión preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate. Chile: CEJA. Recuperado de: <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r30357.pdf>
- Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. (2018). La Prisión Preventiva en Guatemala. Recuperado de: <https://cien.org.gt/wp-content/uploads/2018/12/Estudio-Prisio%CC%81n-Preventiva-Versio%CC%81n-Final.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Guía Práctica para reducir la prisión preventiva. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>
- Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala. (2018). Boletín temático: prisión preventiva. Recuperado de: https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2018/07/Boletin_Prision_preventiva_0713.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2022). Caso Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf

- Loza Avalos, Cintia. (2013). La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP. Recuperado de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf.
- Martínez Bazán, Abraham. (2016). Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial. *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 1 (20), 129-150.
- Moreno Sánchez, Juan. (2021). La Prisión Preventiva Oficiosa en México. *Revista Digital De Ciencias Penales De Costa Rica*, 1 (32), 1-19.
- Pérez Arellano, Hugo. (2022). La inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa. *Revista Peruana de Derecho y Ciencia Política*, 2 (2), 17-27.
- Procuraduría de los Derechos Humanos. (2016). La aplicación de la prisión preventiva en Guatemala: un problema de derechos humanos.
- Ramírez, Luis. (2018). La prisión preventiva, estudio exploratorio Guatemala y Paraguay. Madrid, España: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.
- Rovatti, Pablo. (2021). Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal. México, México: Escuela Federal de Formación Judicial.
- Salcedo Flores, Antonio. (2021). La prisión preventiva oficiosa atenta contra la democracia y favorece a la dictadura. *Anuario de Derechos Humanos*, 17 (2), 473–492.

- Salcedo Flores, Antonio. (2021). La prisión preventiva oficiosa y la tortura. Dos flagelos nacionales actuales. Alegatos, 1 (107),
- Sandoval Pérez, Esperanza. (2020). La prisión preventiva y sus límites. Enfoques Jurídicos, 1 (2), 134-150.
- Valenzuela, Jonatan. (2020). Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el Sistema Acusatorio. Santiago de Chile, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

La falta de unificación de criterios en los fallos judiciales penales y el principio de legalidad en Guatemala

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

M.A. Asly Violeta Sandoval Aguirre

El principio de legalidad es aquel que representa la certeza jurídica de un Estado de Derecho, especialmente porque brinda al ciudadano las reglas claras y escritas de lo que está permitido o prohibido, así como las sanciones si fuera el caso a las que se enfrenta quien no obedece la orden del soberano representado por el Estado, por ello es importante determinar que dicho principio tiene su consagración en el Estado. Según Pozo (1987) la evaluación legislativa del principio de legalidad se realizó en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del año 1776, si bien en ella no existe una norma específica sobre el principio de legalidad de su lectura se infiere la necesidad del respeto y la existencia del principio de legalidad del derecho¹; por su parte la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuanto al principio de legalidad es más específica, en virtud que el artículo 8 refiere que la Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

1.1. Antecedentes Históricos

La norma antes citada, fue adoptada en el derecho penal guatemalteco, de allí la importancia de recurrir a la historia

1 Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del año 1776: No.7 Que todo poder de suspender leyes, o la ejecutoria de las leyes, por cualesquiera autoridades, sin consentimiento de los representantes del pueblo, es injurioso para sus derechos, y no se debe ejercer. No. 8. Que, en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime, no puede ser declarado culpable; ni tampoco se le puede obligar a presentar pruebas contra sí mismo; que ningún hombre sea privado de su libertad, salvo por la ley de la tierra o el juicio de sus pares.

procesal penal que sufrió el país, por ello se abordará como antecedente la época del Doctor Mariano Gálvez, que principia con el impulso de los códigos de Livingston impresos en 1831 que, si bien fueron derogados en el año de 1838 y no lograron cobrar vigencia, el contenido como explican Tobar & Lemus (2021) fue base innegable para la legislación que se promulgó en Guatemala años más tarde. Según lo establecido por el Artículo 5 del libro primero del Código Penal de Livingston sobre Disposiciones Generales (1831), “Ninguna omisión o acto verificado antes de promulgarse la ley que lo prohíbe puede castigarse como un delito” (Pág. 9). El citado artículo es un vivo ejemplo de que dichos Códigos se basaban en un pleno respeto a principios procesales, especialmente en cuanto a la legalidad del derecho se refiere. En el mismo sentido en el Código Penal de Livingston (1831):

Se prohibió expresamente castigar las omisiones o actos que no estén prohibidos, por el sencillo sentido de las palabras de la ley, bajo el pretexto de que lo están según su espíritu. Es mejor que los actos de una mala tendencia se efectúen por algún tiempo con impunidad, que el que los tribunales o cortes reasuman poderes legislativos cuya reasunción es en sí misma un acto más nocivo que cualquiera de los que intentan reprimir. No hay pues ningún delito por interpretación, la legislación cuando fuere necesario hará que tales actos, acreedores a un castigo, entren en el tenor literal de la ley. (Pág. 10).

La norma citada, pondera la legalidad de una norma, sobre la lesividad que se produce cuando se crean normas que no están expresamente determinadas en la ley, aun cuando estas sean perjudiciales e injustas para la sociedad, lo que expresa que desde siempre el principio de legalidad ha sido importante en el derecho penal guatemalteco y que pese al paso del tiempo la legalidad debe mantenerse dentro de un Estado.

Siguiendo con el desarrollo histórico penal, en el año de 1898 surge el Decreto 551 Código de Procedimientos Penales, creado durante el gobierno del General José María Reina Barrios, el cual también consagró el principio legalidad en las disposiciones generales en el artículo 3,² posteriormente entra en vigencia el 1 de enero del año 1974 el Decreto 52-73 Código Procesal Penal, dicho Código muestra un avance significativo en lo que se conoce como Principio de legalidad. En virtud que según el Artículo 21 del Código Procesal Penal (1973):

No hay proceso sin ley. (*Nullum proceso sine lege*) No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto el proceso es nulo e induce responsabilidad en el juez. (Pág. 11).

2 Código de Procedimientos Penales 1898 Decreto 551. Artículo 3 Ninguna persona podrá ser penada sino por acciones u omisiones que sean punibles según la ley; sin ser previamente oída en juicio, en forma legal, y por los tribunales que la ley establece; pena de nulidad y responsabilidad.

Esté código consagra la famosa expresión latina citada en paréntesis, que, dicho sea de paso, ha sido atribuida a Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, escrita en el Tratado del derecho penal común vigente en Alemania,³ donde se explica cómo necesario el cumplimiento y observancia de dicho principio. En el mismo sentido la norma antes citada se refuerza con el contenido del artículo 22 del mismo Código. “No hay pena sin ley, *Nullum penae sine lege*” (Pág. 12). De esa cuenta se puede afirmar que este principio ha sido una herencia de los diversos códigos penales guatemaltecos, toda vez que, se han mantenido desde siempre en la legislación penal con el objeto claro de imponer un respeto a la norma previamente fijada, así como un claro aviso de la existencia del derecho al ciudadano.

1.2. Legislación guatemalteca

Si bien se pueden mencionar otros intentos de códigos se citará el actual Código Procesal Penal Decreto 51-92, que inicia con las garantías procesales resaltando en el Artículo 1.- la afirmación de que no hay pena sin ley. (*Nullum poena sine lege*). No se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad, es clara la legislación cuando establece

3 Tratado del derecho penal común vigente en Alemania. De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada.

la necesidad taxativa de la existencia previa de una ley para ser aplicada por los órganos de justicia. Por su parte el Artículo 2 del mismo cuerpo legal, preceptúa que no hay proceso sin ley. (*Nullum proceso sine lege*). No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querella, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior, es decir todo proceso debe partir de una base sólida prescrita en la ley.

De esa cuenta al considerar las premisas anteriores el lector puede concluir que el principio de legalidad no causa ninguna duda en su significado, ni mucho menos en su existencia, puesto que está tan claro, que no merece explicación alguna, sin embargo, en la práctica procesal, resulta que su aplicación no solo está en peligro, sino que es uno de los principios más inobservados cuando se refiere a la aplicación de fallos principalmente de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, los que paulatinamente guste o no, han ido reformando el espíritu y contenido de las normas jurídicas a tal punto que, sin existir una reforma o derogación por el ente facultado, se han dejado de aplicar normas jurídicas previamente creadas por procedimientos legales, debido al contenido de aquellas resoluciones, como por ejemplo, la aplicación del delito continuado. Dicho delito se ubica en el apartado del concurso de delitos, del Código Penal de Guatemala Decreto 17-73, en el Artículo 71. Según Conde & Arán (2010).

1.3. El Delito Continuado

El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito. (Pág. 469).

En la aplicación práctica procesal penal guatemalteca, esta forma de concurso es más acorde y/o favorable para el condenado que ha cometido una pluralidad de acciones ilícitas en similar sentido, debido a que la imposición de la pena resulta inferior, puesto que se aplica la pena del delito aumentada en una tercera parte, eso significa que no se le impondrá una pena por cada acción, atendiendo a que llena los requisitos del referido artículo; situación que no se da si se aplica la pena separada, es decir si se divide cada acción, esto trae como consecuencia varios delitos y diversas penas, el Instituto de la Defensa Pública Penal se ha convertido en un principal demandante de este principio, considerando que es favorecedor cuando en su aplicación se refiere.

1.3.1. El Delito Continuado a la luz del Principio de legalidad

Recientemente ha surgido un cambio en las sentencias guatemaltecas en delitos de Violación, debido a la inobservancia del delito continuado en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, lo que ha generado, la aplicación de la pena de forma separada, es decir una pena por cada acción. Esto significa que si en la acusación que presentó la fiscalía del Ministerio Público, están redactados tres hechos con circunstancias de tiempo, lugar y modo (que además no necesariamente deben contener precisión) se imponen tres mismos delitos de Violación y tres penas, una en cada caso, aunque cada hecho no tenga un respaldo probatorio, afirmación que surge de la práctica que se desarrolla en audiencias como Defensor Público, la cual ha demostrado que, en estos delitos la prueba principal es la declaración de la agraviada, porque se consideran delitos de soledad.

Para sustentar lo dicho, se cita como ejemplo, el proceso penal No...2020..., seguido por el Instituto de la Defensa Pública Penal de Jutiapa, el Delito de Violación con Agravación de la Pena, y circunstancias Especiales de Agravación en Concurso Real, en el Tribunal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual del Departamento de Jutiapa, dentro de dicho proceso se dictó con fecha veintisiete de abril del año dos mil veintidós, una sentencia condenatoria de treinta y ocho años con seis meses de prisión inmutables, pena que se divide de la siguiente manera, ocho

años por el delito de violación (cometido en el año 2016); ocho años por el delito de violación (cometido en el mes de mayo de dos mil veinte) en concurso real, es decir dieciséis años. Dicha pena es aumentada en dos terceras partes según el artículo 174 No. 4 y 5 (por haberse producido un embarazo), es decir un aumento de cinco años y cuatro meses más por cada uno de los hechos (dos violaciones), sumando un aumento de diez años y ocho meses; además por la edad de la víctima (12 años, primer hecho) se aplican las circunstancias especiales de agravación contenidas en el artículo 173, aumentando tres cuartas partes, por lo que se aumentan seis años más, al igual que el segundo hecho por la edad de la víctima (16 años), se aplica el artículo 195 Quinquies aumentándose la pena en cinco años y cuatro meses más, por lo que sumado al primer hecho es un total de once años y cuatro meses más de prisión. Así mismo se aumenta por la agravante de menosprecio del lugar, seis meses más de prisión, en total la pena impuesta es de treinta y ocho años con seis meses de prisión inconvertible.

Al analizar el artículo 71 del Código Penal, delito continuado se consideró y solicitó por el Defensor Público, que dicha figura le es aplicable al caso concreto, porque en primer lugar está vigente dentro del Código Penal guatemalteco, no ha sido reformado, derogado o abrogado. Además, al desglosarlo se tiene que: existen varias acciones con el mismo propósito o acción criminal (tener acceso carnal); violencia de normas que protegen un

mismo bien jurídicos tutelado (la libertad e indemnidad sexual), de la misma persona (agraviada), en el mismo o diferente lugar (dos lugares), en el mismo o distinto momento (dos fechas), de la misma o distinta gravedad (violación). Sin embargo, dicha figura es ignorada por parte del Tribunal Sentenciador pese a que el defensor insiste en invocar la norma jurídica.

Al analizar los argumentos jurídicos del Tribunal de Sentencia de Delitos de Femicidio del Departamento de Jutiapa, se tiene que la razón del aumento de la pena se desprende principalmente del contenido del Expediente No 459-2016 de Sentencia de Casación de fecha 20-09-2016. Donde explica la Corte Suprema de Justicia (2016):

Las acciones realizadas por el procesado fueron dirigidas a efectuar en varias ocasiones (cinco) el mismo bien jurídico de una misma persona, el cual tiene una naturaleza que impide lesionarlo de manera fragmentaria... se determina como objeto de protección algo que no puede ser afectado de manera segmentada, pues todo acceso carnal lesiona en su totalidad la indemnidad sexual al causar daño al desarrollo de su personalidad. (Pág. 1)

También para fundamentar su decisión y no aplicar el delito continuado el Tribunal de mérito, cita el Expediente 1410-2015 de Sentencia de Casación de fecha 22-11-2016. Según la

Corte Suprema de Justicia (2016), “La ficción jurídica del delito continuado no procede en los delitos que tutelan bienes jurídicos personalísimos, dentro de los cuales se encuentran los que protegen la libertad y seguridad sexuales” (Pág. 1). Como se puede apreciar estas gacetas emitidas por la Corte Suprema de Justicia, han logrado que el delito continuado quede como un delito vigente no positivo en Guatemala, que además las condenas de violación tengan penas superiores a aquellas que establecen los delitos contra la vida.

En la misma perspectiva se cita el Expediente No 383-2016 de Sentencia de Casación de fecha 02/09/2016 en donde la Corte Suprema de Justicia ha indicado que (2016) no procede discutir la inaplicabilidad del artículo 173 del Código Penal, porque en los hechos acreditados no se haya precisado con exactitud el día en que ocurrió la violación (sino solamente el mes y el año), como sucedió en el caso citado (el proceso penal No...2020...), ya que esta circunstancia no incide en alterar el juicio de responsabilidad si en el expediente consta prueba pericial y científica que determina con certeza suficiente el hecho. En la práctica resulta que la prueba científica evidencia por ejemplo; “himen no integro” (un peritaje), el cual es suficiente para fundamentar cualquier plataforma fáctica, jurídica y probatoria, por lo tanto, cualquier cantidad de acciones (que se convierten en penas) que la víctima desee relatar.

Aunado a lo anterior afirma la Corte que no procede la casación, cuando se alega indebida aplicación del artículo 195 Quinquies del Código Penal (que se refiere a las circunstancias especiales de agravación de la pena para los delitos contra la libertad sexual), si dicho alegato se basa en la afirmación de que éste artículo, no es aplicable para el delito de violación con agravación de la pena contenido en el artículo 174 del Código Penal, afirmación que es errónea, porque éste último artículo, no regula un delito específico distinto al de violación, sino que, al igual que la norma anterior, solamente contiene otras causas de agravación de la pena para los delitos de violación y agresión sexual.

1.3.2. Análisis de la Problemática

De lo anterior se puede inferir que en cuanto al delito de Violación, bajo estos parámetros es difícil obtener una Sentencia Absolutoria y por supuesto es lo que se persigue por parte de todo Defensor Público, situación que bajo estos parámetros, hoy resulta imposible lograrlo, la misma suerte corre obtener una sentencia con la pena mínima;⁴ derivado de lo anterior se afirma que los Tribunales como el antes citado, están aplicando sentencias aisladas, toda vez que al analizarlas se observa que basta un Criterio como este, emitido por la Corte Suprema de

4 Código Penal Dto. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. Artículo 173. Violación. Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años. Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica. La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.

Justicia en una Sentencia de Casación, para que se obedezca, sin siquiera considerar como mínimo cinco sentencias, sumado a ello, vale la pena discutir adentrándonos en el rol de estudiosos del derecho, si las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia en materia penal, causan obligatoriedad jurídica o si únicamente aplica en materia civil, toda vez que el fundamento legal se encuentra en el Código Procesal Civil y Mercantil,⁵ a diferencia de la Corte de Constitucionalidad cuyo fundamento de la Doctrina Legal,⁶ se ubica en la Ley de Amparo Exhibición Personal y Constitucionalidad y que además es puntual en su redacción.

Es claro que, sentencias como las citadas dan cabida a imponer penas verdaderamente desproporcionadas, que además no tienen ni la mínima relación con los principios rehabilitadores y resocializadores que persigue la pena en Guatemala,⁷ asimismo

5 Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala. Decreto Ley 107. Artículo 621. Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos.

6 Ley de Amparo Exhibición Personal y Constitucionalidad de Guatemala. Artículo 43. Doctrina legal. La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.

7 Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 19.- Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas: a. Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas

el no permitir el uso en este caso del delito continuado, es lesivo para los derechos de los procesados toda vez que es el mecanismo más benevolente en cuanto a la pena aplicada al condenado.

Además en los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual, ha explicado la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el Expediente 259-2017 de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciocho la forma correcta de interpretar los artículos 195 Quinques⁸ y 173⁹ del Código Penal es la siguiente:

Una interpretación armónica de ambos preceptos normativos, permiten establecer dos supuestos: a) El primero, que viabiliza la aplicación de la circunstancia especial de agravación regulada en el artículo 195 Quinques del Código Penal, cuando del estudio de las actuaciones y concretamente del hecho acreditado por el sentenciador, se establezca que una violación contra una niña

de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos; b. Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; y c. Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad. La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata. El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo.

- 8 Código Penal Dto. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. Artículo 195 Quinques, "... Las penas para los delitos contemplados en los artículos 173 (...) se aumentarán (...) en tres cuartas partes si la víctima fuere menor de catorce años, y con el doble si la víctima fuere persona menor de diez años".
- 9 Código Penal Dto. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. Artículo 173. Violación, "... siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad (...) aun cuando no medie violencia física o psicológica..."

ha sido cometida con violencia. Así, se aplica el artículo 173 del Código Penal por la acción delictiva violenta y el 195 Quinquies por la edad de la víctima, sin incurrir, así, en la doble imposición de sanción penal; b) El segundo, que viabiliza la inaplicación de la circunstancia especial de agravación regulada en el artículo 195 Quinquies del Código Penal, cuando quede debidamente acreditado que el acceso carnal regulado en el artículo 173 de ese cuerpo normativo se consiguió sin violencia; es decir, con anuencia de la niña víctima. Así, no debe aplicarse la circunstancia especial de agravación, por razón de que el parámetro de la edad regulado en el artículo 195 Quinquies del Código Penal ya queda previsto en el artículo 173 de ese cuerpo normativo. El propio tipo penal de violación hace referencia a dos tipos de violencia: a) la física; y b) la psicológica. La primera, que debe entenderse como el uso de la fuerza externa; la segunda, que debe entenderse como el uso de la creencia de superioridad de una persona para ejercer poderío sobre otra. (Pág. 10).

1.3.3. Falta de unificación de Criterios Jurídicos

Al tenor de lo citado se afirma que dichas agravaciones si aumentan la pena doblemente, porque, aunque la Corte lo explica desde su particular punto de vista, en la práctica se debe analizar lo siguiente: en la acusación fácilmente la Fiscalía del Ministerio Público, puede invocar la edad de la víctima o la violencia (física y/o psicológica), para sustentar el delito de violación tal como lo establece el artículo 173 del Código Penal, logrando al tenor de este criterio dicho tipo penal, pero qué sucede si la Fiscalía

obvia en todas las acusaciones la edad y se inclina solo por la violencia, ¿Le estaría permitido además el uso del artículo 195 Quinques, citando como agravante la edad de la víctima? La respuesta es sí, porque a criterio de la Corte un párrafo es excluyente del otro, cuando en el primer caso únicamente se hizo uso de un tipo de violencia, que por cierto es muy difícil de contradecir cuando la persona agraviada lo declara desde su versión histórica de los hechos, aunado a ello se ha reiterado que son delitos de soledad por lo que es común que no concurren otros medios probatorios para contradecir su dicho.

Este criterio conforma un nuevo eslabón para que los Tribunales dicten sentencias iguales o peores que la ejemplificada, logrando así reducir la posibilidad de cualquier persona de regresar eventualmente a la sociedad rehabilitado o resocializado, porque difícilmente les alcancen la vida para obtener la libertad.

Según lo analizado se puede además concluir que los Tribunales de Sentencia, acatan a la perfección las sentencias de Casación que emite la Corte Suprema de Justicia, tanto como la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sin embargo, si el Defensor Público cita resoluciones como las anteriores, solo que, en favor del procesado, la petición no tiene eco, ni mucho menos el mismo efecto que se espera, es más, pareciera ser que la misma autoridad que las emite, en este caso no tiene la misma fuerza jurídica que cuando se citan sentencias para aumentar la pena o inobservar un precepto a favor del procesado. Para

sustentar dicha afirmación se cita como ejemplo, el proceso penal No. ...2018... seguido en el Tribunal de Sentencia Penal y Narcoactividad del Departamento de Jutiapa, quien emitió sentencia de fecha once de octubre de dos mil veintidós, por el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, imponiéndole al acusado una pena de prisión incommutabile de doce años.

En el proceso penal antes referido, se inició juicio por el delito de Promoción o Estímulo a la Drogadicción, sin embargo, el Tribunal de Sentencia, realizó una advertencia del cambio de calificación jurídica, sin que existiera una ampliación o un nuevo hecho o circunstancia señalada por el Ministerio Público,¹⁰ como era de suponerse al dictar la sentencia el acusado fue condenado por el Delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, pese a que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su criterio en cuanto a las diferencias que existen entre el Delito de Tráfico y Almacenamiento Ilícito¹¹ y el delito de Promoción o Estímulo

10 Código Procesal Penal de la República de Guatemala. Decreto 51-92 Artículo 373. (Ampliación de la acusación). Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modifique la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integrare la continuación delictiva. En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa. Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación.

11 Ley Contra la Narcoactividad de la República de Guatemala. Decreto 48-92. Artículo 38. Comercio, Tráfico y almacenamiento ilícito. El que sin autorización Legal adquiera, enajene a cualquier título, importe, exporte, almacene, transporte, distribuya, suministre, venda, expendo o realice cualquier otra actividad de tráfico de semillas, hojas, plantas, florescencias o sustancias o productos clasificados como drogas, estupefacientes, psicotrópicos o precursores, será

a la Drogadicción¹² que dicho sea de paso, contiene penas significativamente diferentes.

Cabe resaltar que, en el caso de mérito los miembros del Tribunal no comparten el mismo criterio, debido a que en este caso existió un voto Razonado por parte del juez Vocal del Tribunal de Sentencia. Según Voto Razonado (2022) el juez estableció que los hechos ejecutados por el procesado encuadran en el Delito de Promoción o Estímulo a la Drogadicción, porque lo intimado por parte de la fiscalía del Ministerio Público, es que... el acusado se dedica a promocionar o estimular el uso de las drogas marihuana y cocaína, por lo cual fue aprehendido... además se estableció que, fue aprehendido producto de un allanamiento en su residencia, donde le fue habido setenta bolsitas transparentes con cocaína cuyo peso es de 2.2 gramos, con pureza de 40.49%, y las cuatro bolsitas de marihuana tienen un peso de 9.2 gramos, además no existió un órgano de prueba respecto al perfil económico del acusado ni mucho menos su perfil criminal.

Es de hacer notar que los argumentos del juez Vocal, están basados en pronunciamientos que también ha emitido la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, por ello

sancionado con prisión de doce a veinte años y multa de Q. 50,000.00 a Q. 1,000,000.00, igual pena se aplicará a quien proporcione los medios, facilite o permita el aterrizaje de naves aéreas utilizadas para el tráfico ilícito.

12 Ídem. Artículo 38. Artículo 49. Promoción o estímulo a la drogadicción. Quien estimule, promueva o induzca por cualquier medio el consumo no autorizado de drogas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas e inhalables, será sancionado con prisión de dos a cinco años y multa de Q 5,000.00 a Q.100,000.00.

causa sorpresa que no exista una unificación de criterios dentro del Tribunal, cuando es favorecedor al procesado. La Gaceta de la Corte Suprema de Justicia Expedientes No. 1575-2017 y 1619-2017 de fecha 28/05/2018.

...Al calificar el hecho, el juzgador aplica la norma en observancia de que, el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, se configura con la actuación del sujeto activo que toma parte directa o realiza la actuación de “almacenar” o cualquier otra actividad de tráfico, entendido en el rol o contexto del negocio ilícito del narcotráfico. Por ello, de conformidad con la interpretación hecha por la Corte de Constitucionalidad, respecto de la configuración del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, éste, no solo requiere para su consumación, la concurrencia de determinado verbo rector en forma aislada, sino que, además, deben considerarse en su conjunto las circunstancias en que los hechos ocurrieron. (Sentencia de Casación Corte Surpema de Justicia Guatemala, 2018. Pág. 2).

La Gaceta citada, se ajusta perfectamente al razonamiento emanado en el Voto Razonado, en virtud que la adecuación del delito no se debe minimizar a la existencia simple de un verbo rector, como lo realizado en este caso por el Tribunal, sino a todo lo que se ha suscitado y tenido por acreditado dentro del debate de juicio oral. Además, la labor de encuadrar la conducta debe tener como parámetros el cuidado al derecho de defensa de los

sindicados. La Corte Suprema de Justicia con fecha 26/02/2016, mediante el Expediente No. 1057-2015, ha explicado que el tribunal para emitir sentencia debe tener por determinados todos los elementos del mencionado delito y además con ello evitar una inminente violación al derecho de defensa, así como un desgaste innecesario al sistema de justicia, porque ante la evidente lesión de derechos, la actitud más probable contra dicha sentencia, será plantar un Recurso de Apelación Especial el cual, si bien eventualmente será de beneficio al sindicado, aquel deberá esperar la tramitación del mismo estando en prisión.

En relación al análisis que ha emitido la Corte Suprema de Justicia en los delitos contra la Narcoactividad, se ha explicado que el delito de Promoción y fomento,¹³ requiere para su aplicación que se acrediten los elementos y verbos rectores que regula, como lo son: promover el cultivo o traficar ilícitamente semillas, hojas, florescencias, plantas o drogas. De esa cuenta, se advierte que dicho delito sanciona la acción de cultivar y traficar ilícitamente drogas cuando se trate de semillas, hojas, plantas o florescencias, lo que es notoriamente distinto a la comercialización y distribución de drogas establecido en el artículo 38 la misma ley. (Sentencia de Casación Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 2016). Por ello para los Tribunales debe ser necesario que el Ministerio Público pruebe que el

13 Ley Contra la Narcoactividad de Guatemala Decreto 48-92. Artículo 40.- Promoción y fomento. El que en alguna forma promueva el cultivo, el tráfico ilícito, de semillas, hojas, florescencias, plantas o drogas, o la fabricación, extracción, procesamiento o elaboración de éstas, o fomente su uso indebido, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de Q. 10,000.00 a Q. 100,000.00.

sindicado distribuye droga a gran escala, de no ser así los elementos probados son del delito de Promoción y fomento contenido en el artículo 40 de la Ley Contra la Narcoactividad. Aunado a lo anterior, se debe acreditar el perfil socioeconómico del procesado, extremo que es determinante para calificar los delitos contra la narcoactividad.

Por su parte al analizar las Gacetas de la Corte Suprema de Justicia Expedientes No. 665-2009 de fecha 12/07/2011 y No. 469-2010 de fecha 20/06/2011. Se establece que la Corte Suprema de Justicia (2010) exhorta a los jueces a efectuar una buena labor interpretativa de los tipos penales de la Ley Contra la Narcoactividad, especialmente con relación a los hechos acreditados, considerando la variedad de supuestos que contienen y la coincidencia de algunos, así como los verbos rectores. En particular, las circunstancias y la condición personal del sindicado, considerando en sus resoluciones el principio *favo rei*, es decir, que en caso de existir un verbo rector que se señale en diversos tipos penales, al ejercer la labor de subsunción se debe elegir el que más favorezca al reo, sin embargo, en el ejemplo de mérito el Tribunal ignora completamente tales directrices, emitiendo una sentencia aplicando, el delito más grave.

La naturaleza y la cantidad de la droga y la condición social de la sindicada, aconsejan la aplicación del principio antes referido y obliga a subsumir la conducta en la figura de promoción y

fomento, en vez del de tráfico de drogas. (Sentencia de Casación Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 2011. Pág. 1).

Nótese como la Corte advierte la condición social de la procesada, e insta a los Tribunales a considerar el principio *favo rei*, situación que, de ser observada, reduciría la interposición de recursos de Apelación Especial, Casación y Amparos, debido a que las sentencias serían más ajustadas a derecho, tanto como a los fines de la pena, así como reducirían significativamente la mora judicial que vive el sector justicia y además seguiría incólume la legalidad del país.

Por su parte al analizar el contenido de la Gaceta de la Corte Suprema de Justicia Expedientes No. 665-2009 de fecha 12/07/2011 y No. 1279-2016 de fecha 03/03/2017, respecto a la aplicación del artículo 38 de la Ley contra la Narcoactividad en lugar del artículo 40 de la mencionada ley, la Corte ha referido que dichas figuras delegan al juzgador la labor de complementar los tipos penales por medio de la interpretación, por la diversidad y coincidencia de los verbos rectores que en ellas se contienen, considerando para ello criterios lógicos, técnicos, de experiencia y circunstancias graduadas de acuerdo al hecho acreditado y a la intensidad en que se afectó el bien jurídico tutelado, que permitan prever los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, porque el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, se sanciona fuertemente por la práctica en gran escala a

la actividad comercial de tipo intensa, siendo lo contrario en el delito de promoción y fomento, pues es utilizado para traficar la droga en una escala menor.

1.3.3.1. Resultados de la falta de unificación de criterios jurídicos

Es evidente que actualmente en Guatemala no se ha logrado la unificación de criterios, principalmente cuando son aplicados en favor del sindicado, esto deviene a que las peticiones del Ministerio Público (que en su mayoría no están apegadas al principio de objetividad), tienen mejores efectos que las que realiza la Defensa Pública Penal (a favor del procesado), debido a lo cual se emiten sentencias totalmente desproporcionadas, que además, crean una sobrepoblación carcelaria que no tiene acceso a la reinserción y rehabilitación social, debido a que los criterios que mayormente se aplican son en perjuicio del procesado, lo que causa un debilitamiento constante al principio de legalidad, al no contar con una certeza jurídica en cuanto a las normas jurídicas que el Defensor debe hacer valer, puesto que lo resuelto es nocivo para la labor jurídica, así como para la sociedad. Además, dicha situación ha logrado debilitar la legislación nacional, con interpretaciones perjudiciales que lamentablemente sí tienen peso en el sector justicia, mientras que las que contienen interpretaciones favorables no son aplicadas, por lo que se insta al Sistema de Justicia a darle el valor que el principio de legalidad merece. Tal como lo ha

reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, mediante la sentencia de fecha 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. 90.

El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas “acciones u omisiones” delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible. [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. (Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 2005. Pág. 215).

Es labor del profesional de Derecho, especialmente del Defensor del Instituto de la Defensa Pública Penal, seguir defendiendo la

causa que cree justa, en este caso los derechos de la población procesada debido a que, no se debe olvidar que el sector justicia tiene que buscar herramientas disuasivas del delito, que no sean únicamente imponer una condena para enviar un mensaje a la población amenazante sobre condenas largas, porque esto no disuade el delito y además tampoco coadyuva a la reinserción y rehabilitación de los condenados; así mismo cada resolución que emite el sector justicia lo hace en nombre del pueblo de Guatemala, por ello es importante actuar bajo principios que desde siempre han sido reguladores del derecho y que merecen seguir vigentes para las futuras generaciones.

Es también urgente que la Corte Suprema de Justicia, capacite a jueces y unifique criterios que vayan de la mano con el fin que tiene el Sistema Penitenciario en Guatemala, esto para evitar que solo se acepten criterios parcializados, y que se respete la labor loable del Defensor Público.

- La certeza jurídica de un país tiene como base el respeto a las normas jurídicas previamente establecidas para evitar que surjan interpretaciones lesivas a la población.
- Los profesionales del derecho están llamados a defender la legalidad del ordenamiento jurídico, a oponerse a todo aquello que muestre injusticia para el desarrollo del país.
- Los Tribunales de Sentencia Penal, tienen una labor importante al emitir sentencias, por ello debe buscarse la unificación de criterios que no desnaturalicen el proceso penal.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala. Obtenido de https://www.minfin.gob.gt/images/downloads/dcp_marcolegal/bases_legales/Constitucion_politica_de_la_republica_de_guatemala.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. (1986). Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86. Guatemala. Obtenido de <https://cc.gob.gt/ijc/wp-content/uploads/2020/10/LAEPC.pdf>
- Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 126.90 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de 06 de 2005). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo34_2021.pdf
- Código de Procedimientos Penales de la República de Guatemala, Decreto 551 (Poder Judicial de Guatemala 1898). Obtenido de <https://archive.org/details/cdigodeprocedimi00guat/page/n7/mode/2up>
- Código Penal de Livingston (Guatemala 1831). Obtenido de <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/27235.pdf>
- Código Procesal Penal, Decreto 52-73 (Agosto de 1973). Obtenido de <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/43157.pdf>
- Congreso de la República de Guatemala. (1992). Código Procesal Penal Dto. 51-92. Guatemala.
- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (12 de 06 de 1776). Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>

- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Obtenido de https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Expediente Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 1410-2015 (Corte Suprema de Justicia de Guatemala 26 de 11 de 2016). Obtenido de <http://jurisprudencia.oj.gob.gt/frmprincipal.aspx>
- Expediente de la Corte de Constitucionalidad Guatemala, 259-2017 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala. 26 de 04 de 2018).
- Expediente Sentencia de Casación Corte Suprema de Justicia Guatemala, 383-2016 (Corte Suprema de Justicia de Guatemala 02 de 09 de 2016). Obtenido de <http://jurisprudencia.oj.gob.gt/frmprincipal.aspx>
- Feuerbach, P.J. (1989). Tratado del derecho penal común vigente en Alemania. (H.S.R.L, Ed., & E. R. Hagemeler, Trad.) Buenos Aires. Obtenido de <https://toaz.info/doc-view>
- Pozo, J. H. (1987). Manual de Derecho Penal (Vol. Segundo). Lima, Lima: EDDILI.
- Sentencia de Casación Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 1057-2015 (Corte Suprema de Justicia 26 de 2 de 2016).
- Sentencia de Casación Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 665-2019; 469-2010 (Corte Suprema de Justicia de Guatemala 27 de 07 de 2011).

- Sentencia de Casación Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 459-2016 (Corte Suprema de Justicia de Guatemala 20 de 9 de 2016).
- Sentencia de Casación Corte Suprema de Justicia Guatemala, 1575-2017; 1619-2017 (Corte Suprema de Justicia Guatemala 28 de 5 de 2018).
- Tobar, D. L., & Lemus, D. E. (2021). Los Códigos de Livingston. Obtenido de <https://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2022/08/Articulo-8-CodigosLivingston.pdf>

La pertinencia cultural en la estrategia de defensa

Lic. Carlos Eleazar Caballeros Velásquez

El presente artículo tiene como objetivo preconizar el enfoque de pertinencia cultural en la elaboración de una estrategia de defensa en las diversas etapas del proceso penal en los casos especiales de interculturalidad. Como dato epistemológico de sustentación partimos del conjunto normativo nacional e internacional mínimo que constituye, en palabras de Emmanuel Kant, el imperativo categórico sustancial. En el presente artículo se ha tomado como primer escenario establecer mediante un muestreo al azar si las investigaciones que realiza el Ministerio Público de la Fiscalía Distrital de Mazatenango en los casos de incriminación de ciudadanas o ciudadanos provenientes de los pueblos mayas se ajusta al marco tanto teórico como legal que avala el enfoque de la pertinencia cultural y examinar si las estrategias de defensa incorporan elementos claves relacionados con la pertinencia cultural. La metódica aplicada es sustancialmente comparativa puesto que se parte de los datos existentes en 30 expedientes de muestreo de los años 2020-2021 de la mesa intercultural en el Instituto de la Defensa Pública Penal de Mazatenango, para supeditarlos al complejo legal y doctrinario que por imperativo categórico debería observarse inexcusablemente. Como apartado especial se incluye la caracterización descriptiva de los elementos formales y doctrinarios que sustentan una investigación criminal en perspectiva de interculturalidad. Para arribar al corolario propuesto se toman como referentes epistemológicos tanto el marco doctrinario publicado, así como las normas penales y normas procesales penales atinentes,

integrando también la jurisprudencia nacional e internacional de obligado acervo.

Se finaliza con una conclusión, que, sin ser apodíctica, podría servir de eslabón propulsor para promover un cambio radical del paradigma investigativo actual que implementa el ente estatal responsable de acopiar los medios que sirven para sostener los constructos acusatorios.

1. El enfoque con pertinencia cultural

El sintagma en mención, pertinencia cultural, tiene su nido etiológico en el ámbito de la antropología cultural, también conocida como Antropología Social. El concepto primigenio ha sido configurado como enfoque intercultural. Surgido desde el campo educativo (Jiménez y Malgesini 2010) también puede encontrárselo en otras ramas de conocimiento como la Sociología, la Antropología y la Psicología, como un concepto que trata de superar las restricciones del enfoque de multiculturalismo y que denota una especie de estantes diversos de la sociedad, al contrario de interculturalidad, que trata de reflejar, de manera dinámica, la interacción de diferentes culturas entre sí.¹

Desde el veterotestamentario enfoque punitivo de las normas penales, particularmente las vigentes en Guatemala que

¹ Carlos Jiménez y Graciela Malgesini. "Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad". Ed. La cueva del oso. Madrid, 1997.

proviene de un paradigma colonial, el tema de la interculturalidad traducido como pertinencia cultural, no tiene significado válido. El taxativo hermenéutico de los sistemas judiciales con sus tipos penales no admite una justicia especializada. Este fonema es inviable cuando se trata de emitir una sentencia a partir de la criteriología estática de la norma penal, y con adición agravante, con un proceso penal centrado en formalismos monoculturales.

El concepto de pertinencia cultural es invocado ahora para el caso concreto de análisis por diversas instancias del mismo Estado. Constitucionalmente no existe un postulado que garantice la aplicación de un enfoque intercultural, aunque de alguna manera podría invocarse al respecto el compendio de los artículos 58 y 66.

En el Código Procesal Penal actual es posible encontrar una decena de artículos que respaldan el quehacer investigativo desde la pertinencia cultural y que también imponen al defensor público la inexcusable tarea de hacerlos valer.

El Acuerdo de Paz conocido como Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (1995) esboza una propuesta del enfoque con pertinencia cultural. En el apartado III, A vii, así como en el numeral IV se perfilan compromisos de Estado desde el enfoque pluriétnico, multilingüístico y multiétnico. Hace ya más de 25 años sin que el sistema de justicia como parte del Estado no operativiza el enfoque, pese a la creación de unidades

y programas adjetivados ornamentalmente con perspectiva multicultural.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos a instancia del Estado de Guatemala publicó en el año 2016 el Manual de Acceso a la Justicia Penal con Pertinencia Cultural, dirigido por los especialistas en la materia². Desde el año 2016 se marcó una hoja de ruta que debería ser la brújula inequívoca de una investigación bajo los parámetros de interculturalidad. Este documento es una herramienta inobviable para el defensor público porque le proporciona las referencias legales básicas desde lo regulado por el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en la fase preparatoria.

En el año 2016 la Mesa Técnica de Acceso de los Pueblos Indígenas a la Justicia como parte de la Comisión Nacional sobre el tema publicó una compilación de varios documentos en los que se sintetizan lineamientos y productos válidos que afincan el imperativo categórico del Estado guatemalteco para que los actores estatales de seguridad como los judiciales y penitenciarios apliquen los criterios vinculados con la pertinencia cultural. En dicha publicación consta la existencia del Departamento de los Pueblos Indígenas como estructura especializada investigativa del Ministerio Público. El primer criterio claramente detalla que cuando se trata de investigaciones penales relacionadas

2 Ixchíu García y Méndez Barillas son reconocidos juristas guatemaltecos con una larga trayectoria en la promoción del enfoque pluricultural en el sistema legal nacional. Sitio consultado el 22 de febrero de 2022: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/08/doctrina46885.pdf>

con personas indígenas deberá “velar porque se apliquen adecuadamente los instrumentos nacionales e internacionales vinculados a los derechos de los pueblos indígenas...”³ .

El documento antes relacionado también incorpora casos concretos en los que la investigación penal se apropió del enfoque con pertinencia cultural y, consecuentemente, se emitieron sentencias que son congruentes con la perspectiva intercultural y apegados al espíritu del artículo 19 constitucional. En las últimas páginas el documento compilatorio incluye valiosos fragmentos de una Sentencia dictada en Segundo Grado que reconoce el pluralismo jurídico guatemalteco y que el artículo 66 de la Constitución Política respalda y debería servir para que las sentencias incluyan el enfoque con pertinencia cultural. De ahí se deduce el *deontos sapiencial* del abogado defensor para demandar investigaciones bajo la perspectiva de pertinencia cultural. El documento ya relacionado incluye un análisis del denominado error de prohibición culturalmente condicionado como un eximente de responsabilidad penal.

Desde el año 2005 con la emisión del Acuerdo N° 05-2005 del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal se organizó la Coordinación de Enfoque Intercultural que en el año 2006 se oficializó como Coordinación Nacional de Enfoque Intercultural mediante el Acuerdo 08-2006 del mismo Consejo. De esa

3 COMISION NACIONAL PARA EL SEGUIMIENTO Y APOYO AL FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA: “Aportes institucionales que promueven la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas desde el sector justicia” Pág. 12, Editorial Serviprensa, Guatemala 2016.

cuenta se disponía de un apoyo institucional para la asesoría técnica, científica y profesional de algunos profesionales en derecho, lingüística, antropología, psicología y trabajo social con enfoque intercultural para los casos especiales relacionados con personas provenientes de las comunidades pluriculturales de Guatemala. Ha sido uno de los grandes avances de la Dirección actual del Instituto, especialmente la incorporación como medio de defensa los Peritajes Culturales, así como el Peritaje de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Es una válida respuesta por parte del Estado en consonancia con las exigencias de la comunidad de diversidad cultural de índole internacional, así como de las sentencias emitidas al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es posible sostener, entonces, que las defensoras y defensores del Instituto de la Defensa Pública disponen de suficiente arsenal apologético en materia de defensa con pertinencia cultural cuya valía y contundencia deberá producir resultados de excelencia y calidad.

2. La exigencia formal del defensor público para que la investigación se efectúe bajo el enfoque de la pertinencia cultural

El enfoque del derecho penal guatemalteco es monocultural y bajo criterios excluyentes derivados del positivismo jurídico. Esta aseveración está refrendada por el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial que radicalmente plantea que la única fuente

de derecho es la ley⁴. Como corolario lógico el ente investigador continúa desarrollando una tarea investigativa supeditada inextricablemente al monoculturalismo jurídico. Esto se corrobora con lo regulado por el artículo 107 del Código Procesal Penal, que preceptúa el ejercicio de la acción penal como un monopolio pétreo por parte del Ministerio Público, único órgano auxiliar de la administración de justicia y tiene a su cargo el procedimiento preparatorio y la dirección de la Policía Nacional Civil dentro del proceso penal y en el 108 regula que el criterio objetivo será cónsono con lo regulado por la ley Penal.

Adicionalmente dispone del apoyo absoluto de otros entes estatales como el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF), la Dirección de Investigación Criminalística del Ministerio Público (DICRI), la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil (DEIC), el control de autoridad judicial en la realización de diligencias que restringen derechos constitucionales, entre algunas. Como contrapartida está el Decreto 129-97 del Congreso de la República en su artículo 6 contempla un enorme umbral de intervención de los abogados defensores públicos. El tercer párrafo de dicho artículo contempla un potente mandato derivado del presupuesto deontológico de que el derecho a la defensa es un derecho de naturaleza

4 Cfr Ley del Organismo Judicial de Guatemala, Artículo 2. Fuentes del derecho. (Reformado por el artículo 1 del Decreto Ley 11-93): *“La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementaria. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley. siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”*. Este artículo ha merecido en repetidas ocasiones amplios análisis tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte de Constitucionalidad que respalda inmarcesiblemente la preponderancia marmórea del sistema legal monista occidental.

universal inherente a la esencia misma de la dignidad humana. Este artículo concede al defensor público la autoridad necesaria para incidir decididamente a favor de las investigaciones con pertinencia cultural.

Desde el año 1992 el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, incorporó algunos elementos orientadores para impulsar, al menos en la fase preparatoria, una investigación que incorpore actualmente los criterios básicos establecidos en el año 2016 por el Manual elaborado por el Instituto Interamericano de los Derechos Humanos y que sustenta el marco referencial científicamente válido desde las ciencias sociales para que el Estado de Guatemala promueva y realice a través del órgano propicio una investigación con pertinencia cultural.

Los criterios más conspicuos que deben tomarse en cuenta son los siguientes:

- **Principio pro persona humana** (*principio pro homine*). Impone necesariamente la aplicación la norma más favorable en beneficio de la persona usuaria de la justicia diferenciada, independientemente de su jerarquía, fuente u origen.
- **Principio pro pueblo indígena.** Aplicar la norma que más favorezca los derechos de las personas o comunidades

indígenas. El bloque de convencionalidad atinente a los derechos de los pueblos originarios está vigente para Guatemala muy al pesar de los jueces y juezas carceleros.

- **Principio de no discriminación.** Tratar a las personas usuarias indígenas en términos de igualdad cuando ello no represente una desventaja por su particular condición de vulnerabilidad. En Guatemala la sustentación está en el Código Procesal Penal, en la Ley de Idiomas Nacionales y en diversos manuales emitidos por entes del Estado en otras áreas del quehacer humano.
- **Principio de equidad jurídica.** Aplicar criterios de justicia equitativa a favor de la persona indígena cuando ello se justifique en razón de su particular condición de vulnerabilidad, desventaja, exclusión o discriminación. La igualdad no es sinónimo de equidad. Por ello el artículo 4 Constitucional no es sustentación para la preponderancia de un sistema legal monista.
- **Principio de acción afirmativa.** Relacionado con el principio de no retroactividad y centrado en el valor de equidad, así como las normas o decisiones judiciales que ofrezcan las mejores ventajas o derechos a las personas provenientes de los pueblos indígenas dadas las condiciones objetivas de vulnerabilidad. La noción de un Estado de Derecho Plural

obliga a las instituciones, órganos y autoridades que lo constituyen, que reconozcan este principio sin necesidad que se los refresquen en cada audiencia. Es deber insoslayable de investigadores y juzgadores respetar, aceptar y promover los marcos legales que regulan estos derechos para garantizar la tutela judicial efectiva, viables en contextos socioculturales específicos.

- **Trato con respeto a la diferencia cultural.** Obligación del funcionariado de conocer y respetar diferencias culturales de las personas indígenas al momento de establecer cualquier tipo de contacto, trato o diligencia, en el marco de su competencia.
- **No revictimización bilateral.** Evitar cualquier tratamiento institucional, personal o actitudinal que revictimice, discrimine, humille o afecte la dignidad de las personas usuarias indígenas al momento de acceder a cualquier instancia de acceso a la justicia.
- * **Presunción lingüística diferente.** Debe primar el derecho a ser informado de manera adecuada y en su idioma materno. Implica una obligación imperativa por parte del funcionario de justicia (investigador o juzgador) de informar de manera adecuada a las personas usuarias indígenas sobre los alcances de su involucramiento en alguna causa, juicio,

proceso o diligencia judicial, y brindar la debida orientación en el idioma propio, en lenguaje sencillo y entendible. Desde el primer contacto institucional del Estado, ya fuere por la flagrancia, ya por orden de aprehensión, la persona que provenga de una comunidad lingüística diverso al español, deberá presumirse que su modalidad de comunicación verbal es en su idioma nativo.

En el Código Procesal Penal el artículo 90 preceptúa que cuando una persona proviene de una comunidad maya tiene derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista durante sus declaraciones, en los debates o en aquellas audiencias en las que sea necesaria su citación previa. En la vida diaria se puede constatar que ni los agentes policiales ni los juzgados de paz hacen saber este derecho. Asimismo, cuando no comprenda correctamente el idioma oficial (idioma castellano) y no haga uso del derecho establecido anteriormente, se designará de oficio un traductor o interprete para esos actos. Este artículo adolece de varias aristas importantes que el Manual de Acceso a la Justicia con Pertinencia cultural regula al respecto. Sin embargo, contempla un derecho esencial para sostener la solidez de un debido proceso, derecho que de no hacerlo saber a la persona imputada o aprehendida *in fraganti* devendría en una anulación absoluta de todo lo actuado con posterioridad, tal como lo refrenda el artículo 91 del corpus legal procesal penal guatemalteco.

El artículo 92 de las normas procesales penales vigentes también debería interpretarse a la luz del artículo 90, que el ciudadano de origen multiétnico goza del derecho de elegir a un abogado o una abogada que también se comunique en su idioma materno para cerrar el círculo de este primer momento.

En el artículo 142 se esboza otro criterio que incorpora el elemento cultural esencial de la identidad étnica, el uso del idioma nativo. La exposición de personas que ignoren (sic) el idioma oficial o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como en la redacción de documentos o grabaciones en lengua distinta o en otra forma de transmisión del conocimiento, sólo tendrán efectos, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda. Los actos procesales deberán también realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente y cuando acontezca ese evento las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas. Por su parte en el artículo 243 del cuerpo legal ya citado se establece que, si fuere necesaria una traducción o una interpretación, el juez o el Ministerio Público, durante la investigación preliminar, seleccionará y determinará el número de los que han de llevar a cabo la operación. Un dato muy importante en ese artículo y que no ocurre en la vida diaria de la investigación penal es que “las partes procesales están facultadas para concurrir al acto en compañía de un consultor técnico que los asesore y para formular las objeciones que

merezca la traducción o interpretación oficial”, tal como lo reza el artículo ya citado. Es trascendental profundizar en cuántos casos el órgano jurisdiccional responsable del control de la investigación ha incurrido en desatino al permitir investigaciones que no velan por supeditarse a este mandato legal de imperativa observancia.

En esa razón de ser, los informes y dictámenes de peritos deberán ser traducidos al idioma materno del implicado o implicada, hecho que en ningún expediente de los examinados pudo establecerse.

En relación a la aprehensión el artículo 257 aunque no lo indica, debe relacionarse con el artículo 7 de la Carta Magna, que impone el deber de hacerle saber al detenido sus derechos constitucionales, y deberá hacerlo en el idioma materno, ya sea que hable el agente policial ese idioma o haga valer lo establecido en el artículo 142 del Código Procesal Penal.

El artículo 25 bis que regula la aplicación del Criterio de Oportunidad también contempla como sustentación de la medida desjudicializadora la alternativa de aplicar las costumbres de las comunidades en la solución de los conflictos. Este compendio normativo debería servir para que el ente investigador no criminalice desde su inicio investigativo innumerables casos que pueden resolverse con la participación de las autoridades ancestrales. Por su parte el Estado debe potencializar las capacidades y saberes de las autoridades ancestrales locales

para no afectar derechos universales de las personas integrantes de los Pueblos Mayas guatemaltecos.

El 13 de septiembre del año 2007 la ONU emite la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En dicha declaración la Asamblea General declara que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconoce al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. En consonancia con esa perspectiva el Estado de Guatemala a través de su ente pesquisidor deberá explayar una investigación bajo los criterios inobviables de interculturalidad.

El Ministerio Público y el sistema judicial ha aplicado y siguen aplicando prácticas de asimilación forzada al someter en forma indiscriminada a las personas provenientes de los pueblos étnicos mayas al modelo procesal penal monocultural. Esto está taxativamente prohibido por el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asimismo, cuando el Ministerio Público solicita y el Poder Judicial emite sentencias condenatorias desproporcionadas se atenta contra los valores culturales y derechos de los pueblos indígenas y se viola esa importante declaración. Lo regulado por el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala consagra que el Estado respetará y promoverá las formas de vida y expresiones culturales de los pueblos indígenas. Las sentencias judiciales contra las personas integrantes de los

pueblos indígenas contravienen tanto el artículo 66 de la Carta Magna como el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas porque es un derecho universal pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo y al imponerles penas excesivamente prolongadas por hechos antijurídicos que afectan el patrimonio o, incluso, la integridad de otras personas, se está aplicando una decisión estatal ajena a los parámetros de la pluriculturalidad. El artículo 40 de la Declaración ya relacionada también impone a los Estados el deber de resolver los conflictos con la ley agotando primero la opción de un arreglo interno entre los integrantes de una colectividad indígena.

Por otra parte, el artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo claramente expone que los integrantes de los pueblos indígenas tienen el derecho a no ser privados de libertad sin antes haberse agotado una alternativa que no menoscabe su dignidad y posibilidades de superación integral. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU en su informe del mes de julio del año 2013 expuso un caso de sospecha de incriminación criminal de un adolescente indígena en Australia. El caso se refería a un hurto de un helado en grado de tentativa apresado por los agentes policiales y privado de su libertad durante diez días.

Hay que leer y entender el siguiente dato histórico que sucede todos los días en Guatemala:

“A 15 year old boy was charged with attempting to steal an ice cream. Instead of choosing to make the offence the subject of diversion or a referral to a juvenile justice team, the boy was arrested, refused bail, remanded in custody by a court, and then transported to a youth detention centre in the regional capital. He spent ten days in custody before the matter was dealt with before the Children’s Court. The charge was dismissed on the basis that the boy had already been punished because of the time spent in pre-sentence detention. (Australia’s National Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Service cites this case in its submission to a major new study on access to justice for indigenous peoples)”⁵.

En Guatemala los casos de participación de personas (menores de edad y adultos) provenientes de los pueblos indígenas en hechos criminales reflejan una curva ascendente que podría servir para una lectura más acuciosa sobre el fracaso del

5 Cfr <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/JusticeForIndigenousPeoples.aspx>: Un chico de 15 años fue acusado de intentar robar un helado. En lugar de optar por convertir el delito en objeto de desviación o remisión a un equipo de justicia juvenil, el niño fue arrestado, se le negó la libertad bajo fianza, un tribunal lo mantuvo bajo custodia y luego lo transportaron a un centro de detención juvenil en la capital regional. Pasó diez días bajo custodia antes de que el asunto fuera tratado ante el Tribunal de Menores. El cargo fue desestimado sobre la base de que el niño ya había sido castigado por el tiempo que pasó detenido antes de la sentencia. (El Servicio Legal Nacional para Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres de Australia cita este caso en su presentación de un importante estudio nuevo sobre el acceso a la justicia para los pueblos indígenas). Consulta realizada el 20 de enero 2022.

modelo de Estado para garantizar los bienes jurídicos tutelados de los pueblos que integran la Nación guatemalteca. Tal como lo señala el Informe Estadístico Nacional del año 2017 sobre el crimen en Guatemala, -que no varía demasiado aplicado exactamente al 2020 y 2021-, en términos generales los altos índices de violencia e inseguridad que padece Guatemala están relacionados con dos grandes líneas causales: la exclusión social y la falta de aplicación de la ley a los actores económicos y políticos estructurales. Estas dimensiones se relacionan y se refuerzan entre sí. Pero se agrava mucho más cuando el sistema judicial bajo el enfoque positivista radical es por antonomasia excluyente y racista. Los jóvenes de etiología multicultural se ven arrastrados por el fenómeno delincucional creciente y deben soportar como una agresión más a sus vidas y familias un poder judicial eminentemente punitivo y totalmente alejado de los propósitos regulados por el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, especialmente con un Sistema Penitenciario corroído por el crimen organizado y convertido en botín depredador tanto de autoridades como de los agentes policiales.

Decenas de miles de jóvenes se integran cada año a la población económicamente activa, pero el mercado de trabajo no genera suficientes puestos para absorber el aumento de la oferta. El sistema educativo no brinda a los jóvenes adecuadas capacidades para integrarse al mundo laboral y se ven en la necesidad de buscar medios de vida en la economía informal.

Una pequeña fracción de esta población —afectada además por condiciones sociales negativas como débiles mecanismos de integración social familiares, discriminación y victimización— puede tender hacia acciones transgresoras de la ley. Por otro lado, y probablemente con mayor efecto sobre los niveles de violencia, el Estado guatemalteco se encuentra en una situación de grave debilidad institucional e infectado de corrupción para hacer frente a esta problemática. Con la expulsión de la CICIG de Guatemala los grupos criminales incrustados en los poderes del Estado están operando violentamente, respondiendo a los intereses de redes de individuos poderosos que se enriquecen por medio de actividades ilícitas como evasión fiscal, contrabando multimillonario de bienes; secuestros; tráfico de personas, de armas y municiones y tráfico de narcóticos⁶.

La falta de una cultura de lectura estadística en Guatemala no permite disponer de entidades estatales o privadas que puedan aportar información actualizada y auténtica⁷. Uno de los principales datos que producen las encuestas es la proporción de hechos ilícitos sufridos por la población que no han sido denunciados durante el período, la denominada **cifra oculta**⁸.

6 https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/national_activities/informe_estadistico_violencia_guatemala.pdf
Consulta realizada el 24 d enero de 2022.

7 El IDH del PNUD 2015-2016 aborda este grave problema que sufre el Estado de Guatemala como un mal endémico: <https://desarrollohumano.org.gt/blogs/estadisticas-para-el-desarrollo-humano/> Consulta realizada el 12 de enero de 2022.

8 Cf: <https://mingob.gob.gt/wp-content/uploads/2021/05/3.-CIFRA-OCULTA-Y-DENUNCIA-DE-DELITOS-1.pdf> consulta realizada el 12 de enero de 2022.

Además, los datos recabados permiten caracterizar los hechos ilícitos sufridos por la población incluyendo los que hacen parte de la cifra oculta y de esta manera se complementa la información que puede obtenerse de las estadísticas oficiales permitiendo un entendimiento más completo de la realidad social. Pero el Estado de Guatemala no informa a las entidades internacionales requirentes datos especializados, y uno de esos datos, es precisamente, el de las personas indígenas involucradas en los fenómenos delictivos diversos. Es verdad que el Organismo Judicial dispone de una Unidad de Asuntos Indígenas, y también la Fiscalía del Ministerio Público dispone de una secretaria especializada para abordar los asuntos indígenas, pero eso no se ve reflejado en los informes anuales del Ministerio de Gobernación ni en las estadísticas publicadas por la Secretaría General de Planificación del Ejecutivo.

Las investigaciones que realiza el Ministerio Público, evidenciada en todos los casos analizados y vinculados con el tema indígena, son investigaciones de resultados, al igual que el resto de investigaciones que desarrolla en otros niveles a nivel nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos durante los cinco últimos años ha exhortado al Estado de Guatemala sobre la urgencia de dictar sentencias a partir de la investigación de medios y no de resultados porque estas últimas son violatorias de los estándares internacionales de presunción de inocencia⁹.

9 Declaración de la CIDH <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37887.pdf> · Archivo PDF

Bajo esta premisa si se revisaran todas las sentencias penales emitidas en Guatemala, es posible hipotetizar que un alto porcentaje superior al 75% tendrían que ser anuladas porque violentan los estándares universales de presunción de inocencia.

3. De las constataciones en los expedientes abordados

En el departamento de Suchitepéquez y los municipios del departamento de Sololá sobre los cuales tiene jurisdicción el poder judicial de Suchitepéquez el idioma K'iche' es el idioma materno de aproximadamente un 35% de la población. En los municipios de Zunilito, Samayac, Santa Bárbara, Santo Tomás La Unión, Chicacao, San Pablo Jocopilas, San Bernardino y San Juan Bautista el porcentaje de Mayaparlatantes del idioma K'iche' es superior al 60%. En los municipios de Nahualá y Santa María Ixtahuacán cuyos caseríos y cantones corresponden a la jurisdicción penal del poder judicial en Suchitepéquez el 100% de sus pobladores se comunican en el idioma Maya K'iche'. El Poder Judicial dispone de dos intérpretes para el idioma K'iche' para todos los juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Paz de dichos municipios en aquellas ramas del derecho en el que se conocen casos diversos. Sin embargo, no se encontró ni un documento redactado en idioma K'iche' u otro idioma Maya como el Tz'utujil. Las resoluciones, las actas, las órdenes judiciales, los apremios, las citaciones, las actas y peritajes, entre algunos están en idioma español. Tampoco

las actuaciones como allanamientos, operaciones periciales del INACIF, declaraciones en actas ministeriales, entrevista de profesionales de la sicología, informes de trabajo social, entre algunos no se redactaron en el idioma materno de las personas vinculadas, ya como victimarios, ya como víctimas.

En todos los expedientes examinados provenientes de las comunidades Mayaparlantes se estableció que los agentes de la Policía Nacional Civil no hicieron saber los derechos constitucionales a las personas aprehendidas *in fraganti* o por orden judicial en su idioma K'iche' u otro idioma Maya. Se pudo constatar que algunos jueces consignaron en el acta redactada en idioma español que se les hizo saber el motivo de su aprehensión en su idioma materno. No existe una evidencia que se les haya hecho saber el derecho que tienen a disponer de un intérprete en su idioma, tal como lo regula el artículo 90 del Código Procesal Penal. La persona responsable de consolidar datos estadísticos en la oficina del Ministerio Público de Mazatenango no dispone de estadísticas sobre este tema ni tampoco el Organismo Judicial.

En cuanto a la labor de los defensores y defensoras del IDPP para impugnar actos de comunicación o de citaciones en el idioma materno se encontraron evidencias favorables en los audios de primera declaración. Algunos abogados y abogadas invocaron ese derecho constitucional y procesal gestionando a favor de

las personas una falta de mérito. Solamente en dos casos se otorgó la solicitud. En el resto los jueces de primera instancia sustentaron su rechazo a la petición basados únicamente en lo consignado por los jueces de paz en relación a la aseveración sobre haberles hecho saber en su idioma materno los motivos de su restricción al derecho de libre locomoción. También en otros casos los jueces preguntaron a las personas si entendían el idioma español y al afirmar que sí entendían descartaron las peticiones de la defensa.

En los expedientes analizados de la mesa intercultural se encontraron cinco estrategias que explícitamente refieren la perspectiva de defensa en óptica de pertinencia cultural al solicitar el apoyo técnico con peritajes culturales, así como en todos ellos la participación de un intérprete en las audiencias diversas celebradas desde la primera declaración hasta el debate. Sin embargo, no se encontraron documentos como actas sucintas, declaraciones testimoniales de personas cuyo idioma materno es el K'iche', sentencias emitidas tal como taxativamente lo preceptúa el artículo 142 del Código Procesal Penal. Tampoco se encontraron en las estrategias de impugnación argumentaciones que incluyeran el enfoque de interculturalidad o como causal de anulación de la sentencia, el hecho de dictar sentencias cuyo enfoque exclusivo es de naturaleza monocultural ignorando las argumentaciones conclusivas de la defensora o defensor público.

El Ministerio Público de Mazatenango no realiza investigaciones de hechos delictivos con pertinencia cultural. Ni en el diseño primario de su estrategia investigativa, toma en cuenta la presunción de la diversidad lingüística. De esa cuenta no lleva a la práctica, ni lo regulado por el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ni lo que regula al respecto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ni lo establecido en la Declaración Universal de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Ministerio Público no dispone de una sección especializada en investigación criminal con enfoque multicultural ni tiene la práctica de comunicar a la Defensa Pública aquellas actuaciones de investigación en las que están involucradas personas cuyo idioma materno no es el español. De esa cuenta no lleva a la práctica el artículo 142 del Código Procesal Penal. No promueve ni gestiona que las actas con declaraciones testimoniales, inspecciones oculares, entrevistas, solicitudes de allanamientos, planteamiento de la acusación, entre otras; se hagan en el idioma materno de las partes procesales.

Los agentes policiales y funcionarios judiciales no hacen saber a las personas indígenas aprehendidas sus derechos constitucionales o sus derechos procesales penales en su idioma materno. No se encontraron acciones de impugnación en los expedientes analizados.

Los órganos jurisdiccionales responsables de velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales, garantías constitucionales, bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad relacionados con los derechos indígenas, no gestionan ni impulsan el cumplimiento de los derechos establecidos en los artículos 90 y 142 del Código Procesal Penal, así como los artículos 66 de la CPRG y el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos Indígenas de la ONU. Se constató que ninguna sentencia es leída en idioma K'iche' o traducida al idioma K'iche' al momento de ser pronunciada el día y hora señalada para dicho acto jurisdiccional.

El Centro de Detención Preventiva en Mazatenango tampoco hace valer lo regulado por el artículo 90 y el artículo 142 del Código Procesal Penal y no refleja de ninguna manera el imperativo constitucional regulado por el artículo 66 de la CPRG. No se encontró ningún aviso al ingreso del penal o en sus espacios internos escrito en idioma K'iche'. Tampoco se encuentra el reglamento interno del Centro Carcelario ni en idioma español ni en idioma K'iche'. No disponen tampoco de un intérprete que haga saber sus derechos y obligaciones a las personas privadas de libertad en idioma K'iche'. Todas las órdenes verbales son giradas en idioma español.

De los expedientes analizados se deduce que ni los operadores de justicia, ni los agentes o funcionarios responsables de la

seguridad ciudadana, ni los responsables del Centro Preventivo están informados con suficiente propiedad de los criterios básicos para el acceso a una justicia penal con pertinencia cultural. Se constató que solamente una jueza estaba capacitada con un diplomado en el tema del enfoque multicultural y era la del Tribunal de Sentencia Penal y Violencia contra la Mujer y otras formas de violencia Sexual de Mazatenango.

El Estado de Guatemala afecta seriamente la presunción de inocencia de las personas de origen Maya del departamento de Suchitepéquez y varias comunidades del departamento de Sololá, tanto a través de su sistema policial, investigativo, judicial y penitenciario al no hacer valer ni los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, Código Procesal Penal y Convenios o declaraciones internacionales relativas, tampoco toma en cuenta las recomendaciones dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con este tema.

Referencias bibliográficas

- Acuerdos de Paz. Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria
- Acuerdo sobre identidad y derechos de los Pueblos Indígenas. Págs. 85 y 118. Guatemala 1996.
- Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia: “Aportes institucionales que promueven la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas desde el sector justicia”, Editorial Serviprensa, Guatemala 2016.
- Caminando hacia un Pensamiento Político desde la Cosmovisión Maya. Editorial Pueblos Unidos, Guatemala 2008
- Código Municipal Decreto 12-2002. Organismo Legislativo Congreso de la República de Guatemala.
- Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala 1986.
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Triviales. En países independientes. 2006.
- Cultural Survival: <https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/justice-served-achuar-celebrate-victory-over-occidental>. Consulta realizada el 24 de enero de 2022.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 2007.
- Guía desde los Pueblos Indígenas para las Autoridades y Personal del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

Embajada Extraordinaria Itinerante de los Pueblos Indígenas. Presidencia de la República de Guatemala. Guatemala 2010.

- Normas de Pertinencia Cultural, Hacia la Interculturalidad, MSPAS, Guatemala, 2016.
- Ixchíu García, G. y Méndez Barillas, F. Manual de Acceso a la Justicia Penal con Pertinencia Cultural, Guatemala, 2016. Edición electrónica PDF
- Ley de Idiomas Nacionales, Decreto 19-2003 del Congreso de la República de Guatemala.
- Research: <https://www.iwgia.org/en/guatemala/4220-iw-2021-guatemala.html>. Consulta realizada el 24 de enero de 2022.
- Le Traitement du droit maya a travers l'histoire: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/482/prophette-droit.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Consulta realizada el 24 de enero de 2021.
- Justice Maya et Justice Occidentale: <https://journals.openedition.org/anthrovision/3976>.

Vulneración al principio de intervención mínima en los procesos penales de violencia contra la mujer en su manifestación física

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

Lic. Henry Alexander Paniagua González

El Estado de Guatemala a lo largo de las últimas décadas, con el objeto de generar mayor protección hacia sus ciudadanos, ha tratado de expandir diferentes áreas a resguardar, entre los que se puede resaltar, los derechos de personas LGBTIQ+ y de las mujeres, motivo por el cual la participación guatemalteca ha consistido en adherirse y ratificar instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

Sobre la defensa que se busca realizar hacia las mujeres se han aceptado dos cuerpos legales internacionales de suma importancia para el sistema de justicia especializado en este tipo de derechos, como lo son la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer, conocida como Convención De Belém Do Pará y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) por sus siglas en inglés.

Como consecuencia de haber ratificado las dos convenciones antes referidas, el Estado guatemalteco para proteger los derechos principales de las mujeres ha modificado su legislación interna, en el sentido de que el nueve de abril del año 2008, los diputados al Congreso de la República de Guatemala aprobaron la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, contenida en el Decreto 22-2008, lo que es una derivación que Guatemala ratificó la Convención De Belém Do Pará el cuatro de abril de 1995 por medio del Decreto 69-94 y la convención

CEDAW el 12 de agosto de 1982, a través del Decreto 49-82, ambos del Congreso de la República de Guatemala.

En ese orden de ideas, se puede afirmar que la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer es el cuerpo normativo general de mayor protección para las mujeres que habitan en el país, dado que las protege física, psicológica y económicamente, a pesar de que existen otras leyes, incluso anteriores a la mencionada, tales como la Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, Decreto 7-99, la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar y su reglamento, pero que lamentablemente no lograron cumplir los objetivos para las que fueron creadas, causando un marco frágil de protección de los derechos de las mujeres.

En relación al capítulo IV de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, el mismo contiene los delitos y sus respectivas penas, siendo estos: femicidio, violencia contra la mujer en sus manifestaciones físicas, sexuales, psicológicas y económicas. En donde se puede apreciar, sin necesidad de ser un docto en temas jurídicos, que los legisladores no hicieron una diferenciación entre la gravedad de las lesiones que se le pueden causar a una mujer, y a razón de esto, en esta ley únicamente se incorporaron delitos, no así faltas ni mucho menos medios alternativos de solución de conflictos.

Derivado de lo anterior, en la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, específicamente sobre el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, cualquier tipo de lesión ocasionada a una mujer, siempre que exista vínculo ya sea por relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación de trabajo, será delito, independientemente de los días que se provoquen de incapacidad para ejercer actividades laborales, esta situación se da aunque del golpe o lesión no se genere ninguna incapacidad para el trabajo.

En este sentido, resulta procedente mencionar los motivos por los cuales no se toma en cuenta el principio de intervención mínima dentro de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, primeramente, como órgano rector de la creación de las normas jurídicas, el Congreso de la República de Guatemala por medio de sus diputados decidieron no tomar en consideración el encuadramiento de hechos como faltas ni tampoco se implementan medidas alternas de solución de conflictos.

Lo recién indicado implica que en este aspecto en concreto, el Estado de Guatemala crea cierto retroceso para el derecho penal sustantivo, toda vez que utiliza como reacción estatal primaria al poder punitivo, y no como lo recomienda la doctrina penal, en donde se supone que se debe hacer uso de esta área del

derecho únicamente después de haberse agotado otras formas de solución de conflictos u otros mecanismos del Estado, con el objeto que se conozcan exclusivamente en la vía penal, hechos que tengan una importancia necesaria y no todas las conductas.

Es decir, en la ley en mención, al no regularse hechos como faltas, se genera una mora judicial que probablemente no tenga comparativa con otros órganos jurisdiccionales especializados, ya que por ejemplo, al momento de reprogramarse una audiencia intermedia y la persona sindicada se encuentra bajo medidas sustitutivas, la misma se señala, generalmente, para después de un año, con lo cual también se violenta el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

En este sentido se puede resaltar que Guatemala, por medio de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer trata de cumplir internacionalmente con los compromisos asumidos en materia de los derechos de las mujeres, pero a su vez, transgrede otras responsabilidades, especialmente en Derechos Humanos, como lo es el derecho para ser juzgado en un plazo razonable, establecido en el artículo 7 numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que al regularse como delito todas las agresiones contra las mujeres, se genera una mora judicial que imposibilita que una persona sea juzgada en un plazo prudente, como lo exige también la ley adjetiva penal.

A pesar de que incluso el artículo 14 de la Convención de Belém do Pará instituye que ningún precepto de dicha convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero los resultados de la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer han acarreado una evidente vulneración al derecho para ser juzgado en un plazo razonable, incumpliendo este importante derecho para toda aquella persona sindicada.

El hecho de que toda lesión provocada en el cuerpo de una mujer, por un hombre con el que exista algún vínculo, conlleva la espera de audiencias por más de un año en muchas ocasiones, al menos en los procesos penales que se llevan a cabo en la ciudad de Guatemala, es claro que esto se pudo evitar al regular algunos hechos como faltas y en consecuencia, se le hubiera dado competencia a jueces de paz y así descongestionar los juzgados de primera instancia, pero lamentablemente para el sistema de justicia la realidad es otra, en donde los juzgados especializados tienen agendas sumamente saturadas y materialmente no pueden cumplir con los plazos que ordena la norma adjetiva penal.

En el mismo sentido, al crearse la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer de forma indirecta se transgrede lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, puesto que en su artículo cuatro establece que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. (Unidas, 1966)

Lo que se traduce en que son múltiples los cuerpos legales internacionales que de una u otra manera establecen la obligación del Estado de actuar con la más mínima intervención del derecho penal, por esto mismo, se puede afirmar que los cánones supranacionales son claros y no se deben interpretar de distinta forma, pues es la vía que favorece a los ciudadanos de cualquier arbitrariedad estatal.

Aunado a lo anterior, la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer tampoco contiene métodos alternos de solución de conflictos, lo cual podría ser un respiro para aliviar la mora judicial, más tomando en cuenta que muchas veces se efectúan denuncias que posteriormente no terminan en la justicia que espera la denunciante, pero con este tipo de

solución de conflictos, casi de manera inmediata se le daría una respuesta a la agraviada y sería sinónimo de justicia para ella y para el aparato judicial.

Con los métodos alternos de solución de conflictos también se protegería la integración familiar y la protección a la familia como lo establece el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual indica que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, no obstante, de manera indirecta, la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, violenta este precepto constitucional al no darle el lugar que se merece a la familia, incluso en esta clase de procesos penales.

En este sentido se debe aclarar que muchas denuncias de violencia contra la mujer no concluyen en sentencias condenatorias, pero sí crean una alteración a la armonía familiar, tomando en consideración que cuando se empieza el proceso penal y el sindicado por algún motivo no puede acreditar debidamente su domicilio, queda en prisión preventiva o en los casos que sí puede acreditarlo, pero es el que comparte con la persona denunciante y no importa que sea el propietario, es alejado con la justificación de proteger la integridad de la supuesta agraviada.

Como segundo motivo por los cuales la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, vulnera el principio de intervención mínima, entrando al campo teórico, es que el Estado no quiere de ninguna forma alterar los compromisos que asumió en la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer, (Convención De Belém Do Pará) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) por sus siglas en inglés.

Referente a la Convención De Belém Do Pará, en el apartado de esta norma, que se puede tomar como los considerandos, indica que violencia contra la mujer debe ser estimada como una ofensa a la dignidad humana y que representa una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. En base a este marco considerativo, se interpreta que podría ser la fuente por lo que los legisladores guatemaltecos no hayan incorporado ningún método alternativo de solución de conflictos en la cuestionada ley, a pesar de que este mismo cuerpo legal internacional en su artículo 7 literal C, expresa que los Estados partes deben incluir en su legislación interna, normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

De esto se entiende que la Convención De Belém Do Pará les concede la facultad a los Estados para implementar acciones que no necesariamente impliquen utilizar al derecho penal, por lo que hasta resulta incongruente que no se hayan legislado métodos alternativos de solución de conflictos en la norma interna guatemalteca, ya que no representaría ninguna vulneración a la mencionada convención y más especialmente porque esta contiene en el inciso G del artículo 7, que los Estados partes deben crear mecanismos judiciales y administrativos, con la finalidad que las mujeres víctimas tengan acceso efectivo a reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, lo cual perfectamente se podría materializar mediante métodos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación extrajudicial.

Sobre la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) se puede decir que, al efectuarle un análisis, se denota que no existe prohibición alguna para normar faltas o métodos alternativos de solución de conflictos dentro de las legislaciones de los Estados partes.

Es decir, ninguna de las dos convenciones obliga al Estado de Guatemala para que todos los hechos que impliquen violencia física sean encuadrados como delitos, por lo que, fue una decisión que únicamente se les puede reprochar a los diputados que discutieron y aprobaron la Ley Contra el Femicidio y otras Formas

de Violencia Contra la Mujer, ya que para hacer uso del derecho penal, debieron haber considerado las instituciones penales aceptadas doctrinariamente, que han hecho evolucionar a los sistemas judiciales, como lo son los principios del derecho penal, en concreto el de intervención mínima y consecuentemente el de proporcionalidad, toda vez que si los diputados al Congreso de la República de Guatemala consideraron que no era pertinente regular la temática de los medios alternos de solución de conflictos, si era oportuno, por el principio de proporcionalidad establecer una periodicidad de días de incapacidad para realizar actividades cotidianas o laborales y a partir de ahí, hacer una diferenciación entre delitos y faltas.

Así pues, es importante entender qué es una falta en materia penal, a efecto de conocer cual es su diferencia con el delito, y en ese sentido, San Martín Castro, establece que:

Son simples injustos menores en relación con los delitos; no hay entre ambas diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales, pero como quiera que las faltas conciernen sanciones más leves, y están referidas a vulneraciones a bienes jurídicos, de menor intensidad, es del caso, tratarlas distintamente en función a la simple diferencia cuantitativa que existe entre ellos. (San Martín Castro, 2006. Pág. 1261)

Más allá de lo explicado, en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, una lesión que provoca un día de incapacidad para las actividades cotidianas puede ser sancionado de la misma forma que una lesión que conlleva 30 días, evidenciando una clara incongruencia en cuanto a la proporcionalidad de la pena.

En este orden de ideas, resulta procedente conceptualizar en que consiste el principio de intervención mínima y para el efecto según Quinteros Olivares es:

El Derecho Penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales. (Quintero Olivares, 1981. Pág. 48)

Dicho de otra manera, para llegar a utilizar al derecho penal, se deben agotar otras vías menos represivas para las personas sindicadas, por ejemplo, procedimientos administrativos, el derecho civil y cualquier otra alternativa que no implique una sanción devenida del poder punitivo del Estado, dicho de otra forma, es una obligación del Estado que no se haga uso del área penal, hasta después de utilizadas otras salidas menos represivas.

De esto se entiende que, el derecho penal debe ser ejecutado de manera exclusiva cuando se hayan agotado todos los recursos extrapenales y haciendo la aclaración que no es imperativo resguardar todos los bienes jurídicos, sino únicamente aquellos que generan un impacto para la sociedad, siempre y cuando el orden jurídico no pueda ser protegido por medio de soluciones menos radicales que las que impulsa el derecho penal.

Lamentablemente, los congresistas que aprobaron la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer no previeron las secuelas de obviar la distinción entre faltas y delitos, lo cual también se le puede reprochar a los diputados posteriores, ya que no se ha intentado modificar dicha ley para incorporar las faltas ni métodos alternativos de solución de conflictos, por lo que únicamente se trata de cumplir con los preceptos a que se obligó el Estado de Guatemala por ratificar la Convención De Belém Do Pará y la Convención CEDAW.

De manera pues, que la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer no contiene límites para la aplicación del *ius puniendi*, sino que privilegia los compromisos internacionales en materia de los derechos de las mujeres, por sobre aspectos penales sustantivos que se encuentran aceptados desde tiempos antiguos.

De lo anterior se desprende que los jueces, solamente son aplicadores de la ley y se deben a lo que la misma establezca, puesto que nadie es superior a la ley y especialmente porque su labor judicial se circunscribe a interpretar las normas y en base a ello, a emplearlas en los procesos penales a su cargo, haciendo necesario citar al autor Villegas Fernández:

Es el legislador el que ha de plegarse al principio de intervención mínima. A los tribunales sólo afecta en tanto que han de interpretar las normas de la forma en que resulte más favorable al reo. No obstante, este canon hermenéutico no precisa para su formulación del referido principio, sino que radica en la médula del sistema de justicia criminal nacido tras la Revolución Francesa. Por eso, si un juzgador estima que cualquier norma penal vulnera el principio de proporcionalidad, lo que tiene que hacer es plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Jamás, empero, inaplicarla, pues entonces estaría usurpando el papel del legislador y quebrando la división de poderes. (Villegas Fernández, 2009. Pág. 7)

En este sentido, se entiende que si algún juzgador especializado en materia de femicidio y violencia contra la mujer, es del pensar que la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer vulnera el principio de intervención mínima, lo único

que puede hacer es interpretar la norma en favor de la persona sindicada, lo cual no implica ni se pretende crear impunidad en este tipo de delitos, sino que se utilice al derecho penal en toda su esfera, es decir, haciendo uso de garantías y principios que tienen cabida en todos aquellos Estados Democráticos de Derecho y más aún, estimando que Guatemala es catalogado como un Estado de esta índole.

Debe entenderse entonces que el principio de intervención mínima en cuanto a su aplicación en el sistema de justicia le corresponde principalmente a los diputados al Congreso de la República de Guatemala y también al Organismo Ejecutivo, dado que es una política criminal estatal, ya que para hacer uso del derecho penal se deben crear instancias que no necesariamente tengan relación directa con el Organismo Judicial, sino que por ejemplo pueden ser campañas de prevención del delito desde el nivel escolar hasta conciliaciones extrajudiciales, a efecto de no saturar, el ya congestionado sistema penal guatemalteco.

Dicho de otra forma, la protección al principio penal de intervención mínima debe ser tomado como una política criminal de carácter general en donde se pretenda hacer uso del *ius puniendi* en su mínima expresión, ya que en la actualidad por la mayoría de personas sindicadas se crea la precepción que la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer se trata de una ley totalmente injusta y contraria al derecho de igualdad,

y que todo ello, se debe única y exclusivamente a los jueces, no obstante, como se explica en este artículo, estos son solamente operadores de justicia a quienes por mandato legal les compete aplicar esta norma en mención.

Por lo que, los juzgadores en base a lo antes explicado quedan ante una tarea compleja, pero que se puede subsanar de cierta forma, aplicando penas mínimas y cuando sea el caso, también conmutables, así pues, representaría un ingreso económico para el Organismo Judicial y se fomentaría la resocialización que pregonan el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, especialmente porque en el país se sufre de un hacinamiento excesivo en los centros de privación de libertad, en donde ejecutar eficientemente programas reeducativos resulta sumamente difícil y en consecuencia, está por demás decir que se está más cerca de alcanzar la resocialización en libertad, que reclusión en un centro donde no se tienen las condiciones estructurales ni técnicas para dicha finalidad constitucional.

Es decir, los juzgadores pueden tener una participación activa para reducir el impacto de la vulneración al principio de intervención mínima en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, puesto que, si bien es cierto, no se pueden hacer conciliaciones, pero si en caso se encuentra culpable a la persona acusada, se tienen las herramientas legales para no imponer penas incommutables.

Por otro lado, los legisladores, sí son quienes deciden ya sea de manera expresa o tácita cuando llamar a actuar al derecho penal como primera *ratio* o como última, mediante la fijación de los tipos y las penas, debido a que la única fuente de esta área del derecho es la ley.

A efecto de exponer que la aplicación del principio de intervención mínima le corresponde al Estado, principalmente a los legisladores, resulta oportuno explicar que cuando se tiene el deseo que utilizar al derecho penal como último recurso se plasma legislativamente el proceso correspondiente, tal como sucede con el delito de negación de asistencia económica regulado en el artículo 242 del Código Penal.

Con el delito de negación de asistencia económica, para llegar a juzgarse en un órgano de justicia penal, inicialmente, se debe haber agotado la vía de familia y las diferentes etapas conciliatorias, es decir, no se llama a actuar al derecho penal de primera mano, como sí ocurre con los tipos penales que se regulan en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer.

Lo anterior quiere decir que el Estado guatemalteco es el único responsable de que en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, las conductas que se regulan sean todas tipificadas como delitos sin acudir a verificar el daño causado, dejando de lado la proporcionalidad que exigen los

tipos penales, esto probablemente sea por el desconocimiento jurídico de los diputados que aprobaron esta norma interna, pues como es sabido, la Constitución Política de la República de Guatemala establece los requisitos para ser electo como diputado, y en ninguno de ellos, se exige tener conocimientos en materia jurídica.

En síntesis, la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer hace uso del derecho penal como primera opción, sin justificación alguna por parte del Estado, puesto que como se explicó anteriormente, el hecho de regular etapas de conciliación y encuadrar conductas como faltas, no constituye ninguna contraposición a la Convención De Belém Do Pará ni a la Convención CEDAW, por lo que este vacío legal no tiene razón jurídica dentro de la normativa penal interna ni tampoco con los cuerpos legales internacionales.

Referencias bibliográficas

- Quintero Olivares, G. (1981). Introducción al Derecho Penal. Parte General. Barcelona, España: Barcanova.
- San Martin Castro, C. (2006). Derecho procesal penal. Lima, Perú: Grijley .
- Villegas Fernández, J.M. (2009). ¿Qué es el principio de intervención mínima? España: Revista internauta de práctica jurídica número 23.

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala. (1986) Asamblea Nacional Constituyente.
- Unidas, O.de. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. s.e.
- Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer. Decreto 22-2008, Congreso de la República de Guatemala, 2008.

La Criminología en el proceso penal de adolescentes

M.Sc. Carlos Ernesto Molina Obregón

El presente trabajo se basó en un análisis jurídico acerca de los aspectos redundantes entre la Criminología y el proceso penal de adolescentes, lo que sin duda en algunos casos refiere al Derecho Penal y todas sus esferas.

Se estableció el concepto general de Criminología, política criminológica, Derecho Penal de Riesgo entre otros, así como la relación entre ambas ciencias y la afectación que tiene en el proceso penal de adolescentes.

Posteriormente se realizó una descripción de los principios fundamentales, garantías y prerrogativas que operan en la justicia penal de adolescentes y el común denominador para la comisión de delitos que es la pobreza que radica en el país.

Finalmente se detallaron los aspectos más relevantes de la Criminología con relación al Derecho Penal de adolescentes, resaltando la forma en que la Criminología permite realizar una defensa técnica mucho más completa y acorde a la realidad.

La Criminología se encuentra ligada epistológicamente al Derecho Penal ya que sus postulaciones nutren la creación de políticas criminológicas que provoca la creación de políticas públicas que obedecen a la necesidad que siente la sociedad de sentirse protegida.

Es allí donde radica la relación existente entre ambas ciencias que permite al abogado una mejor defensa técnica, al apoyarse científicamente en aspectos criminológicos, para argumentar de mejor manera al solicitar la modificación de la situación jurídica de las personas con relación a los hechos cometidos.

En la justicia penal de adolescentes existe mucha reincidencia debido a la situación coyuntural que vive el país actualmente, específicamente con relación a maras y pandillas, que son un elemento principal para determinar las causas por las que cometen más delitos los adolescentes al igual que la pobreza.

Todos estos aspectos criminológicos se resumen en figuras como el Derecho Penal de Riesgo, el expansionismo o inflación penal y el Derecho Penal Simbólico que afectan directamente el que hacer del Abogado Defensor.

Pero sabemos que el Derecho Penal es dinámico y siempre evoluciona por lo que el contar con una ciencia como la Criminología para el respaldo de nuestros argumentos permite tener la certeza que nos espera un gran futuro.

Relación entre la Criminología y el Derecho Penal

Los inicios de la criminología como ciencia se pueden rastrear hasta el siglo diecinueve épocas consideradas como la escuela clásica del positivismo criminológico, con el autor italiano Ezechia

Marco Lombroso más conocido por el seudónimo de Cesare Lombroso, Médico de profesión además de Criminólogo quien revolucionó la Criminología con la teoría del “*homo criminalis*.”

Posteriormente sería considerado como precursor de la Antropología Criminológica y de la Criminología moderna, sin excluir los avances obtenidos por sus predecesores, entre ellos los mismos Platón, Aristóteles, Santo Tomas de Aquino y más recientemente Adolphe Quételet con su obra la Física Social, el Neurólogo Broca en 1869 además de Ferri y Garofalo.

Sin embargo, fue Lombroso quien recibió dicho llamado con el “Tratado antropológico experimental del hombre delincuente” en 1876 donde puede considerarse que nace la criminología de manera científica.

Con relación al Derecho Penal se le atribuye al Doctor Antonio García-Pablos de Molina citado por Saavedra, marcar tajantemente la diferencia entre la Criminología y esta rama, indicando que:

“La Criminología pretende conocer la realidad para explicarla. El Derecho valora, ordena y orienta aquella con arreglo a una serie de criterios axiológicos. La Criminología se aproxima al fenómeno delictivo sin prejuicios, sin mediaciones, procurando obtener una información directa de éste.” (Saavedra, 2016. Pág. 15)

Esta afirmación permite establecer que la Criminología es una Ciencia de carácter reciente, que en algún momento fue cuestionada su autonomía e independencia, pero que definitivamente cumple con todas las prerrogativas que conlleva poder afirmar que ha alcanzado una identidad social y científica.

Entonces se puede determinar, según Navarrete, que la Criminología:

“Es la ciencia que se ocupa del estudio e investigación del fenómeno criminal y de sus procesos inmanentes, los cuales incluyen a la delincuencia, el mecanismo de las conductas delictivas y victimales, así como las formas principales de reacción y de control social, se prioriza la prevención de la delincuencia y los comportamientos antisociales concretos, estos últimos referidos a la interacción dialéctica de los transgresores con las víctimas”

De este concepto se puede comprender entonces que la función de la Criminología es informar a la sociedad y poderes públicos, acerca del delito, el delincuente, la víctima y el control social de manera de comprender científicamente el problema criminal de dicho delito para prevenirlo, es decir, que a partir del estudio de la Criminología surgen políticas de prevención criminal de manera general que al materializarse producen la creación de

cuerpos legales a través del proceso legislativo, allí es donde se relaciona la Criminología con el Derecho Penal.

Entonces comparativamente, la Criminología estudia las causas del delito en el nivel del ser y el Derecho Penal analiza la aplicación de la pena por el delito cometido en el nivel del deber ser, la Criminología utiliza un método empírico inductivo y el Derecho Penal un método dogmático, abstracto-deductivo.

Según Heisenberg:

“En la ciencia, el objeto de investigación no es la naturaleza ni la sociedad en sí misma, sino la naturaleza o sociedad sometida a la interrogación de los hombres, es decir las teorías y modelos científicos no son más que creaciones humanas hechas a nuestra imagen y semejanza para tratar de explicarnos la naturaleza o sociedad a nosotros mismos.”

Como se explica en este concepto, el objeto de la ciencia es explicarnos a nosotros mismos como sociedad la naturaleza de las cosas, el objeto de la Criminología es tan amplio y ha evolucionado a través del tiempo como su concepto, con la ampliación de la Criminología de la reacción, el objeto de esta abarca un sin número de campos y disciplinas de estudio, lo que hace sumamente difícil, por no decir imposible determinarlo.

Existe entonces una íntima relación entre la Criminología y el Derecho penal a través de la política criminal, aunque tengamos claro el objeto del Derecho Penal, el cual evito mencionar por ser de amplio dominio, según Saavedra es importante mencionar las siguientes afirmaciones:

1. La Criminología está llamada a aportar el sustrato empírico del Derecho Penal.
2. La política criminal está convocada a transformar la experiencia criminológica en opciones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos.
3. El Derecho Penal convierte en proposiciones jurídicas, generales y obligatorias los saberes criminológicos modelados por la política criminal con estricto respeto a los derechos humanos individuales. (Saavedra, 2016. Pág. 26)

Finalmente, al observar las afirmaciones que anteceden, se puede indicar lo amplia que es la relación entre la Criminología y el Derecho Penal a través de la política de prevención criminal, brevemente explicada, la importancia que denota reluce la simbiosis que existe entre estas dos ciencias.

La Criminología en el derecho penal de adolescentes

El proceso penal de adolescentes está revestido de principios y procedimientos especiales, por el hecho de tratarse de seres

humanos en desarrollo, lo que genera un sentido diferente al momento de tratar de aplicar la Criminología a los adolescentes, ya que no son aplicables teóricamente al igual que a los adultos.

En Guatemala, las sanciones de privación de libertad para adolescentes establecen diferentes regímenes, iniciando por el cerrado donde no tienen derecho a salir del centro de internamiento, evolucionando de acuerdo al principio de progresividad a régimen semi abierto que permite a los adolescentes salir a un centro de capacitación para aprender oficios que les ayuden a reinserirse más fácilmente en la sociedad y finalmente el abierto que autoriza a los adolescentes a salir durante el día y regresar al centro por la noche que realmente no se aplica por falta de infraestructura y recurso humano.

En muchos de los casos los adolescentes reinciden en virtud que los motivos que los llevaron a cometer el delito persisten y no hay respuesta clara a sus problemas sociales, ya que no existen programas que permitan acceder a un trabajo digno.

Actualmente existen programas dentro de los centros de privación de libertad que capacitan a los adolescentes sancionados en áreas como panadería, computación serigrafía o cultoras de belleza en el caso de adolescentes femeninas, que permite una adecuada reinserción familiar y en la sociedad a

través de un trabajo digno de manera tal de evitar que vuelvan a cometer delitos.

En caso contrario hay adolescentes que han sido objeto de violencia por parte de grupos disociales, al negarse a seguir perteneciendo a los mismos, perdiendo incluso la vida o volviendo a delinquir recayendo en la jurisdicción de adultos.

Al desclasificar a los adolescentes del resto de la población general, a través del principio del interés superior del adolescente, se impide la aplicación de políticas de prevención criminal creadas para adultos y se obliga a las autoridades, a través del principio de especialización a analizar criminológicamente de manera distinta a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Pero el alto número de adolescentes involucrados en la comisión de delitos radica en que los motivos que los llevaron a cometer el mismo persisten al no haber respuesta a los problemas sociales que inicialmente los llevaron a entrar en contacto con la ley penal.

Los aspectos criminológicos más comunes con relación a los delitos cometidos por adolescentes inician con el ciclo de la pobreza, el cual inicia con escasos de trabajo que obliga a los progenitores a abandonar sus hogares por largas jornadas laborales descuidando de esa manera a los adolescentes quienes por su corta edad no saben utilizar su tiempo libre de manera asertiva.

Muchas veces son reclutados por pandilleros que los amenazan con matar a familiares cercanos, prácticamente son engañados y por la falta de madurez psicológica acceden a cometer delitos con la intención de salvaguardar la vida de sus seres queridos, iniciando así en la vida criminal.

En otras ocasiones al estar sin supervisión les ofrecen dinero por supuestos favores a las maras o pandillas con lo cual ingresan a la misma, deslumbrando su futuro al obtener dinero fácil y acceso a alcohol, drogas y mujeres que ya pertenecen a las mismas.

Cabe resaltar que hago distinción entre maras y pandillas, porque en Guatemala es tan fuerte el sentido de pertenencia a la “mara salvatrucha” o “pandilla del barrio 18” que se ofenden si se les denomina de manera equivocada o inversa, lo que demuestra el arraigo con el que se desenvuelven, lo cual es un aspecto criminológico muy importante.

Algunas veces cuando indican que desean abandonar la pandilla son silenciados a través de actos violentos o incluso tatuajes en la cara para evidenciar más el sentido de pertenencia a las mismas y en otras ocasiones cuando la negativa es muy fuerte terminan acabando con su vida o la de sus familiares.

El común denominador siempre es la pobreza y la desatención por parte de los progenitores, ya que esto genera que los adolescentes tengan que buscar un medio para obtener dinero o respeto en las calles malgastando su tiempo en vicios inútiles que incluso les ocasiona la muerte.

Cuando se trata de pandilleros de alto rango, la situación cambia ya que todo lo hacen por la pandilla y su territorio generando altos índices de violencia con pandillas rivales, ya que este sentimiento de pertenencia (cora) supera incluso el amor que sienten por sus familias o cualquier relación de otra índole, toda su vida gira en torno a la pandilla resultando casi imposible retomar su vida normal.

Ha habido casos de pandilleros que se han resocializado satisfactoriamente e incluso se han vuelto pastores religiosos, hay un caso en especial el cual presentó un proyecto al Congreso de la República para la creación de una Organización No Gubernamental con la cual busca ayudar a otros adolescentes que han sufrido un proceso penal de adolescentes ofreciéndoles vivienda temporal y oferta laboral.

La criminología es una ciencia muy amplia, razón por la cual este artículo enumera únicamente algunos aspectos generales que son comunes a los diferentes delitos cometidos por

adolescentes, asesinato, homicidio, extorsión, portación ilegal de armas de fuego o de municiones de uso exclusivo del ejército el cual es sumamente común en la actualidad.

Todo esto sucede siempre bajo la observancia del Defensor Público para garantizar el respeto de los derechos humanos y las prerrogativas de las que gozan los adolescentes en Guatemala, pero cuales son estas.

El sistema de protección integral reforzado a favor de los adolescentes, busca entonces, a través de la idoneidad de la sanción en cada caso concreto y la implementación de herramientas psicológicas y pedagógicas, que garanticen que el adolescente comprenda la gravedad del delito cometido, muestre arrepentimiento y empatía con la víctima, y asegurar que no corra riesgo su integridad física al momento de reinsertarse en su comunidad y prevenir la comisión de nuevos delitos para que no vuelvan a ser captados por grupos criminales o sean víctimas de la irresponsabilidad de sus padres.

Habiendo dicho esto, éstas prerrogativas se encuentran contenidas en diferentes tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado de Guatemala, como la Convención sobre Derechos del Niño, las reglas mínimas para la administración de justicia de menores de la Organización de las Naciones Unidas conocidas como “Reglas de Beijing” las directrices de la ONU

para la prevención de la delincuencia juvenil conocidas como las “Directrices de Riad” las reglas mínimas de la ONU sobre medidas no privativas de libertad conocidas como “Reglas de Tokio” y la propia Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, que de manera integral incluye el control de convencionalidad y el bloque constitucional respectivo.

Uno de los principios más importantes del derecho penal de adolescentes y el más conocido es el principio del interés superior del niño, contenido en el artículo tres de la Convención Sobre Derechos del Niño que establece:

Artículo 3. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá, será el interés superior del niño. (Organización de las Naciones Unidas, 1989. Pág. 3)

Como se puede apreciar la Convención Sobre Derechos del Niño garantiza a los menores de edad un trato preferencial al ser sometidos a proceso penal, ya que están investidos de un sistema de protección integral reforzado, en virtud de ejercer una capacidad semi autónoma por no contar con la mayoría de edad.

Este obliga a los Jueces especializados en esta materia, a que resuelvan con base en este principio de manera obligatoria, sin necesidad siquiera de ser invocado por los abogados defensores, es decir, que los jueces deben ejercer el control de convencionalidad de manera ex officio a través del control difuso del poder judicial.

Caso contrario, generarían responsabilidad como representantes del Estado de Guatemala al incumplir la Convención sobre Derechos del Niño por haber ratificado dicho convenio; la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia consecuentemente, también invoca el principio del interés superior en dos artículos, los artículos cinco y ciento cincuenta y uno desarrollando este principio:

Artículo 5. Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez. Artículo 151. Principio de interés superior. Cuando a un adolescente puedan aplicársele dos leyes o normas diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable para sus derechos fundamentales. (Congreso de la República de Guatemala, 2003. Pág. 16)

Cabe resaltar que el artículo ciento cincuenta y uno de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, es el equivalente al principio de irretroactividad en la jurisdicción de adultos, que establece, que debe aplicarse la norma penal más favorable al reo, en este caso a los adolescentes, pero con la diferencia que en dicha aplicación debe observarse obligatoriamente el principio del interés superior del niño.

Además, el artículo cinco de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, abre las puertas de aplicación a casi todos los ámbitos en la materia, y de hecho así es, ya que la interpretación que se le puede dar, enumera una gran cantidad de posibilidades que puede abarcar instituciones legales de diferentes ramas del derecho.

Así mismo existen diferentes ámbitos de aplicación específicos del sistema de protección integral reforzado, que obligan al órgano jurisdiccional a tomar en cuenta su opinión como sujeto de derecho, que es en donde principalmente radica la relevancia de este principio.

Otro principio que opera en la jurisdicción de adolescentes en conflicto con la ley penal, que se encuentra íntimamente relacionado con el interés superior del niño y las políticas de prevención criminal, es el principio de diferenciación, el mismo

indica, que los adolescentes están ubicados en la sociedad, en un grupo de alta vulnerabilidad, debido a la falta de madurez psicológica, por lo que su responsabilidad penal es distinta a la de los adultos.

Esto se logra a través de un derecho preminente de los adolescentes sobre las demás personas, incluso sobre el derecho de las víctimas, así como de un trato preferente, en virtud de ejercer parcialmente sus derechos por falta de capacidad legal, la cual se obtiene con la mayoría de edad y se ejerce de manera semi autónoma.

La capacidad de los adolescentes es semi autónoma, ya que la misma evoluciona con la edad cronológica del adolescente, conforme adquiere madurez psicológica, es por ello tan importante el uso de pruebas periciales como la psicología forense que permite sustentar científicamente el desarrollo psíquico incompleto.

Esto permite comprender de mejor manera, que los adolescentes en conflicto con la ley penal muchas veces terminan siendo víctimas de abusos por parte de adultos o incluso de sus propios progenitores, por eso los que adquieren la mayoría de edad dentro de los centros de privación, deben ser separados de los adolescentes menores de edad, para evitar que sean revictimizados o violentados sus derechos, incluso dentro de los centros de privación de libertad.

Aspectos criminológicos del Derecho Penal como defensor público

Dentro del Derecho Penal la Criminología ejerce un papel muy importante para el defensor público, desde el conocimiento de las escuelas clásicas criminológicas para entender las tendencias y como sistematizaron todas estas teorías adocrinándolas consolidadamente, postulando diferentes instituciones jurídicas como la escuela clásica, positiva y ecléctica entre otras que nutren epistemológicamente al Derecho Penal.

Otro aspecto importante para los abogados defensores es la política criminológica por los diferentes niveles que manejan los estudios ético-político-filosóficos sobre la justicia penal y los castigos que deben recibir los que se desvían de esta política coyunturalmente.

Según Saavedra son:

Un conjunto sistemático, cohesionado y consistente de decisiones de política gubernamental basadas en el análisis científico-social del fenómeno criminal, construidas con la participación del Estado y la sociedad. (Saavedra, 2016. Pág. 31)

Un concepto sencillo pero que desglosa diferentes elementos es el que indica que la política criminológica comprende estrategias estatales de fondo tendientes a neutralizar las acciones antijurídicas, así como las diferentes medidas de justicia que surgen a raíz de la evidente ineficacia del sistema penal.

Por otra parte, la política criminal son las tácticas y planeaciones desplegadas en contra de las personas que realizan actividades delictivas, pero es la política criminológica una nueva forma de aplicar la política, es decir que ya no es exclusiva del Estado, como si lo es la política criminal, lo cual es muy importante para el abogado defensor y la sociedad en general.

El hecho que la política criminológica forme parte de las políticas públicas coadyuva al Estado a tomar decisiones para prevenir la criminalidad dirigida a reformas sociales e institucionales definiendo políticas sociales y penales en materia de prevención de la violencia y delincuencia, por lo que realmente define la punibilidad como forma de control a través del Derecho Penal.

Esta nueva tendencia entonces busca desplazar a la política criminal que se limita cada vez más a ser eficaz con la ejecución de la sanción, al abarcar elementos integralmente, lo cual es importante para el abogado defensor público al estudiar desde la praxis el perfil del sujeto activo para justificar modificaciones al tipo penal por ejemplo y socializando los resultados en las diferentes capacitaciones del que somos objeto.

Según Paladines citando a Risikogesellschaft:

“Emerge la sociedad del riesgo como un nuevo estadio de la modernidad en cuyo desarrollo no se reparten riquezas, sino riesgos. Surge un mapa indefinible entre los riesgos y los

peligros, los cuales son asimilados bajo el mismo estándar de producción y potencial consecuencia dañina.”

Si bien los riesgos han existido a lo largo de la historia, en la actualidad la sociedad vive en medio de una psicosis por su integridad física, su familia y sus bienes por la delincuencia, hecho que hace que exija seguridad, lo que permite ingresar a este escenario a la dogmática penal, de donde se han generado corrientes que adelantan las barreras de protección al considerar que somos potencialmente peligrosos creando el Derecho Penal de riesgo.

El dilema de esta tendencia a la que nos enfrentamos los abogados defensores es si el riesgo es real o solo imaginación del Estado que provoca la maximización del derecho penal de riesgo, expansionismo o inflación penal, creando juzgados de mayor riesgo y legislando a favor de crear nuevos delitos lo que deriva en totalitarismo o Derecho Penal simbólico.

Si bien el Derecho Penal está llamado a resolver los conflictos penales, la pregunta sería si el derecho penal está llamado a ocuparse de riesgos futuros, ya que por su naturaleza el mismo es reactivo, algunos autores indican que el Derecho Penal siempre llega tarde porque los silogismos jurídicos están creados para reaccionar después de haber cometido un hecho delictivo, pero esa sería la pregunta para una nueva investigación.

La Criminología y el Derecho Penal están íntimamente ligados debido al carácter de dichas ciencias que permiten fusionar el desenvolvimiento de ambas dentro de las mismas esferas para velar y aplicar tendencias epistemológicas afines.

La justicia penal juvenil se ve sumamente afectada por las condiciones coyunturales del país, sin embargo, no hay estudios criminológicos que permitan establecer seriamente los motivos por los cuales los adolescentes siguen cometiendo delitos relacionados con maras y pandillas.

La función del Abogado Defensor se encuentra fundamentada por la Criminología, de tal manera que en la práctica debe hacer uso de la misma para variar los tipos penales al analizar, con la ayuda de un experto, los perfiles de los sujetos sometidos a proceso penal.

Referencias bibliográficas

- Rodríguez Barrillas, Alejandro, (2020). Estrategias de defensa en la etapa de Ejecución de Sanciones de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.
- Rodríguez Barrillas, Alejandro, (2018). Estrategias de defensa en delitos atribuidos a Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.
- Saavedra, Hugo Roberto, (2016). La Criminología y la Defensa Técnica Penal. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala
- Baratta, A. (1986). Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires, Argentina Siglo XXI.
- Baratta, A. (1985). Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Montevideo, Uruguay.
- Baratta, A. (2004). Criminología y sistema penal (comp., InMemoriam, pp. 1-30). Montevideo, Uruguay.
- Pnud (2013). Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. Nueva York, E.E.U.U.

Módulos

- Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos UNIFOCADEP, (2008). Criminalística. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.
- Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos UNIFOCADEP, (2016). Psicología Forense. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.
- Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos UNIFOCADEP, (2008). La prueba en materia penal. Instituto de la Defensa Pública Penal, Guatemala.

Diccionarios

- Ossorio, Manuel, (1981). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires, Argentina.

Leyes

- Asamblea Nacional Constituyente, (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala, Guatemala.
- Organización de las Naciones Unidas, (1989). Convención Sobre Derechos del Niño. Nueva York, Estados Unidos de América.
- Congreso de la República de Guatemala, (2003). Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Guatemala, Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala, (2020). Iniciativa de Ley para reformar el Código Penal. Guatemala, Guatemala.

La intervención del abogado defensor público en el procedimiento específico del juicio por faltas

M.Sc. Jorge Emmanuel Méndez Fuentes

Para el abogado defensor guatemalteco, el derecho penal, es una rama apasionante, llena de información, doctrina, práctica, legislación, esa lucha constante para poder conseguir una sentencia absolutoria a favor de nuestros usuarios, a quien nos debemos, sin duda alguna, el abogado defensor en esta área debe ser proactivo, eficaz, de reacción inmediata, a toda costa evitar la divagación, ya que, en un breve descuido, tenemos al fiscal y su teoría por delante de nosotros. Para ello, el abogado defensor debe entrenarse, entrar al campo de batalla y ganarla en lo posible, o al menos, conseguir el mejor beneficio para el usuario.

En reiteradas ocasiones se estudian las fases del proceso penal (etapa preparatoria, intermedia, juicio oral y público, impugnaciones y ejecución) y a veces nos olvidamos de estudiar y analizar los procedimientos específicos que también son sumamente importantes. El código procesal penal regula en su libro cuarto los procedimientos específicos, contrario al común, se aplican estos procedimientos a casos determinados con características distintas, en donde el procedimiento común no es la mejor herramienta para poder darle solución al conflicto planteado, por ello, la ley adjetiva penal ha creado una serie de procedimientos sumarios, dentro de estos, se encuentra el juicio de faltas.

Los abogados defensores constantemente convergen con usuarios con conflictos de esta naturaleza, se podría decir, que son los problemas legales más habituales que tienen las personas que de alguna u otra forma, cometen una falta, o son objeto de denuncias en su contra. En muchas ocasiones, los abogados suelen tener ciertas dudas ya que se han observado a lo largo de la práctica, diversos criterios jurisdiccionales, que hacen cada vez más difícil esa actividad interpretativa en cuanto al procedimiento a seguir en un juicio de faltas; lastimosamente el código procesal penal no contempla un procedimiento exclusivo para desarrollar el juicio de faltas, por ello, se ha interpretado que deben aplicarse las mismas normas que rigen para el debate del proceso común, cuando se convoque a juicio oral y público en este procedimiento.

Guatemala tiene una cobertura judicial y fiscal total, ¿Qué quiere decir esto? que en todos los municipios se encuentran instalados juzgados de paz y Agencias Fiscales, el primero para conocer asuntos de su competencia según el artículo 44 del Código Procesal Penal, que se analiza más adelante y el acuerdo de creación de las agencias fiscales que promueven la persecución penal dentro de las localidades determinadas. El objetivo de obtener una justicia pronta y cumplida, es en realidad visualizar una correcta interpretación y aplicación de la ley, además, de la estricta observancia a los derechos fundamentales e interamericanos de las personas sometidas a

procesos judiciales, teniendo como premisa fundamental que las resoluciones emitidas tengan esa estrecha relación con la justicia y enfocadas al marco legal según la materia, aplicando ese control constitucional y convencional que son parte de la actividad difusa que deben observar estrictamente los jueces.

Por esa razón, se ha dado la necesidad e importancia de abordar sobre el análisis de la intervención del defensor en el procedimiento específico del juicio por faltas, ya que, desde allí, puede desenvolverse un criterio propio del abogado defensor, que permita tomar decisiones coherentes frente a procesos penales, ya que en diversos casos los procedimientos se vuelven tediosos y son innecesarios, recordando que el derecho penal debe ser aplicado en ultima ratio. Por ello, al establecer que una acción es calificada como falta o un delito que deba tramitarse por dicha vía, se describe el actuar e intervención del abogado defensor frente a este procedimiento específico que carece de literatura amplia.

Análisis jurídico del juicio de faltas

El juicio de faltas representa un mero proceso que deviene de una serie de procedimientos regulados en la ley adjetiva penal. Tal como lo describe el Dr. Lapoyeu y el licenciado Edy Godoy al definir:

Como una vía especial, diferente al procedimiento común u ordinario para dirimir los conflictos penales con celeridad, sencillez y acorde a la política criminal del Estado, cuando el sindicado no denota una alta peligrosidad o ha realizado un acto antijurídico que no es de impacto social. (Lapoyeu López & Godoy Lopez, 2020. Pág. 23)

Con dicha percepción, los autores relacionados describen un procedimiento simplificado, sin mayores formalismos, que contribuye con el principio de economía procesal. Si bien es cierto, el proceso de faltas es un proceso sencillo y con celeridad, que son características peculiares que lo distinguen del procedimiento común, tomando en cuenta que, este procedimiento específico carece de una etapa preparatoria e intermedia como tal, pero debe tomarse el cuidado respectivo y la estricta observancia a los principios y las características propias de todo el proceso penal común.

Asimismo, se debe considerar entonces que una falta es una acción típica, antijurídica, culpable, imputable y punible levemente, que se tramita ante un proceso específico simple.

Ahora bien, el abogado defensor en esta clase de procedimiento específico debe tomar en cuenta lo regulado en el artículo 44 del Código Procesal Penal, que regula la competencia específica de los jueces de paz, veamos: “Artículo 44. Juez de Paz Penal.

Los jueces de paz penal tendrán las siguientes atribuciones: a) Juzgarán las faltas, los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya pena principal sea de multa conforme el procedimiento específico del juicio por faltas que establece este Código. (...)” es decir, que los jueces de paz deberán conocer estos tres aspectos importantes: las faltas: Las faltas son parte del libro tercero del código penal y se encuentran reguladas por categorías: 1) Faltas contra las personas; 2) Faltas contra la propiedad; 3) Faltas contra las buenas costumbres; 4) Faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones; 5) Faltas contra el orden público; 6) Faltas contra el orden jurídico tributario (derogado); 7) de las faltas electorales; los delitos contra la seguridad del tránsito: Se contempla otro rubro que son los delitos contra la seguridad del tránsito, y básicamente estos son delitos de peligro que se suscitan especialmente por poner en riesgo bienes jurídicos protegidos como la vida, la integridad física ajena y propia, tomando en cuenta que estos son producidos por la conducción de vehículos automotores. El código penal establece tipos penales que tratan de proteger la seguridad del tránsito tales como: 1) Responsabilidad de conductores (Artículos 157 y 157 bis CP); 2) Responsabilidad de otras personas (Artículo 158 CP); 3) Explotación ilegal de transporte urbano o extraurbano de personas (Artículo 158 bis). Aquellos cuya pena principal sea de multa: Existe una diversidad de delitos penados únicamente con multa, no solo en el código penal sino también en las leyes penales especiales; esta

particularidad en los delitos determina que su logística procesal debe ventilarse en el procedimiento de faltas correspondiente, es decir, el competente para conocer, tramitar y resolver será el juez de paz. Algunos ejemplos de delitos con pena de multa: Agresión (Artículo 141); omisión de auxilio (Artículo 156); responsabilidad de conductores (Artículo 157); exhibiciones obscenas (Artículo 195); defraudación en consumos (Artículo 269), entre otros.

El abogado defensor debe tomar en cuenta siempre este artículo para identificar la competencia del órgano jurisdiccional que deberá conocer un asunto determinado; cabe hacer una anotación, en cuanto a que existen ciertas dudas conforme a la competencia para conocer el delito de responsabilidad de conductores especialmente cuando exista un daño material o físico, debido a esa implementación al código penal que realizó el Decreto número 45-2016 del Congreso de la República, Ley para el Fortalecimiento de la Seguridad Vial. Se ha venido discutiendo sobre la competencia que tienen los juzgados de paz en base a este precepto jurídico, ya que surge la duda específica sobre ¿Qué órgano jurisdiccional deberá de conocerlo? Ya que el hecho de cometer un delito de responsabilidad de conductores con daño material o físico constituye, ya no solo una pena de multa sino también una de prisión, por ejemplo, en un asunto determinado, se comete el delito de responsabilidad de conductores causando daño material, si fue en el área urbana, surge la duda, ¿Deberá conocer el juez de paz que conoce delitos menos graves y por

ende llevar a cabo tal procedimiento? O si el hecho surgió en un municipio o área rural en horas inhábiles en el cual no cuenta con la competencia ampliada para conocer delitos menos graves y por ende ¿Deberá conocerlo el juzgado de primera instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente departamental? Se ha observado que el criterio de algunos impartidores de justicia radica especialmente que el juez de paz no es el competente para conocer esta clase de ilícitos penales ya que lleva consigo una pena de prisión, precisando que el juez de paz solo puede imponer multas (cuando no tiene ampliada la competencia para conocer delitos menos graves) remitiendo a los juzgados penales de primera instancia.

Se torna discutible tal criterio, y dándole respuesta a las interrogantes anteriores, para poder determinar la competencia como tal, la misma se regula en los artículo 44 y 488 del Código Procesal Penal, ya que el primero regula dentro de su contenido que el juez de paz conocerá: (...) los delitos contra la seguridad del tránsito (...) Básicamente este tipo de delitos deberá tramitarse por la vía de las faltas, conociendo entonces un juez de paz respectivamente, tal norma produce una interpretación extensiva o *numerus apertus* que habilita al juez de paz conocer los delitos contra la seguridad del tránsito aunque estos lleven aparejada una pena de prisión. (Lapoyeu López & Godoy Lopez, 2020).

Cabe agregar que ese mismo criterio ha sostenido la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente número 01004-2017-00536 que resuelve duda de competencia planteada por el Juzgado Segundo de Paz del municipio de Mazatenango del Departamento de Suchitepéquez. “Al explicar que los juzgados de Paz son los competentes para conocer de los delitos contra la seguridad del tránsito sin importar el tipo de sanción que éste acarrea, en cualquiera de sus modalidades. Si bien la modalidad del delito de responsabilidad de conductores objeto de análisis contempla una pena de prisión y no de multa como las otras esto no significa que esa variante deba ser tramitada conforme al procedimiento para delitos menos graves que establece la ley. (Lapoyeu López & Godoy Lopez, 2020. Pág. 154)

Plazo para presentar a una persona por faltas

Como todo procedimiento jurídico contiene formalidades y plazos de estricta observancia, el procedimiento específico del juicio por faltas tiene diversos plazos que generan celeridad y sencillez, en base a la premura del tiempo regulado en la ley. En cuanto al fundamento constitucional, el artículo 11 de la Constitución Política de la República regula que por faltas o por infracciones a los reglamentos no deben permanecer detenidas las personas, es decir, este precepto jurídico constitucional pone como regla principal que la libertad es la regla general y la prisión es la excepción. El mismo artículo determina que

el sindicato debe ser plenamente identificado por medio de documentos, testimonio de persona de arraigo o por la propia autoridad. Posteriormente la autoridad policial deberá informar al juez de paz y prevenir al supuesto infractor para que comparezca ante el juez dentro del plazo de cuarenta y ocho horas hábiles siguientes.

La Corte de Constitucionalidad ha asentado doctrina legal referente al contenido constitucional de este artículo:

(...) La Policía Nacional está facultada para detener a personas, a quienes sorprenda en hechos o actividades ilícitas; sin embargo, en actos que constituyen infracción a reglamentos debe evitar la detención de personas cuya identidad pueda establecerse, limitando su cometido, como lo expresa el artículo 11 constitucional, a dar parte a juez competente, previniendo al infractor para que comparezca ante él dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles siguientes. En este caso, siendo que la autoridad reclamada, consigna a las personas por infracción al reglamento que autoriza a circular como taxistas, sin concederles la oportunidad que prevé el artículo 11 citado, su conducta excede los límites de sus facultades, lo cual representa, para el accionante, una evidente amenaza de violación a sus derechos al ejercer la misma actividad de las personas que fueron consignadas.¹ (Instituto de Justicia Constitucional, 2019. Pág. 33).

1 Corte de Constitucionalidad. Expediente 139-98. Fecha de Sentencia: 01/10/1998

Asimismo, la misma Corte ha interpretado el artículo 11 relacionado en la siguiente doctrina legal:

(...) esta etapa el accionante -ahora postulante- tuvo la oportunidad de rendir declaración y presentar la documentación que estimó pertinente; al haber concluido la investigación correspondiente, la autoridad impugnada, basándose en el informe rendido por la jueza Pesquisidora, así como en los documentos presentados, consideró que la conducta del antejuiciado se encuadraba en hechos que la ley penal tipifica como delito, estimando que: “(...) de lo informado por la jueza Pesquisidora, realizado el examen de rigor, se estima lo siguiente: a) el juez antejuiciado al recibir la aprehensión del señor O.R. no tipificó objetivamente los hechos, ya que en su declaración indica” por lo que habiendo yo presentado denuncia en contra de este señor no podía ni siquiera tipificar las actuaciones sin embargo lo hice dándole una calificación lo menos gravosa posible ...”. tipificándolos como una falta contra las personas y una falta contra el orden público”, enviándolo a la Cárcel de Máxima Seguridad El Boquerón, Cuilapa, Departamento de Santa Rosa, excusándose inmediatamente de conocer del caso; b) por haber ordenado el juez antejuiciado el traslado del sindicado a la cárcel antes indicada, se solicitó exhibición personal, la cual se declaró con lugar (...), resolviéndose también la remisión de la denuncia a la (sic) Fiscalía del Ministerio Público, ya que por faltas no deben permanecer detenidas las personas cuya

identidad pueda establecerse mediante documentación, por el testimonio de personas de arraigo, o por la propia autoridad.² (Corte de Constitucionalidad, 2009) (el subrayado es del autor).

Estos dos criterios jurisprudenciales, determinan la interpretación jurídica del artículo 11 constitucional en sus supuestos y que deviene importante analizar este artículo, ya que, la aprehensión en flagrancia es permitida e instaurada por la ley, aunque debe ser utilizada en *ultima ratio* en el caso de las faltas, ya que interpretando la norma jurídica no se prohíbe la detención en flagrancia sino que se prohíbe la permanencia de su detención, ya que el relacionado artículo constitucional preceptúa que no deben permanecer detenidas las personas por faltas cuando dichas personas puedan ser identificadas por medio de documentación, testimonio de persona de arraigo o por la propia autoridad.

Si se analiza el ultimo precepto dictado por la Honorable Corte de Constitucionalidad: "... ya que por faltas no deben permanecer detenidas las personas cuya identidad pueda establecerse mediante documentación, por el testimonio de personas de arraigo o por la propia autoridad...", es un criterio normativo que ha considerado que la libertad de la persona humana debe entenderse que es la regla general y la prisión es la excepción, y con mayor razón cuando son delitos que su pena principal es

2 Corte de Constitucionalidad. Expediente 4103-2009. Fecha de Sentencia: 25/03/2010

de multa o una pena de arresto donde se aplique la conmuta de la pena.

El derecho de defensa en el juicio de faltas

Se sabe que el derecho de defensa es una garantía constitucional que impide que una persona no sea condenada, ni privada de sus derechos, sin antes haber sido citado, oído y vencido en un proceso penal correspondiente.

Los Tribunales de justicia deben ser garantes del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, ya que estos son derechos fundamentales, a la vez garantías para los demás derechos establecidos, por ello, la intervención judicial es importante, ya que deben garantizar los derechos inherentes a toda persona, no importando su jerarquía ni la competencia que tenga. Básicamente, ese derecho a una tutela judicial efectiva demanda garantizar el acceso a los tribunales de justicia para promover acciones respectivas y la observancia al debido proceso y así llegar a la solución de la *litis* generada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho una breve alusión al derecho de defensa y la intervención del defensor público en el caso *Martínez Coronado vs. Guatemala*:

El derecho de defensa implica que ésta sea eficaz, oportuna, realizada por personal técnico, que permita fortalecer la

protección del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana. En esta línea la relación de confianza debe ser resguardada en todo lo posible dentro de los sistemas de defensa pública por lo que, deben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa y ningún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la justicia.³ (Instituto de Justicia Constitucional, 2019. Pág. 35)

Es muy importante que el papel del defensor público sea activo, mediante una defensa eficaz, no solo para llenar algún dato estadístico, sino emplear un ímpetu en el caso que analiza el propio defensor. En las mesas de trabajo, regularmente se asigna un caso determinado, el cual debe realizar una estrategia de defensa, dicha estrategia debe ir relacionada a la creación de la teoría del caso, tomando en cuenta que serán los intereses del usuario los que deberán prevalecer y no por interés social o institucional, tal razón que obliga al defensor público a que se esmere en el desarrollo procesal de sus casos, en cualquier etapa del proceso y velar siempre que se aplique jurisdiccionalmente ese respeto a los derechos humanos establecidos en la Constitución Política de la República, así como

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Martínez Coronado vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376 párr. 84

en esa gama de instrumentos internacionales que constituyen el *corpus iuris*.

El artículo 92 del Código Procesal Penal regula el derecho del sindicado a elegir un abogado defensor de su confianza, pero si no lo hiciere el tribunal lo designará de oficio, asimismo, dicho artículo regula el derecho de defensa material con que goza el sindicado, ya que dicha norma adjetiva indica que, si el mismo imputado prefiere defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, se designará de oficio. Es importante tomarse un momento para analizar algunos aspectos importantes que regula el artículo 92 ya relacionado, y es que, algunos juzgados de paz inobservan esta norma adjetiva, ya que, prefieren que no intervenga un abogado defensor por diversas circunstancias, si bien es cierto, la ley determina que el imputado podrá defenderse a sí mismo siempre y cuando no perjudica la eficacia defensiva, en la realidad procesal, la mayoría de personas quienes son sometidas al procedimiento específico de faltas son condenadas ya que se les invita a aceptar el hecho y el juez procede de conformidad con el artículo 488 tomando en cuenta que sí el sindicado se reconoce culpable y no se estiman necesarias diligencias ulteriores, el juez en el mismo acto deberá pronunciar la sentencia correspondiente aplicando la pena.

Los jueces garantes de los derechos establecidos en las normas nacionales como internacionales deben velar por el estricto cumplimiento de éstas y garantizar una tutela judicial efectiva y la estricta observancia al principio de imperatividad en cuanto al debido proceso, por ello, aunque se encuentre ventilando un proceso penal en un juzgado de paz deberán velarse todos los derechos inherentes a las personas, y con ello, el derecho de defensa reviste carácter constitucional y por ello, es obligatorio que los jueces de paz garanticen ese derecho, al menos para no vedar el mismo que por ley le asiste al sindicado. El hecho de no ser asistido por un defensor en determinado juicio por faltas provocaría un grave conflicto relacionado a que los elementos de convicción se diligencien en forma inadecuada violentando así el derecho de defensa y el debido proceso respectivo. ¿Qué sucedería en el caso en el que una persona fue sometida a un procedimiento de faltas y la hayan condenado sin haberle garantizado el derecho de defensa respectivo, el acusado cuenta con una vía impugnativa de conformidad con el artículo 491 del código procesal penal y el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en donde un juez de mayor jerarquía deberá analizar los agravios relacionados y expuestos por el defensor?

Desarrollo del juicio de faltas

El juicio de faltas se encuentra regulado en el artículo 488 del Código Procesal Penal, siendo este un procedimiento sumario y sencillo, por lo que resumidamente se hará alusión al desarrollo como tal del juicio de faltas:

Inicia con los actos introductorios, como lo es una denuncia (verbal o escrita), querella, prevención policial o por conocimiento de oficio. El defensor deberá analizar cada acto introductorio el cual da origen al nuevo proceso penal respectivo, para ello, deberá analizar la falta o delito invocado en la citación, deberá analizar sus elementos y determinar si existe o no fundamento para iniciar un proceso penal, ya que podría negociarse y llegar a la conciliación; si fuese el caso, de una detención en flagrancia, el defensor estará muy atento al tiempo constitucional en el que deberá la Policía Nacional Civil poner a disposición al aprehendido ante los órganos jurisdiccionales, dependerá si es un delito o falta.

Seguidamente, el juzgado emitirá una resolución dándole trámite y convocando a audiencia de conciliación y/o de primera declaración de conformidad con el artículo 44 literal h) del Código Procesal Penal y el artículo 66 inciso e) y 141 de la Ley del Organismo Judicial. En esta etapa el defensor deberá mantener la entrevista y dialogo personalmente con el sindicado, solicitándole que le explique cómo sucedieron los hechos, entre

más detalles describa, genera un panorama más amplio para el defensor ya que, en circunstancias fácticas mínimas se pueden determinar proposiciones para crear una estrategia de defensa y enfocarse en una teoría del caso, para ello, el defensor debe indagar en información detallada y observar detenidamente, circunstancias del tiempo, modo y lugar, si fue detenido por la policía nacional civil o por alguna otra persona y por último cuáles son los elementos de convicción que contiene el expediente. Con esta información el defensor deberá crear una teoría del caso y plantearle al usuario las posibles salidas procesales o alternas y también los efectos que conllevaría dirigirse a un juicio oral y público.

Por lo que, en la audiencia señalada para el efecto, el juez de paz deberá conceder la palabra a la parte ofendida o agraviada, para que pueda realizar la intimación del hecho, narrando con ello todas las circunstancias del tiempo, modo y lugar, la calificación jurídica, las disposiciones legales pertinentes y los elementos de convicción existentes; cabe mencionar, que en esta etapa el juez por la misma naturaleza jurídica del procedimiento específico de faltas, deberá instar la conciliación, para que las partes puedan llegar a un acuerdo mutuo y el juez bajo esa premisa aprobar el mismo y darle solución pacífica al asunto sometido a su conocimiento, ahora bien, si no existiese acuerdo y en ese momento procesal, el sindicado(a) admite los hechos que se le imputan y no se estimará la realización de otras diligencias,

el juez en dicho acto deberá emitir la sentencia correspondiente aplicando la pena que regule la ley sustantiva penal y el comiso o restitución de las cosas secuestradas si fuese ese el caso. Cuando se dan estas instancias procesales, el defensor deberá invocar como atenuante la confesión espontánea regulada en el artículo 26 numeral 8º para que la pena a imponer sea la mínima, si fuese de multa y si contiene arresto, deberá solicitarse la conmuta de la pena correspondiente a razón de cinco quetzales por día, adjuntando un informe socioeconómico emitido por un o una trabajador(a) social, si por la premura de la situación procesal no hubiese sido posible conseguir dicho documento, se podrá argumentar en base al principio de favor *libertatis* y el principio pro persona para favorecer al usuario en cuanto al pago de la conmuta correspondiente.

Ahora bien, *contrario sensu*, sí el sindicado(a) no aceptara los hechos imputados, deberá el juez de paz emitir la resolución que corresponda convocando a Juicio Oral y Público, pudiéndose prorrogar dicha audiencia, por un término no mayor de tres días. En este tipo de ocasiones, el defensor deberá sigilosamente analizar las circunstancias fácticas, jurídicas y probatorias que podrían dilucidarse en un juicio oral y público, y determinar si existe o no la comisión de delito o falta, y de esa cuenta orientar al usuario para que no admita el hecho imputado en la primera intervención y así resolver su situación jurídica en un juicio oral y público, siempre y cuando se crea que la teoría del caso

defensiva tendrá éxito en el mismo o que exista la presencia de algún elemento negativo del delito (ausencia de acción, causas de justificación, causas de inculpabilidad). En este supuesto el juez deberá disponer de la libertad caucionada del imputado(a). Tomando en cuenta que la caución sustituye la privación de la libertad, puede solicitarse por parte del defensor la aplicación de una caución juratoria en primer término, el cual consiste en la promesa simple del sindicado(a) para presentarse a las ulteriores etapas del proceso penal debiendo fijar el domicilio y residencia correspondiente no pudiéndose ausentar sin autorización judicial, ello de conformidad con el artículo 261 y 264 del Código procesal penal. Y por último extremo, considerar una caución real o patrimonial si el juez no fuese del criterio de otorgar la caución juratoria, la cual consiste en el depósito de una cantidad dineraria con el objeto de asegurar su presencia en el proceso.

Llegado el día de la celebración del juicio oral y público, deberá desarrollarse esta audiencia aplicando los principios y garantías procesales regulados en las leyes de la materia, y que rigen en el procedimiento común. Para ello, deberá tomarse en cuenta las reglas que rigen en el procedimiento del juicio oral y público del proceso común; siendo entonces el ofrecimiento, admisión y diligenciamiento de las pruebas (testigos, peritos, otros medios de prueba), para este aspecto, el abogado defensor debe ser muy sigiloso sobre el manejo de la incorporación de los medios de prueba, especialmente con los órganos de prueba, ya que

estos serán sometidos a examen y contra examen, por lo tanto, el defensor deberá evitar la divagación para no perder la atención debida al acto que está presenciando; finalizando el diligenciamiento de las pruebas se escuchará a las partes (sindicado y agraviado) y se procederá a emitir conclusiones, en esta etapa el abogado defensor deberá hacer un argumento jurídico y lógico en cuanto a la conclusión que da vida a su teoría del caso ya expuesta y observada con el diligenciamiento de las pruebas correspondientes, dicha relación servirá para solicitar una pretensión en dicho órgano jurisdiccional, por último deberá valorarse la prueba en base al sistema de la sana crítica razonada y deberá dictarse la sentencia de mérito.

Si se dictare sentencia condenatoria, deberá convocarse a una audiencia de reparación digna, por lo que además de lo estipulado en el Código Procesal Penal, deberá comprender medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición. El abogado defensor deberá estar atento a que en la prueba ofrecida exista información que no corresponde a los enunciados anteriores o que se deben de llevar a cabo por otros medios procesales.

Si al notificarse la sentencia de mérito, analizada por el defensor se concluye por este, que no es justa o existió un mal procedimiento en el diligenciamiento del juicio, se tendrá en cuenta la vía impugnativa, por lo que en el juicio de faltas el

único medio impugnativo es el recurso de apelación, dicho recurso puede ser interpuesto verbalmente después de dictada la sentencia o por escrito en un plazo de dos días que señala la ley adjetiva penal; tales actuaciones se elevarán a conocimiento del juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente quien deberá resolver.

Debe tomarse en cuenta que a pesar de haber interpuesto el recurso de apelación correspondiente en contra de la sentencia emitida por el juez de paz y aun así persistiere la evidente violación a derechos constitucionales con la resolución del juez de primera instancia penal, el defensor podrá optar en plantear una acción constitucional de Amparo si lo considera oportuno atendiendo al derecho de defensa que gozan las personas y la garantía del debido proceso en relación al principio de imperatividad, tomando en cuenta que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que no hay ámbito que no sea susceptible de Amparo.

Por último, la etapa de ejecución de la sentencia, misma que se constituye como la última fase procesal que determina el artículo 5 del Código Procesal Penal, en cuanto a la emisión de la sentencia y ejecución de esta. Sin embargo, cabe la interrogante ¿Quién deberá promover la ejecución de lo juzgado en el procedimiento específico del juicio por faltas? Para ello, se resalta lo siguiente:

Con relación a los juzgados de paz, la Corte Suprema de Justicia en auto de fecha 7 de agosto de 2013, dentro del expediente de Duda de competencia número 801-2013 planteada por el Juzgado Segundo Pluripersonal de Ejecución penal de Quetzaltenango, ha fijado su postura sobre este tema, al indicar que los Juzgados de Ejecución Penal, son los competentes de ejecutar las penas de prisión, multa y arresto. De lo anterior se deduce que la ley no faculta al juez de Paz, para realizar la fase de ejecución en el procedimiento específico de juicio por faltas, siendo ésta la última etapa del proceso penal, el cual cuenta con un órgano jurisdiccional específico para su conocimiento y fenecimiento. (Lapoyeu Lopez & Godoy López, 2020. Pág. 79).

Cabe tomar en cuenta que deberían ser los Juzgados de Ejecución los competentes para promover la ejecución de lo juzgado en el juicio de faltas, sin embargo, en la práctica se puede observar que son los mismos jueces de paz los que ejecutan las sentencias que los mismos dictan, ya que se basan en los principios de celeridad, sencillez y economía procesal. Por lo anterior, el código procesal penal debería contener esa praxis judicial en cuanto la ejecución de las sentencias promovidas por el juez de paz, o al menos crear juzgados de ejecución penal de paz para garantizar el debido proceso, sin embargo, aún persiste esa laguna legal.

Análisis sobre aspectos prácticos excepcionales al proceso común de faltas desarrollados en los juzgados de paz

El procedimiento común regulado como específico del juicio por faltas, determina una serie de pasos concatenados a seguir de conformidad con el artículo 488 del código procesal penal, sin embargo, en diversas ocasiones puede darse casos especiales de personas con particularidades excepcionales por ello, se entra a analizar los siguientes casos:

Enfermos mentales: Se debe tomar en consideración que una persona pudiese parecer a simple vista enfermo mental, así como podría pasar por desapercibido ese dato, sin embargo, cuando la policía nacional civil detiene a una persona con características de enfermedad mental o por comunicación expresa de los familiares, es necesario que el detenido sea evaluado por profesionales en la materia (psicólogos-psiquiatras). Por ello, el juez de paz al recibir a una persona con tales características deberá coordinar institucionalmente para que se tomen las medidas pertinentes y evitar toda clase de tratos crueles, inhumanos o degradantes, ello con fundamento en el acuerdo marco interinstitucional relativa a la medida Cautelar número MC-370-2012 otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos a favor de los pacientes del Hospital Nacional de salud mental en fecha 20 de noviembre del 2012;

asimismo el acuerdo interinstitucional de actuaciones para la atención integral de personas sometidas a procesos penales con trastornos mentales o retraso mental y personas con estas condiciones sujetas a medidas de seguridad o internamiento en centro de atención especial, con el fin de que el Estado garantice sus derechos humanos. (Ceballos, 2023) por ello, deberá suspenderse el procedimiento y solicitar al juez que se realice un examen en psicología y psiquiatría en las instalaciones del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, también deberá solicitarse que se emitan ambos peritajes sobre los siguientes puntos:

1. Capacidad para entender los cargos en su contra;
2. Capacidad para comprender el acto procesal;
3. Capacidad para contribuir en su defensa;

Algún otro excepcional que sea de importancia al caso. (Ceballos, 2023. Pág. 47).

Menores de edad: Es el caso que en algunas ocasiones detienen a una persona quien tiene un aspecto joven y podría ser una persona menor de edad, ante esta situación la minoría de edad deberá presumirse sino pudo ser identificada la persona detenida como mayor de edad, esto de conformidad con el artículo 137 de la Ley de Protección integral de la niñez y adolescencia, asimismo se deberá observar lo relativo a lo

establecido en el artículo 8 de la misma norma, relativo a los derechos y garantías inherentes de los menores de edad, por ello, debe prevalecer el interés superior del niño, esto con fundamento en el principio número dos de la Declaración de los Derechos del Niño. Si se determina que la persona es mayor de edad deberá seguir la tramitación del procedimiento específico del juicio por faltas, caso contrario, si se determinara la minoría de edad de la persona detenida, el defensor deberá tener presente lo regulado en el artículo 197 de la ley ya referida, del cual por faltas o delitos sancionados con pena de prisión que no superen los tres años o fuese multa, deberá conocer ese procedimiento de adolescentes en conflictos con la ley penal el juez de paz correspondiente, instando el defensor todos los derechos y garantías que le brinda la legislación nacional e internacional en materia de menores.

Personas pertenecientes a las comunidades indígenas: El artículo 66 constitucional reconoce a los pueblos originarios como una población étnica principal en Guatemala, reconociendo, respetando y promoviendo sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, así como el traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. En diversas ocasiones y en su mayoría existen personas pertenecientes a comunidades indígenas que no hablan el idioma español, tomando en consideración que las sentencias y procesos penales en materia de faltas deberá llevarse a cabo en idioma

español, el juez de paz deberá garantizar el debido proceso en el momento justo en el que una persona es detenida y requiere de una protección especial para poder disfrutar de una defensa adecuada a través de intérpretes o traductores (Ceballos, 2023). Circunstancia que el defensor deberá solicitar al juez garantizar ese derecho inherente a las personas indígenas, existiendo una gama de normas nacionales e internacionales que garantizan tal derecho.

Personas detenidas en condiciones de vulnerabilidad: En Guatemala existe un alto índice de personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, tomando en cuenta, las mujeres, las personas de la tercera edad, la comunidad LGBTIQ+, las personas con discapacidad, entre otros, el cual cada uno contiene preceptos legales internacionales que son aplicables en Guatemala, sin embargo al tener presente a alguna de estas personas frente a un proceso penal que deba tramitarse por la vía de las faltas, es indispensable que el defensor tome en consideración las convenciones internacionales referentes al caso determinado, basarse en las 100 reglas de Brasilia y además, por mencionar algunas: la convención de Belém do Pará (en el caso de mujeres libres de violencia); La Convención sobre los Derechos del niño (en el caso de adolescentes); La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (para las personas con discapacidad); La Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia y también tomar en cuenta los Principios de Yogyakarta (las personas

pertenecientes a la comunidad LGBTQ+). Todo ello para poder solicitar, argumentar, objetar o crear una teoría del caso con relación a fundamentos internacionales de esta naturaleza al caso concreto.

Personas extranjeras: Las personas extranjeras que han sido detenidas para ser puestos a disposición de un juzgado de paz, el defensor y el juez deberán tomar en consideración los derechos inherentes en materia de derechos humanos, utilizando así la interpretación del bloque de constitucionalidad, asimismo sucede en algunas judicaturas que vulneran los derechos de las personas extranjeras en virtud que les vedan el derecho a la información sobre la asistencia consular, por ello el defensor debe estar atento a cada actuación policial y judicial, para que dicha persona extranjera disfrute de un verdadero acceso a la justicia y sea sometido a un debido proceso como tal en condiciones de igualdad. Para el efecto, el juez de paz como garante del debido proceso, debe adoptar tres componentes, siendo:

El derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena;

El derecho de hacer efectiva la comunicación con funcionario consular;

El derecho a la asistencia misma; (Ceballos, 2023. Pág. 62).

En ese mismo sentido el juez de paz debe hacerle ver, como una garantía fundamental el acceso a la justicia a través del derecho de defensa porque puede ser que el detenido requiera la defensa pública, privada o en su defecto un abogado del consulado a que pertenece. (Ceballos, 2023. Pág. 63).

Es por ello, por lo que el abogado defensor público debe prepararse académicamente para afrontar las particularidades propias del procedimiento específico del juicio por faltas y las cuestiones excepcionales que puedan suscitarse.

Eduardo Couture decía: El abogado que no lee cada día es menos abogado.

Referencias bibliográficas

- CEANAJ-, C. d. (2020). Decreto número 1-86 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Guatemala: Editorial Fenix.
- Ceballos, P. (2023). La primera declaración incidencias excepcionales. Guatemala: Editorial Rejobot S. A.
- Centro de Análisis y Actualización Jurídica CEANAJ. (2017). Código Procesal Penal Comentado, Concordado y Anotado. Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix
- Escobar Cardenas, F. E. (2017). Compilaciones de Derecho Penal, parte especial. Guatemala: Optima.
- Girón Palles, J. G. (2017). Teoría Jurídica del delito aplicada al Proceso Penal. Guatemala: Ediciones Maya Na'oj.
- Instituto de Justicia Constitucional. (2019). Constitución Política de la República de Guatemala con notas de Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Guatemala: Centro de Impresiones Gráficas.
- Lapoyeu Lopez, H. I., & Godoy Lopez, E. R. (2020). El Juicio por Faltas en la Administración de Justicia. Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix.
- Paz y Paz, C. (2022). Salidas Alternas al Proceso Penal. Guatemala: Programa Prevención de la Violencia y el Delito contra Mujeres, Niñez y Adolescencia en Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad. Amparo en Única Instancia, Expediente 4103-2009 de fecha 25/03/2010, Guatemala: obtenido del sistema de Sentencias de Tribunales, Cortes

y Salas Constitucionales de América Latina y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos IUSLAT: <https://www.iuslat.com/vid/424068342>

Leyes nacionales

- Acuerdo marco interinstitucional relativa a la medida Cautelar número MC-370-2012 otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos a favor de los pacientes del Hospital Nacional de salud mental en fecha 20 de noviembre del 2012
- Asamblea Nacional Constituyente (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala;
- Asamblea Nacional Constituyente (1986) Decreto número 1-86. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Guatemala;
- Congreso de la República de Guatemala. (1973) Decreto 17-73 Código Penal. Guatemala;
- Congreso de la República de Guatemala. (1992) Decreto 51-92 Código Procesal Penal. Guatemala;
- Instrucción General 001-2005 del fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público. Guatemala;

Leyes internacionales

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969) San José, Costa Rica.
- Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013) La Antigua Guatemala, Guatemala;
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer. (1994) Belém do Pará Brasil;
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) Nueva York, Estados Unidos de América;
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Nueva York, Estados Unidos de América.
- Convención de Viena (1980) Viena, Austria;
- Declaración de los derechos del niño (1959) Nueva York, Estados Unidos de América;
- Principios de Yogyakarta (2007) Yogyakarta, Indonesia;

Prueba prohibida

Lic. Ever Ariel Orrego Dubón

El proceso penal ha evolucionado a través de las reformas al Código Procesal Penal, de esa cuenta el sistema procesal pasó de ser inquisitivo a acusatorio y luego considerado Acusatorio adversarial, jugando un papel importante la denominada prueba.

Es así como la normativa permite a la parte que desea probar algo, tiene la libertad para proponer prueba en relación a dicho extremo o pretensión, si bien el proceso penal por ser acusatorio tiene la calidad de *omnis* probando, en el entendido que la carga de la prueba con exclusividad al Ministerio Público, quien tiene el deber de probar la culpabilidad y responsabilidad penal del acusado, para ello existe una serie de procedimientos reglados y etapas procesales en los que la prueba juega un papel importante, tanto en una pretensión acusatoria, como de defensa y así también el juzgador al apreciar la misma, ello dependiendo de los distintos estados intelectuales que acorde a las fases procesales se aplican.

Debemos recordar que la carga de la prueba y demostrar la culpabilidad le compete al ente encargado de la persecución penal, no limita en ninguna manera para que se pueda plantear una tesis de defensa o refutar la del acusador, es parte del sistema acusatorio adversarial y como tal también le asisten las mismas libertades y restricciones.

Ahora bien, el punto medular del artículo es en relación a las limitaciones que se encuentran en relación a esa libertad probatoria, pues la misma no por ser amplia es informal, deben cumplirse una serie de formalidades para que la prueba obtenida pueda ser incorporada al proceso y valorada, por ello se ha denominado como prueba prohibida o ilícita en el proceso penal.

Se tratará el tema en diferentes dimensiones, en un sentido formalista en relación a la prueba y también en un sentido práctico para efectos procesales, por supuesto con abordaje a cada etapa procesal y su respectiva denominación, así como una perspectiva de la doctrina y jurisprudencia en relación al tema, pues regularmente se trata el tema desde el punto de los efectos positivos que se buscan y alcanzan con la prueba cuando ésta es pertinente, pero no puede dejarse de lado la importancia de conocer esas prohibiciones, ilicitudes y vicios que pueden advertirse de la prueba en un proceso, pues por sencillo e irrelevante que parezca, puede tener un efecto decisivo en la resolución del proceso.

La prueba

Resulta importante tener una apreciación y concepción al referirnos al término prueba, el cual es amplio y constituye un campo relativo en cuanto a su denominación dependiendo la fase procesal, como también a la parte que la propone y del extremo que se pretende sustentar o acreditar, lo cual puede variar, pero

en concreto todo se reduce a la finalidad de probar y convencer conforme a las pretensiones de la parte que la propone.

El término “prueba”, en el contexto jurídico, identifica los trámites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión. Precisamente por eso, frente a la concepción retórica o argumentativa de la prueba, que concibe a ésta como una actividad encaminada a “convencer” al juez de la ocurrencia de los hechos, desde una perspectiva racional la concepción más adecuada (y no por casualidad la más extendida y acorde con las instituciones de los hablantes) es la cognoscitivista, según la cual la prueba se endereza a conocer o acreditar la verdad de los (enunciados sobre) los hechos litigiosos o controvertidos. (Gascón. Pág. 47)

Para Hernández, Edith, (2004), en relación a la concepción de prueba, sostiene:

Se puede afirmar que la prueba significa, en general, la razón, argumento, instrumento, u otro medio con que se pretende mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Ahora bien, en términos de Barona Vilar, en el ámbito jurisdiccional, la prueba puede definirse como la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr

el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos alegados en el proceso. (Pág. 8)

Por su parte, Castillo Gutiérrez, (2014), considera:

Desde nuestro punto de vista la prueba es toda aquella actividad que realizan las partes en el proceso, en el marco de la ley, de las garantías y principios que la Constitución prevé, va encaminada a convencer o crear convicción en el juez, respecto de la certeza o veracidad de las afirmaciones postuladas. (Pág. 36)

De esa cuenta podemos indicar que la prueba no es un juicio argumentativo pero tampoco que la prueba habla por sí sola, sino a través de los litigantes, la prueba consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información específica en cuanto a su origen, amplitud y calidad, de lo cual podemos asumir que la prueba simplemente busca revelar la verdad o reconstruir lo que ocurrió y ésta tiene su mayor aporte de información y de peso probatorio en relación con la totalidad del caso y con el resto de la evidencia.

Objeto de la prueba

El objeto de prueba comprende la determinación de los aspectos que pueden y deben probarse, es decir, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal y de la aptitud procesal de prueba. En este contexto, para Clariá Olmedo;

El objeto de prueba es la materialidad sobre la cual recae la actividad, lo que se puede o debe probar, no se trata propiamente del objeto procesal sino de los datos materiales que, introducidos como elementos de convicción en el proceso, tienen capacidad de producir un conocimiento relacionado con la conducta inculpada. (Hernández, E. 2004. Pág. 18)

Para Castillo Gutiérrez, (2014) Respecto al objeto de prueba no existe uniformidad en la doctrina respecto a su naturaleza, para un sector el objeto de prueba es el hecho imputado entendido como fenómeno exterior al hombre; y para otros, el objeto de prueba son las afirmaciones en relación con los hechos.

Para Mixán Mass “objeto es el ente sobre el cual se concentra la actividad cognoscitiva” y puntualiza “objeto de prueba es aquello que constituye materia de la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser averiguado, conocido y demostrado. Debe tener la calidad de real o probable o posible”; concluye: “Para identificar

adecuadamente en un caso dado aquello que constituye el 'objeto', se requiere una respuesta apropiada a las preguntas: ¿Qué es? o ¿Sobre qué? ¿Qué es lo que se necesita probar?, ¿Sobre qué se concentra la actividad probatoria? (Pág. 37)

El objeto siempre estará relacionado con la proposición fáctica que se maneje dentro de una teoría del caso, es por ello que, aunque un hecho de forma directa e indirecta produzca un abundante material probatorio, se debe tener presente lo que se pretende probar, de lo contrario la prueba sería abundante, innecesaria, impertinente o ilegal, por lo que es importante delimitar el extremo a probar y buscar el medio idóneo para lograrlo.

Continuando en relación al objeto de la prueba, para tener otra concepción, el autor Houed Vega, M. (2007) nos brinda la siguiente definición:

Objeto de prueba es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba Según el profesor Cafferata Nores, es posible una consideración en ese sentido, tanto en abstracto como en concreto, así, en el primer caso se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal y en el segundo, qué es lo que se debe probar en un proceso determinado.

En abstracto se intentará hacer prueba sobre hechos naturales, existencia y cualidades de personas, cosas y lugares, normas de experiencia común, usos y costumbres comerciales y el derecho no vigente. Mientras que, en concreto, la prueba deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso, circunstancias agravantes, atenuantes, que justifiquen o influyan en la punibilidad, individualización de autores, cómplices, instigadores, extensión del daño causado, etc. (Pág. 14)

Principios de la prueba

Se considera necesario para efectos procesales citar los principios de la prueba, no sobre su contenido, definición, alcance y fundamento, ello, en virtud que no es precisamente este el fin de este tema, pero si es viable mencionarlos a efecto de tener presente la fuente del derecho probatorio y así posteriormente relacionar entre la prueba permitida y la prohibida, basada en los principios que la inspiran.

- a) Principio de la necesidad de la prueba.
- b) Principio de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.
- c) Principio de adquisición de la prueba.
- d) Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.
- e) Principio de publicidad de la prueba.
- f) Principio de libertad probatoria.

- g) Principio e intermediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba

Fundamento legal de la prueba en el Código Procesal Penal Guatemalteco

Para contextualizar las disposiciones legales sobre las que se rige el proceso penal, debemos tener presente cuales son las reglas del juego sobre las que versa la permisibilidad y límites de la prueba en relación a lo que se pretende demostrar o probar, también con el fin de determinar según la etapa procesal su nulidad o ilicitud y forma de incorporar al proceso penal para que sea válida, con ello lograr su valoración y convicción.

Artículo 181.- Objetividad. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código.

Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por las partes, en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley.

Artículo 182.- Libertad de la prueba. Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en

especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.

Artículo 183.- Prueba inadmisibile. Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.

Artículo 185.- Otros medios de prueba. Además de los medios de prueba previstos en éste capítulo, se podrán utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos, en lo posible.

Artículo 343.- Ofrecimiento de prueba. (...) El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal.

Estos artículos en concreto son los que nos brindan la guía sobre los medios de prueba que pueden ser permisivos y admitidos, así como los que están prohibidos y no podrán ser admitidos, claro, en un sentido procesal probatorio para efectos de un debate oral y público, pero se debe aplicar extensivamente y analógicamente siempre que sea *favo rei e in bonam partem* que dichas reglas operan también para las demás etapas del proceso penal.

La Regla de Exclusión de la prueba ilícita

Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones) lesionando derechos constitucionales o a través de medios que las normas prohíben; en definitiva, o para simplificar, es prueba prohibida. En definitiva y para simplificar, es ilícita la prueba obtenida en violación a los derechos fundamentales, por lo que de alguna manera no solo es vista como una prueba prohibida, procesalmente ilegal sino también inconstitucional.

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla; o sea, su inutilizabilidad en el proceso, o si se quiere, su nulidad. Pero la prueba ilícita es solo un supuesto particular de prueba nula, porque nula puede ser también la prueba obtenida vulnerando otras reglas legales de formación y adquisición de prueba. En todo caso es evidente que esta importante regla de

exclusión merma las posibilidades de averiguación a la verdad en el proceso. De hecho, la exclusión de prueba ilícita es reflejo de una ideología jurídica comprometida con los derechos fundamentales y en virtud del cual – como suele decirse- “la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio, en particular al precio de vulnerar derechos. (Gascón. Pág. 58)

La exclusión de la prueba aplicada a cada etapa procesal

La norma procesal no contempla como tal una forma o vía para cuestionar la prueba y su exclusión, solo en general al tipo de prueba que se puede admitir y la que se debe rechazar, sin embargo siempre estaremos ante un estado intelectual del juez para que califique según la naturaleza y finalidad de la misma, pero dicha regulación apunta a la etapa propiamente de ofrecimiento de prueba como una fase preparatoria del debate, no así para las demás etapas del proceso, que pueden ser previas o posteriores a esta etapa, por lo que se trata de abordar la exclusión de la prueba en las demás etapas procesales, existiendo varias posiciones al respecto.

En este sentido se ha querido distinguir entre certeza, verdad, verosimilitud, probabilidad, credibilidad, íntima convicción, duda razonable y algunas otras categorías que, en realidad, sólo tratan de guiar al juez en la

realización de una actividad compleja: valorar la prueba y, en definitiva, juzgar. (Nieva, 2010. Pág. 66)

En primer lugar, que tal exclusión puede deducirse y resolverse en cualquier estado del proceso, en segundo lugar, en la etapa de la investigación preparatoria, en tercer lugar, la etapa de ofrecimiento de prueba, por ser una etapa de saneamiento procesal, en cuarto lugar, en el juicio oral y público, por último, en quinto lugar, con la emisión de la sentencia, en el momento deliberativo.

En cuanto a lo primero –exclusión en cualquier estado del proceso–, la idea central es que en cualquier momento en que se produzca la ilicitud de la actuación probatoria, a pedido de parte, se puede promover la ilegalidad o el juez puede declarar de oficio la nulidad del acto procesal o actuación procesal, ello en observancia a los efectos concernientes a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstas por la Constitución en las actuaciones procesales; inclusive hay quienes sostienen que no se requiere una resolución expresa, sino que el juez de oficio lo puede resolver, al considerar que la exclusión es una sanción de la función depuradora que se sustenta en la legitimidad de las pruebas.

La nulidad de estas fuentes o de los medios de prueba, debe ser declarada inmediatamente que sea conocida, pues lo contrario

significaría mantener la eficacia en el tiempo de algo que es ineficaz, ya que la prueba ilícita no puede producir ningún efecto en el proceso ya sea directa o indirectamente; el mantener dicha prueba manchada en el proceso producirá siempre efectos como el servir de fundamento para dictar medidas cautelares, un allanamiento de morada, una orden de aprehensión, una orden de escucha telefónica o para dictar una prisión preventiva, entre otras; también puede servir de fuente para producir otra prueba. (Teoría del fruto del árbol envenenado) En esta fase procesal estamos ante indicios, medios de convicción o evidencias.

En segundo lugar, en la etapa de la investigación preparatoria, se realizaría la exclusión vía tutela de derechos; se busca la exclusión de la prueba ilícita desde un inicio de la investigación y para evitar que tales evidencias no solo sean usadas para acusar o dictar sentencia condenatoria, ni menos para requerir alguna medida coercitiva, por ejemplo, la prisión preventiva o una orden de aprehensión; caso contrario, el juez para resolver tendría que valorar tales actos de investigación, pese a haber sido obtenidas con violación de un derecho fundamental. Por lo que resulta importante analizar la fuente y forma de obtener las evidencias, en especial que no sea bajo tratos crueles, inhumanos y degradantes o bien sin las autorizaciones correspondientes.

En este momento procesal e intelectual del juzgador, en donde la prueba no ejerce propiamente un efecto probatorio, sino

más bien sirve como elemento indiciario o bien es un medio de investigación preliminar y no puede procederse al valor de la misma, sin embargo, si es válido analizar y advertir su ilegalidad y por lo consiguiente es prohibida para sustentar una decisión. Por ello la importancia de ejercer el control sobre esos elementos de convicción en esta etapa procesal para fiscalizar su origen y formas de obtención, así como el efecto que las mismas buscan.

Por ello, se sostiene la necesidad de su expulsión inmediata, de esta manera, la inadmisión de la prueba en el proceso lo que busca es que la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales no ingrese por ningún motivo al proceso, pues si bien no será utilizada para condenar, el hecho de estar en el proceso, la hace susceptible también de ser usada para fundamentar otro tipo de resoluciones (acusación, o medidas de coerción, lo que tampoco sería legítimo). Además, se debe precisar que el contacto directo que el juez tiene con tales actuaciones ilícitas producirá un efecto psicológico que a las finales produce un resultado perturbador al momento de la toma de las decisiones. En esta etapa procesal se conocen como medios de prueba o medios de investigación.

En tercer lugar, existe también una posición de autores que sostienen que la etapa de ofrecimiento de pruebas es la fase estelar para declarar la exclusión de la prueba, lo cual también es una concepción propia de nuestro sistema procesal penal,

esto al precisar el artículo 343 del Código Procesal Penal, como momento propicio para discutir sobre la pertinencia de la prueba, abriéndose así la puerta para debatir sobre la ilicitud de la misma. De esta manera los medios de prueba que ingresen a juicio por regla general tienen que ser lícitos, idóneos, pertinentes y obtenidos con respeto a los derechos fundamentales, caso contrario, si las actuaciones adolecen de ilicitud, serán expulsados, a lo cual le hemos considerado como prueba prohibida.

En esta fase procesal es en la que se centra la atención del llamado control de la prueba, pertinencia de la prueba, legalidad o ilegalidad de la prueba, necesidad de la misma, inclusive la abundancia de prueba constituye causa para su rechazo, por lo que el medio de prueba debe ser pertinente para ser admitida; entonces se debe entender que si bien solo bajo el precepto de pertinente se puede admitir la prueba, esto requiere un control subjetivo para determinar dichos extremos, pues debe cuidarse de no incurrir en las causas que regula la norma para la exclusión de la prueba (ilegal, impertinente, innecesaria y abundante), esto por supuesto basados y apegados a una teoría propia del caso, pues en el lado del Ministerio Público, tiene una plataforma fáctica plasmada en tiempo, modo y lugar, así como una calificación jurídica en la que pretende subsumir dichos hechos, de allí la necesidad de su prueba para probar esa teoría del caso.

Ahora bien, en el caso de la defensa, es un poco más complejo, porque es hasta en la etapa del ofrecimiento de prueba en donde se puede reflejar cual es la tesis de defensa que persigue y con qué medios de prueba lo pretende probar, en donde si bien existe el principio de libertad probatoria, esto no precisamente abre la puerta a ofrecer cualquier prueba, de ahí que como lo regula la norma procesal, debe ser prueba pertinente, o sea que esté relacionada con el caso y aquí se puede limitar a dos aspectos la misma, en primer lugar podría ser semejante a refutar la tesis fiscal y desacreditar sus medios de prueba y en segundo, podría ser establecer su propia versión sólida de los hechos para demostrar y probar la inocencia o bien cualquier causa de que exima la responsabilidad penal. Esto, aunque el proceso es acusatorio adversarial, no limita o restringe el ejercer una defensa activa en la que sí efectivamente busque no solo demostrarse sino probar la inocencia.

En cuarto lugar, se postula que en la etapa de juzgamiento, en el juicio oral o debate oral y público, sería un estadio ideal en el proceso para proceder a la exclusión de la prueba, deduciéndose como una cuestión preliminar antes de iniciar el juicio o bien planteando la oposición a la incorporación de la prueba que se considere que adolezca de un vicio que la convierte en prueba prohibida, con la finalidad de evitar el efecto psicológico que produciría dicha prueba, lo que se traduce en contaminar al

juzgador; por ejemplo, si en las etapas previas del proceso no se ha excluido una prueba pre constituida o prueba anticipada, antes de ser sometida al contradictorio; o porque la prueba había sido incorporada indebidamente al proceso; o porque la ilicitud de la prueba no aparecía como evidente o expresa en las etapas iniciales del debate; o cuando existía duda sobre su existencia. Ahora bien, si la ilicitud resulta palmaria y evidente, el juez debería resolverla de inmediato; pero si aparece dudosa o no clara la ilicitud debe reservarse la petición para resolverla conjuntamente con la sentencia.

Finalmente, en quinto lugar, existe una opinión que postula que la inutilización de la prueba ilícita debe producirse en la sentencia, es decir, el juez toma la decisión de excluir la prueba en el momento deliberativo y lo declara en el fallo correspondiente, lo cual se puede dar al otorgarle valor positivo o negativo al elemento de prueba, se considera que es el momento procesal por excelencia al producirse la valoración de los medios de prueba en este estadio, después de realizada la actividad probatoria. Por supuesto esto después de que en debate se produjera el elemento de prueba, en la aplicación del contradictorio e inmediación procesal, pues es el sentenciador el único que tiene atribuida esta facultad valorativa, siendo en nuestro sistema de valoración de prueba las Reglas de la Sana Crítica Razonada.

Es en esta fase del proceso en la cual se obtiene el elemento de prueba, mismo que se extrae de la información importante que

proporcione determinado medio de prueba, ya sea testimonial, documental, pericial, material o cualquier otro, por lo que su apreciación y valoración será integrado al proceso y no necesariamente en atención a la parte que la propuso, esto por el principio de comunidad de la prueba.

La finalidad de excluir la prueba en la sentencia como último momento, obedece a no descartar como ilícitas a ciertas fuentes de prueba obtenidas en las etapas iniciales del proceso, porque de lo contrario perjudicaría la investigación, y a la función propia de la etapa preparatoria, creando un sentido de impunidad al inicio de la investigación en que el ente encargado de la persecución penal (Ministerio Público) acopia los medios probatorios para determinar racionalmente la existencia del delito y la individualización del responsable; o porque la ilicitud de la prueba no aparecía como evidente o expresa en las etapas iniciales del proceso.

Así también, cuando existía duda sobre su existencia, por eso es necesario la conclusión del proceso para que cuando el juzgador realice la valoración, aplicando las reglas de valoración, pueda tener claro y decidir sobre la existencia de un elemento de prueba, a ser expulsado o que no merece ser valorado; o bien, pronunciarse, sobre la ilicitud del nexo causal en la prueba directa o derivada, y así determinar si existió o no una excepción

a la prueba reflejada. Ello no podría ser posible si la prueba es excluida en las etapas iniciales del proceso.

Teoría del fruto del árbol envenenado

Para el autor Castillo G, Luciano, (2014) expresa lo siguiente en relación a esta teoría:

Sostiene esta teoría que se deben excluir tanto las pruebas obtenidas ilícitamente, como las que se derivan de ellas. Aquí hay ineficacia procesal por el quebrantamiento indirecto a los derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, por lo que no se pueden aprovechar resultados probatorios que se han obtenido ilícitamente por haber partido justamente de una prueba que se obtuvo de manera ilícita. Al respecto, Jairo Parra Quijano dice: “Restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas”. Para acreditarse la inutilización de la prueba derivada, tiene que acreditarse que efectivamente existe una relación de causalidad entre la prueba ilícita directa y la prueba derivada. (Págs. 53-54)

Resulta importante entonces el control sobre la prueba por los sujetos procesales, para poder señalar y advertir sobre sus defectos, esto no precisamente porque no sea pertinente o idónea al caso, sino por la forma y medio que se empleó para obtenerla, por ejemplo; a través de la tortura, tratos crueles o degradantes para obtener una confesión, así como la falta de formalidades legales como autorizaciones judiciales o la adecuada cadena de custodia, de ahí que la prueba es útil pero no debe ser incorporada por estar contaminada, lo que la convierte en prueba ilegal. En especial si vulnera derechos fundamentales y garantías como la tutela judicial efectiva como parte de un debido proceso.

Por lo tanto, según la doctrina del fruto del árbol venenoso o árbol emponzoñado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), cuando el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, esa ilegalidad se va a proyectar a todos los actos que resulten consecuencia de éste. Así se prohíbe valorar todas las pruebas derivadas de la prueba ilícitamente obtenida. De otro modo los agentes de la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando los derechos fundamentales. Y no solo eso, sino que además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: una primera a través de la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo; a través de la entrada en un domicilio sin orden judicial o de la interceptación de

comunicaciones privadas), una segunda a través del uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación. (Hernández, M. et al. 2012. Pág. 47)

Al respecto es preciso señalar que la expulsión o declaración de ineficacia de una prueba, se produce, siempre y cuando en su obtención, incorporación o actuación se haya violado el contenido esencial de un derecho fundamental, tiene que existir un atentado directo al contenido esencial del derecho fundamental.

Esto por supuesto, debe ser atendido por el juez de garantías o ante quien se advierta su ilegalidad, pues no solo debe velarse por las disposiciones normativas procesales, sino a la luz de derechos que emanan de la constitución ya sea, explícita o implícitamente, así como el respectivo control de convencionalidad al verificarse vulneraciones a derechos humanos.

“La regla general en materia de prueba ilícita o prohibida sigue siendo la exclusión de la prueba directa o derivada, a través de la regla de exclusión y de los frutos del árbol envenenado. Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba. Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas,

obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluir el material probatorio del proceso. Sin embargo, esta regla absoluta al inicio, generó fuertes cuestionamientos, destacándose como “(...) el factor negativo más señalado a la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de haber cometido el delito (...)”. Además, de los costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia” (Castillo, 2014. Pág. 108)

Prueba prohibida

Respecto a la concepción de este término, como se indicó, la denominación de prueba prohibida está enfocada al aspecto negativo de la prueba o sea lo que no se puede permitir o admitir, por ser impertinente, abundante o ilegal, estos preceptos son las individualizaciones del tipo de prueba que no se puede admitir, sin embargo la norma procesal penal no brinda una definición o explicación de lo que se debe entender por cada una de ellas, dejando así la libre interpretación subjetiva del juzgador para calificar la admisión o rechazo de prueba bajo estos preceptos.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en circular No. PCP-2010-0020 de fecha veinticuatro de mayo de dos mil diez, con el objeto de evitar el diligenciamiento innecesario de prueba

que perjudica y dilata los juicios, implementa una definición de lo que debe entenderse por prueba pertinente, prueba útil y prueba abundante, incluyendo inclusive cuales son los hechos necesitados de prueba. Lo cual es un apoyo importante a los jueces de garantías que tienen la función de operar como un filtro en la etapa del ofrecimiento de medios de prueba.

La prueba prohibida o prueba ilícita ha sido definida como aquel material que se obtiene, admite y actúa con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales y tiene como efecto su expulsión del proceso; por ello, resulta importante delimitar o esclarecer a qué nos referimos cuando decimos que la prueba es excluida, si se viola el contenido esencial de un derecho fundamental, qué comprende ese contenido esencial, qué ordena, qué manda, a qué me da derecho (en palabras del profesor Castillo Córdova, a qué me da derecho el derecho) o a qué me obliga.” (Castillo, 2014. Pág. 23)

Podríamos identificar una diferencia entre prueba ilícita y prueba prohibida, esto al considerar que la prueba prohibida sería el género y la ilícita la especie, o sea la primera enmarcaría en la segunda. Por lo que la prueba prohibida sería todo elemento que contribuya a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido o producido violando una norma legal o un principio de derecho, en la que poco y nada interesa en que

la norma o máxima superada pertenezca al derecho sustancial o al orden jurídico procesal.

Por aparte, la llamada prueba ilícita contendría una noción más estricta y rigurosa, que parecería exigir algo más que una simple inobservancia de un precepto legal. En consecuencia, quedaría supeditada a que la norma o principio comprometido por la adquisición o puesta en práctica de la prueba pertenezca a una norma suprema como la Constitución o a instrumentos internacionales.

De lo anterior se deriva el hecho que la prueba en sí puede tener un efecto positivo y negativo, dependiente quien pretenda probar o desvirtuar, así el sentido de la valoración podrá ser positiva o negativa, también en relación a quien tiene la carga de la prueba y quien ejerce la defensa.

La terminología es amplia y variada, así como las doctrinas que abordan el tema, sin embargo lo que se esgrimió es el aspecto prohibido de la prueba, o sea abarcando en general lo relativo a la ilicitud, impertinencia, abundancia, innecesaridad o cualquier irregularidad que pueda generarse de la prueba propiamente, independientemente en el estado procesal en que se vea su apreciación o valoración, pues ciertamente la misma no aplica a todas las fases del proceso en relación a su valoración, por

ejemplo en la fase impugnativa dicha labor judicial está prohibida expresamente bajo la idea de intangibilidad de la prueba.

La denominación de Prueba prohibida, tema sobre el que se abordó el presente artículo no limita solo un aspecto formalista que pueda implicar su concepto, se relaciona a todos los afectos negativos que pueden producir las pruebas en un proceso y al referirnos a negativos, nos referimos a que no son correctos, porque adolecen de un vicio y no pueden formar parte de un proceso, porque estaría vulnerando el debido proceso, en tal virtud deben ser excluidas del mismo, de oficio o bien a petición de parte, bajo los derechos y garantías del debido proceso.

El control sobre la prueba puede ser a petición de parte en su deber fiscalizador o bien de oficio por el juzgador y esto puede ser en cualquier etapa procesal, con la variante que la denominación no será necesariamente la misma ni su objeto, pero si en concreto se apunta a que los medios probatorios son los que inducen, forman, aperturan, tipifican y resuelven un proceso penal, por lo que al final es en torno a la prueba que gira el debido proceso y los derechos como tal que les asisten a las partes.

La prueba tiene sus libertades y límites, dentro de los cuales las partes deben ajustar sus pretensiones a efecto de buscar el equilibrio y concretizar la pertinencia de la misma para lograr

establecer sus proposiciones fácticas, mismas que estarán sujetas a una teoría del caso o bien un litigio estratégico.

La observancia de las formalidades procesales es de suma importancia para el control probatorio, el ejercicio del derecho de defensa es amplio, permite una libertad probatoria, sin embargo, esa libertad también está limitada, reglada y sujeta a ciertas formalidades, por lo que, de no concurrir esas formalidades estamos ante prueba prohibida y por lo consiguiente no puede ni debe ser parte del proceso, debe buscarse su subsanación a través de los mecanismos procesales para su expulsión y lograr el saneamiento del proceso, garantizando una tutela judicial efectiva, que no es más que la garantía de un debido proceso.

Referencias bibliográficas

- Castillo, G. (2014). La prueba prohibida, su tratamiento en el nuevo código procesal penal y en la jurisprudencia. Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Gascón, A. (2010) Los hechos en el derecho. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Gascón, A. (s f) El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Págs. 47-87 file:///c:/users/sony_vaio/downloads/freedom_of_proof_el_cuestionable_debilit.pdf
- Hernández, M., Salas, C., Arbulú, V., Pérez, J., Herrera, M., Chinchay, A., Benavente, H., Velásquez P., Villegas, E., Espinoza B., Pisfil, D., y Vásquez, M. (2012) La prueba en el código procesal penal de 2004. Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Houed, M. (2007) La prueba y su valoración en el proceso penal. Nicaragua: Editorial INEJ
- Nieva, F. (2010) La valoración de la prueba. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

El dolo como elemento subjetivo del delito de violación

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

M.Sc. Gisela Marisol Cardona Arrega

Para la configuración del delito, deben de integrarse sus elementos, como la conducta voluntaria dirigida a una finalidad, que puede ser de acción o de omisión; la tipicidad como la cualidad de la conducta de encuadrar en un tipo penal. La antijuricidad, o sea la contradicción que existe entre lo que indica la norma y la conducta del sujeto (formal), que tiene como consecuencia la afectación o por lo menos puesta en peligro de un bien jurídico (antijuricidad material). Finalmente, la culpabilidad, como cuarto elemento. Girón (2021) la define como:

un juicio de reproche, siempre y cuando el sujeto tenga capacidad para motivarse o determinarse de acuerdo con la comprensión de sus acciones, que además tenga conocimiento de la antijuricidad de la conducta realizada, y que al sujeto le era exigible obrar de otro modo, y no cómo lo hizo.

Si la conducta es voluntaria, y encuadra en un tipo penal, se encuentra frente a una acción u omisión típica, y para ello es necesario recalcar en los elementos del tipo, dentro de ellos, el objetivo, que se refiere a la conducta descrita por el legislador que prohíbe o manda realizar determinada acción u omisión, y el elemento subjetivo que consiste en el dolo y la culpa. Es por ello que hay tipos dolosos y tipos culposos o imprudentes. En este artículo se desarrollará parte de lo que es, el tipo doloso. El dolo como parte del elemento subjetivo del tipo penal, se encuentra

en la tipicidad, y es uno de los requisitos indispensables, para la configuración de tipos penales dolosos, pues, la consecuencia de su inexistencia conlleva a que no haya responsabilidad penal. O sea que el dolo entonces es una actitud subjetiva, en la realización del delito.

1. Definición de dolo

El dolo, es esa conducta en la cual el sujeto activo con el debido conocimiento y voluntad, decide realizar u omitir una acción que previa representación, sabe que el resultado causará un efecto en el bien jurídico, es querer causar un daño. Muñoz y García (2019. Pág. 251), expresan: que el dolo es “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”. En el mismo sentido, Zaffaroni, (2001), enseña que el dolo:

es la voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento de los elementos objetivos necesarios para su configuración. En el dolo este conocimiento es siempre efectivo y real sobre los elementos del tipo normativo objetivo, incluyendo los elementos normativos de rescate y también sobre los imputativos conglobantes. (Pág. 495)

En estas definiciones anteriores, coinciden varios términos como el conocimiento, o conciencia de los elementos objetivos del tipo, es decir: los verbos rectores que aparecen señalados en el penal en particular. Asimismo, la voluntad que se explica

en querer realizar esos elementos del tipo. Por ejemplo, en el tipo penal de violación, no es necesario que el agente conozca el artículo 173 del Código Penal, pero éste, aunque no sepa leer ni escribir conoce, sabe que es prohibido tener relaciones sexuales con una persona en contra de su voluntad.

Por ejemplo, en el tipo de violación, los elementos objetivos del tipo serán, tener con violencia física o psicológica, acceso carnal, vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo otros objetos, o cualquiera de las vías señaladas, u obligar a otra persona a introducirse a sí misma, Si la víctima es persona menor de catorce años de edad, o con incapacidad volitiva o cognitiva, se cometerá el delito, aunque no haya violencia física o psicológica. (Artículo 173 del Código Penal) La sanción para esta conducta es prisión de ocho a doce años, y el elemento subjetivo es el dolo.

2. Elementos del dolo

2.1. Elemento intelectual

Denominado también elemento cognoscitivo, se refiere a que el agente tiene que conocer los elementos objetivos del tipo, o sea los verbos rectores del tipo penal. Aunque el agente no conozca la ley, hay ciertas conductas en la mayoría de culturas que son desaprobadas por sus integrantes, por ejemplo: dar muerte a otra persona, violar a otra persona, quitar sus pertenencias a otras personas, exigir a otras personas la entrega de dinero a cambio

de no matarlas entre otras. Sabe que lo anteriormente descrito no es correcto hacerlo, y, sin embargo, lo quiere, tiene voluntad y los realiza empleando violencia, ya sea física o psicológica. El agente tiene conocimiento que es una conducta prohibida por la ley, y que traerá consecuencias para él como autor, y para la víctima, dentro de ellas la vulneración de su dignidad y derecho a la libertad sexual, de su cuerpo, y hasta secuelas psicológicas que afectan su personalidad.

2.2. Elemento volitivo

Se refiere a la voluntad que tiene el agente de realizar las conductas que él sabe que son prohibidas, y que no debe hacerlo, no obstante, tiene el propósito, la intención y el querer de efectuar, cumplir lo que se propuso.

Para que se configure el dolo, se debe de tener los dos elementos: el intelectual y el volitivo. El Código Penal guatemalteco, preceptúa que: “El delito es doloso cuando el resultado ha sido previsto o cuando sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto” (artículo 11). En esta norma se regulan dos clases de dolo: a) el dolo directo (cuando el resultado ha sido previsto), y, b) dolo eventual o indirecto, cuando el resultado no se previó, pero se presentó como posible, y se obtuvo el resultado. Por ejemplo, hay dolo directo, cuando una persona quiere satisfacer sus deseos sexuales o eróticos, utilizando violencia toma a otra persona sin su consentimiento

tienen acceso carnal vía vaginal con ella. Y habrá dolo eventual, si el agente ingresa a una residencia sin permiso del propietario (allanamiento de morada), una vez está dentro de la casa, encuentra a una muchacha y utilizando violencia física la viola. La violación es un delito doloso.

3. Jurisprudencia en el delito de violación

Hay diferencia entre el tipo de violación y agresión sexual, que se desarrolla en el Expediente No. 1025-2013 Sentencia de Casación del 11/11/2016 “...En cuanto al tema litigioso referido a si los hechos se adecuan al tipo penal que contiene el delito de agresión sexual o al que contiene el delito de violación, se establece que, la diferencia fundamental entre el delito de violación y el de agresión sexual, radica en que, en la violación existe penetración vía vaginal, anal o bucal, sea que el perpetrador le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos a la víctima, vía vaginal, anal o bucal, mientras que en la agresión sexual, se realizan actos con fines sexuales o eróticos, que excluye explícitamente aquellos actos que constituyan la violación. En el hecho del juicio, se acreditó que, mientras el sindicato mantenía en contra de su voluntad a la víctima en el vehículo, le introdujo los dedos en la vagina, y esta conducta encuadra de manera puntual en uno de los supuestos de hecho descrito en el artículo 173 del Código Penal, como fue relacionado anteriormente. Por lo que es evidente que carece de sustento jurídico la pretensión del procesado al indicar que su intención era agredirla sexualmente

en el sentido típico del término, y no violarla; sin embargo, quedó claro que lo que realizó fue el acto calificado como violación...”. (Criterios Jurisdiccionales, Cámara Penal. Págs. 370-371)

Según la sentencia y calificación jurídica que da la Cámara, se evidencia que existía por parte del procesado la voluntad de satisfacer sus deseos sexuales o eróticos en contra de la víctima, ya que la tuvo contra su voluntad dentro del vehículo introduciéndole los dedos en la vagina, por lo tanto, es una acción dolosa. El tipo penal de violación requiere que se le introduzca a la víctima cualquier parte del cuerpo u objeto, vía vaginal, anal o bucal, como lo regula de forma específica el artículo 173 del Código Penal, cumpliéndose en este caso con los elementos de conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y la intención y voluntad de realizar la acción delictiva.

A continuación, se presenta otro ejemplo, en donde hay una conducta dolosa, que para lograr su finalidad el agente utilizó violencia psicológica. Expediente No. 482-2016 Sentencia de Casación del 29/07/2016 “...Esta Cámara, de la revisión que realiza establece que los hechos acreditados se subsumen en los supuestos de hecho del delito de violación (artículo 173 Código Penal), que contempla “Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, (...) con otra persona, (...) será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.” En este sentido, de los hechos acreditados se establece que concurren los

elementos de dos delitos de violación, por la presión psicológica ejercida por el sindicato, al aprovecharse de la relación de noviazgo que sostenía con la agraviada, para obligarla a que lo acompañara (...), específicamente a su habitación, lo que aprovechó para tener con ella acceso carnal vía vaginal. Así como al día siguiente también la obligó (...) nuevamente a tener con ella acceso carnal vía vaginal. Además, el tribunal, en los razonamientos para calificar la acción, consideró que hubo “engaños y amenazas” contra la víctima, para tener relaciones sexuales, extremo que configura el delito de violación...”. (Criterios Jurisdiccionales, Cámara Penal. Pág. 379)

Al analizar esta resolución, la Cámara determina que debido a que el sindicato se aprovechó de la confianza que tenía con la agraviada por ser su novia, bajo engaños y con presión psicológica la obliga a que lo acompañe a su habitación, lugar en el cual sin su consentimiento tiene acceso carnal vía vaginal, concurriendo así los elementos del delito de violación, regulado en el artículo 173 del Código Penal, donde establece que “quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía Vaginal anal o bucal con otra persona o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos (...)”, comete el delito de violación, extremo que se prueba en el presente caso.

4. Ausencia de dolo en casos de violación

Se puede decir que no existe dolo, cuando la persona que realiza una acción u omisión no tiene el conocimiento o la voluntad de querer realizar una conducta punible, no se da el elemento intelectual o cognitivo, ni el elemento volitivo, simplemente no hay una intención de realizar una acción típica.

En relación al delito de violación en personas menores de catorce años de edad, en los dos casos que se presentan, los Tribunales de sentencia penal de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer y violencia sexual, al momento de realizar razonamientos de valoración de los medios de prueba dictaron fallos de carácter absolutorio, por considerar que hay ausencia de dolo, tomando en consideración el elemento probatorio y su valoración crítica, basada en la plena libertad de convencimiento. Para una mejor comprensión de este tema, a continuación, se transcriben partes conducentes, de dos sentencias guatemaltecas, en donde los juzgadores y juzgadoras, consideraron que hubo inexistencia de dolo, como elemento subjetivo del tipo de violación, y, en consecuencia, absolvieron al acusado.

4.1. Primer caso

Número Único de Expediente 01187-2017-01836 (TS. J-Alvizuris).

“...HECHO: El señor XX, conoció a la niña XX quien contaba con 12 años de edad, se hicieron amigos y posteriormente novios,

aproximadamente en el año 2015, usted...tuvo relaciones sexuales consensuadas con ella. En el mes de enero del año 2016 la niña se da cuenta que se encuentra embarazada... habiendo procreado la niña XX a sus 13 años de edad a una bebé. La progenitora de la niña había autorizado que usted conviviera con su hija en la misma residencia que ellas, ubicada en..., pero la niña XX fue rescatada e institucionalizada, por lo que ya no supieron nada de usted...”

“...Razonamientos que inducen a resolver: el comité CEDAW en la Recomendación General número 35, establece que... se produce por la interacción de las diversas identidades de las mujeres en razón de su edad, su identidad étnica y cultural..., en el caso de las niñas se deberá de considerar su edad y su grado de madurez, siempre garantizando que sean escuchadas y que sus decisiones sean respetadas”...La Juzgadora estima oportuno analizar lo que se estima como madurez y actuar autónomo de la niña porque se evidencia que se le permite que se desarrolle con madurez y autonomía ya que desde que tiene doce años se acepta que inicie una relación de amistad con el acusado... ya que también se le permite que cuando tiene trece años, se de la relación de noviazgo la que mantienen durante casi un año, el resultado lógico de ese noviazgo es que propicie las condiciones para que finalmente “decidan” como lo expresa ella en su declaración, tener relaciones sexuales consensuadas, producto de ello, como se dijo, resulta el embarazo, y durante

este periodo y luego que nace el producto del embarazo también se le permite mantener una relación de convivencia con el acusado porque lógicamente adopta el papel de conviviente y de progenitor;... con lo que se evidencia el ánimo o intencionalidad de conformar una institución aprobada por el Estado como una familia,... hasta que el mismo Estado interviene e institucionaliza a la niña, separándola de su hija y lógicamente también del acusado, quien es perseguido penalmente y privado de su libertad, porque el artículo 173 del Código Penal,... Sin embargo la juzgadora estima que tal como lo refiere el estándar internacional invocado al inicio de este análisis, “en el caso de las niñas se deberá considerar su edad y su grado de madurez siempre garantizando de que sean escuchadas y que sus decisiones sean respetadas”,... ya que en ningún momento se realizó con intención de vulnerar el bien jurídico tutelado de la niña porque es claro que la norma no sanciona al mantener relaciones sexo genitales, sanciona a quien las tiene vulnerando el derecho de la víctima, lo que no concurre en este caso porque ella manifiesta que estuvo de acuerdo con hacerlo..., se presentó prueba que establece que tanto ella como el producto del embarazo se encuentra en buen estado de salud y en cuanto a la integridad emocional o psicológica, ésta tampoco puede considerarse que se vulneró por parte del acusado, ya que ambos adoptan el rol que se esperaban de un embarazo que fue la convivencia de ese periodo, sin embargo, quien irrumpe con la salud emocional de la niña es el Estado cuando la institucionaliza a ella y a su

hija recién nacida, disolviendo la convivencia que mantenía... Por lo que la juzgadora estima que no se puede desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al acusado...". (Tribunal de Sentencia Penal de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer y violencia sexual del Departamento de Guatemala. Sentencia de fecha 15 de marzo 2023)

En el presente caso, el Juzgador al realizar el razonamiento para dictar una sentencia, toma en consideración lo establecido en el Comité CEDAW, en virtud, que éste refiere a las mujeres como titulares de derechos y promueve su capacidad para actuar autónomamente, asimismo, establece que en el caso de niñas se deberá de considerar a su edad y su grado de madurez, siempre garantizando que sean escuchadas y que sus decisiones sean respetadas, en este sentido, la juzgadora estimó pertinente, analizar lo que se refiere a madurez y actuar autónomo de la niña, tomando en consideración, que sus progenitores le permiten desarrollarse con madurez y autonomía desde los doce años de edad, aceptando una relación de amistad y posteriormente de noviazgo con el sindicado, permitiéndole posteriormente una relación de convivencia, adoptando el papel ambos de conviviente y progenitor, por lo que se evidencia la intención de formar una familia y no únicamente tener acceso carnal, ya que en ningún momento se realizó con intención de vulnerar el bien jurídico tutelado de la niña, indicando que debe considerarse que la agraviada indicó que ella estuvo de acuerdo

a tener relaciones sexuales y que ambos han cumplido con el rol de convivencia, por lo que la juzgadora estima que no se puede desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al acusado y por lo tanto, dicta una sentencia de carácter absolutorio.

En resumen, el acusado en ningún momento tuvo la intención de violar a la niña de trece años de edad, sino que su intención era formar un hogar con ella y establecer una familia. Como se observa hay ausencia tanto de los elementos intelectual y volitivo para configurar una conducta dolosa, pues el agente, aun conociendo que la novia era menor de edad, no tuvo la intención de satisfacer sus deseos sexuales y eróticos con ella, y en consecuencia causarle un daño.

4.2. Segundo caso

Número único de expediente: No. 02035-2015-01085 / (T.S. 04-2019)

El Ministerio Público..., a usted Brayan Alexander Cabrera Godoy, se le acusa del hecho punible siguiente: “Que un día del mes de septiembre del año dos mil trece, en horas del día... en el interior del inmueble ubicado... aprovechando la relación de noviazgo que tenía con la niña..., quien tan solo tenía 12 años de edad, abusó sexualmente de ella, e introdujo el pene en la vagina de la menor...Usted y la menor ya mencionada se unen para convivir...

De los razonamientos que inducen al Tribunal absolver. "... A él lo tienen acá como violador, pero él no la violó en ningún momento, ella con su criterio le indicó que quería tener relaciones sexuales con él... Esta declaración se valora con eficacia probatoria porque es brindada por la adolescente que aparece como agraviada, quien en forma sencilla y clara narra cómo se ha desarrollado su relación de pareja con el acusado quien la trata con afecto y respeto, siendo tal relación aprobada por los progenitores de la joven... de lo afirmado por ellos se establece que no existe la intención del acusado de hacer uso sexual de la adolescente como motivación de sus actos, si no que denota que tenían una intención de formar una familia... De lo antes analizado, la juzgadora concluye que en las acciones realizadas por el acusado no existe dolo, pues el tipo penal requiere como un elemento subjetivo el ánimo de yacer como motivación esencial del actuar, sin embargo, del contexto de los hechos se establece que el ánimo tanto del sindicado como el de la adolescente era tener una relación de pareja... La convención sobre los derechos del niño, establecen en su artículo 12 que el niño, Debe ser escuchado en cualquier asunto que le afecte... En tanto que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14 de la Constitución Política de la República y 14 del Código Procesal penal establece la presunción de inocencia, principio que es una garantía sustancial en el proceso acusatorio para toda persona que es acusada de

la comisión de un delito..., Es obligación del Estado destruir esa presunción de inocencia..., por lo que la juzgadora en base a lo considerado y analizado, concluye que no se ha probado la existencia del delito..., dictar la sentencia que de derecho corresponde, pues no hay responsabilidad penal que atribuirle al acusado.

Parte resolutive... I) Que ABSUELVE al acusado. (Tribunal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y Violencia Sexual Guatemala, 19 de junio del 2019).

La Juzgadora en el presente caso, concluye que en las acciones realizadas por el acusado no se configura el dolo, debido a que la agraviada indicó que ella quería tener relaciones sexuales con él, declaración que fue valorada por la juzgadora, en virtud que la misma fue brindada de forma sencilla y clara, narrando cómo se ha dado su relación de pareja con el acusado, quien la trata con afecto y respeto, por lo tanto, la juzgadora refiere que no se prueba la intención del acusado de hacer uso sexual de la adolescente y que tenían aprobación de los progenitores, denotándose la intención del procesado de formar una familia, debido a la relación de convivencia que refiere la agraviada entre ellos, pues el elemento subjetivo requiere el ánimo de yacer como principal objetivo, refiriendo que la convención sobre los derechos del niño, establece en su artículo 13 que el niño, debe

ser escuchado en cualquier asunto que le afecte, indicando que el artículo 14 de la Constitución Política de la república de Guatemala, el artículo 14 del Código Procesal Penal y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen la presunción de inocencia, principio que no fue destruido por el Estado, dictando una sentencia de carácter absolutorio.

Los casos anteriores tienen en común, que las presuntas víctimas son mujeres menores de catorce años de edad, y este es un elemento objetivo del tipo penal de violación, en donde, aunque haya habido consentimiento en realizar la relación sexual, según el artículo 173 del Código Penal, siempre se comete la violación. Sin embargo, los juzgadores no analizaron el hecho de manera aislada, sino las verdaderas intenciones de los acusados, que tenían el propósito y voluntad de formar con las jovencitas, una familia. Afortunadamente, en el primer caso, se corroboró con la aceptación de parte de los progenitores de la adolescente en consentir con la relación de noviazgo, que después se convirtió en relación marital, pero sobre todo que el conviviente y padre del niño procreado, demostró una actitud de respeto y responsabilidad en su actuación. Tanto en el primero como en el segundo caso, además de las declaraciones de las adolescentes, los juzgadores valoraron su opinión tal como lo establece la Convención de los Derechos del Niño, y al final, concluyeron que no existió dolo en la conducta de los acusados, razón por la que fueron absueltos. La importancia de casos

como estos, en la labor de defensa de las personas acusadas del delito de violación, es establecer la existencia del dolo de parte del agente, y si no se configuran sus elementos intelectual y volitivo, los defensores o defensoras podrán presentar según el caso los argumentos jurídicos para convencer y persuadir al tribunal, que su teoría del caso, es la más legalmente válida y moralmente justa.

En relación al artículo desarrollado, se puede determinar que es indispensable la existencia del dolo como elemento subjetivo del tipo, para la configuración del tipo penal establecido en ley, siendo fundamental que el autor de la acción u omisión, tenga el pleno conocimiento de los elementos objetivos del tipo, desarrollado en los verbos rectores de cada tipo en particular, y que éste sea efectivo, que exista la intención de causar un resultado, que se haya previsto el daño que va a provocar, que se configuren los elementos del dolo como el intelectual y el volitivo. Caso contrario, al no poder demostrar esa intencionalidad de realizar esa acción u omisión, no quedó probado la existencia del dolo, y, por lo tanto, la acción u omisión es atípica, no hay responsabilidad penal, porque no se integra el concepto de delito en sus elementos, conducta, típica, pues al no haber dolo, la conducta es atípica, no es necesario la antijuricidad y la culpabilidad. No se destruye la presunción de inocencia del procesado, por lo tanto, algunos jueces mediante la duda y

aplicando la sana crítica razonada, han dictado sentencias de carácter absolutorio.

Sin embargo, en el presente análisis del elemento subjetivo en cuanto al dolo, se debe realizar un proceso gradual del menor de edad de acuerdo con su edad y grado de madurez conocido como “capacidad o autonomía progresiva”. Por lo que al momento de argumentar en este tipo de casos son varias las premisas a considerar:

- La edad del supuesto agresor y si la misma tiene una diferencia relativa, así como el hecho de tener o no conocimiento de la verdadera edad de la menor;
- El entorno familiar de la menor de edad (conocimiento y consentimiento por parte de los progenitores, costumbre, cultura), en este punto es importante requerir un estudio de Trabajo Social que permita acreditar que la familia consintió y permitió la relación de pareja entre la menor de edad y el supuesto agresor.
- Si existe por parte del supuesto agresor la disposición para reconocer e inscribir al niño como hijo propio, ya que el hecho de reconocimiento establece un vínculo legal, prevaleciendo el interés superior del niño al ser reconocido y demostrando con ello, su intención de establecer vínculos familiares y afectivos;
- Las narrativas de los hechos indicados por la menor de edad en las diferentes etapas del proceso, principalmente

el dictamen psicológico que refleje que no se ha causado ningún daño y/o presente un grado de madurez distinto al promedio de su edad, basado en la Teoría progresiva de madurez y autonomía;

- Hacer una interpretación constitucional y de convencionalidad en materia de derechos humanos, basado en el interés superior del niño a quien se le deben de garantizar su desarrollo integral y familiar, en virtud que el Estado protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, esto en el caso que la persona mayor de edad y una menor de edad ya tengan hijos en común y una familia formal ya establecida. En los casos que existe reconocimiento paterno es un argumento válido ante el juez sobre la voluntad del sujeto de hacerse responsable.
- Invocar la jurisprudencia de los fallos emitidos por los honorables juzgadores de la materia, en relación a las sentencias absolutorias, quienes basaron su fallo desde el análisis del elemento subjetivo del dolo, no tener la intención o querer hacer daño en este caso al bien jurídico, que es la libertad sexual.
- Argumentación basada en que no se dan los elementos del dolo (intelectual y volitivo), circunstancias que son indispensables, ya que el sujeto activo tiene que tener conocimiento que la acción u omisión es prohibida, es una conducta típica, asimismo, debe existir la voluntad de querer realizar esa conducta prohibida.

Referencias bibliográficas

- CENADOJ (2016) Criterios Jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia, Materia Penal. Guatemala.
- Girón Palles, José Gustavo. (2021) Teoría del Delito. Instituto de la Defensa Pública Penal Guatemala.
- Muñoz Conde, Francisco. García Arán, Mercedes (2019) Derecho Penal Parte General. 10ª edición, Valencia, España.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2001). Derecho Penal Parte General. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina.

Legislación

- Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala

Jurisprudencia

- Expediente No. 01187-2017-01836 (TS. J-Alvizuris). Sentencia de fecha 15 de marzo 2023,
- Tribunal de Sentencia Penal de delitos de Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer y violencia sexual del departamento de Guatemala.
- Expediente No. 02035-2015-01085 / (t.s. 04-2019) auxiliar de audiencia quinto. Sentencia de fecha 19 de junio del 2019. Tribunal de Sentencia Penal de delitos de Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer y violencia sexual Guatemala.

Breve estudio de la reparación digna, en delitos de violencia contra la mujer

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

Lic. Rigoberto Vargas Morales

En el presente trabajo de investigación, se pretende hacer un análisis jurídico del derecho de la víctima a la reparación digna, contenida en el artículo 124 del Código Procesal Penal, aplicable en los procesos penales instruidos contra las personas sindicadas del delito de Violencia contra la Mujer, ya sea en su manifestación física, sexual, psicológica o económica. El objeto principal del presente estudio, está relacionado con el análisis jurídico de los daños físicos y psicológicos que sufre la mujer, por los actos de violencia por parte de su agresor que, en todo caso, debe existir esa relación de poder de parte del agresor, hacia la víctima. El artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, contenido en el Decreto número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, regula el tipo penal de Violencia contra la Mujer, en su modalidad física, sexual y psicológica. Y el artículo 8 del mismo cuerpo legal citado, regula el delito de Violencia contra la Mujer, en su manifestación económica. En todas estas modalidades (física, sexual, psicológica y económica), la víctima tiene derecho al resarcimiento de los daños físicos y psicológicos que ha sufrido la víctima, con ocasión de los actos de agresión física por parte del ofensor.

En el caso de estudio, se hará un análisis jurídico, de cada una de estas modalidades (física, sexual, psicológica y económica) del delito de violencia contra la mujer. El tema total, será el análisis jurídico de la reparación digna, contenida en el artículo

124 del Código Procesal Penal, el cual constituye un derecho exclusivo de la víctima, en el caso de haber sido violentada en sus derechos como persona humana. Se abordará el tema relacionado con la forma del cobro de la cantidad de dinero, en concepto de reparación digna. Al tercer día, de haberse dictado la sentencia, el juez del tribunal de sentencia, convocará a los sujetos procesales y a la víctima, a efecto de discutir en audiencia de reparación, el monto de dinero, en concepto de reparación digna. Por lo que, una vez establecida la indemnización de la reparación digna, el Juez del tribunal de sentencia deberá integrar dicha decisión en la sentencia escrita.

El tema de la reparación digna, ha sido controversial en el proceso penal, dado que, en la actualidad, esa reparación digna dictada por el juez de sentencia, a favor de la víctima, se vuelve un derecho vigente no positivo, debido a la debilidad jurídica existente para el cobro de la misma, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia casación de fecha 14 de octubre de 2011, identificado como expediente No. 2038-2011 resuelve la Duda de competencia y declara: Que el juez Primero de Ejecución Penal de la ciudad de Guatemala, tiene la facultad legal para exigir del acusado, el pago de la reparación digna, el cual deberá hacerla efectiva en la cuenta Bancaria que para el efecto señale la víctima determinada. Se deja sentado que, en la actualidad hay mucho desconocimiento del fallo judicial en mención, especialmente de los Jueces de los Tribunales de Sentencia de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la

Mujer y Violencia Sexual, del Departamento de Guatemala. El presente trabajo de investigación, tiene como finalidad motivar a los Jueces de los Tribunales de Sentencia de Femicidio para que, al tercer día de dictada la sentencia, se proceda a señalar audiencia de reparación digna, fijando el monto de la indemnización, en concepto de daños y perjuicios a favor de la víctima, dejando a disposición del juez Primero de Ejecución Penal, la obligación legal de requerir del acusado el pago de la reparación digna, a favor de la víctima o agraviada.

1. Concepto del delito de violencia contra la mujer

Es todo acto de violencia de género que resulte o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer. Entonces, se puede señalar que son las acciones que un hombre realiza en contra de una mujer, como golpes, gritos, humillaciones en el hogar y otros. El artículo 3 inciso “J” de la Ley contra el Femicidio, hace la definición siguiente:

Toda acción u omisión basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior, sufrimiento físico, sexual, económico, o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito público como en el ámbito privado.

El artículo 7 del cuerpo legal antes citado señala: Comete el delito de violencia contra la mujer quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias: a) Haber pretendido, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo, o relación laboral, educativa o religiosa; c) Como resultado de los ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo; d) En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital y e) Por misoginia.

La persona responsable del delito de violencia física o sexual, contra la mujer, será sancionada con prisión de cinco a doce años, de acuerdo a la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyen otros delitos estipulados en leyes ordinarias.

La persona responsable del delito de violencia psicológica contra la mujer, será sancionado con prisión de cinco a ocho años, de acuerdo a la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.

a) Ámbito privado: Estas están comprendidas dentro de las relaciones interpersonales de carácter domésticas, familiares o de confianza, en el cual se cometan los hechos de violencia

contra la mujer, cuando el agresor es el cónyuge, ex cónyuge, conviviente, o ex conviviente, con quien haya la víctima procreado o no, el agresor fuere el novio o ex novio o pariente de la víctima. Se incluye las hijas del novio ex novio de una mujer con las hijas de ésta.

b) Ámbito público: El ámbito público comprende las relaciones interpersonales que tengan lugar en la comunidad, el cual incluye el ámbito social, laboral, educativo y religioso.

1.1. Elementos del delito de violencia contra la mujer

a) Que exista entre el hombre y la mujer, una relación de poder, el cual es una manifestación de control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra. Artículo 3 inciso g) de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, contenido en el Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

b) Que el daño físico, sexual, económico y psicológico que se haya producido en la mujer, pueda ser objeto de resarcimiento a favor de la víctima. Según el artículo 3 inciso h) de la Ley de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer que preceptúa: Se entenderá por resarcimiento el conjunto de medidas tendientes a aproximar la situación de la víctima al estado en que se encontraría de no haberse producido el hecho delictivo. Conforme a lo explicado, el resarcimiento deberá caracterizarse por su integralidad y comprende además de indemnizaciones

de carácter económico, todas aquellas medidas tendientes a dotar a la víctima de una reparación médica, psicológica, moral y social. La víctima es la mujer de cualquier edad, a quien se le ha infligido cualquier tipo de violencia. Esta clase de violencia contra la mujer, puede ser física, sexual, psicológica y económica. Esto está contenido en el Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

2. Clases de violencia contra la mujer

La física: comprende provocar en el cuerpo de la víctima golpes, heridas, contusiones, laceraciones, traumatismos y otros. La sexual: comprende la vulneración de la libertad e indemnidad sexual de la mujer, el cual incluye la humillación sexual y la prostitución forzada. La psicológica: Comprende acciones que pueden producir daño o sufrimiento psicológico en la mujer, con el objeto de intimidarla y menoscabar su autoestima la que, sometida a ese clima emocional, puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos.

La Económica: Comprende acciones que repercuten en el uso, goce y disponibilidad de una mujer a los bienes materiales que le pertenecen por derecho, por vínculo matrimonial o unión de hecho, por herencia causándole daño deterioro sustracción, destrucción, retención o pérdida de objetos o bienes materiales propios o del grupo familiar. Se estima que, la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, contenida

en el Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, constituye un instrumento legal que satisface las necesidades de la mujer en nuestro país.

3. El daño

El término daño proviene del latín *damnum* y está vinculado al verbo que se refiere a causar perjuicio, menoscabo, molestia o dolor. El daño en el ámbito jurídico, es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia, causado a otro en su patrimonio o en su persona. En el caso de análisis, se considera que el concepto anterior, es bastante amplio, pues individualiza los tópicos de la violencia física y la violencia psicológica que se produce en la mujer, por parte de su agresor, ya sea en el ámbito público o en el ámbito privado.

3.1. Clases de daño

a) Daños Físicos, comprende las secuelas que deja el delito, el cual pueden ser heridas y golpes que sufre la víctima en esta clase de delitos.

b) Daños Psicológicos, son las secuelas que se dejan en la víctima, como consecuencia de haber sido agredida física y mentalmente, el cual produce sufrimientos y aflicciones de carácter psicológico, el cual puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos, según lo establece la literal

“m” del artículo 3 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, contenida en el Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

c) Daños Económicos, son las pérdidas que sufre la mujer en su patrimonio como consecuencia del delito de violencia contra la mujer en su manifestación económica.

4. La reparación digna

En el lenguaje común se entiende por reparación digna, restituir íntegramente a la persona sobre los daños y perjuicios que se le han ocasionado como consecuencia de un delito cometido en su contra. Se le denomina digna porque su reparación debe responder a la dignidad de esa persona.

Es un mecanismo de resarcimiento adoptado recientemente en la legislación adjetiva penal, que fortalece uno de los objetivos establecidos en el proceso penal, específicamente la tutela judicial efectiva, establecida en el segundo párrafo del artículo 5 del Código Procesal Penal. Por su parte, el artículo 124 del Código Procesal Penal establece:

Derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima, comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias

como sujeto de derecho contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas:

1. La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día.
2. En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediatamente en la propia audiencia.
3. Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita.
4. No obstante, lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar

al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación.

5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil.

5. Estándares internacionales en materia de reparación digna

Los estándares internacionales, son pautas internacionales señaladas por Naciones Unidas, y utilizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la reparación de violaciones a derechos humanos. En ese sentido los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones¹, contienen los siguientes formas de reparación:

- a) La restitución
- b) La indemnización

1 Naciones Unidas, 60/147 Resolución Aprobada Por la Asamblea General el 16 de diciembre de. (2005, diciembre). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones Comparte. Naciones Unidas, Instrumentos de Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>

- c) Medidas de rehabilitación
- d) Medida de satisfacción
- e) Garantías de no repetición

5.1. La restitución, es devolver, restaurar en igual cantidad los derechos afectados a la víctima como consecuencia del delito. En lo penal abarca especialmente a los delitos contra el patrimonio, y en el tema de violencia contra la mujer en su manifestación económica, devolver o restituir los bienes que le fueron quitados. En su sentido más amplio *restitutio in integrum*, abarca otros derechos como devolver la salud tanto física como mental.

5.2. La indemnización, consiste en el derecho al pago de una cantidad de dinero por el daño material o moral, causado a la víctima por el delito. Y se puede dividir en cinco formas.

5.2.1. Indemnización por daño físico o mental, que en el tema de violencia contra la mujer puede ser pagada una cantidad por los daños físicos al cuerpo de la víctima, por ejemplo, lesiones, y en la violencia psicológica el pago para el tratamiento de terapia.

5.2.2. La pérdida de oportunidades en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales. En el caso de una joven que fue violada y además resultó embarazada por la violencia sexual que fue víctima, solicitó una indemnización

porque durante todo el tiempo del embarazo, ella no pudo seguir estudiando tercero básico en el colegio.

5.2.3. Daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante y daño emergente. En primer lugar, daños materiales propiamente dichos, como destrucción de un vehículo, u otros bienes, la pérdida de ingresos por salarios que no pudo recibir durante el tiempo que permaneció en el hospital, por los golpes ocasionados por el esposo, y como lucro cesante todo lo que se ha dejado de ganar como consecuencia del delito. Como daño emergente, todos los gastos que la víctima realiza durante el proceso, como gastos de transporte, alimentación fuera de su hogar entre otros.

5.2.4. Daños inmateriales o morales. Daño moral es un sufrimiento y aflicción que sufre la víctima como consecuencia del delito. También se incluye el daño al proyecto de vida, por ejemplo, los planes de vida que fueron truncados por el delito. Para los daños morales no hay prueba, pero para el daño al proyecto de vida, basta con un estudio de trabajo social que se realice a la víctima,

5.2.5. Gastos, por medicamentos, servicios médicos, de laboratorio, servicios, psicológicos y sociales. En este tipo de gastos es importante la presentación de facturas, para lograr el pago de indemnización.

La indemnización, puede ser requerida por uno o varios rubros de los anteriormente señalados.

5.3. Medidas de rehabilitación, se pueden solicitar cuando se pide una medida de seguridad por violencia intrafamiliar. Las medidas de seguridad son precisamente prohibiciones para el presunto agresor, a fin de rehabilitar los derechos de las víctimas.

5.4. Garantías de no repetición. En el tema de violencia contra la mujer, se deben solicitar durante el juicio, para que en sentencia el tribunal las imponga, y consisten en oficiar al Ministerio de Gobernación para que el condenado, pueda recibir tratamiento psicológico, por medio de Sistema de Atención Integral, o grupos de derivación, a efecto de que cuando salga de prisión, no vuelva a golpear a las mujeres, de lo contrario, solo cambia de víctima y se repite la violencia contra la mujer.

6. Del cobro de la reparación digna

El artículo 124 del Código Procesal Penal, reformado por el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, establece el derecho de la víctima o agraviada, al cobro de la reparación digna. Sin embargo, esto ha sido imposible legalmente, en virtud que, siendo la sentencia un título ejecutivo, la víctima o agraviada, conforme el procedimiento legal, tenía la necesidad de recurrir a un Bufete Popular para presentar la demanda ejecutiva, en la vía de apremio, ante el órgano jurisdiccional competente, para hacer efectivo el monto

de dinero, en concepto de reparación digna, establecida en la sentencia respectiva.

En la práctica de la justicia penal, las víctimas del delito de Violencia contra la Mujer, han quedado sin ninguna protección jurídica por parte del Estado de Guatemala. Es decir, no han tenido en sí, la protección jurídica del órgano legislativo (Congreso) para hacer viable el derecho de la víctima a la reparación digna. Por lo que, ante esta necesidad jurídica, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, en sentencia de fecha catorce de octubre de dos mil once, identificada como expediente No. 2038-2011, resuelve DUDA DE COMPETENCIA, en el cual en el CONSIDERANDO II de dicho fallo judicial se expone:

“Que del análisis de las actuaciones Cámara Penal encuentra que la duda de competencia que se plantea con relación a que si el juzgado de Ejecución Penal únicamente está facultado para el cobro de conmutas de penas de prisión o multas y no así para el cobro de reparaciones del orden civil. Con las reformas del proceso penal incorporadas por el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República, se busca efectivamente la reparación digna como un derecho que le asiste a la víctima por el delito cometido en su contra, conllevando la sustitución de la naturaleza civil de la responsabilidad indemnizatoria, por la naturaleza penal de la reparación, lo que implica que las normas aplicables directamente son del orden penal, tanto sustantivo como procesal.

Por lo que realizando una interpretación sistemática de las normas procesales penales de conformidad con el numeral 5º y último párrafo del artículo 125 del Código Procesal Penal que fue reformado por el artículo 7 del decreto 7-2011 del Congreso de la República que regula: “5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviada a ejercerla en la vía civil”, el artículo 51 del mismo cuerpo legal que regula: “Los jueces de ejecución tendrán a su cargo la ejecución de las penas y todo lo que a ellas se relacione, conforme lo establece este Código”, y el artículo 493 del Código Procesal Penal en su primer párrafo que establece: las condenas penales no serán ejecutadas antes de que se encuentren firmes. A tal efecto el día en que devienen firmes, se ordenará las comunicaciones e inscripciones correspondientes y se remitirá los autos al juez de ejecución”, se puede determinar que es competencia de los jueces de Ejecución Penal, el conocer lo referente a la ejecución de las reparaciones dignas de las víctimas en los procesos penales en los que se haya ejercitado dicho derecho, con la salvedad de que, si no se hubiere ejercido en esta vía, puedan ejercerla en la vía civil. En tal sentido, el Juzgado Primero de Ejecución Penal de Guatemala deberá seguir conocimiento con referencia a la duda planteada de la sustanciación de la fase de ejecución”.

Por lo que, transcrita la decisión judicial, se puede determinar que es competencia de los jueces de ejecución penal, el conocer lo referente a la ejecución de las reparaciones dignas de las víctimas en los procesos penales en los que se haya ejercitado dicho derecho, con la salvedad de que, si no se hubiere ejercido en esta vía, puedan ejercerla en la vía civil.

La reparación digna en Guatemala es un mecanismo de resarcimiento adoptado recientemente en la legislación adjetiva penal, que fortalece uno de los objetivos establecidos en el proceso penal, específicamente la tutela judicial efectiva, establecida en el segundo párrafo del artículo 5 del Código Procesal Penal. Queda a cargo del mismo juez de ejecución penal, tramitar, conocer y resolver, los asuntos en materia de reparación digna y realizar las diligencias pertinentes para poder hacer efectiva la reparación digna a favor de la víctima, siempre y cuando la sentencia condenatoria cause firmeza.

Obtenida la sentencia condenatoria penal y la individualización de la víctima, esta última puede hacer efectivo su derecho al cobro de la reparación digna dentro del propio proceso penal. El objetivo es ofrecer un sistema de justicia penal fortalecido. Se puede dar mayor eficacia a los procesos de reparación digna, para que dentro del mismo proceso penal se pueda dar alternativa a las víctimas para que puedan ejercer su derecho a la reparación digna”.

7. Naturaleza jurídica de la reparación digna

La reparación digna es una consecuencia jurídica del delito, y como tal su naturaleza es eminentemente penal.

8. Condiciones de la persona obligada

Para los efectos legales de la reparación digna, el juez debe tomar en cuenta las condiciones físicas, económicas, sociales, psicológicas y culturales de la persona del obligado.

9. Investigación de campo realizada en los juzgados de ejecución penal del organismo judicial, de la República de Guatemala

Se realizó investigación de campo, en el Juzgado Primero Pluripersonal de Ejecución Penal, sobre el cumplimiento de la obligación del pago de la reparación digna, por parte de la persona condenada por el delito de Violencia contra la mujer, en el cual se entrevistó a los jueces de las salas “A”, “B”, “G” y “E”, son integrantes del Juzgado Primero Pluripersonal de Ejecución Penal, y en dicho órgano jurisdiccional, se pudo constatar que en el 75% de los casos, se da cumplimiento con el pago de la conmuta impuesta, así como del monto de la reparación digna, el cual se hace por la necesidad de rehabilitar los antecedentes penales; y hay un 25% de casos que no cumplen con la conmutación de la pena de prisión impuesta, ni con el pago de la reparación digna. Estos son los casos, en el cual el juez de Ejecución Penal,

debe ordenar la detención de la persona sentenciada, para ser ingresada al Centro de Detención Preventivo para Hombres de la zona dieciocho de esta ciudad de Guatemala. En la entrevista realizada a los jueces del Juzgado de Ejecución Penal, se estableció que, en los delitos de Violencia contra la mujer, se puede hacer aplicación del Decreto número 10-2019, el cual regula el Procedimiento Especial de Aceptación de Cargos. Esta ley regula los beneficios para el acusado del delito de Violencia contra la mujer, siendo estos la mitad, la tercera parte, y la quinta parte de la pena de prisión impuesta, según la etapa del proceso, en el cual se produce la aceptación de cargos, el cual constituye una ventaja jurídica para el acusado, para resolver su situación jurídica.

La reparación digna, establecida en el artículo 124 del Código Procesal Penal, es un triunfo de la legislación penal en Guatemala, a favor de la víctima o agraviada, en el delito de Violencia contra la Mujer, conforme el artículo 7 de la Ley de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, contenida en el Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

La sentencia de DUDA DE COMPETENCIA, de fecha catorce de octubre de 2011, identificada como expediente No. 2038-2011 de la Corte Suprema de Justicia, aparece como una luz en el túnel a favor de la víctima o agraviada. La reparación digna en la legislación de Guatemala, no ha sido efectiva para la víctima de

violencia contra la mujer. Por una parte, la persona que resulta ser la víctima o agraviada, no tiene capacidad económica para sufragar los gastos de honorarios de un profesional del derecho. Y por la otra parte, resulta ser que, la persona que ha sido condenada en sentencia, por delito de violencia contra la mujer, generalmente es una persona de escasos recursos económicos. Muchas veces, el agresor se trata de una persona de extrema pobreza, situación que no le permite hacer efectivo el pago de la indemnización, en concepto de reparación digna. Por lo que, en estos casos, la institución procesal de la reparación digna, pierde eficacia y pasa a ser un derecho vigente, pero no positivo, en nuestra legislación penal.

En los delitos de Violencia contra la Mujer, en la mayoría de casos, los acusados son beneficiados con medida sustitutiva, y resulta ser que, al dictarse la sentencia de condena, las mismas, deben ser impugnadas, solo por el hecho de que el acusado no tiene la capacidad económica para conmutar la pena de prisión impuesta, así como el pago del monto de la reparación digna que aparece en dicho fallo judicial. Por lo que, la sentencia de DUDA DE COMPETENCIA, de fecha 14 de octubre de 2011, dictada por la Corte Suprema de Justicia, en el expediente No. 2038-2011, resulta no eficaz por las condiciones económicas del acusado.

En el presente contexto, la reparación digna, seguirá siendo un tabú para la mujer víctima de violencia contra la mujer.

Y una responsabilidad penal que, por cuestión de incapacidad económica del acusado, no podrá ser efectivo el pago de la indemnización, en concepto de reparación digna. Esto es, a nivel de la ciudad capital, no se diga a nivel de los municipios y departamentos de la república. En la mayoría de estos casos, la persona que es condenada por el delito de Violencia contra la Mujer, no solo carece de dinero en efectivo, sino que, la persona condenada por este delito, no cuenta con bienes suficientes que puedan ser objeto de embargo. Entonces, al final, no se trata de falta de mecanismos judiciales, sino más bien, se trata del fenómeno de pobreza y pobreza extrema, de la persona condenada por el delito de violencia contra la mujer, quien no tiene la capacidad económica para hacer efectivo el pago de esa indemnización en concepto de reparación digna. El problema jurídico, no puede ser atribuido al sistema de justicia, sino que, más bien se trata que, en la mayoría de los casos, la persona condenada por el delito de Violencia contra la Mujer, es una persona de escasos recursos económicos, que le impide hacer efectivo el pago, tanto de la conmuta de la pena de prisión impuesta, como del monto de la reparación digna.

Referencias bibliográficas

- Sentencia de DUDA DE COMPETENCIA, de fecha catorce de octubre de dos mil once. Identificada como expediente No. 2038-2011. Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal.
- Naciones Unidas, 60/147 Resolución Aprobada Por la Asamblea General el 16 de diciembre de. (2005, diciembre). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones Comparte. Naciones Unidas, Instrumentos de Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>
- Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.
- Código Procesal Penal Decreto Número 51-92 del Congreso de la República
- Ley Orgánica del Instituto de Asistencia y Atención a la víctima. Decreto No. 21-2016 del Congreso de la República.

Juzgar con perspectiva de género

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

Dra. Zonia de la Paz Santizo Corleto

Este artículo presenta de manera sucinta una temática a través de la cual se aborda la necesidad de que el juez conozca cómo funciona la metodología de género y haga uso de ella para juzgar con perspectiva de género, pues una de las problemáticas que se enfrenta en el sistema de justicia, es que la temática es conocida pero no aplicada por los jueces del orden común, generalmente son los jueces especializados en Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer quienes hacen uso de la metodología de género; sin embargo, los jueces comunes hacen caso omiso no solo de la doctrina sino de lo más importante que es la normativa constitucional, la ordinaria y principalmente al control de convencionalidad. La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se ha pronunciado ampliamente sobre el tema generando las condiciones para que los Estados tomen medidas apropiadas que garanticen los derechos de las personas, atendiendo a la vulnerabilidad de cada una conforme la perspectiva de género. Los temas contenidos en el presente artículo son los siguientes: Juzgar con perspectiva de género, Los roles y estereotipos, Violencia Contra la Mujer Estructural o Institucional.

Hablar de perspectiva de género es platicar de una categoría social de identificación de las personas, conforme el rol que desempeñan en la sociedad; muchos piensan que el género, solo se refiere a las mujeres y desde ese momento se produce la estigmatización sobre la mujer, pues quienes así lo entienden

consideran que es un tema no solo aburrido sino triado en cuanto a los reclamos que constantemente se hacen sobre los Derechos Humanos de las mujeres, sin embargo no es así, toda vez que el género incluye tanto al sexo masculino como al femenino y su estudio se destina a las constituciones de mecanismos apropiados para individualizar al hombre y a la mujer en atención a las construcciones culturales y sociales que se han generado a su alrededor. El género no es un concepto nuevo, sin embargo, su análisis como categoría social ha cobrado auge, como consecuencia de las convenciones, tratados y pactos internacionales en materia de Derechos Humanos, que se refieren a la categoría social de perspectiva de género. La importancia de ver los conflictos judiciales con perspectiva de género radica en generar igualdad de condiciones entre hombres y mujeres, que ambos sujetos tengan las mismas oportunidades en el debido proceso, atendiendo a sus desigualdades inherentes como seres humanos, dentro de las que se pueden mencionar; sexo, edad, etnia, condición física, nacionalidad, preferencia sexual, educación, antecedentes de historia de vida en condiciones de abandono o de integración familiar, entre otros.

Ahora bien, ¿Por qué la confusión de identificar a la mujer vs. género? Porque la mujer es la más vulnerable y que por siglos ha sido sometida a las relaciones que sobre ella pesa el poder del hombre, por lo que la mujer se ha visto obligada a generar

condiciones en la sociedad que le reivindique sus derechos, y ese reconocimiento es el que debe considerarse para juzgar en casos concretos en los que la metodología de género sea fundamental, para concluir con certeza jurídica sobre una *litis* que tenga en juego los Derechos Humanos de las personas.

1. Juzgar con perspectiva de género

El que hacer jurisdiccional es invaluable y no consiste únicamente en solo impartir justicia, sino a través de esa delicada tarea, también consiste en generar cambios que van desde modificar el proyecto de vida de una persona, hasta cambios de orden social y/o políticos; es así como los jueces deben aplicar el derecho en la justa medida de darle a cada quien lo que le toca, bajo ese potencial corresponde ejercer jurisdicción basados principalmente en el derecho de igualdad entre hombres y mujeres; para ese efecto la argumentación judicial debe enfocarse en los Derechos Humanos, en la Constitución Política de la República, en las leyes, pero principalmente debe estar libre de estereotipos no sexistas que garanticen el debido proceso y una verdadera tutela judicial efectiva.

En ese orden de ideas, cobra importancia el conocimiento que tienen o que deben tener los jueces y las juezas sobre la teoría de género, para juzgar con perspectiva de género, la labor jurisdiccional juega un papel importante para romper con los criterios estereotipados, así como los lenguajes excluyentes

que se van formando con el día a día en la vida de los juzgadores y juzgadoras y que al incluirse en la impartición de justicia generan desigualdad.

A través del presente artículo se pretende un mínimo aporte sobre conceptos fundamentales en materia de género que puedan servir a los órganos jurisdiccionales para juzgar con perspectiva de género. Para principiar se aporta un concepto de género que de forma sencilla nos lo proporciona la doctora Godoy (2017) de la siguiente manera:

Género es el conjunto de prácticas, actitudes roles, símbolos o representaciones, normas, valores y expectativas de comportamiento que las sociedades construyen, a partir de las diferencias sexuales, anatómicas y filosóficas entre hombres y mujeres, que dan sustento a las relaciones jerárquicas de poder entre ambos, en las cuales los hombres detentan el poder y las mujeres están sometidas a ellos. (Pág. 4)

2. Los roles y estereotipos

El concepto que vimos en el párrafo que antecede, define una categoría de identificación de lo masculino y lo femenino; sin embargo en los diferentes ámbitos sociales dicha categoría no es reconocida como tal, pues se identifica al género como sinónimo del sexo identificándose así al hombre como sexo masculino y

a la mujer como sexo femenino, ante la confusión debe tenerse claro que género y sexo son definiciones que tienen diferente significado y el conocimiento de ambas categorías como son, generan los cambios de perspectiva para darle el tratamiento que corresponde al hombre y a la mujer en el ámbito en el que se desempeñan y/o en el que sea necesario.

En el devenir de la historia tanto hombres como mujeres han jugado un papel muy importante en la construcción de estas categorías sociales, en un total desconocimiento del valor que representa para ambos la individualización del género, situación que ha generado la creación de estereotipos que impiden comprender la teoría de género y menos su aplicación; estos estereotipos han visualizado siempre como normal el sometimiento de la mujer hacia el hombre, de tal cuenta que la ha mantenido en un estatus desfavorable a punto de desconocer sus propios derechos humanos. La historia de la humanidad ha reconocido el arduo trabajo del hombre para generar los cambios sociales, sin embargo, a pesar de que en esa historia han sido muchas las mujeres influyentes para esos cambios sociales, estas han quedado excluidas, reconociéndose mínimamente su participación; sin embargo, en esa lucha por el reconocimiento de las mujeres y de sus derechos han surgido movimientos o grupos sociales, que abordan el tema de los Derechos Humanos de las mujeres desde la óptica del entendimiento de una identidad de género, de una teoría del género y de una metodología apropiada para el reconocimiento de hombres y

mujeres en un estatus de igualdad de derechos en todos los ámbitos.

El científico Stoller, en (Facio 1999), fue uno de los primeros en reconocer la distinción entre sexo y género, para el efecto sobre esta distinción expone:

lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico, sino el hecho de ser socializado/a, desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo y concluyó que la asignación del rol es más determinante en la consolidación de la identidad sexual, que la carga genética, hormonal y biológica. A esa identidad que se fundamenta en la asignación del rol con base generalmente pero no siempre en el sexo biológico, él la llamó identidad de género, para diferenciarla de la identidad sexual basada únicamente en el sexo biológico. (Págs. 39-40)

Como vemos los estereotipos pueden surgir desde el nacimiento de las personas y/o darse en el ámbito de formación de las mismas; para explicar en términos sencillos en qué consisten los estereotipos, diremos que son como una serie de carpetas de computadoras que contienen información de cada hombre o mujer dependiendo de su sexo y su entorno, en esa información encontramos que los estereotipos de las mujeres

son diferentes a los estereotipos de los hombres, ejemplo de ello lo encontramos en actividades tan sencillas como lo son los roles que el hombre y la mujer desempeñan en el hogar, al hombre joven o adolescente se le enseña que no es un niño, que no es homosexual, que no es encargado de hacer el oficio de la casa, que solo las cosas rudas son las de los hombres y que eso si puede hacer, también se le enseña que debe ser servido; en tanto que a la niña se le enseña a servir al hombre, a hacer los oficios del hogar, a que debe hacer la comida y sus tareas por ser mujer deben ser no pesadas porque para eso están los hombres; en conclusión se fijan roles o estereotipos que deben cumplirse en la sociedad; la Corte Interamericana ya se ha pronunciado sobre los estereotipos de género de la siguiente manera

(...) el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y en el lenguaje de las autoridades

de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la de la violencia de género en contra de la mujer (caso Campo Algodonero vs. México sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 401).

En atención a lo prescrito por la Corte queda claro que los estereotipos de género son totalmente incompatibles con los Derechos Humanos. A pesar de que los estereotipos de género tienen incompatibilidad con los Derechos Humanos como lo dijimos anteriormente, en tanto no se reclamen ni se evidencien y se desconozcan, esas concepciones estereotipadas no causan daño a nadie; el problema deviene cuando tiene que intervenir el derecho, pues quien reclama el derecho lo hace atendiendo a su condición y necesidad, pero surge más serio el problema para quien aplica el derecho, toda vez que este sujeto encargado de aplicar la ley tiene que ver con lentes de género el contexto del problema, en donde se le requiere la aplicación del derecho. La función jurisdiccional es muy importante, toda vez que la autoridad que va aplicar el derecho es el juez, por lo tanto debe tener conocimiento de la metodología de género para poder juzgar con perspectiva de género lo que le permitirá visualizar la información necesaria que incluya los antecedentes de los sujetos para realmente conocer su condición, atender a esos antecedentes y concluir en una decisión bajo el amparo del principio de igualdad, que rompa con la visión asimétrica

del derecho entre hombres y mujeres; de no ser así se les veda a ambos géneros el derecho a ser juzgados o a recibir asistencia como víctimas en condiciones de igualdad. Al juzgar con perspectiva de género se aplica la verdadera igualdad entre hombres y mujeres, esa es una forma como el mismo Estado puede evitar vulnerar los derechos de las víctimas, siendo en su mayoría las mujeres las que sufren de violencia contra la mujer de manera estructural o institucional, cuando es el mismo Estado a través de sus diferentes instituciones, quien vulnera derechos de las personas y principalmente los derechos de las mujeres quienes se encuentran en una situación de desigualdad ante los hombres por los estereotipos a los que se hizo referencia anteriormente.

3. Violencia contra la mujer estructural o institucional

Para entender el tema de violencia estructural se trae la propuesta de Alda Facio, quien propone en su metodología el análisis de tres componentes que debe tomarse en cuenta para aplicar la perspectiva de género, Alda refiere tres componentes:

1. El componente formal-normativo (sustantivo) que se refiere a la ley propiamente dicha, que la Constitución, la ley y los tratados y convenios internacionales regulan en materia de los derechos de las personas;

2. El componente Estructural (en el siguiente párrafo se describe este componente);
3. El componente político cultural, se refiere a la interpretación que se le da a la ley, las doctrinas jurídicas, a las actitudes, tradiciones y culturas que las personas tengan.

Sin embargo, es el segundo de los componentes al que se hace referencia en atención a la aplicación del derecho. Al respecto, Facio (1999) enseña:

El componente estructural de la ley sería el contenido (en forma de leyes no escritas) que los/as legisladores/as, las cortes, las oficinas administrativas, la policía, y todos las y los funcionarios que administran justicia le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al crear, seleccionar, combinar, aplicar e interpretarlos. En ese sentido podemos hablar de que en el componente estructural existen leyes no escritas formalmente, no promulgadas por ninguna asamblea legislativa, ni generadas formalmente en una negociación, pero las cuales son tomadas en cuenta por quienes administran justicia. (Pág. 65)

Respecto a la violencia estructural o institucional la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en varios fallos, a través de los cuales reconoce la violencia que

sufren las mujeres, por vulneración del propio Estado de sus derechos a una vida libre de violencia, vida digna y respetable, en tal sentido se pronunció en el caso Rosendo Cantú y otras vs. México de la siguiente manera:

La violación sexual de una persona por parte de personal militar no guarda, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense. Por el contrario, el acto cometido por personal militar contra la señora Rosendo Cantú afectó bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana como la integridad y la dignidad personal de la víctima. Es claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, está excluida de la competencia de la jurisdicción militar. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que la intervención del fuero militar en la averiguación previa de la violación sexual contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan e implicó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados. Esta conclusión resulta válida en el presente caso aun cuando el hecho está en la etapa de investigación del Ministerio Público Militar. Como se desprende de los criterios señalados, la incompatibilidad de la Convención

Americana con la intervención del fuero militar en este tipo de casos no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación, dado que su actuación constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente. Con base en lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú. Como lo ha hecho en casos anteriores, ante la conclusión de que la justicia penal militar no resulta competente, el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto de otros alegatos sobre independencia o imparcialidad del fuero militar o la eventual violación, con base en los mismos hechos, de otros instrumentos interamericanos. (Sentencia de fecha 31 de agosto de 2010, párrafo 161)

El criterio sustentado por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la violación de los derechos humanos de las mujeres por parte del Estado, lo ha reiterado en varios fallos, de tal cuenta que se ha convertido en una jurisprudencia que debe ser tomada en cuenta por los jueces y otras autoridades de los Estados partes, e incorporarlos a la normativa interna y/o aplicarlos directamente si no hay

normativa a través del bloque de constitucionalidad, a efecto que al interpretar la normativa interna tanto constitucional como ordinaria, los jueces deben abordar las normas contenidas tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de dicha normativa; esa interpretación servirá de base a los juzgadores para emitir juicios de valor en los casos donde el contexto de los mismos se refieran a hechos vinculados con antecedentes de los sujetos del proceso y que deban verse con lentes de género, es decir considerar las condiciones en que se cometieron los hechos, quienes son partícipes de esos hechos, y sobre todo el sometimiento, la desigualdad y las relaciones de poder existentes entre hombres y mujeres; todas las anteriores implican la necesidad de que los jueces conozcan la metodología de género para juzgar con perspectiva de género.

El no juzgar con perspectiva de género, los casos que deben verse bajo los lentes de género constituye una violencia estructural, contra las personas principalmente contra las mujeres que se encuentran en situación de desigualdad. Quienes ejercen jurisdicción debe eliminar las brechas de desigualdad generadas en el ámbito público y privado, entre hombres y mujeres, lo anterior por disposición de ley, principalmente por disposición del principio evolutivo o progresivo de los derechos humanos.

4. El Control de convencionalidad y la perspectiva de género

La denominación del control de convencionalidad aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, al respecto la corte indica que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese orden de ideas, se entiende que el control de convencionalidad es una herramienta que ha sido creada por la jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene como objetivo principal concretar las garantías de protección de los Derechos humanos, se clasifica en dos partes: la primera, que es el control de convencionalidad Internacional que ejerce la propia Corte Interamericana, al expulsar toda la normativa contraria a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y la segunda, es el control de convencionalidad nacional que es el que ejercen los jueces fiscales y defensores, que tiene por objeto hacer compatibles el derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, este control implica que los Estados deben adoptar medidas en el ámbito interno, para viabilizar la aplicación de los instrumentos internacionales que protegen los Derechos Humanos, y que también permitan la

compatibilidad de las normas internas del Estado con la gama de obligaciones, que han contraído los Estados al aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos.

La aplicación del control de convencionalidad por parte de los jueces y otras autoridades es de carácter obligatorio, tomando en cuenta que se fundamenta en el derecho internacional público, que se regula mediante el Convenio de Viena de Derecho de los Tratados, principalmente por el principio *Pacta Sun Servanda*, el que se refiere a la buena fe de los Estados para dar cumplimiento a los tratados de los que son parte; otro de los principios que obliga a los jueces a tomar en cuenta el control de convencionalidad, es el de primacía del derecho internacional de Derechos Humanos sobre cualquier norma de derecho interno que la contraríe. En ese sentido la Corte ha manifestado lo siguiente:

La Corte consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones

de la Convención no sean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana. (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 124, y en el mismo sentido se pronunció en la sentencia Caso La Cantuta vs. Perú en la sentencia de fecha 29 de noviembre del 2006 párrafo 173)

De lo extractado podemos concluir que la aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, requiere una dinámica en la labor profunda e interpretativa de los jueces, de todo un sistema jurídico que conlleve un análisis y valoración de los hechos y de las pruebas, pero imperativamente la reflexión debe incluir la perspectiva de género en el contexto social, en donde se desarrollen los hechos, consecuentemente los tribunales nacionales no solo deben limitarse a la normativa interna sino también a la normativa internacional y especialmente a la interpretación que sobre la Convención Americana sobre

Derechos Humanos y otros instrumentos en materia de Derechos Humanos hace la Corte Interamericana; es por eso que al juzgar con perspectiva de género, los jueces nacionales no solo deben conocer la metodología y la perspectiva de género, sino que deben hacer una aplicación del control de convencionalidad y de las interpretaciones que sobre la perspectiva de género ha hecho la Corte Interamericana, a esta fecha son varios los pronunciamientos que ha hecho la Corte sobre la aplicación de la CEDAW y la convención Belém do Pará, ambos son textos fundamentales que nos permiten ver con lentes de género los casos concretos.

La relación entre el control de convencionalidad y la perspectiva de género radica en las interpretaciones que sobre la perspectiva de género ha hecho la Corte Interamericana tomando como base los convenios y pactos internacionales relativos al tema y la metodología de género, así como el conocimiento obligado que deben tener los jueces sobre toda la normativa internacional en materia de género. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado varias sentencias, a través de las cuales se ha pronunciado sobre las formas de cómo influye en las decisiones judiciales, los estereotipos que se generan a través de los roles que se le asignan a las mujeres y a los hombres en la sociedad, en ese orden de ideas, la Corte ha externado criterios que deben ser considerados por los jueces del orden común, en las resoluciones con perspectiva de género

atendiendo al control de convencionalidad, como ejemplo de algunos criterios externados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, transcribo algunos de tantos casos los siguientes:

la Corte Interamericana señaló que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los Derechos Humanos, sino que es una ofensa a la dignidad humana que trasciende todos los sectores de la sociedad y afecta negativamente sus propias bases; particularmente, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima. (Caso Rosendo Cantú y otras vs. México, Sentencia de fecha 31 de agosto de 2010, párrafo 108).

En lo que respecta a la expresión de género, este Tribunal ya ha señalado que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio

de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente si dicha persona se auto identifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. En consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto percibida, también se debe entender a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no. En ese sentido se debe entender que toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 11. (opinión consultiva OC-24/14 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 249)

Estos criterios interpretativos son la base del control de convencionalidad que deben hacer los jueces ordinarios de cada Estado, por lo tanto, los jueces tienen la obligación de aplicarlos en sus respectivas determinaciones judiciales como parte del derecho interno, tomando en cuenta, que la encargada de interpretar la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, es la Corte Interamericana y es allí precisamente donde los jueces del orden común de cada Estado encuentran el fundamento para juzgar con perspectiva de género.

5. Igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres

Comúnmente se denomina igualdad cuando hay parecido o semejanza entre dos sustantivos o adjetivos, pero también es utilizado el término como indiferencia cuando se ve todo por igual; sin embargo, esa concepción de igualdad afecta el derecho de las personas cuando se dice que, por virtud del principio de igualdad debe considerarse a todas por igual. A pesar de que constitucionalmente está reconocido el principio de igualdad, debe tenerse claro que va más allá de identificar a todos los seres humanos en igualdad de derechos, toda vez que las personas no son idénticas por lo tanto deben ser consideradas iguales en sus derechos tomando en cuenta las desigualdades que existen en ellas. Facio (2014), refiere:

desde el ámbito de los derechos humanos la igualdad entre los sexos no sugiere que somos idénticos, ni siquiera que somos semejantes en capacidades y naturaleza, sino que somos equivalentes, esto es que valemos lo mismo como seres humanos a pesar de tener o no diferentes habilidades, capacidades y naturalezas. (Págs. 24-25)

Al tomar en cuenta la reflexión que sobre el tema hace Facio, se puede decir que el principio de igualdad regulado en el artículo 4º de la Constitución, es un derecho y un valor, para aplicar dicho principio se tiene que reflexionar a partir de las diferencias y desigualdades, esas diferencias surgen como consecuencia de las condiciones en el contexto que se analizan de cada persona y se refieren a la edad, sexo, raza, condición económica, instrucción, área geográfica, entre otros; y las desigualdades, son el contexto y las valoraciones que se hacen a partir de las diferencias, y es allí donde se analizan las valoraciones que se hacen de cada persona, es a partir de las concepciones estereotipadas que generan desigualdad, también se genera la violación del derecho a la justicia, bajo el amparo del derecho de igualdad, en ese sentido se reconoce que existe un conglomerado social que no accede a la justicia en condiciones de igualdad y que por diversos motivos no puede llegar a un estrado judicial equiparada en sus derechos.

En ese orden de ideas el preámbulo de la CEDAW reconoce explícitamente que las mujeres siguen siendo objetos de importantes discriminaciones y subraya que la discriminación viola los principios de igualdad de derechos y de respeto de la dignidad humana, al respecto establece:

la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad

humana, que dificulta la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento de bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad. (Párrafo siete)

En el trabajo intelectual que hacen los jueces crean derechos, reconocen derechos o aplican el derecho; sin embargo en esa misma labor pueden crear patrones de desigualdad y discriminación sin pretenderlo, principalmente contra los derechos de las mujeres, esta situación genera para el Estado la necesidad de capacitar a sus jueces, asimismo lo ha ordenado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diferentes fallos, para que en las determinaciones que tomen en casos concretos, hagan un análisis reflexivo esa desigualdad que existe entre mujeres y hombres, disfrazada del principio de igualdad regulado en el artículo 4º de la Constitución Política de la República para que incluyan la perspectiva de género en sus reflexiones.

La forma como podemos abordar la igualdad de género en la impartición de justicia o como lo dice Alda Facio desde el componente estructural de la metodológica de género, es a través de juzgar con perspectiva de género y esa es la propuesta

que se hace en este artículo. Se debe considerar entonces, que la perspectiva es un punto de referencia en donde nos colocamos para ver algo; consecuentemente la perspectiva de género tiene como punto de referencia el sexo y género de las personas que deben tomar en cuenta los órganos jurisdiccionales para establecer la construcción del contexto bajo el cual se debe juzgar a las personas por igual en el entendido que todos somos iguales en dignidad y en derechos partiendo de las diferencias que tenemos como seres humanos.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos se ha pronunciado en varios fallos de tipo contenciosos que se han generado como consecuencia de reclamos de violaciones a derechos de igualdad de las mujeres frente a los hombres, estableciéndose que la vulneración a este derecho no se ha dado en un país en específico, sino que son recurrentes en los países de América Latina, al respecto la Corte ha dicho:

Desde una perspectiva general la CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por 101 objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas

política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. En el ámbito interamericano, la Convención Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. (Caso Capo Algodonero vs. México, Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, párrafo 394).

Claramente se reconoce en esta sentencia que las condiciones de desigualdad entre hombre y mujeres surgen por las manifestaciones de poder del hombre sobre la mujer.

6. El debido proceso y la perspectiva de género

El artículo 12 de la Constitución Política de la República regula el Debido Proceso de la siguiente manera: “...Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”, ese ordenamiento jurídico encuentra también su asidero legal en el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo regula de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez

o tribunal competente, independientemente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, física o de cualquier otro carácter.

En atención a la regulación del debido proceso, resulta obligación para el Estado de Guatemala crear las estructuras necesarias para garantizar a las ciudadanas y ciudadanos el debido proceso aludido, aun cuando el debido proceso es una figura jurídica institucional, corresponde al juez materializarlo en cada caso concreto.

La garantía del Debido Proceso está íntimamente vinculada a la perspectiva de género, porque este principio implica que el juez tiene la obligación de garantizar a los sindicatos o sindicadas y a cualquier víctima al trámite de un proceso con todas sus garantías tomando en cuenta las condiciones de cada individuo; en ese orden de ideas debe considerarse que el respeto a los Derechos Humanos constituye un límite a la actividad que realiza el Estado, referente a sus ciudadanos y ciudadanas, de tal cuenta que toda forma de ejercicio del poder que vulnere Derechos Humanos automáticamente viola el debido proceso, es por eso que se dice que ambas instituciones jurídicas se encuentran vinculadas entre sí, como también lo están al control de convencionalidad, consecuentemente para juzgar

con perspectiva de género necesariamente deben tomarse en cuenta dichas instituciones jurídicas.

7. La protección judicial y la perspectiva de género

Toda persona que se encuentra vinculada a un proceso judicial y que intervenga en el mismo de cualquier lado de las partes, tiene derecho a la protección judicial, consecuentemente esa protección judicial debe ser efectiva, y para lo cual se requiere que el juez en sus determinaciones tome en cuenta las condiciones de cada uno de los sujetos procesales, para aplicar una protección judicial atendiendo a condiciones de sexo y género, así como al contexto de los hechos.

La protección judicial implica varias situaciones que el juez debe considerar para su efectividad, en principio dotar a todos los sujetos procesales de las garantías judiciales establecidas en la ley, para el efectivo ejercicio de sus pretensiones, y para que dicha protección sea con perspectiva de género debe otorgarse atendiendo al sexo, al género y a las condiciones de las personas que requieren de protección judicial. Por otro lado también supone la protección judicial el derecho a un recurso, sencillo y rápido, práctico, que dé la oportunidad a quien lo pretende tener, una segunda opinión referente a su pretensión, cuando se ha visto afectado en sus derechos; también supone la protección judicial el derecho a una petición sin tanta formalidad, más que las que se requieran para acudir ante un

órgano jurisdiccional a concretizar una petición mediante una audiencia o de manera directa según sea el caso, esta forma de protección es importante bajo la perspectiva de género, toda vez que hay personas que por su condición, difícilmente acuden ante un órgano jurisdiccional personalmente, por lo que muchas veces son objeto de engaños de terceros, que se aprovechan de la vulnerabilidad de ciertas personas que requieren protección judicial, como en el caso de las mujeres, los ancianos los adolescentes, los niños, los discapacitados, los pueblos indígenas.

La protección judicial se reconoce como la Tutela Judicial Efectiva, y para consolidar a la sociedad democrática requiere de mecanismos accesibles para los y las ciudadanas, y que se les brinde justicia pronta y cumplida. Esa es la tarea del Estado mediante los jueces, de poner al alcance de las personas un proceso judicial que les brinde confianza y atención a sus pretensiones tanto individuales como de la sociedad en general.

Referente a la a protección judicial la Corte Interamericana también se ha pronunciado, indicando que se refiere a la tutela judicial efectiva, y también lo vincula a la pertinencia de recursos sencillos al alcance de quien los pretenda hacer valer, al respecto se ha pronunciado en muchos casos, sin embargo, para los efectos del presente artículo a guisa de ejemplo se pone el siguiente:

Esta Corte ha reiterado que no es suficiente que dichos recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los Derechos Humanos contemplados en la Convención. En otras palabras, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra las violaciones de derechos fundamentales (...)" (Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2000, párrafo 191)

Bajo esta perspectiva, el Estado no solo debe proteger a quienes requieran del sistema de justicia, sino que, para que la protección sea efectiva deben garantizarse mecanismos que realmente proporcionen una verdadera Tutela Judicial Efectiva, y mejor si se hace con perspectiva de género, es por eso que, en este artículo se propone que los jueces deben tener conocimiento de la perspectiva de género y para quienes aún no lo tienen, debe el Organismo Judicial capacitarlos para que no solo conozcan la metodología de género, la perspectiva de género sino que también ejerzan jurisdicción con perspectiva de género.

8. Cómo determinar si estamos ante un caso que debe verse con lentes de género

Es importante en la labor intelectual del juez o jueza, determinar cuándo se encuentra bajo un caso relacionado al tema de género, en principio debe verificarse si el caso se relaciona a derechos reclamados por mujeres por vulneración hacia hechos o situaciones, que la inmiscuyen directamente por ser mujer, lo anterior conlleva hacer una revisión de la normativa nacional e internacional en materia de Derechos Humanos de las mujeres; acá surge un primer criterio para resolver el conflicto con perspectiva de género.

Otro supuesto que puede orientar al juez o jueza es el análisis reflexivo de los hechos en conflicto, debe determinar si se refieren a un tema de equidad de género, para esto debe tener claro: qué son y cuáles son, los estereotipos evidenciados en el conflicto, como, por ejemplo; el cuidado de los hijos, el trabajo en el hogar, las formas de vestirse de la mujer, ser madre soltera, y el ámbito en donde se han generado los hechos. Por ejemplo, el ámbito público, el ámbito privado, el ámbito laboral, en el ámbito familiar.

Otro tema orientador para el juez o jueza es lo relacionado al ámbito sexual o reproductivo y los roles que juegan las mujeres y hombres sobre esa temática, este ámbito genera mucha vulnerabilidad, principalmente en mujeres, niñas y niños.

Un tema que sin lugar a dudas es orientador para el juez o jueza a determinar si es un caso de género, es la Violencia contra la mujer en sus diferentes manifestaciones (física, económica, sexual y psicológica), la ley de la materia determina cuáles son los parámetros de cada una de las violaciones cometidas en contra de la mujer y que deben ser consideradas por los jueces y las juezas para determinar el tema de género; así también cuando el caso se trata de la máxima expresión de violencia contra la mujer que es el Femicidio, el cual conforme la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer se conceptualiza de la siguiente manera: “Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: a)” (Artículo 6).

Por último, otros de los temas que orientan al juez o jueza a establecer si se trata de un tema de género, es cuando uno o los sujetos procesales se manifiestan por su preferencia sexual, atendiendo a la diversidad sexual, o cuando es necesario abordar el tema de la comunidad LGBTQ+, estos casos necesariamente deben analizarse muy reflexivamente bajo la perspectiva de género.

Determinado el tema de género, el juez o la jueza del orden común aplicarán la perspectiva de género al caso concreto

utilizando la ley especializada, los criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales en materia de género así como las leyes nacionales que supletoriamente deben tomar en cuenta; ahora bien si trata de justicia especializada los jueces y juezas ya tiene lentes de género para visualizar la temática y tomarán sus determinaciones apegadas a derecho, principalmente apegados a la garantía de los Derechos Humanos de cada una de las personas involucradas en el conflicto y atendiendo a sus pretensiones.

Referencias bibliográficas

- Facio, A. (1999). Cuando el Género Suenan Cambios Trae. Costa Rica: Gossestra Intl. S.A.
- Facio, A. (2014). La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal .
- Godoy, D.C. (2017). Metodología de Género. Guatemala: Organismo Judicial.
- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Convención Para la eliminación de todas las formas de discriminación para la mujer (CEDAW)
- Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (*Belém do Pará*)
- Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22.2008 del Congreso de la República de Guatemala
- Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala
- Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

La Defensa estratégica del defensor público, en las audiencias de declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba

Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR
Revista del
DEFENSOR

Lic. Oscar Moíses López Fuentes

El Artículo 5 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, establece cuáles son los fines del proceso, estipulando: “El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma...” para lograr estos fines, el proceso penal guatemalteco se divide en etapas: La etapa preparatoria, la etapa intermedia, la etapa de juicio, la etapa de impugnaciones y la etapa de ejecución, cada una de ellas con objetivos específicos, así como plazos y etapas que se rigen por el principio de preclusión.

Sin lugar a duda, una de las etapas más importantes del proceso penal, es la etapa de juicio, dentro de la cual y por regla general, el tribunal, le confiere o no, un valor probatorio a los medios de prueba, que tanto la defensa como el ente investigador han ofrecido en su oportunidad. Sin embargo, la legislación guatemalteca contempla una excepción a esta regla en el Artículo 317 del Código Procesal Penal, el cual regula:

“Actos jurisdiccionales: Anticipo de prueba”. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un

órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. El imputado que estuviere detenido será representado por su defensor, salvo que pidiere intervenir personalmente.

Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellas.

En ningún caso, el juez permitirá que se utilice este medio para la formación de un expediente de instrucción sumaria que desnaturalice el proceso acusatorio.

Cuando se tema por la vida y/o integridad física del testigo se tomará su declaración testimonial como anticipo de prueba por videoconferencia u otro medio electrónico, con la presencia del abogado defensor designado por el

imputado y en su defecto por el que designe la Defensa Pública Penal; y en caso de no existir imputado, igualmente se hará comparecer a un defensor público de oficio, para garantizar la legalidad de la declaración testimonial en esta forma; asimismo comparecerán en ese acto probatorio anticipado, el fiscal del caso, el querellante adhesivo, si lo hubiere, y dicho acto será presidido personalmente por el juez del proceso.

En este caso se observará lo requerido por los artículos 218 BIS y 218 TER del presente Código.”

Del análisis y lectura del artículo antes indicado, podemos determinar que existen dos presupuestos en los que se pudiera requerir este tipo de diligencias:

1. La práctica de un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección, y
2. La declarara un órgano de prueba.

En el presente estudio, nos centraremos en la declaración de un órgano de prueba, es decir, la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba.

Por la importancia que reviste este tipo de diligencias, el defensor público, debe de realizar una defensa activa, no permitiendo la violación de los derechos y garantías que le asisten a las personas sindicadas o que pudieran salir sindicadas en dicha diligencia.

Es por ello que me permito, señalar algunos aspectos que el defensor público, debe observar en la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba.

Verificar la calidad con la que fueron requeridos:

Por lo general, el requerimiento que el órgano jurisdiccional dirige al Instituto de la Defensa Pública Penal, es de dos maneras:

1. Requerimiento de un defensor público, para que asista a una persona determinada, quien ya figura dentro de la investigación como posible sindicado.
2. Requerimiento de un defensor público, para que garantice la legalidad de la diligencia, y que no se vulneren los derechos de quienes resulten responsables o sindicados (en representación de terceros),

En el primero de los casos, se debe de verificar si dicha persona se encuentra presente, si fue notificada y si requiere los servicios del Instituto o cuenta con abogado de su confianza.

En el caso de no encontrarse presente, al inicio de la diligencia el defensor debe oponerse a su realización, advirtiéndole que, de llevarse a cabo la diligencia, se estarían violentando los derechos y garantías que le asisten a la persona, quien ya figura como posible sindicada dentro de la investigación preliminar realizada por el Ministerio Público. Sustentando dicho argumento en las normas siguientes:

- Código Procesal Penal. Artículo 71: “Derechos. Los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado, puede hacérseles valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización”, el subrayado es del autor.
- Código Procesal Penal. Artículo 70: “Denominación. Se denominará sindicado, imputado, procesado o acusado a toda persona a quien se le señale de haber cometido un hecho delictuoso...”
- Código Procesal Penal. Artículo 92: “Derechos a elegir defensor” El sindicado tiene derecho a elegir un abogado defensor de su confianza...”
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8, numeral 2: “... durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas, literal f:

derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal...” el subrayado es del autor.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14, numeral 3: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: Literal e: A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.”

Conocimiento previo de las actuaciones procesales:

Es indispensable que el defensor tenga acceso, con la antelación debida a la realización de la diligencia, de todas las actuaciones con las cuales el Ministerio Público pretenderá justificar su petición. Esto le permitirá realizar su estrategia de defensa que aplicará en la diligencia de anticipo.

Un aspecto importante que se podrá determinar, con el análisis de las actuaciones es, si efectivamente ya se encuentra o no individualizada a una o más personas como presuntas responsables. Ya que es común que el Ministerio Público, no indique en su solicitud de diligencia, que una o varias personas figuran como sospechosas o individualizadas dentro de algunas declaraciones o investigaciones que ya se han realizado.

Si este fuere el caso, al inicio de la diligencia, el defensor debe advertir al juzgador tales extremos, resaltando que, de llevarse a cabo la diligencia, se estaría vulnerando los derechos y garantías procesales de dichas personas. Para el efecto pueden sustentarse los argumentos en los fundamentos legales antes indicados.

En la mayoría de los casos el juez resolverá denegando lo solicitado por el defensor, en ese caso el defensor puede recurrir mediante la reposición, según lo regulado en el Artículo 402 y 403 del Código Procesal Penal.

Otro de los beneficios que tendrá el defensor al tener acceso a las actuaciones, previo a la realización de la diligencia es que, podrá analizar de mejor manera, los documentos que el ente investigador solicitará, sean puestos a la vista de los testigos para que declaren al respecto. Esto se abordado más adelante, de una manera más amplia.

Verificación de la comparecencia de las partes:

El juez da inicio a la diligencia, identificando el objeto de la misma, verificará la comparecencia de las partes, en ese momento preguntará al Ministerio Público si su testigo o testigos se encuentran presentes.

Acá me quisiera detener un momento y hacer una observación. El Artículo 377 del Código Procesal Penal, en su segundo párrafo,

indica: “Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír, o ser informados de lo que ocurra en el debate...”.

Esto claro, con la finalidad que el órgano de prueba no sea contaminado. En el caso de los anticipos de prueba, en la práctica, cuando el Ministerio Público propone y lleva más de un testigo, por lo general, los testigos llegan juntos al lugar que el ente investigador los cita, ya sea la sede de la fiscalía o al propio juzgado. El defensor en estos casos, debe solicitar al juzgador que se garantice que entre los testigos presentes no exista ninguna comunicación.

Otras de las estrategias por parte del defensor sería, generar en el juzgador la duda o sospecha que los testigos ya tuvieron comunicación previa, esto se puede realizar con las preguntas que en su momento la defensa dirija al testigo.

Justificación de la diligencia:

Según la interpretación que se le da al Artículo 317 del Código Procesal Penal, el juez concederá la palabra al Ministerio Público para que justifique la necesidad de la declaración en anticipada de prueba de un testigo. Para ello el ente investigador debe indicar y comprobar, “El obstáculo difícil de superar”, que haga suponer que no podrá hacerlo durante el debate.

En ese sentido el defensor debe estar atento a las razones que indique el Ministerio Público como justificación y que las mismas estén sustentadas dentro de la investigación preliminar que ha realizado, es decir, por ejemplo, si las razones son amenazas de muerte hacia el testigo, debe existir la declaración en sede ministerial del testigo en donde lo indique; si es porque saldrá del país, debe presentarse la documentación que justifique esos extremos... debemos de recordar que por regla general, el testigo debe de declarar ante el tribunal, durante el debate, por lo que esta excepción a la regla, debe ser extremadamente justificada, no permitiendo a toda costa que se usen estas diligencias, para desnaturalizar los principios fundamentales del debate: Inmediación y oralidad.

Si este fuere el caso, el defensor debe solicitar al juzgador que declare sin lugar el requerimiento realizado por el Ministerio Público, toda vez que, no reúne los requisitos legales establecidos en el Artículo 317 del Código Procesal Penal, es decir no se acredita el obstáculo difícil de superar y, por ende, la necesidad que el testigo preste su declaración en anticipo de prueba.

Identificación de los testigos:

Los documentos con que se identifica el testigo (Documento de identificación personal –DPI-, Certificaciones del Registro Nacional de las Personas –RENAP-) deben ser puestos a la vista del defensor, de no ser así, el defensor debe solicitarlo.

En dado caso el testigo vaya caracterizado (gorra, lentes, máscara), según lo regulado por el Artículo 218 TER, literal e, el Código Procesal Penal, deber ser descubierto el rostro, para la verificación de su identidad, de no ser así, el defensor debe de solicitarlo

Declaración del testigo:

La declaración debe ser libre y espontánea, en ese sentido, el defensor no debe permitir que el testigo utilice apuntes, teléfono celular o cualquier otro objeto, para rendir su declaración, si ese fuere el caso, se debe presentar las objeciones pertinentes.

Examen de testigos:

Interroga la parte que propuso al testigo, en estos casos, es el Ministerio Público. El defensor debe prestar atención a las preguntas que se dirijan al testigo, para poder objetar las que se consideran: Capciosas he impertinentes, según lo regulado en el Artículo 378 del Código Procesal Penal.

Debo aclarar que, el Decreto 07-2011 del Congreso de la República de Guatemala, reformó el artículo antes referido, en el sentido de suprimir las preguntas sugestivas, por lo que, se pudiera suponer que las mismas si podrán realizarse, sin embargo, el defensor puede objetar la misma, bajo el argumento que el agente fiscal está declarando por el testigo.

Otro aspecto importante es que, el Ministerio Público, puede solicitar con fundamento al Artículo 380 del Código Procesal Penal, poner a la vista del testigo elementos de investigación para que los reconozcan o informen lo que fuere pertinente. Por ejemplo: Fotografías del supuesto lugar de los hechos, un palo de escoba con el cual fue lesionada, Certificaciones de RENAP en donde aparezca una fotografía, con la cual se pretende que la testigo reconozca a su agresor.

El defensor debe ser cuidadoso al verificar dichos documentos y no permitir que los mismos vayan marcados, resaltados o de alguna manera se sugiera o induzca al testigo a indicar algo que al ente investigador le convenga.

Así mismo, debe oponerse a que, a través de una certificación emitida por el Registro Nacional de las Perdonas, se pretenda identificar a su agresor, todas ves que no se cumple con lo regulado en el Artículo 246, números 2 del Código Procesal Penal.

Contraexamen:

Por lo general, el Ministerio Público, lleva preparada las preguntas que realizará a su testigo, en el caso de la defensa, es hasta el momento que el testigo se encuentra declarando, que le surge la idea de preguntas, por lo que se aconseja que se vayan anotando para no olvidar alguna.

Si al momento de que se le conceda la palabra a la defensa para su contrainterrogatorio, el defensor aun no ha ordenando sus ideas, puede y debe pedir un pequeño tiempo para analizar las preguntas a realizar, así como el orden de las mismas. En dado caso no se conceda el tiempo requerido, se debe recordar al juzgador el principio constitucional de igualdad, así como el principio de derecho de defensa.

No siempre es aconsejable realizar preguntas, puede ser que el defensor, luego del análisis estratégico, considere que el testigo al declarar, lejos de acreditar el hecho, generó dudas e incertidumbre de lo sucedido, en ese caso, como estrategia de defensa, no se debe realizar preguntas, ya que se corre el riesgo que el testigo, aclare o amplíe las respuestas, acreditando hechos que perjudique a la defensa.

Si el defensor considera prudente realizar preguntas, se sugiere que no realice preguntas que:

- Aclaren hechos perjudiciales a la defensa, que no fue definido con claridad en la declaración libre del testigo o en las preguntas del Ministerio Público;
- Acrediten la intencionalidad de los hechos, cuando estos sean en perjuicio del sindicado;
- En general se recomienda no hacer preguntas de las cuales el defensor no tenga la certeza de la respuesta.

Por el contrario, se recomienda hacer preguntas que:

- Desacrediten la capacidad del testigo;
- Que generen duda sobre la veracidad de su dicho;
- Que suponga un interés directo en perjudicar al sindicado.

Oposición:

Ante la concurrencia de cualquier acto o solicitud que realice el juez o el MP, que se considere por el Defensor que no se encuentra dentro de los parámetros legales, debe oponerse, indicando cuáles son los agravios o ilegalidades que, a criterio del defensor, se están incurriendo.

El juez debe resolver, si la resolución es en el sentido de declarar sin lugar la oposición, el defensor puede impugnar mediante el recurso de reposición. Recordemos que, para ello, se deben indicar los antecedentes de la resolución, el agravio provocado y la solicitud puntual que se pretende, según el Artículo 402 Código Procesal Penal.

Algunos ejemplos que ameritan la oposición, serían:

- La utilización por parte del testigo de su aparato telefónico para verificar fechas o datos de su declaración.
- Que se pretenda por le MP que el testigo identifique a su agresor a través de una certificación emitida por el Registro Nacional de las Personas.

- Que se pretenda por le MP que el testigo reconozca el supuesto lugar de los hechos, cuando las imágenes están marcadas o identificadas de alguna manera sugestiva.
- La declaración de un testigo en el extranjero, en donde la autoridad designada por el juez para que comparezca con el testigo sea un cónsul.

Por último, quisiera concluir este artículo citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al resolver dentro del caso RUANO TORRES Y OTROS VS. EL SALVADOR, sentencia de 5 de octubre de 2015, indicó:

“Sin embargo, la Corte ha considerado que nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza.”

Referencias bibliográficas

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Código Procesal Penal
- Ley Contra la Narcoactividad
- Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal
- Acuerdo No. 31-2009 de la Corte Suprema de Justicia: “Reglamento para el desarrollo de las declaraciones por Videoconferencia”;
- Protocolo operativo para la realización de audiencias virtuales en el ramo penal



7ª. Avenida 10-35 zona 1, ciudad de Guatemala



www.idpp.gob.gt



direccion_general@idpp.gob.gt



Instituto de la Defensa Pública Penal
Guatemala



Instituto de la Defensa Pública Penal
Guatemala



Instituto de la Defensa Pública Penal
Guatemala



(502) 2501 5757

Instituto de la Defensa Pública Penal
7.ª avenida 10-35 zona 1, ciudad de Guatemala
Tel. 25015757
www.idpp.gob.gt



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

La realización de este documento fue posible gracias al apoyo generoso del pueblo de los Estados Unidos de América, proporcionado a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido aquí expresado es responsabilidad exclusiva del Instituto de la Defensa Pública Penal y el mismo no necesariamente refleja las opiniones de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.

Revista del Defensor N.º 16